NEUQUEN, 21 de noviembre de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"DI VITO MARIA MARTA C/ DIOCARES LUCIANO A. Y OTRO S/ D. Y P. - MALA PRAXIS"**, (**JNQCI1 EXP** N° **474846/2013**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. José Ignacio **NOACCO dijo:**

I.- La sentencia de fs. 706/717 hace lugar a la demanda y en consecuencia condena al Policlínico Neuquén a abonar la suma de $ 600.000 con más sus intereses y las costas del juicio.

La decisión es apelada por la actora y por la demandada en los términos que resultan de los escritos de fs. 728/735 y 737/743 respectivamente.

La actora se agravia en primer término por la decisión de considerar que la incidencia del error de diagnóstico respecto de la pérdida de chance de sobrevida y curación es del 50 %.

En esa senda señala que la afirmación de la sentencia es dogmática pues no hay ninguna prueba en las presentes actuaciones que permita concluir que el daño de entre 70 % y 80 % de incapacidad que padece la actora, se hubiera producido igual, aun cuando hubiera mediado un diagnóstico médico correcto.

Expresa que tanto la pericia médica como el informe de la Fundación Favaloro indican que las consecuencias se debieron al error en el diagnóstico que ocurrió en la primera consulta.

Señala que su parte logró demostrar las secuelas definitivas que le causó el error de diagnóstico, y frente a ello la demandada no presentó ninguna prueba que permita concluir que el daño se hubiera producido de igual manera.

Solicita se revoque la sentencia y se determine que la totalidad de la incapacidad obedece al error de diagnóstico.

A continuación se agravia por los montos indemnizatorios determinados expresando que, pese a que la sentencia afirma que aplica el promedio de las fórmulas Vuotto-Mendez para establecer el daño patrimonial, efectúa su versión de los cálculos y sostiene que el monto establecido es arbitrario, pues no se sustenta en la prueba del proceso.

También se agravia por el monto determinado en concepto de daño moral, señalando que el mismo es insuficiente.

Detalla la prueba de la que surgirían los elementos que daban certeza de que el daño sufrido es superior, y en tal sentido hace hincapié en las dificultades laborales y afectivas que padeció la actora luego de la incapacidad sufrida, como así también las secuelas que aún tiene que sobrellevar.

También hace referencia a antecedentes de este Cuerpo en los que, por

dolencias similares se otorgaron sumas más elevadas, solicitando se revoque la sentencia elevando la suma otorgada en concepto de daño moral.

A fs. 737/743 expresan agravios el Policlínico Neuquén y SMG Compañía Argentina de Seguros, quienes en primer término señalan que al haber desistido de la acción contra el médico, se privó a su parte de convocarlo al proceso que culminó con una sentencia declarando la negligencia de quien no se defendió.

Señala que la responsabilidad objetiva que le cabe a su parte tiene un límite, pues la institución contrata un profesional que debe velar por prestar los servicios médicos existentes para la cura del paciente.

Entiende que cumple su obligación al asistir y prestar las condiciones, sin embargo la decisión acerca de su uso le resulta ajena, insistiendo que el ámbito para que el galeno explique lo que sucedió se vio trunco al desistir la actora de su acción en relación a aquel.

Sostiene que la enfermedad que padecía la actora no es atribuible a su parte quien sólo intentó curarla y que no puede asegurarse que haya mediado culpa del médico pues tanto la pericia como el informe de la Fundación Favaloro, se elaboraron sobre hechos consumados, lo cual entiende resulta más simple al momento de establecer responsabilidades.

Afirma que no puede hablarse de error de diagnóstico, pues los síntomas que expresó la

paciente fueron los que determinaron que el cuadro se tratara como una gastritis y que por ello no hubo manera de prever que estaba sufriendo un infarto.

Agrega que en la historia clínica de la actora se informaba que tenía antecedentes de artritis reumatoidea, tratamiento con antinflamatorios no esteroideos e hipertensión arterial lábil, tratada previamente con Losartan.

Subraya del relato de la actora cuando en cuanto expresa que ingresó con dolor retroesternal que no calmaba con antiinflamatorios ni protectores gástricos, por lo que fue evaluada interpretando el cuadro como gastritis.

Efectúa precisiones relacionadas con la gastritis y los síntomas de reflujo gastroesofágico, y a continuación asevera que al momento de la consulta, la actora no hizo mención al dolor torácico, que es el síntoma cardinal de la isquemia cardíaca.

Manifiesta que la isquemia/infarto que se le diagnosticara a la actora cursa con un dolor precordial intenso y acompañado de manifestaciones neurovegetativas e inestabilidad hemodinámica, nada de lo cual presentaba al momento de la consulta.

