

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Error De Diagnostico Extension De Responsabilidad A La Obra Social

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Error de diagnóstico.

Extensión de responsabilidad a la obra social Se confirma el fallo en cuanto acogió parcialmente la demanda de mala praxis contra los galenos demandados por error de diagnóstico, pero haciendo extensiva además la responsabilidad a la obra social coaccionada.

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 22 días del mes de marzo de dos mil diecinueve, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala 3ª, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados ?G. O. C/ NÚÑEZ RODOLFO Y POLANCO ESTEBAN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara doctores Liliana E.

Abreut de Begher- Patricia Barbieri- Víctor Fernando Liberman.- A la cuestión propuesta la doctora Liliana E. Abreut de Begher, dijo: I) Apelación: Contra la sentencia de fs. 1183/1220 apela la parte actora a fs. 1221, Federación Patronal Seguros S.A a fs. 1223, el codemandado Lafourcade a fs. 1225, los co-accionados Polanco (desistido luego a fs. 1240) y Núñez a fs. 1226 y por último, el Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA) a fs. 1230 (desistido a fs. 238), con recursos concedidos libremente a fs. 1222, 1224 y 1231. A fs. 1238 IOMA y a fs. 1240 el Sr. Polanco desistieron de los recursos de apelación interpuestos contra el pronunciamiento de grado. A fs. 1241/1251, 1252/1262, 1263/1273 y 1274/1280 las partes expresaron agravios. Corridos los pertinentes traslados, los mismos han sido contestados a fs. 1282/1284, 1285/1290, 1291/1293, 1294/1295, 1296/1300, 1301/1307, 1308/1315 y 1316/1323.- Con el consentimiento del auto de fs. 1325 vta quedaron los presentes en estado de resolver.- II) La Sentencia: El pronunciamiento de la anterior instancia: a) Rechazó la demanda interpuesta por el actor - y continuada por sus herederos- contra el Sr. Esteban Rubén Polanco, y consecuentemente desestimó la citación en garantía respecto de la Economía Comercial S.A de Seguros Generales, con costas conforme a lo dispuesto en el considerando respectivo; b) Hizo lugar parcialmente a la acción intentada, y en consecuencia, condenó en forma concurrente al Sr. Eduardo Segundo Lafourcade y Rodolfo Guillermo Núñez al pago de la suma de \$ 535.000 con más sus intereses y costas del proceso dentro de los diez días de notificados e hizo extensiva la condena en los límites del seguro a la citada en garantía Federación Patronal Seguros S.A; c) Rechazó la citación efectuada respecto de IOMA, con costas a la empresa de seguros que propicio su intervención y d) Hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por Provincia Seguros S.A.,. Por último, se difirió la regulación de honorarios de los

profesionales intervinientes para el momento en que exista liquidación definitiva.- III.- Agravios: El codemandado Lafourcade vierte sus agravios a fs. 1241/1251.- Luego de varias aseveraciones, aduce que, el abandono del paciente fue la verdadera causa de la demora diagnóstica ante la imposibilidad de considerar la novedad de signos y síntomas que el Sr. G. no refirió en marzo del año 2003.- Afirma que la anterior sentenciante hizo caso omiso a lo que manifestaron los peritos que opinaron en autos acerca de esa circunstancia y no lo hicieron con el impropio criterio adoptado en la sentencia.- Sostiene, por otro lado, que no existen constancias en autos de que el fallecimiento del señor G. con fecha 26 de diciembre del año 2015 se haya producido como consecuencia de la evolución del linfoma. Agrega que tanto al momento de las consultas del actor con el Dr. Lafourcade (03/2003) como al momento del diagnóstico del linfoma en mayo de 2005, el Sr. G. no tenía chances de curación por cuanto se hallaba, en el mejor de los casos, en un estadio III de su patología el cual, conforme la terapéutica existente a la fecha, podría posibilitar una mejor o mayor sobrevida con remisiones temporarias, pero no una curación.- Luego de ello, establece que la sobrevida del actor (12 años y nueve meses desde la última consulta con el Dr. Lafourcade hasta el fallecimiento del mismo) superó las chances de sobrevida que el paciente tenía en la primera fecha, por lo que el paso del tiempo evidenció que no perdió ninguna de las chances realmente existentes.- Menciona las conclusiones a las que arribará el perito oncóloga que intervino en autos.- Posteriormente, se alza por considerar desacertado haber aplicado retroactivamente el Código Civil y Comercial de la Nación a los fines de cuantificar los daños sufridos por el accionante como asimismo por entender elevados los montos concedidos por ante la anterior instancia.- El co-accionado Núñez esboza sus quejas a fs. 1252/1262.- Asevera que conforme surge del informe obrante a fs. 49, su parte informó al Dr. Lafourcade el resultado de la biopsia efectuada mediante técnicas simples indicando que el resultado era una ?adenitis reactiva? pero agregando que se debía ?correlacionar con datos clínicos?. Es decir, advirtió al médico tratante que debía verificar si dicho diagnóstico era compatible con la clínica del paciente, lo que le hubiese permitido definir si resultaba necesario un estudio de alta complejidad para reconfirmar el primer informe.- Posteriormente, invoca quejas similares a las expuestas en el libelo procesal del co-demandado Lafourcade.- La parte actora, por su lado, se agravia a fs. 1263/1273 por

