

## Mala Praxis Medico Relacion De Causalidad Establecimiento Asistencial Perdida De Chance

### JURISPRUDENCIA

En la ciudad de Corrientes, a los veintidós

días del mes de mayo de dos mil trece, estando reunidos los señores Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Doctores Guillermo Horacio Semhan, Juan Carlos Codello y Fernando Augusto Niz, con la Presidencia del Dr. Carlos Rubín, asistidos de la Secretaria Jurisdiccional Dra. Marisa Spagnolo, tomaron en consideración el Expediente N° C03 - 40005/4, caratulado: "P., Y. I. C/ J. A. C. Y/O S. DEL N. S.R.L. Y/O Q.R.R. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS". Habiéndose establecido el siguiente orden de votación: Doctores Guillermo Horacio Semhan, Fernando Augusto Niz y Juan Carlos Codello. EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA SE PLANTEA LA SIGUIENTE: CUESTION ¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR EN AUTOS? A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR GUILLERMO HORACIO SEMHAN, dice: I.- A fs. 1132/1147 vta. la Sala II de la Excma. Cámara de Apelaciones de esta ciudad, en lo que aquí interesa, hizo lugar a la demanda por daños promovida condenando al médico J. A. C. y al S. del N. S.R.L. a abonar a los actores la suma de \$ ? a título de reparación de gastos médicos, pérdida de chance y daño moral. Contra dicha sentencia, J. A. C. (fs.1182/1193 vta.) y el S. del N. S.R.L. (fs.1157/1178) dedujeron los sendos recursos extraordinarios de inaplicabilidad de la ley en examen. II.-Son datos relevantes del caso los siguientes: C. A. M. S., en el mes de octubre de 2002 padeció de una dolencia que fue diagnosticada y tratada por el doctor J. P. Tal dolencia evolucionó favorablemente, sin embargo posteriormente, reapareció la ictericia originaria motivo por el que el 21 de noviembre de 2002 el galeno lo derivó al doctor J. A. C. En horas de la tarde del día 21 de noviembre M. S. fue atendido por el médico J. A. C. en el S. del N. S.R.L.. El paciente exhibió, en esa oportunidad, además de los signos de ictericia, dolores abdominales y, presentó dos prácticas de ecografía abdominal de fecha 24/10/02 y 21/11/02 y tres prácticas de laboratorio de fechas 24/10/02, 08/11/02 y 21/11/02. El doctor C. dispuso la realización de una cirugía endoscópica para el día siguiente, 22 de noviembre de 2002; la colangiografía retrógrada -CPR- se realizó en horas de la tarde a las 16,30 aproximadamente, hallándose múltiple litiasis en el colédoco por lo que se efectuó papilotomía y extrajeron múltiples litiasis, comprobándose la vía expedita; a las 20 horas fue dado de alta, para "posterior control y combinación de cirugía de vesícula biliar".El día 23 de noviembre de 2002, el paciente reingresó al sanatorio con intenso dolor abdominal y taquicárdico, fue atendido por la médica de guardia, se solicitó laboratorio, Rx directa de abdomen y ecografía abdominal y, se inició tratamiento con hidratación parenteral, tratamiento del dolor con goteo, sonda nasogástrica. Los estudios revelaron amilasa cerca de 3.600 con aumento de transaminasas y de Fal, no leucocitosis y con un hematocrito normal, sin R.H.A.; vesícula biliar contratada por el estudio del día anterior sin ningún otro signo y, litiasis vesicular y vía biliar dilatada con páncreas de aspecto normal. El diagnóstico fue: pancreatitis aguda. Al día siguiente, 24 de noviembre de 2002, se solicitó nuevo laboratorio del que resultó amilasemia cercano al día anterior, hipocalcemia indicándose su corrección. El paciente continuó con taquicardia y abdomen dolorido. En horas de la tarde presentó disnea por lo que se solicitó Rx de tórax; en radiología sufrió una descomposición hemodinámica por lo que se lo pasó a terapia intensiva, falleciendo el día 25 de noviembre a las 7.50. III.