Recalca que no existe en la documentación médica obrante ninguna mención de dolor precordial, de modo que al no presentar la sintomatología o el cuadro clínico de isquemia, no había obligación para el médico de adoptar una conducta distinta a la que se asumió.

Cita doctrina y jurisprudencia relativa a la responsabilidad de los cardiólogos cuando el infarto se declara en forma imprevista y de un modo ambiguo concluyendo, en base a un caso del cual transcribe un par de párrafos, que al no haber manifestado el paciente el dolor en forma clara, y existir la duda razonable de que fuera sintomatología gastroduodenal, el médico no tiene un deber de diagnóstico correcto o infalible y debe rechazarse la demanda.

Alude por último a que la actora estuvo más de dos días con la supuesta dolencia, sin requerir nuevamente asistencia médica de lo cual concluye que hay culpa exclusiva de la víctima por lo que solicita se revoque la sentencia.

En tercer lugar se agravia por la determinación de los honorarios sobre el monto de la demanda, pues si se demandó por un monto superior al que finalmente prospera la demanda ello es un error que cabe atribuir a la actora y no puede pesar sobre su parte.

También se agravia por la imposición de costas en forma total a su parte, pues esa decisión no tiene en cuenta que se demandaron rubros que fueron desestimados por completo, solicitando se tenga en cuenta que se está eximiendo de costas a la parte actora respecto de rubros en los que fue perdidosa.

A fs. 745/747 y 750/755 obran las contestaciones de los agravios de ambas partes, quienes a su turno solicitan se rechacen los recursos de la contraria.

II.- Corresponde en primer término, abordar el agravio de las codemandadas respecto a la incidencia del desistimiento por parte de la actora de la acción contra el codemandado Diocares.

En tal sentido, de la atenta lectura del expediente se advierte que la primera ocasión que las codemandadas hacen referencia a esa cuestión es al momento de alegar, expresando: *"… la parte actora decidió oportunamente desistir la acción contra el médico, es decir contra el demandado principal conforme el objeto de la demanda. La responsabilidad de mi mandante surge accesoria a aquello, pero claramente no es la principal. Si no hay galeno que se condene (porque así lo decidió la parte actora, que incluso dejo sin oportunidad de citarlo por esta parte), mal puede condenarse a mi mandante con su obligación es de deber de cuidado, accesoria a la obligación principal del médico"*

Sin embargo, la cuestión ha sido correctamente abordada en la sentencia con la cita del antecedente del Tribunal Superior de Justicia "Campano" en cuanto allí se resolviera acerca de la responsabilidad del establecimiento asistencial.

En similar sentido: *"… aclara BUERES que el crédito a la seguridad, "en sí mismo", configura una "obligación de fines", que asume el hospital, la clínica, la obra social, etc., pero va referido a una obligación de medios, que consiste en la prestación corriente y genérica del médico en su ejercicio profesional. De modo que sin culpa del facultativo no hay responsabilidad de la clínica. Con todo, en algún caso de excepción, la obligación*

de seguridad de las instituciones puede afianzar un resultado (caso de la cirugía estética, del cuidado de la integridad física de los pacientes internados, etc.).

"El damnificado vendrá a tener frente sí dos legitimados pasivos: el establecimiento asistencial y el médico causante del perjuicio, cuyas obligaciones son "concurrentes" o "in solidum". Lo cual es así, atento que ambos aparecen como indistintamente obligados por el todo de la misma prestación: la indemnización del perjuicio; pese a provenir cada débito de una distinta fuente contractual: para el sanatorio el convenio de prestación del servicio de salud concluido por el mismo con el enfermo; y para el profesional médico el contrato a favor de terceros indeterminados -los eventuales pacientes- que concluyera el mismo en cuanto "promitente", con la clínica u hospital que actuara como "estipulante", a partir desde su concreta aceptación por parte de cada paciente "beneficiario". O sea que se trata de dos deudas independientes entre sí para con un mismo acreedor, pese a mediar entre ellas la conexión resultante de estar referidas a un idéntico objeto: el resarcimiento." ("Tratado de la Responsabilidad Civil" -Tomo IV- Trigo Represas-López Mesa-La Ley pág. 1272).

De lo expuesto, surge claro que no le asiste razón al apelante cuando afirma que la suya es una obligación accesoria.

Por otra parte la jueza funda su decisión en un aspecto que contribuye a robustecer el fundamento de la condena sin que ello mereciera

agravio de la parte demandada, cuestión que se refiere a la ausencia de litisconsorcio necesario entre las partes.