encontrarse disconforme con el rechazo de la demanda respecto del Sr. Esteban Rubén Polanco y IOMA, la limitación de la responsabilidad de la compañía aseguradora, por encontrarse discordante con la tasa de interés aplicada, la desestimación del pedido de actualización monetaria y la manera en que se impusieron las costas de la anterior instancia.- Federación Patronal Seguros S.A se adhirió a los fundamentos vertidos por los Dres. Lafourcade y Núñez.- Sin perjuicio de ello, se alza también por considerar desacertada la imposición de costas por la citación como tercero en los términos del art. 94 del CPCCN de IOMA y de Provincia Seguros S.A y la tasa de interés aplicada al sub-lite.- IV.-Responsabilidad: En primer término, corresponde aclarar que entiendo que resulta de aplicación al caso lo dispuesto por la normativa contenida en el Código Civil, hoy derogado, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente vigente. a) Dres. Lafourcade y Núñez: Corresponde dejar sentado que la relación médico-paciente - cuando existe un acuerdo de voluntades en donde aquel se obliga a prestar sus servicios profesionales- es de naturaleza contractual. Por lo tanto, desde dicha órbita será analizado el presente caso. Así, las obligaciones nacidas de la relación médico paciente son de naturaleza contractual y regidas, por lo tanto, por los arts. 499, 512, 519, 520, 521 y 902 del Código Civil. En consecuencia, son presupuestos de la responsabilidad médica, la existencia del daño, la relación de causalidad adecuada entre este y la conducta imputada y el carácter antijurídico de tal conducta, consistente en un incumplimiento de las obligaciones asumidas a título de dolo o culpa (conf. Yungano-López-Poggi-Bruno, Responsabilidad profesional de los médicos: cuestiones civiles, penales, médico-legales, deontológicas, Universidad, Buenos Aires, 1986, págs. 134 y 55; Cazeaux-Trigo Represas, Obligaciones, T. I, pág. 316 y 367; CNCivil y Comercial San Isidro, Sala 2da., 1/6/1990, "Basabilvaso, M. A. c/ Prata, Ernesto", JA 29/5/1991, pág. 11). Nuestra doctrina y jurisprudencia es casi unánime al sostener que se trata principalmente de una obligación de "medios" o "de atención" u "obligación de actividad" (conf. Llambías, J. J., Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, T. I, págs. 207, 211, nums. 171 y 172; Alsina Atienza D., "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y de resultado", JA 1958-III-587; Bustamante Alsina, J., Teoría General de la Responsabilidad Civil, p g. 501, n. 1376; Bueres, A., Responsabilidad Civil de los médicos, pág 183; CNCivil Sala C, LL 115-116; CNCivil Sala D, 9/9/1989, "F.M.M. c/ Hospital Ramos Mejía", del voto del Dr. Bueres, publicado en LL 1990-E-415). Por ello, en las obligaciones de medio el deudor no se compromete a un resultado sino que pone de su parte los medios conducentes para que el acreedor pueda obtener el resultado. De ahí que se dice que los médicos tienen una obligación de medios y no de resultado, cuya obligación consiste en arbitrar los medios adecuados para la recuperación del paciente, quedando a cargo de este la prueba que al brindar los medios empleados, se incurrió en imprudencia, impericia o negligencia. Incumbe al paciente la prueba de la culpa del médico (Bustamante Alsina, Jorge, "Prueba de al culpa", LL 99-892, entre otros). Entonces, la llamada culpa profesional es la impericia, negligencia o imprudencia en el ejercicio de la profesión, pero que se regula por los principios generales de la culpa. Debe señalarse, conforme con lo ha establecido la doctrina que "La culpa profesional es la culpa común o corriente emanada, en lo esencial, del contenido de los arts.512, 902 y 909 del Cód. Civil y se rige por los principios generales en materia de comportamiento ilícito. El tipo de comparación debe ser el de un profesional prudente y diligente de la categoría o clase en la que queda encuadrar al deudor en cada caso concreto" (conf. Despacho de comisión aprobado en V Jornadas Rioplatenses de Derecho, celebrada en San Isidro en junio de 1989). De esta forma, se descartan aquellas teorías que hablan de la culpa médica o profesional especial, según las cuales los profesionales no respondían sino de la negligencia profesional grave, patente o grosera. En cuanto a la carga de la prueba (conf. art. 377 CPCC), es principio general que pesa sobre quien ha sufrido un daño, o sea el paciente o la víctima. Este debe demostrar que el médico ha obrado con imprudencia o negligencia, o impericia, ya sea en la intervención quirúrgica que le haya practicado, en la confección del diagnóstico, etc. O sea que el paciente debe acreditar la culpa que imputa al médico en el desarrollo de su tratamiento o en la realización de la intervención quirúrgica, demostrando la existencia de negligencia. A esta altura del desarrollo teórico considero conveniente destacar la denominada "teoría de las cargas probatorias dinámicas", es decir, aquella que le impone la carga a quien está en mejores condiciones de probar: "...ambas partes deben acreditar sus derechos y desvirtuar sus responsabilidades, como forma de colaborar en el logro de una aplicación justa del derecho, pero es evidente que la carga pesa sobre quien se encuentra en mejor situación para producir pruebas, en el caso, el médico, ya que es quien tiene los conocimientos técnicos necesarios para explicar los hechos ocurridos y la vivencia directa de ellos" (conf. Mosset Iturraspe, Responsabilidad Civil del medico, pág. 260; Lorenzetti, Responsabilidad Civil del médico", pág. 266; CNCivil Sala I, 25/10/1990, "Favill, Humberto c/ Piñeyro, J. y otro", voto de Borda de Radaelli, en LL 5/8/1991, pág.3). Sentado lo expuesto, corresponde analizar los agravios esbozados a la luz de las probanzas de la causa (conf. arts. 377 y 386 CPCC). A fs. 458/468 obra el informe presentado por la especialista en oncología designada de oficio, Dra. Viviana Inés Sánchez.- La conocedora adujo que ante un cuadro de poliadenopatías especialmente con compromiso supraclavicular con una biopsia no concluyente por técnicas habituales, y que informa ?adenitis reactiva?, amerita continuar con técnicas que permitan realizar un diagnóstico diferencial.- Indicó que las técnicas de Inmunohistoquímica para diagnóstico diferencial entre patología presumiblemente neoplastica e inespecífica ya eran de

uso habitual en el año 2003.- Agregó que en base a las técnicas utilizadas por el Dr. Núñez, el diagnóstico se relacionó con hallazgos histológicos, pero habiéndose realizado la revisión posterior de la muestra con otras técnicas de diagnóstico (en la Academia Nacional de Medicina), se informó patología neoplásica, la cual no pudo ser diagnosticado con las técnicas básicas de rutina utilizadas en la primera oportunidad.- Si bien la experta indicó que en el diagnóstico del Dr. Núñez se refirió que él mismo se debía correlacionar con los datos clínicos, no es menos cierto que estableció que ante este diagnóstico inespecífico y no coincidente con el cuadro clínico del paciente, se debió de haber incluido nuevos estudios de imágenes de mayor complejidad (ecografías y tomografías), realizar otras técnicas de diagnóstico anatomo-patológico y eventualmente realizar una nueva biopsia que permita obtener material más representativo y poder arribar a un diagnóstico de certeza. Aseveró que en el año 2003 el Sr. G. presentaba patología en estadio III por compromiso a ambos lados del diafragma y en más de una zona anatómica, no siendo evaluada en esa oportunidad la médula ósea, y que dos años después el compromiso ganglionar era mayor con positividad de ésta. Añadió que al no haber estudios que lo certifiquen, no se puede aseverar que en dos años el paciente evolucionó de un estadio III a IV pero tal situación es muy factible (la negrita me pertenece). Luego de ello, explicó que no es usual confundir una adenitis reactiva con un linfoma folicular cuando se realizan todas las técnicas necesarias para abordar a un diagnóstico definitivo, aunque morfológicamente sí.- Aclaró que la concepción antigua de que el Linfoma Folicular no tenía tratamiento y siempre el paciente iba a morir por su enfermedad cambió en los últimos diez años (la pericia fue presentada en octubre de 2010), teniendo altas posibilidades de curación o remisión prolongada que le permiten a los pacientes acceso a nuevos tratamientos no disponibles históricamente.- Finalizó al asegurar que el paciente no fue correctamente estudiado y estadificado. Al no contar con una biopsia de médula ósea de esa fecha no resulta posible realizar una evaluación de estadio -y qué tratamiento debería de haber recibido-, y deducir que sí en el año 2003 el paciente no tenía infiltración de médula ósea, se encontraba transitando el estadio III y no uno IV como lo fue en el año 2005, y aunque los esquemas son similares. La carga tumoral es diferente y el porcentaje de respuesta obtenida es menor cuanto mayor es el compromiso general de la patología.- A fs. 930/932 la oncóloga interviniente presentó la ampliación a su informe preliminar.- En dicha presentación procesal se aclaró que la aparición de adenomegalias a nivel inguinal amerita descartar diagnóstico de linfoma, sífilis, linfogranuloma venéreo, tumor de origen anal o pelviano, cancroide y herpes y las adenomegalias supraclaviculares pueden tener origen en linfomas, tumores digestivos y pulmonares, no correspondiendo- entonces- los estudios solicitados con la evaluación completa de las posibles patologías que podría haber tenido el Sr. G.- Por si ello no fuera suficiente, a fs. 999/1005 obra la pericia médica efectuada por el médico clínico desasinculado de oficio, Dr. Arena.- El especialista adujo que en el mes de febrero del año 2003 el Dr. Lafourcade solicitó realizar radiografía de tórax, laboratorio de sangre y orina y biopsia ganglionar.- Recalcó que el resultado de la radiografía de tórax fue normal, el laboratorio de sangre y orina estándar y el informe de la biopsia de ganglio inguinal realizada el 14 de marzo de aquel año indicó la existencia de una adenitis reactiva.- Aseguró que de los resultados de los estudios de laboratorio y radiografía realizados al actor en febrero de 2003 no surgieron datos que permitieran suponer la presencia de una enfermedad tumoral pero del examen físico sí, ya que para realizar biopsia de esa tumoración debía ser lo suficientemente llamativa para realizar un procedimiento cruento e invasivo a un paciente joven que concurre a la consulta presentando dicha tumoración inguinal y que al realizar el examen físico descartó que se trataba de una hernia inguinal. Informó que el patólogo debió utilizar las técnicas necesarias para llegar al diagnóstico de certeza como se llegó dos años después con el mismo taco de biopsia en la Academia Nacional de Medicina. Destacó que en ninguna foja del expediente consta que el actor haya presentado lesión traumática o escoriación que justificara una adenitis reactiva a cualquier proceso inflamatorio de origen específico o inespecífico. Refirió que el médico clínico debería de haber solicitado al patólogo que ahonde más en el diagnóstico si no encontraba concordancia entre lo informado y la clínica del paciente. El patólogo debió de requerir al clínico todos los datos del caso para dar certeza en el diagnóstico con el taco de biopsia. Luego de ello, indicó que el actor debió continuar con las consultas ya que los síntomas persistían (sudoración nocturna, adelgazamiento, masas palpables, pérdida de apetito y astenia) y se agravaron con el paso del tiempo, y al ser interrogado sobre este punto, reconoció al perito que ?...debió realizar más consultas y no lo hizo...?, siendo poco habitual la conducta del paciente que persiste con sintomatología. Aseveró que el Sr. G. perdió la chance de tratamiento durante casi dos años. Finalizó al asegurar que la medida de supervivencia de un paciente con una patología como la del accionante es estimada en 8 a 15 años. A fs. 1020/1021 y 1022 el codemandado Lafourcade y Federación Patronal Seguros S.A requirieron explicaciones e impugnaron la pericia ?ut supra? señalada. A fs. 1032/1034 el Dr. Arena ratificó que es de buena práctica ante un diagnóstico anatomo-patológico que no se condice con el cuadro clínico del paciente, que el facultativo insista y exija al anatomopatologo que agote todos los recursos a su disposición. Es llamativo que con la misma muestra se haya llegado a un diagnóstico certero en la Academia Nacional de Medicina, dos años después.- Indicó, en esta nueva presentación, que el Tratado de Medicina Interna de Harrison establece que para el estudio de una adenopatía inguinal de nueva aparición se deberá realizar biopsia gangliar, como se hizo en este caso, y también