- La Cámara a quo consideró acreditada la relación causal entre el desenlace final de S. y la mala praxis del médico. Para así decidir, después de describir las circunstancias fácticas y de efectuar consideraciones respecto de la historia de la enfermedad sufrida por M. S., del tratamiento recibido y, del deber de información y consentimiento informado, consideró decisiva para adjudicar o no responsabilidad médica la respuesta al siguiente interrogante: el paciente "¿debía haber sido internado en terapia intensiva desde un primer momento o no había aún indicadores que lo justifiquen? Dijo que, en primer lugar, no se hicieron otros estudios para determinar la severidad o no se utilizaron criterios de severidad como corresponde a las patologías graves, según lo aconsejan los estudios relevantes en la materia y el informe pericial elaborado por el consultor técnico. Continuó diciendo que "el Dr. C. al asumir el cuadro como una pancreatitis grave debió haber realizado otro tipo de evaluaciones para determinar el grado de severidad, evaluaciones; que (éstas evaluaciones) eran conocidas por él (pues) al contestar la quinta ampliatoria en su declaración de parte, desarrolla los métodos y escalas que deben utilizarse que pueden denominarse Glasgow, Ranson, Apache y que según sus propios dichos arrojan una puntuación de ingreso en relación al cuadro y la posibilidad de posteriores comparaciones; que debieron haberse realizado y consignado en la historia clínica para determinar el grado de severidad. Por el contrario, señaló, el paciente permaneció en la habitación con la asistencia base, que se realiza en los cuadros de pancreatitis grave leve. Explicó que varios sistemas de estratificación pueden predecir la severidad de la pancreatitis siendo varios los trabajos que han comparado sus valores predictivos, entre ellos están los Criterios de Ranson (>3 en las primeras 48 horas), los de Imrie, la escala Acute Physiology and Chronic Health Evaluation (apache ii ? 8 o apache Obesidad >6) y el índice de Severidad por tac (necrosis pancreática, abscesos o

pseudoquistes) 5-11. Además, la edad > 70 años<sup>12</sup>, la obesidad con imc > 30<sup>13-14</sup> y la comorbilidad (insuficiencia cardiaca, EPOC, inmunosupresión...) del paciente junto con datos de laboratorio con pcr > 150 mg/dl en las primeras 48 de evolución 5, 7 son factores a tener en cuenta a la hora de establecer severidad y de posible ingreso y tratamiento en nuestras UCIS. Insistiendo en el deber del Dr. C. de haber realizado los estudios necesarios para determinar el grado de severidad de la pancreatitis grave diagnosticada al Sr. S. a la fecha de su reingreso al S. del N.; teniendo en cuenta las circunstancias del caso y lo que recomiendan los documentos (consultados) refirió a que las pancreatitis agudas que se presentan después de prácticas endoscópicas tienen el peor pronóstico, debió considerar su ingreso y tratamiento en terapia intensiva. Sostuvo que el ingreso a terapia intensiva, en cuanto significa un mejor monitoreo de la situación del enfermo y la aplicación de tratamientos en tiempo y forma, permite una más rápida identificación de la gravedad. Enfatizó que al cabo, esa internación se dispuso, empero tarde. Avaló las conclusiones como derivadas del informe de ingreso a la UTI donde expresamente consigna la Dra. N. M. Y. que: el 23/11/02 el paciente es reinternado por dolor abdominal, elevación de amilasa (indicador) y de bilirrubina total, por lo que se asume el cuadro como pancreatitis aguda. Evoluciona en mal estado, taquicárdico hipotenso y posteriormente se lo pasa a UTI por inestabilidad hemodinámica; que este es el estado en el que ingresa a cuidados intensivos, cuando el cuadro era de una gravedad extrema. Así continúa el detalle de ingreso a terapia intensiva "...el paciente ingresa a este servicio, encefalopático, inestable hemodinámicamente, hipotenso, taquicárdico, con trastorno de la perfusión periférica, cianosis distal, piel fría y sudorosa, taquipleico...Diagnóstico: Pancreatitis aguda grave -Shock hipovolémico- Síndrome