La Suprema Corte bonaerense ha señalado al respecto: *"… si los establecimientos se valen de la actividad ajena de los médicos para el cumplimiento integral de su obligación, habrán de responder por la culpa en que incurran sus sustitutos, auxiliares o copartícipes, en razón de la irrelevancia jurídica de tal sustitución ya que al acreedor no le interesa que el cumplimiento sea efectivizado por el propio deudor, o por un tercero del cual éste se valga para sus fines, y de la equivalencia de comportamientos del obligado y de sus sustitutos o asociados, que determina que el hecho de cualquiera de ellos se considere como si proviniese del propio deudor (conf. Ac. 50.801, sent. del 21-XII-93). También ha resuelto el Tribunal que la prueba de la culpa del médico es indispensable, no porque la responsabilidad de éste se refleje en la entidad de la cual depende en una responsabilidad indirecta, sino porque la prueba de aquella culpa sería la demostración de la violación del deber de seguridad, que como obligación tácita se halla comprendida en el contrato asistencial, y cuya omisión genera la responsabilidad directa de la entidad contratante, además de la que concierne directa y personalmente al profesional (conf. Ac. 46.712, sent. del 4-VIII-92) y que no obsta a la condena a un establecimiento asistencial por la mala praxis de los profesionales médicos, la circunstancia de que éstos no hubiesen sido demandados, desde que no media un litisconsorcio*

necesario (art. 89, C.P.C.) (conf. Ac. 46.712, sent. del 4-VIII-92).

De lo expuesto es posible concluir dos conceptos centrales: el primero es la posibilidad de demandar al establecimiento aun sin ejercer la pretensión en relación al médico, y el segundo, la necesidad de establecer la culpa de éste último, cuestión que da lugar al análisis del siguiente agravio de la demandada.

La queja gira en torno a la interpretación de los resultados de la pericia médica en la que se apoya la sentencia para concluir en que efectivamente medio un error de diagnóstico por parte del profesional interviniente.

Sin embargo, y no obstante el nuevo embate que en los agravios le merecen las conclusiones apuntadas, he de compartir el análisis efectuado en la sentencia de grado.

Al impugnar la pericia y solicitar explicaciones, las codemandadas expresaban: "*… es indudable que la interpretación del perito en relación al cuadro clínico que presentaba la actora al momento de dicha primera consulta con el Dr. Diocares, se basa en la que se indica en documentación médica posterior (historia clínica de ingreso a la unidad coronaria del Policlínico Neuquén de fecha 05/04/2010), en los datos recabados del examen pericial de la actora, y seguramente del conocimiento de la evolución posterior de los hechos y del diagnóstico posterior*

de infarto agudo de miocardio, es decir de una análisis retrospectivo de los hechos"

"Esto es así, porque la documental médica referida a dicha consulta solo manifiesta el diagnóstico ("RGE-Gastritis), y el tratamiento indicado ("Sucralfato-Omperzaol-Proquinéticos") tal como es de práctica habitual en atenciones ambulatorias donde solo se consigna la atención médica con el diagnóstico y el tratamiento indicado, sin detallar la sintomatología referida por el paciente ni los hallazgos el examen físico."

A pesar del convencimiento que trasunta el agravio que trae a las accionadas a esta instancia, en el que insisten en que el perito sólo tuvo conocimiento de los síntomas iniciales a partir del relato de la actora, no encuentro que ello reste convicción a lo expuesto por el perito.

En ese sentido, cabe destacar la trascendencia de las constancias expuestas en la historia clínica, como así también el hecho de que ante las omisiones en su confección, esa circunstancia tiene por efecto perjudicar a quienes se encuentran encargados de su confección.

Precisamente: *"La jurisprudencia ha destacado la relevancia de las constancias existentes en la historia clínica sobre la cual la ley 17.132 y su decreto reglamentario 6216/67 imponen deberes a los directores de establecimientos asistenciales (arts. 40 y 41 inc. 1° respectivamente), así como que su ausencia y omisiones no pueden sino perjudicar a quienes tienen el deber de confeccionarla y de asentar en*

ella todos los pormenores necesarios según la ciencia médica" (Revista de Derecho de Daños –Tomo II-pág. 83)

Se trata de un concepto íntimamente vinculado con el derecho del paciente a ser informado y a acceder a los términos de su historia clínica.

Así: *"Frente al derecho del paciente a ser informado y a acceder a la historia clínica, surge como contrapartida la obligación del médico de llevar un correcto registro del tratamiento. De otro modo, el damnificado por un error carecería de la documentación necesaria para concurrir al proceso en igualdad de posibilidades probatorias (CNac.Civil; Sala D, 12-.5-92, causa n 95276).*

"La historia clínica es así, una prueba valiosa y significativa, dado que la misma ofrece la posibilidad de calificar los actos médicos conforme a estándares y contribuye para establecer la relación de causalidad, además de ser útil para construir, cuando está mal confeccionada, una presunción "hominis" de culpa, que podría encerrar una presunción de causalidad (SCJMza., 22/03/2010, Expte.: 95925 – Triunfo Coop. de Seguros Ltda. en j. 39.782/108.247; Ojeda José E. y otro c/Mañanet, Santiago y otros s/d. y p. s/inc. LS 411-129).