debería de haberse enviado material a cultivo (la negrita me pertenece), circunstancia que no se realizó en su oportunidad. Llegados a esta altura corresponde destacar que si bien ambas pericias fueron objeto de pedido de explicaciones o impugnaciones, entiendo que ninguno de los fundamentos ensayados lograron conmovir las sólidas y semejantes conclusiones a las que arribarán ambos profesionales, por lo que estaré a sus conclusiones (conf. art. 477 del CPCCN). No debe perderse de vista que el médico tiene el deber de actuar prudentemente en todo momento, pero sobre todo al diagnosticar, ello, porque el error de diagnóstico suele convertirse rápidamente en error de tratamiento y en pérdidas de tiempos terapéuticos valiosos, con consecuencias muchas veces letales o severamente dañosas. Es que el médico no tiene prohibido errar, ni siempre su error acarrea su responsabilidad. Pero no puede errar por culpa, esto es, por comodidad, por ligereza, por falta de estudios, por carencia de exámenes, por falta de preparación técnica, entre otros múltiples factores. En estos últimos supuestos el error sí responsabiliza.- En resumidas cuentas, entiendo -por todos los fundamentos esgrimidos anteriormente- que la responsabilidad endilgada a los codemandados Lafourcade y Núñez debe ser confirmada, lo que así propongo al acuerdo.- b) Responsabilidad de IOMA.- Debo adelantar que la decisión de grado debe revocarse en cuanto desestimó la demanda interpuesta contra IOMA, y en su virtud, condenar a esta última conjuntamente con los Dres. Lafourcade y Núñez a resarcir a los herederos del actor por los daños que guarden relación de causalidad con el error de diagnóstico cometido, por los fundamentos que a continuación expondré. He de destacar que el compromiso de IOMA consiste en prestar asistencia médica. La norma de creación del Instituto demandado (Ley 6982, TEXTO ORDENADO POR DECRETO N° 179/87 INSTITUTO OBRA MÉDICO ASISTENCIAL (I.O.M.A.) CON LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LAS LEYES 10.744, 10.861, 13123, 13483 y 13965) dice en su artículo 1: "Ratificase la creación del Instituto de Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.), que funcionará como entidad autárquica con capacidad para actuar pública y privadamente de acuerdo con las funciones establecidas en la presente ley y realizará en la Provincia todos los fines del Estado en materia Médico Asistencial para sus agentes en actividad o pasividad y para sectores de la actividad pública y privada que adhieran a su régimen. La actividad del Organismo se orientará en la planificación de un sistema sanitario asistencial para todo el ámbito de la Provincia, teniendo como premisa fundamental la libre elección del médico por parte de los usuarios, reafirmando el sistema de Obra Social abierta y arancelada?". En el artículo 7 se dejó expresa constancia que "El Directorio tendrá los siguientes derechos y obligaciones: a) Elegir de entre sus miembros, en la sesión constitutiva un (1) vicepresidente para reemplazo eventual o transitorio del Presidente; b) Representar en juicio a la entidad como demandante o demandado y hacer transacciones judiciales o extrajudiciales para lo cuál otorgará los poderes que estime convenientes; c) Administrar los bienes del I.O.M.A., llevando el inventario general de los mismos; d) Celebrar toda clase de contratos?". Sobre este último aspecto, la ley 6982 fue reglamentada por Decreto 7.881/84 donde se aclaró "...f) La prestación asistencial se realizará por los prestadores inscriptos en el Instituto a través de sus entidades representativas, o en forma individual. El I.O.M.A. efectuará los controles e inspecciones correspondientes, quedando facultado el H. Directorio, a procurar por sí, o por intermedio de los Organismos Técnicos competentes la tipificación y acreditación de los servicios?". Es decir, debe proporcionar a los beneficiarios las siguientes prestaciones médicas y en el cumplimiento de esta obligación lo puede hacer la obra social por sí misma o -como suele ocurrir- por medio de otros, en cuyo caso, doctrinaria y jurisprudencialmente, se ha encuadrado la situación en la figura de la estipulación en favor de terceros (art. 504 del Código Civil). La ley 11.109 de la Provincia de Buenos Aires reza en su artículo 1° (Texto según Ley 13498) "Establécese que todos los Establecimientos Sanitarios Públicos, provinciales y municipales, serán prestadores de la Obra Social de la Provincia de Buenos Aires (I.O.M.A.). Asimismo que "a los efectos del artículo anterior, la efectivización de la prestación, se hará, ante la sola presentación de la documentación que acredite al paciente como afiliado del I.O.M.A." (art. 2). El art. 3° de dicha ley aclara que "Los Establecimientos Sanitarios nacionales públicos que desarrollen sus actividades dentro del ámbito de la Provincia de Buenos Aires, podrán adherirse como prestadores de la Obra Social de la Provincia de Buenos Aires (I.O.M.A.), siendo, en tal caso, de aplicación las disposiciones de la presente ley?". En este marco, debe tenerse igualmente en especial consideración que, conforme al artículo 16 de la ley provincial 6982, la afiliación al IOMA es obligatoria para todos los agentes en relación de dependencia con el Estado Provincial, circunstancia que obstaculiza la elección de otra obra social que no sea la señalada. El hecho de que la entidad haya formalizado esta estipulación en favor de terceros en beneficio de sus afiliados, no implica que su responsabilidad hacia él quede eliminada o disminuida. Si la obra social es quien tiene a su cargo el deber asistencial, ha de responder por su incumplimiento, sin que interese que para la ejecución de tal deber haya tenido que contratar a su vez con terceros, ya que al afiliado en principio le resulta indiferente que su "deudor" cumpla por sí mismo o valiéndose de otras personas, bastándole con obtener la satisfacción de sus acreencias. La obra social debe responder por el incumplimiento de la prestación de salud a su cargo que delegó en determinados sanatorios y profesionales, pues al comprometerse a prestar asistencia a sus afiliados a través de los médicos o los nosocomios que proporciona, y no de otros, es responsable por el servicio que estos presten, de modo que si obran con culpa o negligencia, deben satisfacer al paciente abonando los daños y perjuicios que tal actitud le haya ocasionado (conf. Lorenzetti, R.L.,