de respuesta inflamatoria sistémica - Fallo Multiorgánico". Concluyó que la internación en terapia intensiva hubiera posibilitado el tratamiento precoz para evitar la insuficiencia respiratoria y el fallo sistémico que presentó después que salió de la práctica de la radiografía de tórax; que el paciente de autos reingresó en fecha 23/11/02 con un cuadro diagnosticado por el médico demandado de pancreatitis aguda, y no se realizaron mayores estudios o no constan en la historia clínica, ni surgen de las pruebas rendidas en autos que hasta la fecha de su ingreso a terapia intensiva en las condiciones antes citadas, se haya actuado diligentemente para establecer el grado de severidad del cuadro, como así tampoco se tuvo en cuenta que los supuestos de pancreatitis aguda presentada con posterioridad a una práctica endoscópica son las de peor pronóstico y es aconsejable la internación en terapia intensiva a fin de extremar los cuidados y evitar el desarrollo del cuadro. Señaló que ninguna circunstancia mediaba para que se descarte la posibilidad de haber obtenido un diagnóstico precoz del tipo de pancreatitis grave, o que a tal fin ante la incertidumbre y la gravedad del cuadro que presentaba el paciente, se lo internara en terapia intensiva para tratarlo con mayor complejidad, en vez de que permaneciera en pieza hasta la oportunidad de la presentación del nefasto cuadro con el que ingresa a terapia intensiva en forma tardía. A su turno responsabilizó al S. del N. S.R.L. exponiendo que se trata de una empresa con finalidad lucrativa, que se dedica a prestar servicios y atención médica, por lo que la atribución de responsabilidad deriva de la noción de riesgo provecho que nutre a su vez la concepción de riesgo de empresa. Continuó diciendo que dicha responsabilidad es directa, no refleja y, que la figura del dependiente es irrelevante frente al tercero; que el fundamento es una obligación de seguridad o falta de servicio por lo cual la imputación es objetiva y carecía de relevancia el análisis de la documental que vinculaba contractualmente al médico C. con el sanatorio como locatario y locador respectivamente. Para estimar y establecer el quantum de los daños reclamados explicitó que: a) Los recurrentes no refutaron las consideraciones vertidas en primera instancia y no consideraron la prueba aportada, para cuantificar gastos de sepelio, internación, medicamentos y honorarios profesionales. Por lo demás, no es necesario acreditar mediante comprobantes los gastos médicos y farmacéuticos cuando las características del evento, como es el del caso, autoriza a presumir que se han debido. b) La suma de \$ ? fijada por el juez de grado en concepto de pérdida de chance era irrazonable y desproporcionada porque se efectuaron cálculos aritméticos en base al salario mínimo y expectativa de vida, etc., y no se consideró el nivel cultural y socio económico del escribano S., su cónyuge y dos hijos menores de cinco y siete años que se encontraban en plena época de desarrollo y crecimiento. Decidió elevarla, considerando que estaba probado que la víctima era un trabajador autónomo, que el mínimo ingreso anual, según parámetros de la ley 24977 para el contribuyente autónomo, es de \$ ?, que teniendo en cuenta la edad -40 años- y la edad de la jubilación surge la frustración de 25 años de ingreso, que multiplicado estos 25 por 12 meses arroja un total de 300 meses, y a su vez por \$ ? de ingresos mensuales resulta la suma de \$ ... c) En cuanto al daño moral, la pérdida de un cónyuge y el padre de dos hijos menores de escasa edad representa uno de los máximos dolores morales concebibles, con total prescindencia de los perjuicios materiales, más aún cuando resulta súbita. Luego ponderó precedentes similares de la Sala, teniendo en cuenta sus fechas y la del caso y, así lo tarifó en \$ ? como cuantificación para todos los consortes activos. d) La tasa de interés queda librada