"La infracción de tales deberes resulta generadora de responsabilidad. El profesional médico responde por las omisiones de la historia clínica puesto que, en caso contrario, resultaría de su conveniencia no asentar en ella

determinados datos.” (“L. M. E. c/ B. A. D. J. y otros s/ daños y perjuicios” C.N.A.C Sala K-23-jun-2017 Cita: MJ-JU-M-106611-AR | MJJ106611 | MJJ106611 Microjuris)

Luego, las codemandadas también pidieron explicaciones respecto a la frecuencia del reflujo gastroesofágico y la gastritis, cuestionando el 1 % de incidencia en la población que indicara el experto.

A esto, el Dr. Bello contestaba: “*… Por supuesto que cuanto se refieren a los datos sobre el cuadro clínico de María Marta son compatibles con la patología digestiva, pero precisamente el yerro es no haber sospechado su patología cardíaca, cuando por los síntomas clínicamente así era obligatorio hacerlo o siquiera haberlo considerado. Todo dolor torácico anterior o abdominal superior, no traumático en una adulto joven o no, debe sospecharse siempre la patología cardíaca, es una premisa elemental clínica de la medicina emergentológica y muy especial si es del sector izquierdo, éste es el quid de la cuestión y no otro. Si es válido se piense en lo digestivo en quien consume antiinflamatorios no esteroides (AINES), pero el yerro insisto, es el no haber pensado, cuando debía habérselo hecho, en la patología que finalmente llevó a la actora a poseer un corazón, precisamente pasible de reemplazo.*”

De la lectura del párrafo que antecede, es pertinente concluir que lo expresado por el perito es que sin descartar que pudo aparecer como un cuadro de tipo digestivo, en la medicina de emergencia, y de conformidad a las

características de la paciente se imponía de todas maneras la exploración de índole cardíaca, que fue justamente lo que se omitió y podría haber llevado a un resultado menos gravoso en la salud de la actora.

De este modo, y aun cuando el error de diagnóstico no implica en todos los casos una negligencia por parte del médico actuante, en este caso encuentro acreditado que frente a la sintomatología que presentaba la actora, la omisión de un diagnóstico adecuado y precoz llevó a un tratamiento que no era acorde con la real patología que estaba atravesando, lo cual provocó un impacto en su salud, más allá del propio de la patología que presentaba.

Esta última cuestión permite abordar el agravio de la accionante en cuanto dirige su queja al porcentaje estimado por la sentenciante en concepto de pérdida de la chance de sobrevida y curación de la actora, el cual la Jueza estableciera en un 50 %, porcentaje que se aplicara sobre los daños reconocidos.

Se agravia sosteniendo que la argumentación de la Jueza es dogmática, razón por la cual cabe detenerse en la relación existente entre la responsabilidad civil médica y la pérdida de chance de curación.

En una primera aproximación, es posible afirmar que la pérdida de chance es un daño cierto en grado de probabilidad, y lo que busca indemnizar es esa probabilidad a la que se le reconoce un valor económico.

Para la procedencia de la pérdida de chance deben reunirse los mismos requisitos que para los demás tipos de daños que se indemnizan, entre los cuales adquiere relevancia la certeza del mismo frente a la calidad de meramente hipotético.

En ese sentido: *"La pérdida de chance es un daño cierto en grado de probabilidad; la probabilidad es cierta y eso es lo que se indemniza. Si la probabilidad de acaecimiento era escasa o nula el daño es eventual y, como tal, no indemnizable… algo distinto al perjuicio puramente eventual es la pérdida de una oportunidad o probabilidad. Es una situación ligada a la idea de certeza, concebida como probabilidad. Si tal probabilidad era seria, su privación constituye un perjuicio reparable…. Aunque antiguamente se equiparaba la pérdida de una oportunidad a un simple perjuicio eventual, en la actualidad hubo un cambio de mentalidad:* ***una probabilidad tiene un valor pecuniario por lo tanto su pérdida es un daño cierto que merece reparación"*** (*"*Responsabilidad médica y pérdida de chance de curación" Marcelo López Mesa-RC D 3194/2012 2008-1)