La Empresa Médica, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1998, p. 98/99 y sus citas; Sagarna, Fernando Alfredo, "Responsabilidad civil de la obra social, del instituto asistencial y de los médicos ante un parto", en La Ley 1996-D, p. 711; Ghersi, Carlos A., "Responsabilidad médica. Culpabilidad y riesgo asumido", en La Ley 1987-B, p. 319; López Herrera, Edgardo, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 594; Blanco, Marcelo R., "Responsabilidad de los entes asistenciales por la prestación de servicios médicos", en Jurisprudencia Argentina 1993- II, p. 864; Bustamante Alsina, Jorge, "Responsabilidad civil de las obras sociales por mala praxis en la atención médica de un beneficiario", en La Ley 1998-A, p. 404). El vínculo jurídico que liga a las obras sociales con sus afiliados conlleva, asimismo, un deber de seguridad, que implica que deben garantizar no solo que el servicio sea prestado, sino que además debe serlo en condiciones tales que aseguren su indemnidad (cf. C.N.Civ., sala A, L. 45.454, del 15/6/89; íd., sala C, "Jiménez, Segundo C. c/ Centro Materno Infantil María Eva", del 8/2/01, en Jurisprudencia Argentina 2001-IV, síntesis; íd., sala D., L. 32.354, del 8/3/02; íd., sala E, L. 196.516, del 14/8/96; íd., esta sala G, L. 344.801, del 5/9/02; íd., sala I, "F., M.N. c/ V., G.D.", del 23/6/00, en Jurisprudencia Argentina 2002-II, síntesis; íd., sala K, "Titarelli de Mancuso, Nélida c/ Lauricella, Miguel", del 19/4/01, en Jurisprudencia Argentina 2001-III, p. 690, y L. 42.250, del 17/4/06; íd., sala L, L. 50.862, del 14/3/97; íd., sala M, L. 184.938, del 6/5/96). Se trata de un deber paralelo de seguridad que encuentra fundamento bastante en la primera parte del art. 1198 del Código Civil y que consiste en resguardar la indemnidad del paciente mediante la eficiente prestación asistencial, pues no solo debe brindársele la atención necesaria, sino que además ello debe hacerse en la forma más segura posible (cf. C.N.Civ., Sala G, L. 354.406). Tal como lo ha decidido la Corte Suprema en reiteradas ocasiones, quien contrae la obligación de prestar un servicio -en este caso de asistencia a la salud- lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (cf. Fallos: 306:2030; 307:821; 312:343; 315:1892; 317:1921 y 322:1393). El adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan solo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto en cualquiera de sus partes, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su control (Fallos: 306:178; 317:1921; 322:1393; 329:2688). En este sentido, hago notar que esta última no le proporciona dinero al afiliado para que este costee un tratamiento o una intervención quirúrgica con el profesional o en la institución que prefiera, sino que le ofrece atención médica a través de los prestadores que ella contrata. La prestación -salvo en los supuestos de reintegros, que no se configuran en el caso- no es dineraria, sino en especie (conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G Vera de Godoy, Gladys y otro c. C., N. y otros - 08/11/2011, Publicado en: RCyS 2012-I,124, JA 2012-02-01, 41, Cita online: AR/JUR/74962/2011).- Va de suyo, entonces, que no puede eximirse de responsabilidad a la obra social, con el argumento de que la actora tuvo libertad de elegir el establecimiento en el que podía atenderse, pues realidad es que estaba obligada a optar entre alguno de los prestadores de la cartilla proporcionado por aquella. Con ese criterio solo habría un sistema cerrado, si el médico o el establecimiento asistencial ofrecidos a los afiliados fueran únicos, ya que únicamente en tal hipótesis extrema no existiría posibilidad alguna de elección. (cf. arg. C.N.Civ., Sala, L. 466.039, del 19/3/07). El art. 22 de la ley provincial 6982 dice ?...el Instituto otorgará a los afiliados las siguientes prestaciones: a) Medicina General y especializada en consultorio y domicilio, b) Internaciones en establecimientos asistenciales.... Dichos servicios serán prestados por el profesional que elija el afiliado dentro de los adheridos a este régimen asistencial...? (la negrita me pertenece). Claramente la libertad de elección no es tal cuando uno se encuentra limitado a una lista que provee la obra social. La posibilidad de elegir el médico o la clínica dentro de una lista cerrada restringe sensiblemente la esfera de libertad de los interesados y justifica extender el deber de responder de las obras sociales hasta el afianzamiento de los actos culposos de los médicos (Bueres, Alberto J., Responsabilidad Civil de los Médicos, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, t. I, p. 470 y ss.; Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. II, p. 484 y Sala ?D? de esta Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en autos ?Velasquez Dina Raquel y otro c/Grupo Plaza Médico & Asociados S.A y otros s/Daños y Perjuicios? de fecha 17 de junio del año 2013).- Bajo tales premisas, la circunstancia de que no se encuentre ya discutida la atribución de responsabilidad en función de lo decidido en el apartado anterior, en tanto se comprobó la deficiente atención que se le proporcionó al Sr. O. G., hace que necesariamente la obra social demandada IOMA también deba responder, admitiendo los agravios introducidos por la parte actora, con costas a de ambas instancias a cargo de la vencida (art. 68 CPCCN).- c) Responsabilidad del co-demandado Polanco: Si bien tengo dicho que la responsabilidad emergente de la relación médico-paciente cubre no sólo al médico que interviene en la asistencia del paciente sino, además, a sus auxiliares y también a las instituciones en las que se presta el servicio, reconociéndose también una responsabilidad contractual directa de la institución asistencial (Alberto Bueres, Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos, pág. 32 y 71; Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, T V, 3era.ed, 1996, pág.646), el

presupuesto que se da en el caso de autos me lleva a propiciar la confirmación del fallo cuestionado en cuanto rechazó la demanda contra el co-accionado Polanco.- Ello así, ya que de la prueba producida por ante la anterior instancia se desprende la inexistencia de una relación de subordinación entre el Sr. Polanco y el co-demandado Lafourcade, encontrándose vinculados solamente por un contrato de alquiler de un consultorio en el centro de asistencia médica que lleva el nombre del co-accionado Polanco.- No puedo dejar de destacar que a fs. 1065 el Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires, Distrito V, informó que en el año 2003 el Dr. Esteban Polanco poseía un consultorio habilitado en el partido de Pilar (calle Lorenzo López ...) y que su especialidad era el diagnóstico por imágenes, resultando que a la misma época el médico clínico demandado por error de diagnóstico tenía habilitado su domicilio en el mismo lugar.- Fíjese, también, que a fs. 643 el Circulo Médico de Pilar refirió que los profesionales asociados a la institución de referencia percibían honorarios de su propia facturación por lo cual el Sr. Polanco nunca pudo percibir a través de ella honorarios por las consultas efectuadas por los otros médicos que practicaban su oficio en aquella ubicación.- Por otro lado, de los testimonios obrantes a fs. 490/491, 692/693 y 772 se desprende que diferentes especialistas alquilaban un consultorio mensualmente en el Centro médico del Dr. Polanco, habiendo sido reconocidas por el propio Lafourcade las facturas por el pago de alquiler mensual del consultorio obrantes a fs. 162/178.- En virtud de dichas premisas, propongo al acuerdo la confirmación del fallo sobre el particular.- V.- Rubros Indemnizatorios: Previo al análisis de los ítems que integran el reclamo original efectuado por el Sr. O. G., debo destacar que con las constancias acompañadas a fs. 1113 y 1115 se tuvo por acreditado el fallecimiento del actor el día 26 de diciembre del año 2015, por lo que los daños reclamados y acreditados serán tenidos en cuenta hasta esa fecha, momento en que el contenido patrimonial de la reparación o resarcimiento fue transmitido a sus herederos que continuaron la acción procesal, ya que estos no hubiesen podido iniciarla iure hereditatis si el causante no la hubiere comenzado en vida.- Conforme lo ha sostenido la jurisprudencia cuando la víctima fallece luego de un proceso más o menos prolongado, y hubiera podido sufrir un daño patrimonial o moral mientras duró su vida en tales condiciones, la indemnización reclamada pasa a sus herederos ¿iuris hereditatis?, (Cf. CNCiv. Sala 2ª, ¿Fabricatore Luis y otro c/ Instituto Servicios Sociales Bancarios y otros s/ ordinario?, sumario 166.090 del 26-3-96, ídem Sala 3ª ¿Breglia Mónica Viviana c/ TIM Tecnología Integral Médica y otros s/ daños y perjuicios? del 11-7-02, sumario 338.854).- a) Incapacidad Psíquica/Tratamiento Psicoterapéutico: La Sra. Juez de grado concedió la cantidad de \$ 150.000 bajo el ítem incapacidad psíquica y el monto de pesos 70.000 por el tratamiento psicoterapéutico reconocido.- A fs. 582/588 obra la pericia efectuada por la especialista desasinculada de oficio, Licenciada Barragan.- La concedora estableció que la demora en la iniciación del tratamiento y el error en el diagnóstico provocó un daño psíquico que lo fijaba en un cuadro depresivo.- Afirmó que se trataba de una depresión severa (3.9.3) que le ocasionaba una incapacidad psíquica del 40 % según el baremo de los Dres. Silva y Castex. Recomendó, asimismo, la realización de un tratamiento en la materia durante el tiempo de vida del actor, a un costo mensual total del tratamiento de \$ 2.400.- Si bien dichas conclusiones fueron cuestionadas a fs. 630/631, entiendo que ninguno de los fundamentos ensayados lograron conmovir el criterio utilizado por la especialista de autos, máxime si se tiene en consideración que a fs. 662/672 la concedora ratificó su informe original, por lo que estaré a sus conclusiones (art. 477 CPCC).- Es dable recordar, ahora, que los porcentajes de incapacidad no atan a los jueces sino que son un elemento que sirve para orientar y estimar la gravedad del daño padecido, cuya cuantificación debe realizarse evaluando, entre otras cosas, las circunstancias personales de la víctima. La indemnización por incapacidad sobreviniente -que debe estimarse sobre la base de un daño cierto - procura el resarcimiento de aquellos daños que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada, no solo en su faz netamente laboral o productiva sino en toda su vida de relación (social, cultural, deportiva e individual) (Mosset Iturraspe, Jorge y Ackerman, Mario E., El valor de la vida humana, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, pág. 63 y 64). Entraña la pérdida o la aminoración de potencialidades de que gozaba el afectado, teniendo en cuenta de modo predominante sus condiciones personales. Habrá incapacidad sobreviniente cuando se verifica luego de concluida la etapa inmediata de curación y convalecencia y cuando no se ha logrado total o parcialmente el restablecimiento de la víctima. (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, 2ª ed., ¿Daños a las personas?, pág. 343; CSJN, Fallos: 315:2834, in re ¿Pose, José D. c. Provincia de Chubut y otra?, 01/12/1992).- Por ello, la reparación comprende no sólo el aspecto laborativo, sino también todas las consecuencias que afectan la personalidad íntegramente considerada. En general, se entiende que hay incapacidad sobreviniente cuando se verifica luego de concluida la etapa inmediata de curación y convalecencia y cuando no se ha logrado total o parcialmente el restablecimiento de la víctima. (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, 2ª ed., ¿Daños a las personas?, p. 343).- En tal sentido es uniforme la jurisprudencia en el sentido que la finalidad de la indemnización es procurar restablecer exactamente como sea posible el equilibrio destruido por el hecho ilícito, para colocar a la víctima a expensas del responsable, en la misma o parecida situación patrimonial a la que hubiese hallado si aquél no hubiese sucedido. Justamente, cuando al fijar los montos se establecen sumas que no guardan relación adecuada con la magnitud del daño y con las condiciones personales de la víctima, ello provoca un enriquecimiento sin causa de la víctima, con el correlativo

empobrecimiento del responsable.- Se ha insistido recientemente, más aún desde la sanción del Código Civil y Comercial -especialmente me refiero al art. 1746-, que para el cálculo de las indemnizaciones por incapacidad o muerte, debe partirse del empleo de fórmulas matemáticas, que proporcionan una metodología común para supuestos similares. Nos ilustran Pizarro y Vallespinos que "No se trata de alcanzar predicciones o vaticinios absolutos en el caso concreto, pues la existencia humana es por sí misma riesgosa y nada permite asegurar, con certidumbre, qué podría haber sucedido en caso de no haber ocurrido el infortunio que generó la incapacidad o la muerte. Lo que se procura es algo distinto: efectuar una proyección razonable, sin visos de exactitud absoluta, que atienda a aquello que regularmente sucede en la generalidad de los casos, conforme el curso ordinario de las cosas. Desde esta perspectiva, las matemáticas y la estadística pueden brindar herramientas útiles que el juzgador en modo alguno puede desdeñar" (Pizarro, Obligaciones, Hammurabi, T 4, pág. 317). Es que no debe olvidarse que el principio de reparación integral, ahora denominado de "reparación plena" (conf. art.1740 CCC) -que, como lo ha declarado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene status constitucional (Fallos, 321:487 y 327:3753, entre otros)- importa, como lógica consecuencia, que la indemnización debe poner a la víctima en la misma situación que tenía antes del hecho dañoso (art.1083 CC). Resulta adecuado a esos efectos el empleo de cálculos matemáticos para tratar de reflejar de la manera más exacta posible el perjuicio patrimonial experimentado por el damnificado. Para utilizar criterios matemáticos, debemos ponderar los ingresos de la víctima - acreditados en el expediente -, las tareas desarrolladas al momento del hecho, cuales se vio impedido de seguir realizándolas y las posibilidades de ingresos futuros, suma final que invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener una renta mensual equivalentes a los ingresos frustrados por el ilícito, de manera que el capital de condena se agote al final del periodo de vida económica activa del damnificado. Así se tiene en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir, y por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio (Zavala de González, Resarcimiento de daños. Daños a las personas, Hammurabi, 1993, T. 2a, pág.523).- Si bien existen diversas fórmulas de cálculo con variantes (ej. "Vuoto?", "Marshall?", "Las Heras-Requena?", etc.) para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua, o en su caso, en forma más justa, con una fórmula de valor presente de rentas variables (y probables) (ver sobre estos aspectos Acciarri, Hugo - Testa, Matías I., "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muertes", La Ley del 9/2/2011, pág. 2; y mismo autor, "Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad", RCCy C 2016 (noviembre), 17/11/2026,3), lo cierto es que el juzgador no tiene porqué atarse férreamente a ellas, sino que llevan únicamente a una primera aproximación, o sea, una base, a partir del cual el juez puede y debe realizar las correcciones necesarias atendiendo a las particularidades del caso concreto (Pizarro-Vallespinos, op. cit., T 4, pág. 318; Zavala de González, op. cit., T 2a, pág. 504). Por ende, no corresponde otorgar a la víctima, sin más, la suma que en cada caso resulte de la aplicación rígida de la fórmula mencionada, sino que ella servirá simplemente como pauta orientadora para un resarcimiento pleno. De allí que en materia civil y a los fines de su valoración, no puedan establecerse pautas fijas por cuanto habrá de atenderse a circunstancias de hecho variables en cada caso en particular. Al tratarse de una reparación integral, para que la indemnización sea justa y equitativa deben apreciarse diversos elementos y circunstancias de la víctima, tales como su edad, sexo, formación educativa, ocupación laboral y condición socioeconómica (esta Sala, in re "Cabrera, Oscar Alejandro c/ Cergneaux, Elvio Omar y otros s/ daños y perjuicios", R. 539.455, 19/03/2010; in re "Echazu, César Oscar c/ Rebori, Tomás Esteban y otro s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)", R. 544.834, del 30/03/2010).- Por otra parte, cabe destacar que los porcentuales de incapacidad que se determinan en los dictámenes periciales no constituyen un dato rígido sobre el cual deben establecerse las indemnizaciones pues estas no son tarifadas, sino que dichas incapacidades deben ser meditadas por el juzgador en función de pautas razonablemente generales, siempre con un criterio flexible, para que el resarcimiento pueda ser la traducción lo más real posible del valor verdadero y concreto del deterioro sufrido.- Por todo lo expuesto, teniendo en consideración las características personales del actor, de 38 años y especialmente la circunstancia que sobrevivió casi 13 años luego del "error médico", y que no se encuentra acreditada la causa de su deceso, y demás constancias obrantes en el BLSG N° 101.589/07 estimo que si bien las partidas requeridas resultan procedentes, opino que son elevadas en atención a la enfermedad que padeció independientemente del diagnóstico médico. Por ello propongo al acuerdo la reducción de la suma concedida bajo para resarcir la incapacidad psicológica acreditada al monto de pesos cien mil (\$100.000) y el destinado para afrontar el tratamiento psicoterapéutico recomendado por la especialista a la suma de pesos treinta y cinco mil (\$35.000) (conf. art. 165 CPCCN).- b) Gastos Médicos y de Transporte: La anterior magistrado concedió la cantidad de \$ 15.000 para resarcir los gastos de curación y de traslado.- Desde antiguo se ha entendido que los gastos en los que incurre quien sufre un ilícito no necesitan de una acabada prueba documental y, además, se presume que quien ha sufrido lesiones que requirieron tratamiento médico realiza gastos extraordinarios en concepto de medicamentos y traslados. No obsta a tal solución que los damnificados fueran atendidos en hospitales públicos, ya que también en estos supuestos debe afrontar ciertos pagos que le ocasionan un detrimento patrimonial. Respecto de los gastos de traslados es razonable pensar, por las lesiones

sufridas, que el actor debió por un tiempo movilizarse en vehículos apropiados. Aunque no estén acreditados estos gastos en forma cierta, ello no es óbice para la procedencia del rubro, ya que no suelen obtenerse comprobantes que permitan una fehaciente demostración (CNCivil sala L, del 31/8/07; criterio que he sostenido en autos ?Ojeda, Marcia Soledad c/ Prado, Gabriela Lorena s/ daños y perjuicios?, 22/08/2012 y ?Brugorello, Marta Antonia c/ Instituto Dupuytren S. A. y otros; s/ Ordinario?, 06/09/2012, entre otros). Lo expuesto permite presumir la existencia de tales gastos por un monto básico, que solo podrá ser incrementado si la parte interesada arrima pruebas que permitan inducir erogaciones superiores a las que normalmente cabe suponer de acuerdo a la dolencia padecida. (CNCiv., sala G, ?C., G. S. c. G. U., M. y otro s/daños y perjuicios?, del 03/05/2013, RCyS 2013-IX, 145 y RCyS 2013-VIII, 65 con nota de Ramiro J. Prieto Molinero). Respecto a los gastos médicos y de farmacia entiendo que ellos constituyen una consecuencia forzosa del accidente, de modo tal que el criterio de valoración debe ser flexible. Lo fundamental es que la índole e importancia de los medios terapéuticos a que responden los gastos invocados guarden vinculación con la clase de lesiones producidas por el hecho, es decir, que exista la debida relación causal. En esta valoración debe primar la evaluación de las circunstancias del caso, como ser el lugar donde fue atendida la víctima, importancia y extensión de las lesiones sufridas, ausencia total de comprobantes, que determinarán el obrar prudente del magistrado en la ponderación del monto a fijarse, haciendo justo y equitativo uso de lo dispuesto por el art.165 de la ley ritual (Sala ?H?, ?Hornos González, Alejandro Leonel c/ Paz, José Raúl s/ Daños y Perjuicios?, 29/12/2011; Sala G, ?Harire de Scafa, Idelba Ofelia c. Arcos Dorados S. A. s/daños y perjuicios?, 09/04/2013; Sala E, ?Navarro, Epifania y otros c. General Tomás Guido S.A.C.I.F.I. s/ daños y perjuicios?, 08/02/2013, entre otros). Por lo expuesto, considero que los gastos terapéuticos y de traslado deben ser admitidos; ya que sin bien no están acreditadas las erogaciones que se afirma haber realizado, las especiales circunstancias vividas por la víctima presuponen necesariamente la existencia de los mismos. En consecuencia de todo ello, entiendo también algo elevada la cantidad justipreciada por ante la anterior instancia, por lo que propongo al acuerdo su reducción al monto de pesos cinco mil (\$5.000)(conf. art. 165 CPCCN).- c) Pérdida de Chance: La Sra. Juez de la anterior instancia concedió la cantidad de \$ 200.000 bajo el presente concepto. Resulta evidente que no pueden imputárseles a los demandados -que serán condenados según las pautas antes mencionadas- la totalidad de las consecuencias sufridas por el Sr. G. hasta su fallecimiento, sino por la pérdida de chance de inicio de tratamiento en tiempo y forma adecuado, la que se estimó en un periodo de 2 años dado el tiempo transcurrido entre el diagnóstico erróneo de marzo de 2003 y los resultados obtenidos en la Academia Nacional de Medicina en el mes de mayo de 2005.- Ahora bien, se ha dicho que la pérdida de una posibilidad o chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; se trata de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal que no se podrá saber si el afectado habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado ese hecho antijurídico. O sea, para un determinado sujeto había posibilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en esas probabilidades. Privar de esa esperanza, de esa posibilidad, conlleva un daño, aun cuando pueda ser dificultoso estimar la medida de ese daño porque lo frustrado, lo perdido es la chance y no el beneficio esperado. Coexisten pues (a) un elemento de certeza (de no mediar el evento dañoso el damnificado habría mantenido la esperanza) y al mismo tiempo, (b) un elemento de incertidumbre, ahora definitiva, cual es si manteniéndose la situación de hecho que era el presupuesto de la chance, la ganancia se habría obtenido realmente (Trigo Represas, F. A. ?Pérdida de la chance de curación y daño cierto, secuela de mala praxis? LL 1986-C-34, reproducido en su libro Reparación de daños por mala praxis médica, Hammurabi, Bs. As., 1995, pag. 237 y sgts., citado por Aída Kemelmajer de Carlucci ?Reparación de la chance de curación y relación de causalidad adecuada? en Relación de causalidad en la responsabilidad civil, Revista de Derecho de Daños, T. 2003-2 Rubinzal Culzoni, pág. 248). En similar sentido, Lorenzetti explica que en la chance coexisten un elemento cierto y otro incierto: hay seguridad de que de no haber actuado el facultativo negligentemente el paciente habría mantenido la posibilidad de curación; no se sabe a ciencia cierta si manteniéndose esa posibilidad de mejoría, se hubiera producido realmente. De ello se sigue que aun cuando exista un panorama general confuso por la concurrencia de factores actuales y futuros, necesarios y contingentes, hay una consecuencia actual y cierta: ?la pérdida de la chance o posibilidad de curarse? (Responsabilidad civil de los médicos, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1986, págs. 289/290, Responsabilidad civil de los médicos, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1986, citado por Kemelmajer de Carlucci, op. cit., pág. 250/251). En síntesis, hablamos de pérdida de chance de sobrevida o curación cuando no existe relación causal entre la culpa del médico y el deceso o la incapacidad del paciente sino cuando aquella se establece entre la misma culpa y la pérdida de la chance de supervivencia, es decir, el damnificado no tiene sino una esperanza de ver realizado el acontecimiento beneficioso (curación), y es precisamente esa esperanza o probabilidad de obtener una ganancia la que ha sido frustrada por el hecho/culpa de un tercero (elemento cierto) aun cuando no pueda saberse si ese beneficio se hubiera obtenido de no haber ocurrido el acto médico culposo (elemento incierto). En ese contexto, cabe decir, que para que una chance perdida sea resarcible, la relación de causalidad debe existir necesariamente entre la pérdida de la oportunidad (en este caso que analizamos, de

mejoría o supervivencia) y la actuación del demandado. Si dicha relación causal intermedia no existe, no puede resarcirse la chance perdida. (López Mesa, Marcelo J. ?Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación?, en Chances, Revista de Derecho de Daños, T. 2008-1, Rubinzal Culzoni, pág. 12). El límite de la responsabilidad de los demandados estará dado, entonces, por la pérdida de chance y no por el desarrollo definitivo del daño (fallecimiento), ya que no se puede imputar causalmente a todos ellos el triste desenlace de la vida del Sr. G., pues en parte obedece a un proceso de la lamentable enfermedad que padeció a lo largo de varios años.- Es decir, el nexo causal para imputar responsabilidad media entre la omisión del diagnóstico debido en tiempo y forma y la posibilidad de que ello haya agravado el cuadro padecido por el accionante al momento de su descubrimiento en el año 2005.- Entiendo que no se puede asegurar que aún de haber sido diagnosticado el paciente en tiempo, se hubiera evitado la muerte del mismo, ya que como dijeron los expertos, no existe ciencia exacta en casos como el aquí ventilado.- Por todo ello, estimo que la indemnización habrá de ser inferior a la que hubiese correspondido si se pudiera adjudicar la totalidad de los daños padecidos por el error de diagnóstico, es decir, que lo estrictamente indemnizable no puede sino comprender la pérdida de la probabilidad de que el daño no se hubiera agravado. De acuerdo con esos parámetros, entiendo elevado el monto concedido por ante la anterior instancia, motivo por el cual propongo al acuerdo su disminución a la cantidad de pesos cien mil (\$100.000) (conf. art. 165 CPCCN).- d) Lucro Cesante: Cabe señalar que el lucro cesante importa el quebranto patrimonial de las ganancias efectivamente dejadas de percibir, como cesación de un lucro específico, relacionado casualmente con el accidente. O sea, conforme el ordenamiento civil (arts. 519 y 1069) se entiende aquél como la ganancia o utilidad de que fue privado el damnificado, es decir, la frustración de un enriquecimiento patrimonial a raíz de un hecho lesivo, y requiere su prueba sobre la base de constancias objetivas (conf. CSJN ?Manufacturas del Comahue S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía y D.G.I.) S/ proceso de conocimiento" del 05/08/2003, ver elDial.com AA1C17, Copyright © elDial.com - editorial albrematica, CNCivil sala A, in re ?Beaumarie, Carlos F.y otro c/ Transporte Sargento Cabral S.A. y otro;s/ Daños y perjuicios? del 4/11/1997; ídem sala H, "Valente Nicolás Héctor c/García Carlos Alberto y otro s/Daños y perjuicios", del 27/06/2001; ídem sala H "Torales Ferreira, Ignacia c/Ttte. Larrazabal C.I.S.A. s/sumario" del 15/09/1998 etc.) Y, al pretenderse el amparo judicial de este reclamo, debe también acreditarse, sino en forma fehaciente y categórica, por lo menos con pautas aproximadas, el volumen de ingresos dejados de percibir a resultados del siniestro. Siendo así las cosas, y no encontrándose acreditado fehacientemente la merma de ganancias que dejó de percibir el Sr. G. a raíz del error de diagnóstico cometido- más allá de los testimonios brindados a fs. 431/33, 487 y 677-, entiendo acertada la tesitura adoptada por la anterior magistrado al rechazar el presente concepto, por lo que propicio al acuerdo la confirmación del fallo cuestionado sobre el particular.- e) Daño Moral: La Sra. Juez ?a-quo? concedió la cantidad de \$ 100000 bajo el presente concepto. Debo indicar que participo de la postura doctrinaria y jurisprudencial que considera la indemnización por daño moral, de carácter resarcitorio, y no sancionatorio, pudiendo no guardar relación alguna con la fijación de la incapacidad sobreviniente, dado que puede existir con independencia del mismo (v. Orgaz, El daño resarcible, 1967).- El daño moral es una afección a los sentimientos de una persona, que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos susceptibles de apreciación pecuniaria (Conf. Bustamante Alsina, Teoría de la responsabilidad civil, p. 205; Zavala de González en Highton (dir.), Bueres (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, tomo 3A, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p.172).- Respecto de la prueba del daño moral, se ha dicho que: ?cuando el daño moral es notorio no es necesaria su prueba y quien lo niegue tendrá sobre sí el onus probandi. Fuera de esta situación, esta clase de daño, como cualquier otra, debe ser objeto de prueba por parte de quien lo invoca (Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, t. 1, ps. 387/88).- El carácter estrictamente personal de los bienes lesionados al producirse un daño moral, está indicando por sí la imposibilidad de establecer una tasación general de los agravios de tal especie. Así, el daño moral corresponde que sea fijado directamente por el juzgado sin que se vea obligado en su determinación por las cantidades establecidas en otros rubros.- Para establecer la cuantía del daño, el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante para luego establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido, por lo que mas que en cualquier otro rubro queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a la ponderación de las diversas características que emanan del proceso. ?La determinación del monto no depende de la existencia o extensión de los perjuicios patrimoniales pues no media interdependencia entre tales rubros, ya que cada uno tiene su propia configuración pues se trata de daños que afectan a esferas distintas? (cfr. Llambías, Obligaciones, t. I, p. 229). Así las cosas, teniendo en consideración las características personales de la víctima que di cuenta al tratar el ítem anterior como así también que el tiempo que transcurrió entre la primera biopsia y el diagnóstico realizado en el año 2005, entiendo también ajustado a derecho el monto reconocido, por lo que propongo al acuerdo su confirmación (conf. art. 165 CPCCN).- VI.- Tasa de Interés/Actualización Monetaria: El reajuste por desvalorización monetaria solicitado por la parte actora, se encuentra vedado a partir del 1º de abril de 1991 por el art. 7º de la ley 23.928 -aun en su nueva redacción con las modificaciones introducidas por la ley

25.561, prohibición que ratifica el decreto N° 214/2002 en su art. 5°, por lo que las quejas de los actores habrán de ser rechazadas.-

Conforme se estableciera en el fallo plenario del 16/12/58 ¿los intereses correspondientes a indemnizaciones derivadas de delitos o cuasidelitos se liquidarán desde el día en que se produce cada perjuicio objeto de la reparación? (Gómez Esteban c/Empresa Nacional de Transporte?). En este sentido cabe destacar que la deuda de responsabilidad - cuyo incumplimiento constituye la fuente de los intereses- es previa con relación a la resolución jurisdiccional que la reconoce. Los daños cuya reparación se persigue por medio de esta acción judicial se han producido en forma coetánea con el hecho ilícito motivo de la litis, entonces la obligación del responsable de volver las cosas a su estado anterior y de indemnizar los restantes perjuicios sufridos ha nacido a partir del momento en que tuvo lugar el obrar antijurídico. Si en esta oportunidad nace el deber de reparar los perjuicios como contrapartida surge el derecho del damnificado a ser indemnizado; y ello es así independientemente de que el actor hubiere efectuado o no erogaciones previas al dictado de la sentencia. En efecto, a poco que se observe que los intereses tienen por finalidad compensar al acreedor la indisponibilidad del uso de su capital, se advierte que si este es debido desde el momento en que se produjo el daño (o lo que es lo mismo, desde que el damnificado se hallaba habilitado a reclamarlo), no existe motivo alguno para computar aquellos en forma diferente según se hubieren pagado o no las reparaciones del vehículo. Por otra parte, esta Sala viene aplicando desde hace tiempo la tasa activa de interés, ya que sea por aplicación del fallo plenario obligatorio, ya sea por considerar que no había motivos para cambiarla por una tasa pasiva, por lo cual corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina allí fijada por todo el período indicado en la sentencia apelada. Me remito -brevitatis causae- a los fundamentos vertidos en autos ¿Northlands Asociación Civil de Beneficencia c/Solari Claudia s/cobro de sumas de dinero" (recurso 499.526 del 24/04/09). En su virtud, propongo al acuerdo la confirmación del fallo cuestionado sobre el particular VII.- Límite del Seguro: La condena se hace extensiva a la citada en garantía Federación Patronal Seguros S.A., en la medida del seguro (art. 118 ley 17.418).- Ello así ya por compartir la suscripta los fundamentos esbozados por la anterior sentenciante a fs. 1217/1218 vta. y por resultar inaplicable al caso de autos la jurisprudencia citada en las quejas de fs. 1271vta/1272 por los actores.- VIII.- Costas: Dado que de la pericia contable obrante a fs. 750/752 se desprende la inexistencia de contrato de seguro entre la empresa Provincia Seguros S.A y los demandados Núñez, Polanco y Lafourcade, corresponde confirmar la decisión de grado en cuanto impuso las costas por la intervención de dicha aseguradora a Federación Patronal Seguros S.A. No así las generadas por la intervención de IOMA, toda vez que dado que en esta instancia se hizo lugar al planteo efectuado por la parte actora, corresponde que las mismas sean soportadas por la parte vencida en ambas instancias (conf. art 68 CPCCN).- Entiendo, por otro lado, que las costas impuestas por su orden en la anterior instancia por el rechazo de la acción intentada contra el demandado Polanco deben también ser confirmadas. Ello así, ya que la sola creencia subjetiva del actor acerca de la existencia de razón probable para hacerlo no resulta suficiente para eximirlo del pago de costas en su totalidad, pues quien demanda está obligado a estudiar seriamente su pretensión, sin poder luego alegar su propia torpeza.- Las costas de esta instancia se imponen a los demandados y su aseguradora por haber resultado vencidas (conf. art. 68 CPCCN).- IX.- Colofón: Por todo ello y si mis distinguidos colegas compartieran mi opinión, propicio al Acuerdo: 1) Se haga lugar parcialmente a las quejas vertidas por los accionados y citada en garantía, y en su virtud, reducir a los montos de pesos \$ 100.000, \$ 35.000, \$ 5.000 y \$ 100.000 las cantidades reconocidos bajo los rubros ¿Incapacidad Psíquica?, ¿Tratamiento Psicoterapéutico?, ¿Gastos Médicos y de Transporte? y ¿Pérdida de Chance? respectivamente; 2) Hacer lugar parcialmente a los agravios formulados por la parte actora, modificando la sentencia recurrida y admitiendo la demanda entablada contra IOMA (Instituto Obra Médico Asistencial), y en su virtud, se la condena a abonar a los actores de manera concurrente o in solidum los montos que surgen de la condena establecida dentro de los diez días de notificada, bajo pena de ejecución y con costas de ambas instancias al vencido (art. 68 del CPCCN); 3) Se confirme la sentencia de grado en todo lo demás que decide y fuera motivo de apelación y agravio; 4) Se impongan las costas de esta alzada a los demandados y citada en garantía por haber resultado vencidos en lo principal (art. 68 C.P.C.C.N.); 5) Se difiera la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para el momento en que se hayan estipulado los de la anterior instancia; 6) Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 164 párrafo segundo del ritual y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional.- Así lo voto. Los Señores Jueces de Cámara doctores Patricia Barbieri y Víctor Fernando Liberman, por análogas razones a las aducidas por la señora juez de Cámara doctora Liliana E. Abreut de Begher, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto. LILIANA E. ABREUT DE BEGHER- PATRICIA BARBIERI- VICTOR FERNANDO LIBERMAN-

Este Acuerdo obra en las páginas n° a n° del Libro de Acuerdos de la Sala ¿D?, de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires, de 2019.- Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, SE RESUELVE: : 1) Hacer lugar parcialmente a las quejas vertidas por los accionados y citada en garantía, y en su virtud, reducir a los montos de pesos \$ 100.000, \$ 35.000, \$ 5.000 y \$ 100.000 las cantidades reconocidos bajo los rubros ¿Incapacidad Psíquica?, ¿Tratamiento

Psicoterapéutico?, ?Gastos Médicos y de Transporte? y ?Pérdida de Chance? respectivamente; 2) Hacer lugar parcialmente a los agravios formulados por la parte actora, modificando la sentencia recurrida y admitiendo la demanda entablada contra IOMA (Instituto Obra Médico Asistencial), y en su virtud, se la condena a abonar a los actores de manera concurrente o in solidum los montos que surgen de la condena establecida dentro de los diez días de notificada, bajo pena de ejecución y con costas de ambas instancias al vencido (art. 68 del CPCCN); 3) Confirmar la sentencia de grado en todo lo demás que decide y fuera motivo de apelación y agravio; 4) Imponer las costas de esta alzada a los demandados y citada en garantía por haber resultado vencidos en lo principal (art. 68 C.P.C.C.N.); 5) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para el momento en que se hayan estipulado los de la anterior instancia; 6) Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 164 párrafo segundo del ritual y artículo 64 del Reglamento. Notifíquese por Secretaría y devuélvase.-

LILIANA E. ABREUT DE BEGHER PATRICIA BARBIERI VICTOR FERNANDO LIBERMAN

039102E