al prudente arbitrio judicial a falta de previsión legal expresa; que no hay acuerdo en doctrina y jurisprudencia acerca de las tasas activas o pasivas aplicables ; que si bien se pronunció por la aplicación de la tasa pasiva promedio que publica el BCRA para uso de la justicia, las circunstancias económico-sociales llevaban a replantear la cuestión dado que la tasa pasiva alcanza al 6% anual porcentaje que no constituye una adecuada indemnización de los daños ocasionados por la mora. por lo que a partir de la resolución N°5 del 2008 se adoptó como regla general y sin perjuicio de las excepciones la aplicación de la tasa activa pura no

capitalizable que cobra el Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento de documentos que oscila en el 18% anual aproximadamente a partir de enero de 2002 manteniendo la tasa pasiva para los intereses devengados con anterioridad. IV.-El codemandado C. imputa errónea aplicación de la ley y absurdo al pronunciamiento. Dice que para analizar la responsabilidad profesional la Cámara incurrió en desaciertos groseros que la llevaron a concluir que se configuró mala praxis porque no se dispuso la internación del paciente en la unidad de terapia intensiva inmediatamente después de su reingreso al Sanatorio en la madrugada del 23 de noviembre. Explica que la causa del fallecimiento del paciente fue el fallo multiorgánico como consecuencia de un síndrome de respuesta inflamatoria del organismo según las declaraciones del doctor B. y el informe del profesor titular de la cátedra de Cirugía de la Facultad de Medicina de la UNNE. Alega que es confuso y contradictorio el pronunciamiento porque dice que el tratamiento para atender la pancreatitis aguda fue el usual y aconsejado para casos similares pero, luego, agrega que se debieron tomar otras medidas preventivas. Además, parte de una premisa falsa, esto es que M. S. padecía como antecedente inmediato hepatitis A y, tampoco, expresa los criterios en que se fundó para aseverar que no se realizaron otros estudios para determinar la gravedad de la pancreatitis. Añade que incurre en error cuando califica que la pancreatitis fue "grave" porque de la historia clínica surge que fue "aguda"; y en ausencia de fundamentación técnica y apartamiento de las constancias de la causa cuando refiere, respectivamente, a que la atención del paciente fue "base" y, que se debían haber extremado los controles. Entiende contradictoria la conclusión referida a que no se utilizaron los criterios para predecir la severidad de la pancreatitis, pues según asevera, tales criterios se aplican durante las primeras 48 horas, y el paciente del caso falleció antes. Reprocha que no se aprecien en la sentencia los resultados de laboratorio, radiografía y ecografía que indican que la pancreatitis al ingreso fue leve y, que pasó a grave cuando se produjo la descompensación hemodinámica del paciente. Aduce que sin fundamento científico ni prueba se afirma que la internación en terapia intensiva en oportunidad del reingreso al establecimiento asistencial hubiera posibilitado su tratamiento precoz. Se agravia de la solución judicial atinente a los daños. Dice que la Cámara elevó el monto de la reparación en concepto de valor vida incurriendo en ausencia de fundamentación. Respecto de la estimación del rubro daño material por gastos de internación, médicos y farmacéuticos reprocha que la decisión se adoptara sin prueba de la existencia de tales erogaciones. Ataca el aumento de la suma otorgada en concepto de daño moral por haberse dispuesto sin más fundamento que por la calidad que revisten de los damnificados, -cónyuges e hijos menores-. Finalmente se queja de la tasa de interés establecida, tachándola de inadecuada a la naturaleza de este proceso. V.-Por su parte, el S. del N. objeta que se le atribuya responsabilidad pues su obligación, dice, se circunscribe a brindar servicios de soporte hotelero y de provisión de insumos. Alega que le agravia que la Cámara se funde en abstracto en la ley 24240 de protección al consumidor y haciendo referencia a la medicina corporativa o empresaria y al deber de seguridad porque, en el caso, el fallecimiento de M. S. obedeció a que sufrió una complicación de su papilotomía endoscópica, denominada pancreatitis aguda y además, su organismo desarrolló una respuesta inflamatoria sistémica. Continúa diciendo que los iudex a quo realizan un razonamiento en base a bibliografía obtenida por Internet e interpretan guías sobre el diagnóstico y tratamiento de una pancreatitis en lugar, dice, de disponer una nueva pericia médica porque la realizada es confusa e imprecisa. Aduce que se valoró erróneamente la prueba porque de ella surge que el Dr C. es un médico externo del Sanatorio, no es del staff profesional del sanatorio, no está dentro de la jurisdicción de su Dirección Médica, que atiende a pacientes en su consultorio privado y que cuando necesita internar, contrata las comodidades que necesita y el establecimiento le provee la hotelería, personal de enfermería, provisión de medicamentos e insumos y la infraestructura. Por lo tanto, concluye no es dependiente y no es aplicable el art. 504 del Código Civil. Asevera que adolece de defectos técnicos y legales la argumentación con que la Cámara concluyó que el fallecimiento del paciente se produjo por no haberse hecho un distingo entre una pancreatitis leve o grave, que la pancreatitis fue hemorrágica, que debió haberlo internado en terapia intensiva. También se queja de las pautas utilizadas para cuantificar el daño en concepto valor vida; de la condena por gastos de sepelio, medicamentos y honorarios profesionales alegando ausencia de prueba documentada; del monto fijado para resarcir el daño moral, y de la aplicación de la tasa activa. VI.- Los agravios de los recurrentes vinculados a la atribución de responsabilidad no constituyen más que discrepancias con la apreciación de las constancias de la causa realizada por el a quo, sin que logren desvirtuar los argumentos utilizados en la sentencia apelada. En efecto, contrariamente a lo afirmado por los impugnantes la Alzada valoró exhaustivamente los antecedentes del paciente, dando cuenta de las acciones y omisiones terapéuticas a la que había sido sometido durante su internación en la habitación como del estado de extrema gravedad en el que recién se dispuso su ingreso a la unidad de cuidados intensivos del establecimiento asistencial. No puede constituir argumento para eximir o atenuar la responsabilidad del médico demandado la afirmación que la causa de muerte fue un fallo multiorgánico, pues éste constituye, precisamente, uno de los síntomas de la pancreatitis. Por lo demás, nadie discute que en el momento de su fallecimiento M. S. presentó un fallo sistémico; lo que se encuentra en juego en el caso es la atención previa prestada al paciente con diagnóstico de una pancreatitis de cuya gravedad las cosas hablan por sí solas: el paciente falleció a horas de su reinternación. El argumento crítico acerca de que los sistemas que pueden predecir la severidad de una pancreatitis se aplican durante cuarenta y ocho horas no se

vincula con la motivación de la sentencia, puesto que lo apreciado por la Cámara fue que de la historia clínica no surge que se le hubiere efectuado o indicado al menos algún criterio durante su internación. Y por cierto que la ictericia presentada por el paciente, la litiasis en el colédoco, la papilotomía al que fue sometido, la extracción de múltiples litiasis, la indicación de posterior cirugía de vesícula biliar -referida por el mismo médico y el reingreso al Sanatorio con dolor abdominal y taquicardia a penas 8 horas aproximadamente después de dado de alta, son hechos conducentes que el Tribunal de grado ha debido como tales atender. Puesto que constituyen factores que, según dan cuenta los estudios a los que refirió la sentencia, consultados en Internet a pedido del propio S. del N., determinan la posibilidad no sólo de existencia de pancreatitis sino además de "peor pronóstico". Ante ello, más el hecho de la omisión de trasladar al paciente a la unidad de terapia intensiva hasta que presentara el estado casi irreversible que se lee en el informe de ingreso a la unidad de cuidados intensivos -paciente "evoluciona en mal estado, taquicárdico hipotenso y posteriormente se lo pasa a UTI por inestabilidad hemodinámica"- descartan la existencia de los vicios que se endilgan a la sentencia. VII.