Luego y haciendo foco en los procesos por mala praxis médica afirma: *"…siempre nos encontramos ante situaciones en que la persona desde que ingresa a un sanatorio para ser atendida trae consigo una incapacidad previa y es por ello que en aquellos casos en que por cualquier motivo el paciente se agrava como consecuencia de una inadecuada atención médica, la indemnización que finalmente se le otorgue deberá ser siempre menor; teniendo en cuenta las chances que tenía de*

sobrevivir y el grado de incapacidad que se encontraba al ingresar a la clínica…"

En cuanto al modo en que se cuantifica el daño así definido, el autor avanza y señala: *"…¿si las cosas hubieran pasado como debían, cuál hubiera sido el resultado? La parte de incertidumbre se resuelve en un porcentaje. Es la razón por la cual «la reparación de una pérdida de chance debe ser mensurada en la probabilidad perdida y no puede ser igual a la ventaja que habría proporcionado esta chance si se hubiera realizado»". Pocas veces hemos visto un fallo judicial donde se comprenda tan claramente el alcance de lo que se falla: las certezas principales con que se trabaja al evaluar chances perdidas son que el evento por el que se reclama nunca se producirá y que, de haberse producido, pudo no ocurrir como se esperaba; la evaluación que se realiza es una comparación imaginaria con un suceso imposible: la curación del enfermo, que por un hecho ajeno se ha tornado inviable. Ello nunca debe olvidarse, como lo olvidan algunos jueces argentinos, que conceden resarcimientos por pérdida de chance como si resarcieran daños efectivos, ocurridos verdaderamente y tangibles sin dificultad. Es que no existe causalidad adecuada entre el total del daño y la actuación del dañador. La causalidad existe entre el daño intermedio (la pérdida de chance) y la actuación del dañador que ha interferido en la realización de dicha probabilidad."*

A continuación, y en cuanto a la concreta apreciación del daño, agrega: "*… el juez*

debe determinar si de acuerdo a la situación de salud de la víctima, al estado de los conocimientos médicos en ese momento y a las posibilidades terapéuticas con que se contaba para atenderla, era más probable que se curara, empeorara o se muriera. Una vez determinado ello, debe evaluar aproximadamente cuál era el rango o proporción estimativa de esa probabilidad de curación, en comparación con otros escenarios futuros posibles de la víctima, como su deceso o grave incapacitación."

Y la razón de ello reside, según señala el autor y el suscripto comparte, en que: *"… el paciente ya viene con una afección o enfermedad y, en todo caso, el obrar negligente del médico priva al paciente de las probabilidades de curación o mejoría que tenía."*

"De ser así, las indemnizaciones que se otorguen deberán ser fijadas en relación a esa pérdida o frustración, y no en base al daño efectivamente sufrido, en el cual ha influido la situación patológica que el paciente ya traía consigo" … "No se considera la conexión directa entre la negligencia médica y la producción del daño, sino, por un razonamiento a contrario, entre el hipotético comportamiento diligente que hubiera impedido la pérdida de oportunidad y la no producción del daño [...] Lo que causa la culpa médica es un 'perjuicio intermedio', que consiste en la obstrucción de la posibilidad de sanar, curar o mejorar. No hay vínculo causal entre el daño terminal (muerte o lesiones) y el acto médico negligente. Sí lo hay, en cambio, entre la omisión

(o acción imperita) y la pérdida de una probabilidad de sanar o vivir.”

Por lo expuesto, entiendo que no corresponde hacer lugar al agravio de la actora en cuanto demanda que se reconozca el porcentaje total de incapacidad en la condena, pues de hacerlo se estaría omitiendo considerar que la paciente portaba la patología cardíaca y que no es posible imputar causalmente al médico el resultado final de la incapacidad, pues parte de ella obedece a un proceso natural.

En este último sentido, la actora señala en sus agravios que no hay prueba que demuestre que el daño no se hubiese producido del mismo modo aun con un diagnóstico correcto.

Aquí es importante destacar que la apelante cuestiona el porcentaje de pérdida de chance otorgado por la Jueza pero no cuestiona el daño en sí, desde un punto de vista conceptual, el cual y tal como se desarrollara no conlleva la indemnización del total del daño sufrido, sino que sirve para establecer la incidencia que aquel tuvo en relación con la patología que portaba la actora.

En apoyo de lo expuesto, la Dra. Clerici indicaba: “*La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza –Sala I- con primer voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, señaló que la culpa médica puede provocar un daño que no consiste en la muerte ni la invalidez del paciente, sino en la pérdida de chances ciertas de prolongar una vida útil –al privarlo de chances de sobrevivir o vivir*

con una incapacidad menor- (autos "Marchena c/ Dimensión S.A.", 23/6/2003, JA 2004-I, pág. 494).

"Se explica en el precedente señalado en el párrafo anterior, y luego de una extensa reseña de las posiciones doctrinarias -extranjeras y nacionales- y de la jurisprudencia, que: "La primera conclusión es afirmar la existencia del llamado daño intermedio. Me parece evidente que, a veces, la culpa médica (por omisión o por comisión) está en relación causal con un daño que no es la muerte ni la invalidez en si misma, sino las chances ciertas de prolongar una vida útil. En estos casos, cuando el paciente se encuentra en una situación en que el ejército de los malos, las fuerzas de la enfermedad de las que habla Luis González Morán, tienen posibilidades de ganar la guerra, pero las fuerzas de la salud tienen altas probabilidades de prolongar la vida útil del paciente, posibilidades que se pierden por culpa médica, no reconocer este daño puede conducir a una solución injusta, cualquiera sea las alternativas por las que se opte."

"Si no se indemniza, el ordenamiento no da respuesta a un verdadero daño, culposamente causado; así, el médico que culposamente no detecta un cáncer en su estadio inicial, priva al paciente de chances de sobrevivir o de vivir con una incapacidad menor…Si se condena al médico a indemnizar la muerte o la incapacidad, se repara un porcentaje superior al daño efectivamente causado, pues lo cierto es que esas fuerzas del mal también tienen su propia capacidad de reacción; por esta vía, la de la indemnización integral de la muerte o

la invalidez, se camina decididamente a la teoría de la indiferencia de la concausa, o a la teoría de la conditio sine qua non, ambas, de resultado injusto".

"Ricardo Luis Lorenzetti sostiene que en la responsabilidad médica es muy importante la discriminación de lo que produce el actuar galénico y lo que causa la enfermedad a fin de determinar la autoría causal. Explica el autor citado: "El paciente llega enfermo y su enfermedad tiene su propio curso causal: llega dañado y puede empeorar si la enfermedad continúa, o curarse. Hay entonces un curso causal determinado por la enfermedad…El médico puede no desarrollar ninguna prestación, debiendo hacerlo. En este caso no causó directamente ningún daño, ya que no hay un obrar comisivo sino una abstención. Esta omisión resulta dañosa porque priva al paciente de la chance de curación" (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 214/215)."

"La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, afirmó, en autos "F., K.E. c/ Clínica Cruz Celeste S.A." (LL AR/JUR/79531/2014) que en materia de responsabilidad médica se plantea claramente la pérdida de chance ya que la omisión de atención adecuada y diligente por parte del médico al paciente puede significar la disminución de posibilidades de sobrevivir o de sanar. Resulta indudable, continúa diciendo el tribunal citado, que una situación de esa naturaleza configura una pérdida de chance, daño cierto y actual que requiere causalidad probada entre el hecho del profesional y un perjuicio que no es el daño

integral sino la oportunidad de éxito remanente que tenía el paciente. ("N. Q.F. Y OTRO C/ P.N. S.A. Y OTRO S/D.Y P. - MALA PRAXIS", EXP N° 459800/2011 1/8/2017)

En cuanto al porcentaje otorgado y descartado que fuera reconocer el 100 % tal como pretende la actora: *"El análisis de probabilidad de la chance debe hacerse, en primer lugar, a partir de estadísticas científicas relativas a la probable evolución del cuadro médico del paciente, si se prescinde mentalmente del hecho dañoso; y luego, en segundo lugar, a partir de la pauta dada por el artículo 901 del Código Civil:* ***el principio de normalidad.*** *La chance de curación perdida es resarcible si, según el curso normal y ordinario de las cosas, era científicamente probable que se efectivizara la mejoría del enfermo; en caso contrario, si la chance de mejoramiento o supervivencia apareciera como "el sueño de una noche de verano", evidentemente no sería resarcible."* (art. citado)

A fin de alcanzar una conclusión, encuentro pertinente acudir a lo expresado por la Fundación Favaloro –fs. 542/543- en cuanto expresara: *"El riesgo de no realizar el diagnóstico precoz, es perder la oportunidad de reparar zona infartada, haciendo más propenso el desarrollo de complicaciones, entre otras, la insuficiencia cardíaca, con el consiguiente aumento de la mortalidad"*

El recurso a expresiones tales como "perder la oportunidad" y "hacer más propenso", indican la presencia de un porcentaje de

probabilidad y no de la certeza que reclama la actora, de modo tal que he de proponer rechazar el agravio y confirmar el modo en que fuera establecido en la sentencia de grado.

En lo que sí ha de prosperar la queja de la actora es en cuanto al monto que se determinara para aplicar el porcentaje señalado, pues efectuados los cálculos el mismo aparece insuficiente.

En la tarea de efectuar el cálculo empleando la fórmula matemático financiera y explicitando las variables para el cálculo por aplicación del promedio de las denominadas "Vuotto" y "Méndez", usadas como criterio orientador y adoptadas prácticamente por unanimidad en este Cuerpo, en primer lugar corresponde tener en cuenta los 38 años de edad de la actora al momento del hecho.

En cuanto al porcentaje de incapacidad, he de incluir el 80 %, pues si bien es cierto que el perito indicó un rango de incapacidad de entre 70% y 80%, la mera posibilidad que la actora pudiera tener que ser sometida a un trasplante cardíaco, me inclina decididamente a adoptar el porcentaje mayor.

Luego, y acreditado el salario que percibía al momento del hecho en la suma de $ 6.273, el cálculo bajo la pauta aludida -promedio de las fórmulas- arroja la suma de $ 1.416.855, sobre la cual corresponde aplicar el 50 % ya fijado, obteniendo finalmente la suma de **$ 708.427**,

importe por el que deberá prosperar el rubro en examen.

También habrá de prosperar la queja por el monto del daño moral.

En relación al tema, el Tribunal Superior de Justicia consideró en el precedente "Campano" (Ac. 11/2012): *"… éste ha sido definido como una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (Acs. Nros. 19/98 y 23/10 del Registro de la Secretaría Civil, entre otros, y 318/94 de Demandas Originarias).*

"En el particular, la aminoración de las aptitudes existenciales que ha sufrido la actora supone una alteración del equilibrio espiritual necesario para hacer frente a la vida. De allí que ante el error de diagnóstico que le impidió recibir tratamiento adecuado a su dolencia durante más de cuatro años, corresponde reconocer el daño moral reclamado."

"En esta órbita, debe valorarse no sólo la incapacidad con la gravitación en lo laboral y productivo, sino más ampliamente, con la repercusión en la vida de relación."

"La indemnización del daño moral en casos como el analizado conjuga una solución valiosa desde el derecho. Es que se resarce la pérdida de la aptitud para sentir, lo que de suyo evidencia la violación de un derecho inherente a la

personalidad. La misma pérdida de la capacidad de sentir o experimentar que el hecho (en el caso, la detección tardía del linfoma folicular) produjo no sólo en lo físico, sino además, en la esfera íntima -pesadumbre por el tiempo perdido sin tratamiento- significa la privación de un estado o de cualquier estado anímico valioso y deseable y, por ello, ocasiona un daño moral (cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, Resarcimientos de daños, Hammurabi, T. 2°, p.484, Daños a las personas (integridad psicofísica), Buenos Aires, 1991).

"Esta dolencia en la vida de la actora ha impactado por su edad en una etapa de pleno desarrollo profesional y familiar, en franco menoscabo a la plenitud de su persona."

"Por ello, entiendo que no cabe duda la procedencia de la indemnización solicitada en este punto, en virtud del daño por mala praxis sufrido de acuerdo a lo ya considerado."

Bajo tales parámetros, y sin dejar resaltar la siempre dificultosa tarea de cuantificar el daño moral, ponderando su carácter reparador, la índole del hecho generador, la entidad de las lesiones sufridas y sus disvaliosas secuelas espirituales, como así también los precedentes de este Cuerpo, corresponde elevar a $ 500.000 la suma por daño moral, suma sobre la cual también cabe efectuar la operación relativa al porcentaje por el que prospera la responsabilidad de la demandada, razón por la cual el rubro prospera por la suma de **$ 250.000.**

Se agraviaron también las demandadas por la imposición de costas, cuestión que el Tribunal Superior de Justicia y nuevamente de conformidad al precedente Campano estableció, en doctrina que comparto: *"[…] en los juicios de daños y perjuicios –aun cuando no se admita la procedencia de todos o algunos rubros reclamados o cuando los montos acordados sean inferiores a los originariamente pretendidos por la parte– las costas deben ser íntegramente soportadas por la autora del daño, pues integran la indemnización debida; ello en virtud de la naturaleza resarcitoria de la pretensión deducida y el principio de reparación integral" (cfr. PALACIO Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Editorial Rubinzal-Culzoni, T° III, pág. 107/108, Santa Fe, Año 1989; DARAY, "Accidentes de tránsito. Doctrina y jurisprudencia sistematizada", Pág. 398, N° 39)".*

"En el mismo sentido, se ha expedido este Tribunal en los autos: "MORÓN de Gutiérrez, Antonia y Otros c/ ANTILLANCA MOLINA, Eduardo s/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nro. 36 – F° 190 – Año 1994, Acuerdo Nro. 151/95), donde sostuvo:… el hecho de que no progrese la demanda en alguno de los rubros resarcitorios pretendidos, no debe en principio incidir en el régimen de costas, cuando aquélla prospera en cuanto al fundamento de la condena resistido por el demandado al contestarla" (C.N.Especial Civil y Comercial, Sala III, mayo 5-1981, citado por MOISSET DE ESPANÉS, Accidentes de Automotores, T. II – pág. 80)".

"Tal criterio se basa en que en esta tipología procesal, la condena en costas tiene condición resarcitoria, pues son los necesarios gastos en que se ha visto obligado a incurrir el damnificado para obtener el cobro del crédito, cuando en manos del deudor estaba evitarlo pagando a tiempo".

"Así, la noción de vencido ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio; y no por análisis aritméticos de las pretensiones y sus resultados".

"En este entendimiento, es notorio que en el caso de autos las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte condenada que negó toda reparación –como lo demuestra la necesidad del pleito- y que, según se determinó en esta instancia, resulta responsable del daño sufrido por la actora".

"Y a los efectos de la imposición de costas, procesalmente resulta vencido aquel contra quien se declara el derecho y la resistencia que presupone el hecho del pleito ha de entenderse en el sentido que la actividad judicial resulte necesaria para la conducta del vencido. La actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte a cuyo favor tiene lugar.", (Secretaría Civil, Ac. 11/2012, en autos "CAMPANO NORMA ESTHER C/ BARADELLO DANIEL PÍO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" Expte. N° 184 - Año 2009).

Además, esta Alzada ha sostenido que: "Si los establecimientos asistenciales prevén y

desarrollan una organización para la prestación del servicio de salud, y dentro de ese contexto se valen de la actividad de un cuerpo de profesionales y de personal auxiliar para ejecutar la prestación que han tomado a su cargo, deben procurar que el sistema funcione en plenitud, caso contrario, responden por las fallas que se produzcan y los daños ocasionados a los destinatarios de esa prestación." CCom: C (MONTI - CAVIGLIONE FRAGA - DI TELLA) - 15/05/97 BILLORDO, EDMUNDO C/ POLICLINICA PRIVADA DE MEDICINA Y CIRUGIA SA. S/ ORD.), (Sala III en autos "ERCOLE CLAUDIO RUBEN Y OTRO CONTRA DONNELLY PATRICIO E. Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS RESPONSABILIDAD CONT. DEL ESTADO", Expte. N° 428024/2010).

A partir de lo expuesto, el agravio de la demandada relativo a la imposición de costas será desestimado.

En cuanto a la apelación de los honorarios, y sin perjuicio de que he de proponer que se mantenga la base regulatoria establecida en la instancia de grado, al momento de su determinación no se podrá exceder el tope establecido por el Tribunal Superior de Justicia en autos caratulados: "IPPI, GABRIELA CONTRA SÁNCHEZ, JOSÉ MARIO SOBRE DIVISIÓN DE BIENES" (Expte. Nro. 133 - Año 2011, 20-02-2014).

En igual orden de ideas: *"Cabe acotar en relación a los planteos formulados por el quejoso, que no es posible apartarse de los porcentajes establecidos por el artículo 7 de la ley arancelaria toda vez que los mismos revisten la calidad de orden público y tienen por objeto*

resguardar el derecho constitucional a una retribución justa de las tareas realizadas. Asimismo, no se advierte que la determinación arancelaria que se formula resulte confiscatoria, toda vez que no supera el 33% del monto comprometido en el proceso computándose los honorarios de los letrados de la parte ganadora y los peritos conforme las pautas sentadas por el Tribunal Superior de Justicia en la causa "Ippi c/Sánchez" y de esta Cámara a partir del dictado del fallo "Bizai" del año 1987." ("PEREZ FERNANDO JAVIER C/ MANFIO SILVERIO ERNESTO A. S/ PRESCRIPCION", (JNQCI4 EXP N° 457962/2011), 1-08-2017).

En consecuencia y por todo lo expuesto, he de proponer al Acuerdo rechazar el recurso de las codemandadas, y hacer lugar al de la actora en la medida de los considerandos que anteceden, elevándose el monto de la condena a la suma de $ **958.427** con más los intereses fijados en la instancia de grado, imponiéndose las costas de la presente al apelante vencido. (art. 68 C.P.C. y C.).

La Dra. **Patricia CLERICI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello esta **SALA II**

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de la accionada y la citada en garantía, haciendo lugar parcialmente al recurso de la actora y en

consecuencia, elevar el monto de la condena a **$ 958.427** con más los intereses dispuestos en la instancia de grado.

II.- Imponer las costas de esta Alzada a la accionada vencida. (art. 68. C.P.C.C.).

III.- Regular los honorarios de la presente instancia en el 30 % de los que hubieran correspondido por igual desempeño en la instancia de grado.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria