

Mala Praxis En El Ejercicio De La Actividad Farmaceutica

JURISPRUDENCIA

Mala praxis en el ejercicio de la actividad farmacéutica

Se

confirma la sentencia que condenó al propietario de la farmacia por considerar acreditado que el actor padeció un efecto adverso a la vacuna contra el tétanos inyectada en su farmacia.

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 28 días del mes de febrero de 2019, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala "B" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos interpuestos en los autos "S., I. C. C/ M., G. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", EXPTE.

35181/2014, 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 Doctores OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE.-

CLAUDIO RAMOS FEIJOO.- ROBERTO PARRILLI.- A la cuestión planteada el Dr. Díaz Solimine, dijo: I.-

ANTECEDENTES La sentencia de primera instancia, obrante a fs. 523/533, resolvió: 1) rechazar la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por el demandado, y 2) admitir parcialmente la demanda instaurada por I. C. S.; condenando a G. M. al pago de una suma de dinero, con más sus intereses y costas. La litis tiene su origen en la demanda de fs. 5/14, por mala praxis en el ejercicio de la actividad farmacéutica. Allí, S. relató que el 11 de octubre de 2013, mientras ejecutaba tareas como maestro mayor de obras, sufrió un corte en el antebrazo izquierdo -ocasionado por un caño oxidado-; motivo por el cual decidió aplicarse una vacuna antitetánica. Según el actor, fue su hermano -a quien omitió identificar- quien le facilitó (...) una ampolla de TETANOL con su correspondiente sobre y gel térmico (...)?, dado que aquel trabaja en el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, (...) en las carpas amarillas que se instalan en distintos puntos de la capital (...) a los efectos de suministrar vacunas y fármacos (...)?.

Adujo haber llevado la mencionada ampolla a la Farmacia Oribe, en donde lo atendió G. M., quien le aseguró que aquella (...) contenía el suero, que era la parte más cara de la vacuna (...)?, pero que le faltaba el TETANOL, que era la otra parte que debía aplicarse. Refirió que, por orden del emplazado, una empleada de la farmacia le aplicó en la nalga derecha la aludida ampolla que consiguió a través de su hermano y en la nalga izquierda el TETANOL que compró en el establecimiento. Dijo que, antes de irse, el demandado le indicó que debía darse una dosis de refuerzo al mes y otra al año. S. continuó su narración explicando que, luego de recibir la aludida inyección, comenzó a sentir (...) dolor y una especie de hinchazón en la nalga derecha (...)?, cuadro que empeoró hasta el punto de no poder caminar. Refirió haber realizado diversas consultas médicas. Dijo que inicialmente le diagnosticaron "celulitis", por falta de higiene en la aplicación de la vacuna, y luego (...) Síntoma de Reacción de Arthus, provocado por sobredosis de vacuna antitetánica y antidiftérica -doble adultos- (...)?.

Aseguró que, al momento de contestar la demanda, continuaba con dolores y que el proceso de recuperación era incierto. Sostuvo que en la Farmacia Oribe le inyectaron erróneamente la totalidad de la droga que contenía la ampolla que consiguió por intermedio de su hermano, cuando hubiera correspondido que le apliquen una dosis menor. Imputó a M. los daños y perjuicios consiguientes, por haber sido quien autorizó la inyección, aparentando ser farmacéutico. II.-

AGRAVIOS Contra el aludido pronunciamiento se alzaron ambas partes. El actor expresó agravios a fs. 558/562, pieza que mereció la réplica obrante a fs. 595/600. El condenado expresó los suyos a fs. 564/593, que fueron contestados por la contraria a fs. 602/613. S. se quejó de las indemnizaciones otorgadas en concepto de "incapacidad psicofísica", "tratamiento psicoterapéutico", "daño moral" y "pérdida de chance", por considerarlas irrisorias. M., de su lado, se agravió del rechazo de la defensa de falta de legitimación pasiva que interpuso al contestar la demanda. A la vez, calificó de arbitrario al fallo y solicitó que se revoque la condena, sustancialmente porque:

a) A su entender, el actor no probó los hechos en base a los cuales sustentó su reclamo. b) Según él, la sentenciante omitió ponderar diversos elementos que contradicen la versión de los hechos esgrimida por el actor. c) Criticó que la a quo haya valorado la experticia médica realizada en autos, existiendo elementos que -según aseveró- justifican apartarse de sus conclusiones. d) Afirmó que no se encuentran reunidos los presupuestos constitutivos de responsabilidad. En subsidio, calificó de "excesivos e improcedentes" los montos indemnizatorios determinados. Finalmente, se agravió por la imposición de costas. En el análisis de los agravios he de seguir el rumbo de la Corte Federal y de la buena doctrina interpretativa. A tenor de la queja referida en el punto b) que antecede, se recuerda que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (ver CSJN, "Fallos": 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", Tomo I, pág. 825; Fenocchietto Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado", Tomo I, pág. 620).

En sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (art. 386, in fine, del ritual; CSJN, "Fallos": 274:113; 280:3201; 144:611).

III. ENCUADRE NORMATIVO No es materia de queja el encuadre jurídico del caso, a la luz

del Código Civil que regía a la época de los hechos analizados, hoy derogado (ver f. 525). Resulta innecesario, pues, examinar el alcance de las normas sucesivas en el tiempo, debate que podría haberse suscitado, en virtud de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. De todos modos, con Código viejo o nuevo, la interpretación que guíe esta decisión, y cualquier otra, no puede desconocer la supremacía de la Constitución Nacional; ni soslayar los valores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico.

IV. LA DEFENSA DE FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA M. cuestionó el rechazo de la defensa de falta de legitimación pasiva que esgrimió al momento de contestar la demanda. Admitió su condición de propietario de la Farmacia Oribe -sin especificar la actual razón social del comercio-, pero argumentó que ¿(...) no puede ser el legitimado pasivo de la acción intentada por el actor de autos (...)?, puesto que, tratándose de una acción por mala praxis en el ejercicio de la actividad farmacéutica, aquella debió haber sido dirigida en todo caso contra la responsable técnica del establecimiento, P. R. Z., y no contra él, cuya profesión no es la de farmacéutico. El mencionado planteo es inaudible. Nótese que el apelante no ha cuestionado que los hechos que nos ocupan puedan encuadrarse en una relación de consumo, situación que el actor invocó en su demanda y que la a quo también señaló al dictar sentencia (ver fs. 7 vta. y 529). Esto significa que, de certificarse el daño invocado por S. y su nexa causal con la relación de consumo que se verifica en autos, ello basta para que la demanda sea dirigida contra M., en los términos del art. 40 de la Ley 24.240, que amplía la legitimación pasiva a todos los sujetos que intervienen en la cadena de producción y comercialización de un determinado producto o servicio, obteniendo un provecho económico (cfr. art. 40 y concordantes de la Ley de Defensa de Consumidor -reformada por la Ley 26.361 y art. 42 de la Constitución Nacional, que impone un deber de seguridad con carácter objetivo; Picasso Sebastián, Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada, LA LEY, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 162/163).

Ahora bien, sin perjuicio de ello, en el caso particular el emplazado reconoció haber atendido personalmente al actor, a quien dijo haberle explicado que ¿(...) lo que estaba indicado aplicar era Gammatet 500 (suero y vacuna antitetánica) y que para poder aplicársela debía adquirir el Gammatet 500 en la farmacia y pagar el costo de aplicación (...)?, servicio que ulteriormente autorizó (ver f. 53 vta.). En tal escenario, y con independencia de la anuencia que P. R. Z. pudiera haber prestado con el actuar del demandado, lo cierto es que, tal como lo razonó la Sra. Juez de grado, ¿(...) M. se comportó como el farmacéutico (...)? a cargo del establecimiento. Y, al actuar de esa manera, incumplió con el artículo 19 de la Ley 17.565 que establece que ¿la dirección técnica de las farmacias sólo se autorizará a farmacéuticos, doctores en farmacia y doctores en farmacia y bioquímica?. La sola comprobación de aquel actuar antijurídico basta para que M. sea susceptible de ser demandado en el ámbito extracontractual por su actuar culpable, en los términos del art. 1109 del Código Civil, en la medida que su conducta haya provocado un perjuicio para el que presenta la demanda. En efecto, adviértase que el artículo 18 de la mencionada ley que regula la actividad farmacéutica dispone que ¿(...) la responsabilidad del director técnico no excluye la responsabilidad personal (...) de las personas físicas o ideales propietarias de la farmacia (...)? (cfr. Cám. 4ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial de Paz y Tributaria de Mendoza, ¿Pérez, Pablo David c. Ulloa de Rebollo, Viviana Marta?, 02/09/2010, 1115 RCyS 2011-I, 209 LLGran Cuyo 2011 (febrero), 13 con nota de Graciela B. Ritto, AR/JUR/46737/2010). Recuérdese que, de conformidad con el principio ¿iura novit curia?, los jueces no se encuentran vinculados por la calificación jurídica que las partes dan a sus pretensiones y pueden suplir el derecho mal invocado por aquellas, en tanto no alteren las bases fácticas del litigio. En consecuencia, propondré a mis colegas rechazar las quejas del condenado en punto a su legitimación pasiva, pues no hay dudas que se encuentra habilitado para ser demandado en estas actuaciones.

V. ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD V. a) Anticipo que los agravios del demandado están al borde de la deserción, porque no rebaten los argumentos expuestos por la magistrada de grado. Sin embargo, la garantía de defensa en juicio me conduce a no realizar esa formal declaración (cfr. art. 18 de la CN, ver art. 265 del CPCCN). V. b). Veamos pues que surge del material probatorio reunido. En primer lugar, debo destacar que no se halla en discusión que el actor sufrió una lastimadura con un caño oxidado y que por ese motivo acudió a la Farmacia Oribe, en donde M. autorizó que se le inyecte una vacuna contra el Tétanos, sin contar con una orden médica. Dicha situación fue reconocida por el propio accionado, quien, al contestar la demanda, expuso la siguiente versión de los hechos que vale la pena transcribir: ¿(...) el actor traía consigo un frasco que dijo contener una supuesta vacuna ¿doble adultos? (Toxoide Diftérico - Toxoide Tetánico), solicitando su aplicación. Fue atendido por el suscripto, quien le explicó que la vacuna doble no era la adecuada para la protección antitetánica que pretendía realizar. Asimismo, el suscripto le informó al actor que lo que estaba indicado aplicar era administrar Gammatet 500 (suero y vacuna antitetánica), y que para poder aplicársela debía adquirir el Gammatet 500 en farmacia y pagar el costo de aplicación (...) también se le manifestó al actor que para realizarle la aplicación debía traer una receta médica, pero el actor le solicitó encarecidamente vacunarlo dado que ya hacía varios días que se había lastimado con un hierro oxidado y le pidió que le permitiera aplicarse el Gammatet, comprometiéndose a llevar la receta el día lunes siguiente. De esta forma el suscripto autorizó la aplicación del Gammatet 500 al actor, quien lo adquirió en la farmacia y pagó por la aplicación del suero y la vacuna antitetánica (...) (ver f. 53 vta, el resaltado es mio). En segundo lugar, considero que la aludida inyección fue suministrada el 11 de octubre de 2013, tal como lo sostuvo el

actor, y no el 17 de octubre de ese año, como el apelante insiste en sostener en esta instancia. Para así concluir, acudo a las reglas de la sana crítica, que están fundadas en patrones jurídicos y máximas de experiencia (arts. 163, inc. 5 y 386 del CPCCN). Es sabido que la certeza que se exige en el proceso no es matemática, sino que basta una certeza moral, que consiste en la valoración de elementos que se estimen lo suficientemente sólidos como para generar la convicción al magistrado (conf. CNCiv., Sala M, 05/05/10, ?C.,G.A. c/ F., M.N?, La Ley, 2010-D-43). Véase en tal sentido la historia clínica agregada en autos a fs. 224/309, de donde surge que S. acudió al Hospital Güemes el 13 de octubre de 2013, por dolores en el glúteo derecho, dejándose asentado que el paciente había recibido ?vacuna antitetánica IM (...) hace 2 días?, es decir, precisamente, el 11 de octubre de 2013 (ver f. 266, el resaltado es mío). Y en sentido contrario, un elemento importante que me conduce a desechar la fecha esgrimida por el demandado, es que S. regresó a la guardia del Hospital Güemes el 15 y el 16 de octubre de 2013. En su historia clínica se dejó constancia de los dolores persistentes que lo aquejaban y se solicitó una ?interconsulta urgente con clínica médica?, a las 22:20 horas del 16 de octubre de 2013 (ver f. 266/269). En dicho contexto, resulta inverosímil que el actor haya acudido al día siguiente a la Farmacia Oribe -el 17 de octubre de 2013-, sin receta médica, para pedir que se le aplique una vacuna antitetánica, teniendo en cuenta que a esa época su cuadro clínico era incierto y alarmante, y que estaba bajo evaluación médica. Por supuesto que no ignoro el certificado de vacunación de f. 23, que acompañó M. al contestar la demanda, que dice que S. fue vacunado en la Farmacia Oribe el 17 de octubre de 2013. Pero apreciando que dicha anotación fue hecha a mano, en un formulario preimpreso de la farmacia, considero que el mencionado instrumento no corrobora de modo fehaciente la fecha controvertida por el condenado. De la misma manera, la factura del 17 de octubre de 2013 que registra una venta y aplicación de Gammatet-T 500 -el otro documento que acompañó M. al contestar la demanda-, de ninguna manera evidencia que S. se haya vacunado aquel día. Ello así, pues es perfectamente factible que el aludido comprobante refleje el consumo efectuado por otro cliente de la Farmacia Oribe (ver f. 25). Por último, otro factor que pesa sobre el apelante y que coadyuva a tener por cierta la fecha esgrimida por el actor, es que M. no desconoció, en los términos del art. 335 del CPCCN, la documental que acompañó S. a fs. 132/133 -en cumplimiento con una intimación que le fuera cursada por el propio demandado-, consistente en: un certificado de vacunación -sin fechar- y un ticket de la Farmacia Oribe, cuya grafía se le adjudicó al emplazado, en donde se lee la siguiente anotación: ?11/10/13, 1ra aplicación, 30 días Tetanol, 2da dosis 11/11/13, 11/10/14 3ra? (ver fs. 132/133, el resaltado es mío). Entonces, teniendo por demostrado que S. recibió una vacuna antitetánica en la Farmacia Oribe el 11 de octubre de 2013, se verifica, en tercer lugar, que el accionante desarrolló un efecto adverso a la mentada vacuna. Da cuenta de ello la mencionada historia clínica labrada en el Hospital Güemes, que corrobora que inicialmente el actor fue diagnosticado de ?celulitis aguda? en el glúteo derecho, cuadro que evolucionó desfavorablemente. Luego de ser tratado con antibióticos y reposo, el 6 de diciembre de 2013 volvió a consultar en el mismo nosocomio por ?(...) reagudización del dolor que inicia en la región glútea derecha y se irradia en cara posterior de muslo y gemelo y en la rodilla homolateral (...)?. Esta última consulta motivó que se le realicen nuevos estudios, tras los cuales se le diagnosticó ?gonalgia derecha?, se le otorgó renovada medicación y se le indicó control por consultorio externo. A la vez, contamos con la historia clínica que acompañó la Obra Social del Personal de Escribanos a fs. 344/358, que da cuenta que el actor hizo diversas interconsultas médicas a raíz de un edema y congestión en la región del glúteo, síntomas vinculados con la inyección de una vacuna antitetánica. Cabe resaltar la anotación correspondiente al 17 de octubre de 2013, en donde se lee: ?Fenómeno de Arthus???? (ver f. 349). A los elementos enumerados se le suma la experticia practicada por la médica designada por el Juzgado, quien, luego de estudiar la historia clínica del paciente y examinarlo físicamente, apuntó que, como consecuencia de los hechos en examen, S. sufrió ?Fenómeno de Arthus?, debiendo permanecer en reposo por varios meses. La experta explicó que dicha reacción se produce cuando ?(...) el anticuerpo presente en el torrente sanguíneo reacciona con el antígeno situado en el espacio extravascular tras haber sido difundido éste a través de las paredes del vaso (...) desencadenando una reacción inflamatoria que lesiona tales estructuras (...)?. También mencionó que el paciente fue operado de la rodilla derecha, suceso que relacionó con ?(...) el tema de autos como factor directo o causal y en la revelación, agravación, exteriorización del cuadro clínico latente (...)? (ver fs. 375/385). No desconozco que el apelante impugnó la mencionada experticia y que para ello contó con el asesoramiento de un consultor técnico que designó oportunamente (ver fs. 389/395, 413/414 y 423). Sus cuestionamientos, sin embargo, lejos están de conmover el contenido del mencionado dictamen, puesto que no se ha aportado a la causa ningún elemento de igual o mayor tenor para demostrar el error de la especialista oficial (Cfr. Highton-Arean, Cód. Procesal., Tomo 8, pags. 512 y sigs.). Es más, cabe destacar que aunque M. haya puesto en duda que el actor hubiera desarrollado Fenómeno de Arthus, lo cierto es que en su escrito de impugnación no negó dicha posibilidad, sino que, frente a esa eventualidad, pretendió eximirse de responsabilidad, alegando que ?(...) si fuera cierto que el actor desarrolló fenómeno de Arthus, él sería el único responsable, por haberse hecho colocar una vacuna que no necesitaba porque estaba adecuadamente inmunizado (...)? (ver f. 393). En definitiva, evaluando la prueba en su conjunto y aplicando las reglas de la sana crítica, sustentadas en patrones jurídicos y máximas de la experiencia, considero que en el particular no se ha logrado desvirtuar lo

informado por la perito oficial; cuyas conclusiones -ratificadas por la profesional a fs. 406/409 y fs. 418/420- se habrán de aceptar (cfr. artículos 386 y 477 del CPCC). V. c. Entonces, tengo por probado que el actor sufrió lesiones que guardan relación de causalidad con la vacuna que el dueño de la Farmacia Oribe ordenó suministrar el 11 de octubre de 2013. A su vez, el relato del propio demandado autoriza a deducir su conducta culpable, ya que, al actuar de la manera descripta, M. no solo infringió el art. 19 de la Ley 17.565, que exige que la dirección técnica de la farmacia sea ejercida por un profesional; sino que además trasgredió el art. 12 del decreto reglamentario n° 7.123, que determina que la aplicación de inyecciones (...) se hará sólo mediante expresa indicación médica, que el paciente deberá acreditar previamente (...)? Por lo tanto, solo cabe concluir que M. deberá responder por los daños y perjuicios que se encuentren debidamente verificados, en virtud del art. 1109 del Código Civil, que impone la obligación de resarcir a todo aquel que por su culpa o negligencia hubiera causado un daño a otro, aunque no mediara dolo. Se deja aclarado que incluso cuando la droga inyectada haya sido Gammatet 500 -y no la que consiguió el actor por intermedio de un familiar-, conclusión a la que llegó la Sra. Juez de grado y que M. se ocupó de destacar por ante esta Alzada (ver f. 528 vta. y 573 vta.), la responsabilidad del dueño de la farmacia se verifica de todas formas. Pues, independientemente de la droga que fuera inoculada, y de las eventuales acciones que cupieran con relación al servicio de vacunación implementado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, el reproche que en el particular se le hace al demandado -en uso de la facultad asentada en la locución latina ?iura novit curia?- es, repito, haber ordenado el suministro de una vacuna sin contar con el título habilitante para el ejercicio de la actividad farmacéutica e incumpliendo con la norma que le impone a las farmacias exigir la correspondiente orden médica, como requisito previo ineludible para prestar el servicio de aplicación de inyecciones. En ese orden de ideas, vale la pena agregar que, si la inyección se hubiera aplicado bajo prescripción médica, habría sido un facultativo el principal obligado a informar a S., en función de sus antecedentes, sobre los previsibles efectos adversos asociados al procedimiento propuesto. En el particular, la a quo sustentó su condena -fundamentalmente- en el entendimiento de que M. debería (...) haber consultado y puesto en conocimiento del accionante que la inoculación de la vacuna en cuestión podía provocar una reacción ante inmunogeno propiamente dicho o ante algún otro componente de la vacuna suministrada (...)?; sin que el agraviado se haya quejado puntualmente del razonamiento desplegado por la magistrada, conforme lo anticipé al principio de este acápite (cfr. 265 del CPCCN). En suma, por las razones hasta aquí desarrolladas, propondré al Acuerdo confirmar la atribución de responsabilidad dispuesta en la sentencia de grado (cfr. art. 1109 del Código Civil derogado, pero aplicable al caso).

VI. LA INDEMNIZACIÓN VI.1. INCAPACIDAD PSICOFÍSICA Trataré inicialmente los agravios vinculados con el monto de \$ 50.000 determinado por incapacidad psicofísica. El actor considera que dicha suma es ?minúscula?; mientras que el demandado se opone a la concesión de la partida, y, en subsidio, solicita su reducción. Comenzaré por puntualizar que lo que se indemniza como incapacidad sobreviniente no son las lesiones padecidas, sino la disminución permanente de la aptitud física, psíquica y/o estética derivada de un hecho ilícito. Ahora bien, para que proceda dicha reparación, la parte demandante debe acreditar -a los fines indemnizatorios- la naturaleza y la entidad del interés lesionado (cfr. art. 377 del CPCCN). En la especie, y en lo que concierne al daño físico, cabe destacar que la médica designada por el Juzgado, más allá de describir los padecimientos -ya mencionados- que atravesó el actor por haber sufrido Síndrome de Arthus, y puntualizar que, al momento de la experticia, el actor padecía una (...) limitación funcional de rodilla flexión desde 0° hasta 100°, 7%; extensión desde 0° hasta 8°, 8% (...)?, no determinó un porcentaje de incapacidad, porque, según dijo, ello no fue solicitado por las partes (ver fs. 375/385). Y bien, más allá de advertir que S. denunció en su escrito inicial un 50% de incapacidad y propuso como punto de pericia que la especialista se expidiera acerca del asunto, lo cierto es que consintió los tres informes presentados en autos por la perito, en los cuales la experta se abstuvo deliberadamente de asignarle al actor algún porcentaje de incapacidad. Así pues, en ese contexto de insuficiencia probatoria, adquiere relevancia la regla general que establece que aquella tarea recae sobre la parte actora, puesto que, como toda carga procesal, constituye un imperativo del propio interés (cfr. Palacio, Lino ?Manual de Derecho Procesal Civil?, Abeledo Perrot, 2004, pág. 399, art. 377 CPCCN). Es sabido que quien omite probar se expone al riesgo de no formar la convicción del juez sobre la existencia de los hechos que sustentan una determinada pretensión y, por consiguiente, a la perspectiva de una sentencia desfavorable. Esta directiva, sin vacilación, se aplica a la letra al supuesto en examen. Desde esa perspectiva, dejo aclarado que, a los fines de cuantificar la presente partida, no tendré en cuenta la reseñada limitación funcional observada en la rodilla del paciente. Pues, al margen de no haber quedado demostrado que aquella disminución física tuviera alguna incidencia en la capacidad productiva del actor, recuérdese que sólo es posible indemnizar una incapacidad cuando esta es definitiva, y, en el caso particular, dicha situación no se encuentra comprobada. Ahora bien, en lo concerniente al aspecto psíquico, habré de valorar que, conforme lo expuso el psicólogo interviniente, el accionante sobrelleva, a raíz de lo ocurrido, una (...) Reacción Vivencial Anormal Neurótica con manifestación depresiva (...)?, que equivale a un 20% de incapacidad, la cual (...) se halla cristalizada (...)? Debe destacarse que la aludida experticia no recibió impugnaciones (ver fs. 466/470). En otro orden de ideas, debo aclarar que no desconozco que el apelante, en su expresión de agravios, dijo que (...)

perdió gran cantidad de trabajo ya que no pudo realizar tarea alguna por 6 meses después del accidente (...)?, que durante (...) los 12 meses posteriores solo podía realizar tareas que no pongan en peligro su salud, limitando el trabajo a casi un 30% (...)?, que (...) luego de un año y medio fue operado de la rodilla y esto limitó el trabajo nuevamente por cuatro meses más (...)?, concluyendo sobre esa base que (...) todo ello fue en perjuicio de su economía y la familiar y son rubros y montos que deben ser indemnizados y que no fueron tenidos en cuenta al momento de dictar sentencia (...)?.

La respuesta a ese planteo hace necesario detenerse en los términos de la demanda. Allí, al precisar el objeto pretendido (cfr. art. 330 inciso 3° del CPCCN), S. dijo que reclamaba, entre otros rubros, el ?Daño emergente. Daño corporal?, que describió como (...) el impedimento para realizar tareas habituales, la alteración anatómica o las limitaciones funcionales (...) corroboradas por la pericia médica a efectuarse (...)?.

A los efectos de cuantificar esa partida, denunció un 50% de incapacidad y una remuneración anual de \$ 48.000 (ver f. 10 vta). Sin embargo, y sin perjuicio de lo que se dirá en el acápite titulado ?pérdida de chance?, el actor no incluyó en su liquidación una partida por ?lucro cesante?, concepto que pretende introducir en esta Alzada al quejarse del monto determinado por incapacidad psicofísica (ver fs. 10/11 y 558/559). Precisamente por ese motivo, mal puede agravarse de que no se lo haya indemnizado por la ganancia frustrada a raíz del suceso lesivo, durante el período que habría demandado su recuperación, pues ello violentaría la congruencia y la defensa en juicio de la parte demandada (cfr. art. 34, inc 4°, 163 inc. 6°; 277 del CPCCN).

Por último, y a los efectos de ponderar el monto indemnizatorio por la partida en análisis, cabe mencionar las condiciones personales de la víctima. En la especie, se sabe que S. tenía 33 años al momento del hecho. Vivía en pareja y trabajaba de forma independiente como maestro mayor de obras, denunciando ingresos de alrededor de \$ 48.000 anuales, aunque no existen constancias fehacientes que den cuenta de las entradas específicas que percibía por su actividad. En la actualidad, y según lo informado por el Consejo Profesional de Ingeniería Civil, su matrícula permanece activa (ver fs. 10 vta, 159 y 213).

En consecuencia, a mérito de la incapacidad psíquica comprobada y las demás consideraciones apuntadas, entiendo que el monto indemnizatorio fijado por el rubro en examen resulta correcto, por lo que propondré a mis colegas su confirmación (cfr. art. 165 del CPCCN).

VI.2. TRATAMIENTO PSICOLÓGICO Este rubro prosperó por la suma de \$ 28.400. El actor se queja por cuanto señala que la indemnización otorgada es inferior al valor que surge del dictamen agregado en autos. El demandado, por su parte, se opone a su concesión. Respecto del tratamiento aconsejado -por un plazo de duración de un año, con una secuencia de dos sesiones semanales y a un costo aproximado entre \$ 600 y \$ 900 la sesión-, el perito interviniente explicitó que (...) el tratamiento es aconsejable a los efectos de paliar en algún grado (...) aquellos desequilibrios producidos por el suceso de autos, que ya se han cristalizado en la personalidad, y luego no sigan aumentando en intensidad (...) (ver f. 470).

Conforme a lo expuesto, se deduce que, en este caso en particular, la partida otorgada en concepto de tratamiento psicológico no se superpone con la acordada por incapacidad psíquica. Es que mientras ésta última pretende reparar -mediante la entrega de una suma de dinero- la mentada incapacidad, la suma otorgada por tratamiento psicológico apunta principalmente a que el daño no se agrave y a que el damnificado pueda sobrellevar en el futuro aquella dolencia psíquica que aconteciera por el suceso lesivo; tratando en todo caso de neutralizarla, de ser ello factible. Ello justifica, a mi criterio, la admisión de la partida en examen. Y toda vez que no encuentro motivos para apartarme de la experticia, propondré a mis colegas elevar el monto indemnizatorio a la suma de \$ 57.600 (cfr. art. 165 del CPCCN).

VI.3. DAÑO MORAL Por este concepto, el magistrado que me precedió otorgó la suma de \$ 50.000. El actor consideró que dicho valor es insuficiente, mientras que el demandado sostuvo que la indemnización no debe admitirse, por no hallarse demostrado un daño de esta índole. No es fácil traducir en una suma de dinero la valoración de los dolores, sufrimientos, molestias, angustias, incertidumbres o temores padecidos por la víctima. Sólo ella puede saber cuánto sufrió, pues están en juego sus vivencias personales. Desde esta óptica, no parecería un requisito necesario la demostración por el accionante de la existencia en sí del daño moral; a tal punto que se ha sostenido que dicha prueba -de producirse- sería irrelevante para el Derecho, pues lo que hay que tener en cuenta es el dolor o sufrimiento moral que el hecho en cuestión produce normalmente en los sujetos, dado que se estaría ante un efecto ?previsto de antemano por la norma? (ver Brebbia, Roberto H., ?El daño moral?, p. 86, Ed. Orbir, 2ª edición, Rosario, 1967).

De todas maneras, y en lo que hace a la magnitud y el alcance del daño moral, es verdad que podrá ser presumido por el juez por vía indirecta, tras la prueba por la víctima de determinadas situaciones por las que ella transita a raíz del injusto (ver Zabala de González, Matilde, ?Resarcimiento de daños?, T. 2b, p. 593 y ss.). Concretamente, se debe sopesar el previsible dolor que cabe suponer en el actor, al sufrir lesiones en ocasión de la inyección recibida, que se prolongaron en el tiempo, teniendo que guardar reposo por varios meses y ser sometido a tratamiento de rehabilitación, además de sobrellevar las secuelas psicológicas antes descriptas (ver historia clínica de fs. 224/309, 344/358, dictamen médico de fs. 375/385 y psicológico de fs. 466/470).

No obstante, sin perder de vista las específicas circunstancias involucradas, considero que el monto indemnizatorio otorgado en la anterior instancia resulta acertado, por lo cual habré de proponer a mis colegas su confirmación (cfr. art. 165 del CPCCN).

VI.4. PÉRDIDA DE CHANCE A continuación me referiré a la indemnización otorgada en concepto de pérdida de chance, por un valor de \$ 60.000. Sobre la cuestión, hay

acuerdo en fallos y doctrina en que se verifica una chance cuando existe la oportunidad, con visos de razonabilidad, de lograr una ventaja o evitar una pérdida. Y por supuesto que la frustración de esa probabilidad, imputable a otro, engendra un perjuicio resarcible. De aquí se sigue que el deber de reparar, en principio, acontece cuando hay algo actual, cierto e indiscutible; y que es precisamente la efectiva pérdida de la oportunidad de lograr un beneficio (ver esta Sala, 05/02/2015, en autos ?C., B. N. c. Benisek, Daniel Alberto y otros s/ daños y perjuicios?, AR/JUR/74777/2014; íd. 27/2/2008, in re ?Oubiña c/ Soc. Italiana de Beneficencia y otros?; íd. CNCiv., Sala C, del 5/8/74; Zabala de Gonzalez, Matilde, ?Resarcimiento de daños?, vol. 2 ?Daños a las personas?, p. 373 y sigtes., ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991; Alterini, Atilio Aníbal, Ameal, Oscar José y López Cabana, Roberto M., ?Derecho de Obligaciones?, p. 790, N° 1856, 2da. edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998). En la especie, S. remarcó que, al momento del hecho lesivo, su vida productiva estaba ?(...) en sus primeros tramos (...)?, y requirió \$ 1.536.000 para resarcir su ?(...) probabilidad calificada de obtener chances de mejores contratos (...)?. Según él, dicha ?probabilidad calificada? se vio frustrada por el evento que nos ocupa (ver f. 11/ 11 vta.). Ahora bien, vale la pena reiterar que en autos no ha quedado debidamente acreditado que el maestro mayor de obras padezca hoy en día una limitación física que implique una merma en su capacidad productiva, y es sabido que resulta improcedente conceder indemnizaciones por meras conjeturas. Incluso suponiendo que el agravio se refiere a la incapacidad psíquica del actor para acceder a mejores contratos, señalaré que tal circunstancia fue ponderada al momento de justipreciar las partidas concedidas en carácter de incapacidad sobreviniente y daño moral. En suma, las consideraciones realizadas por el pretensor de ninguna manera alcanzan para tener por verificada la partida en examen. Es precisamente esa falencia probatoria la que me conduce a proponer a mis colegas acoger el agravio de la parte demandada y revocar la indemnización concedida en primera instancia.

VII. LAS COSTAS Atento a que no encuentro motivo para apartarme del principio objetivo de la derrota, habré de confirmar lo decidido por la Sra. juez de primera instancia, de aplicar las costas a la parte vencida (cfr. art. 68 del CPCCN).

VIII. CONCLUSIÓN En consecuencia, y para el caso de que mi voto fuera compartido, propongo al Acuerdo: 1) Modificar la indemnización otorgada en concepto de ?Tratamiento psicológico?, que quedará elevada a la suma de \$ 57.600; 2) Revocar el monto otorgado en calidad de ?Pérdida de chance?, conforme el considerando VI. 4; 3) Librar oficio al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires -con copia del escrito inicial, del presentado a fs. 98/99 y de este decisorio-, para que dicho organismo adopte las medidas que considere pertinentes con relación a las manifestaciones efectuadas por el actor, vinculadas con la implementación del servicio de vacunación que ofrece aquella entidad; 4) Confirmar todo lo demás que la sentencia decide y fue motivo de agravio. 5) Las costas de Alzada se imponen de igual forma que en primera instancia (art. 68, 1era parte, del CPCCN).

Claudio Ramos Feijóo y Roberto Parrilli, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Díaz Solimine, votaron en el mismo sentido a las cuestiones propuestas. Con lo que terminó el acto: OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE.- CLAUDIO RAMOS FEIJOO.- ROBERTO PARRILLI.- Buenos Aires, 28 febrero de 2019. Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: 1) Modificar la indemnización otorgada en concepto de ?Tratamiento psicológico?, que quedará elevada a la suma de \$ 57.600; 2) Revocar el monto otorgado en calidad de ?Pérdida de chance?, conforme el considerando VI. 4; 3) Librar oficio al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires -con copia del escrito inicial, del presentado a fs. 98/99 y de este decisorio-, para que dicho organismo adopte las medidas que considere pertinentes con relación a las manifestaciones efectuadas por el actor, vinculadas con la implementación del servicio de vacunación que ofrece aquella entidad; 4) Confirmar todo lo demás que la sentencia decide y fue motivo de agravio. 5) Las costas de Alzada se imponen de igual forma que en primera instancia (art. 68, 1era parte, del CPCCN). Regístrese, protocolícese y notifíquese. Oportunamente publíquese (conf. C.S.J.N. Acordada 24/2013). Fecho, devuélvase. Fecha de firma: 28/02/2019 Alta en sistema: 01/03/2019 Firmado por: DR. CLAUDIO RAMOS FEIJOÓ, JUEZ DE CÁMARA Firmado por: DR. ROBERTO PARRILLI, JUEZ DE CAMARA Firmado por: DR. OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE, SUBROGANTE

041067E