- En lo específicamente referido a la responsabilidad endilgada al S. del N. S.R.L el recurrente se limita a disentir, a exponer su mera interpretación sobre lo acontecido, mostrar la propia versión de los hechos e, insistir que sólo se obligó a prestar servicio de soporte hotelero y de provisión de insumos; que no existe ningún reproche contra los servicios contratados y efectivamente brindados por él; y aseverar que el Dr. C. no integra el staff profesional; no está dentro de la jurisdicción de su Dirección Médica. Alegaciones todas ellas insuficientes para constituir la crítica concreta y razonada de un pronunciamiento sustentado en un factor objetivo. Máxime que el recurrente no se hace cargo de la doctrina legal del Superior Tribunal según la cual el concepto de dependencia, noción que no supone ya la presencia indefectible de un nexo negocial o de una relación que exige vigilancia o imposición de autoridad efectivas, sino que se configura toda vez que media una autorización al médico, concedida por el centro asistencial, para obrar (de esta forma cobró cuerpo la dependencia transitoria u ocasional de la que hablan los autores; Cfr. PARELLADA, Responsabilidad y dependencias en Derecho de Daños -Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, p.456 y sgtes; ALTERINI-AMEAL-LOPEZ CABANA, Curso de Obligaciones, BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad, nros. 944 a 947, fs. 291 a 292 etc). Por lo cual, aún cuando no hubiese existido dependencia jurídica, técnica ni económica del médico para con el establecimiento asistencia, su responsabilidad civil por la falla médica del galeno surge de la infracción a la obligación tácita de seguridad a cargo del ente asistencial (Cfr. despacho de las "Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal" (Junín, 1990, suscripto por los Dres. BUERES, ZAVALA de GONZALEZ, PARELLADA, ANDORNO, GOLDENBERG y VAZQUEZ FERREYRA, entre otros). (este S.T.J. sentencia Na 85 del 5/07/2007 in re "Saldaña Hermino y Lucia Elizabeth Canteros c/Mariano Veller, Fabian Vallejos, Medicom Internación S.A. y O.S.E.C.A.C. s/Sumario"). VIII.- En lo atinente a los daños, advierto en los recursos extraordinarios la falta de crítica concreta del fundamento decisivo de la Cámara para confirmar la condena a reparar gastos de sepelio, internación, medicamentos y honorarios profesionales. Con lo cual, firme por consentimiento tácito de la parte la motivación basal de la conclusión que agravia a los litisconsortes, ésta resulta inconvencible en esta instancia casatoria. IX.- En cuanto a la cuantía del daño moral, este Superior Tribunal, atendiendo que la evaluación del perjuicio moral es tarea delicada, pues el dinero no cumple una función valorativa exacta, dado que el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia.(CSJN; "Guillermón, Marcela Claudia c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios" sentencia del 2/11/2010; "Migoya, Carlos Alberto c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", sentencia del 20/11/2011, entre otros), sólo admite recurso extraordinario acerca de este tema cuando la cuantía asignada aparezca irrazonable, por lo escandalosamente alta o lo ridículamente baja. Habrá que tener en cuenta que la Corte en un supuesto también por muerte de un profesional (en el caso se trataba de un arquitecto) ya en el año 2006 fijó la suma de \$ ? para la cónyuge superviviente e igual suma para cada una de sus hijas menores (CJSN; Fallos 329:3403 in re "Ferrari de Grand, Teresa H. M. y otros c. Provincia de Entre Ríos y otros", sentencia del 24/08/2006 ). Así las cosas, no parece irrazonable la cantidad de \$ ? que la Cámara acordó para la indemnización conjunta del dolor moral padecido por la cónyuge y dos hijos del profesional fallecido de este caso. X.- Por último, la jurisprudencia del Superior Tribunal para casos análogos al sub lite ha decidido la aplicabilidad de la tasa activa segmento 1 del Banco de la Provincia de Corrientes (STJ Ctes; sentencia N° 24 del 22/03/2011 in re "Midón, Marcelo Sebastián c/María Mercedes Vazquez, Silvio Valenzuela y Jorge Félix Gómez s/Daños y Perjuicios" Expte. C02 46713/4). En consecuencia, la impugnación sub examine es insustancial en tanto pretende se actúe una tasa pasiva de interés. Se ha juzgado en efecto, que "el empleo de una tasa de interés como la activa, contrariamente a la pasiva, restablece el valor original de las deudas y compone la falta de uso del dinero, de tal suerte que el decisivo se conserva en condiciones reales de ser operativo, pudiendo el acreedor acceder íntegramente a su acreencia sin que disminuya por la demora del deudor en satisfacerla". Se añadió, asimismo, que el escoger la tasa acorde a la del mercado, constituye un estímulo que es el deseable, en tanto se ajusta a la garantía insita en el art. 18 de la Constitución Nacional toda vez que el uso de la tasa activa importa mantener la estricta igualdad de la prestación debida.(conf. S.T. J. de Ctes; sentencia N°82 del 7/11/2011, in re "Gutierrez Patricia

Elizabeth y otro c/ Dos Santos, Héctor Aníbal y Pretorvalle S.A.T. s/ sumario", expte. C02- 4325/04 y sus acumulados "Arizabalo Eugenia Beatriz c/ Dos Santos, Héctor Aníbal y otros y/o quien resulte responsable s/ sumario" expte. n° C02- 42004326/04 (13.039/09); "Gromenida, Haydee Amalia c/ Dos santos, Héctor Aníbal y Petrovalle S.A.T. s/ sumario" expte. n° c02-4322/4 (13.319/10) y "Tisocco Adrián Fermín y otra c/ Petrovalle S.A. de Transporte y otro s/ sumario" expte. n° C02-42004323/04 (12.852/08). Claro que la doctrina es solamente aplicable para desestimar el planteo traído como agravio. No puede conducir en cambio a la modificación de la tasa escogida por el inferior, pues lo contrario implicaría violación del principio que veda la reformatio in pejus . XI.- Ahora; en lo que sí corresponde habilitar los recursos deducidos es en cuanto impugnan por falta de fundamentación la sentencia en punto a la elevación de la suma fijada en concepto de pérdida de chance. Las vías de gravamen fueron interpuestas dentro del plazo, en contra de una sentencia definitiva, con satisfacción de la carga económica del depósito, y las quejas expuestas al respecto son suficientes para fundamentar un motivo legal de casación (CPCyC Ctes, art. 278, inc. 1°). Por lo que a continuación paso a juzgar acerca del mérito o demérito, total o parcial, del referido agravio. XII.- Cabe precisar una vez más que si lo que el sentenciante dijo indemnizar es la pérdida de chance, y "chance" es la posibilidad de un beneficio probable y futuro (LLAMBIAS, Tratado de las obligaciones, t.1, p.268, 1° edc), entonces, el quantum del resarcimiento no ha podido válidamente tener un alcance que identifica al particular daño con un beneficio perdido, porque lo frustrado o perdido es la posibilidad de un beneficio económico y no el beneficio esperado. La indemnización por privación de chance no se identifica, en efecto, con la utilidad dejada de percibir ni con la posible utilidad dejada de percibir, porque lo resarcible es la "chance" misma, no pudiendo identificársela con una pérdida de beneficio ya generada ni con el eventual perjuicio económico perdido. (conf. S.T.J. de Ctes. sentencia N° 61 del 9 /09/2011 in re "Gauna Maria Hilda c/ Zini Moises Ignacio y/o Jockey Club Goya y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios"). Por ello, su cuantificación no puede ser el resultado de una igualdad matemática sino que debe ser estimada prudencialmente y de acuerdo a las circunstancias de cada caso. XIII.- En ese orden, aprecio que la sentencia del tribunal a quo exhibe error in iudicando al fijar la cuantía por pérdida de chance con una estricta equivalencia con ganancias frustradas y que calculó, incluso, con prescindencia de considerar a) los gastos de subsistencia de la víctima (alimentación, vestimenta, atención médica, distracción, etc.); b) los derivados del pago de impuestos, tasas, contribuciones derivadas de su profesión; y c) que la cónyuge tenía al momento del deceso 37 años (vide fotocopia acta matrimonio fs. 49), es abogada, y por lo tanto, también podría trabajar y aportar ingresos. Por ello, propiciaré la casación de ese aspecto de la sentencia y ya en el ejercicio de la jurisdicción positiva del Superior Tribunal disponer la reducción a \$ ? del rubro por chance perdida. XIV.- En función de todo lo expuesto, y si este voto resultare compartido por la mayoría de mis pares, corresponderá hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario deducido para, en mérito de ello, dejar sin efecto el pronunciamiento de la Cámara y modificar la sentencia de primera instancia sólo en el punto relativo al monto del rubro pérdida de chance, fijándolo en la suma de \$ ... Con costas devengadas en todas las instancias, ordinarias y esta extraordinaria, en un 90% a los recurrentes y en el 10% restante a la actora recurrida. Con devolución a cada uno de los demandados recurrentes el 10% del depósito económico. Regulando los honorarios del abogado de la parte recurrida, doctor Roberto Fernández, por cada una de las contestaciones y, los emolumentos de los letrados de las partes recurrentes doctor Guillermo Antonio Pomares y, los conjuntos de los doctores Alberto M. García y Claudio E. Dimitroff Chileff, en el ?% de los honorarios que se fijen para retribuir el trabajo profesional cumplido en la primera instancia por la vencedora y vencida, respectivamente (art. 14, ley 5822). Todos en la condición de monotributistas. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR FERNANDO AUGUSTO NIZ, dice: Que adhiere al voto del Sr. Ministro Dr. Guillermo Horacio Semhan, por compartir sus fundamentos. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR JUAN CARLOS CODELLO, dice: Que adhiere al voto del Sr. Ministro Dr. Guillermo Horacio Semhan, por compartir sus fundamentos. En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente: SENTENCIA N° 44 1°) Hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario deducido para, en mérito de ello, dejar sin efecto el pronunciamiento de la Cámara y modificar la sentencia de primera instancia sólo en el punto relativo al monto del rubro pérdida de chance, fijándolo en la suma de \$ ... Con costas devengadas en todas las instancias, ordinarias y esta extraordinaria, en un 90% a los recurrentes y en el 10% restante a la actora recurrida. Con devolución a cada uno de los demandados recurrentes el 10% del depósito económico. 2°) Regular los honorarios del abogado de la parte recurrida, doctor Roberto Fernández, por cada una de las contestaciones y, los emolumentos de los letrados de las partes recurrentes doctor Guillermo Antonio Pomares y, los conjuntos de los doctores Alberto M. García y Claudio E. Dimitroff Chileff, en el ?% de los honorarios que se fijen para retribuir el trabajo profesional cumplido en la primera instancia por la vencedora y vencida, respectivamente (art. 14, ley 5822). Todos en la condición de monotributistas. 3°) Insértese y notifíquese. Fdo: Dres. Guillermo Semhan-Fernando Niz-Juan Carlos Codello-Carlos Rubín.

Correlaciones: ?R., P. J. c/R., N. y otros s/daños y perjuicios? - Cám. Nac. Civ. - Sala E - 30/06/2011

Cita digital: