



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA M

ACUERDO.- En Buenos Aires, a los 2 días del mes de septiembre del año dos mil dieciséis, hallándose reunidas las señoras juezas de la Sala “M” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Dras. María Isabel Benavente, Elisa M. Diaz de Vivar y Mabel De los Santos, a fin de pronunciarse en los autos **“Fuentes Cabello, Oscar Manuel c/ More Chunga, Marco Manuel y otros s/ daños y perjuicios- resp. prof. médicos y aux”**, expediente n°87.132/2003, la Dra. Benavente dijo:

I.- La sentencia de fs.811/820 rechazó la demanda promovida por Oscar Manuel Fuentes Cabello contra Marco Manuel More Chunga y su seguro. En cambio, hizo lugar a la acción contra la Dra. Graciela Alejandra Aguirre y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a quienes condenó al pago de la suma de \$ 138.000, con más los intereses y las costas del proceso. Hizo extensiva la condena contra “La Economía Comercial SA de Seguros Generales”. La actora apeló en procura de que se incluya en la condena al Dr. More Chunga y se eleve el monto por daño moral. Sus agravios se encuentran agregados a fs. 845/846. A su vez, las codemandadas Graciela A. Aguirre y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires pidieron se revoque íntegramente la condena (fs. 867/881 y 850/865, respectivamente). En subsidio, solicitaron se reduzcan las sumas indemnizatorias reconocidas al actor.

II.- Con carácter previo, es importante despejar cuál es la norma que habrá de regir el caso. Al respecto, no obstante que el 1° de agosto de 2015 ha entrado en vigencia el Código Civil y Comercial, entiendo que los hechos que motivan el presente reclamo



se rigen por el Código Civil sustituido, que se encontraba vigente al momento de la ocurrencia del siniestro.

En efecto, el art. 7° del Código Civil y Comercial reproduce -en lo sustancial y en lo que aquí interesa- el art. 3° del código derogado, según la modificación introducida en su momento por la ley 17.711. Rigen, entonces, los principios de irretroactividad y de aplicación inmediata de la ley, en virtud de los cuales la nueva disposición se aplica hacia el futuro, pudiendo alcanzar los tramos de situaciones jurídicas que no se encuentran aprehendidas por la noción de consumo jurídico. Estos conceptos, que fueron incorporados al referido art. 3° derogado, tuvieron como base la obra de Roubier. Dicho autor proponía soluciones que procuran armonizar las exigencias de la seguridad jurídica con las reformas que expresan aquello que el legislador entiende como más representativo del valor justicia, equilibrio que contribuyó –sin duda- a que su obra fuera una referencia insoslayable en el tema (conf. ROUBIER, PAUL, *Le droit transitoire (Conflicts des lois dans le temps)*, 2ª ed. Pariz, ed. Dalloz et Sirey, 1960, nro. 42, p. 198 y nro. 68, p. 334, citado por Kemelmajer de Carlucci, *El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme*, La Ley Online AR/DOC/1330/2015)

A partir de lo expuesto, el límite a la aplicación inmediata de una nueva ley va a estar dado por la noción de “consumo jurídico”, pues aquella podrá operar en tanto las consecuencias no se encuentren ya consolidadas con anterioridad a su entrada en vigencia.

Por aplicación de los principios expuestos, la doctrina coincide en que la responsabilidad civil queda gobernada por la ley vigente al momento del hecho antijurídico o del incumplimiento contractual, esto es, el Código Civil y sus leyes complementarias, aunque la nueva disposición rige –claro está- respecto de las consecuencias que no se encuentran agotadas al momento de entrada





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA M

en vigencia del Código Civil y Comercial (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, en Rubinzal Culzoni, Santa Fe. 2015, p. 101 Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños" 2da Daños a las personas (integridad Psicofísica), Ed. Hammurabi-Jose Luis Depalma Editor, p. 473; Galdós, Jorge M., “La responsabilidad civil y el derecho transitorio”, en rev. La Ley del 16-11-20115, p. 3). En consecuencia, si el incumplimiento al que se atribuye el daño tuvo lugar el 5 de agosto de 2004, esto es, mucho tiempo antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, es claro que habrá de regirse por la ley vigente al tiempo de su causación.

III.- Las razones por las cuales las emplazadas sostienen que la sentencia no es ajustada a derecho, son de diversa índole. Por un lado, como consideración preliminar, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires sostiene que el encuadre jurídico de la acción no está ubicado en el contrato, sino en la prestación de un servicio público, de modo que la normativa aplicable es el art. 1112 del Código Civil sustituido. A su vez, afirma que se valoró incorrectamente la prueba y se tuvo por acreditada la culpa médica cuando –en rigor- ésta no surge probada. Afirmó también que en la segunda oportunidad que Fuentes concurrió a la guardia del Hospital Durand -esto es, el 7 de octubre de 2001- la Dra. Aguirre indicó que debía realizarse interconsulta con gastroenterología, pero al día siguiente el actor se dirigió directamente al Hospital Evita de Lanús, procediendo a abandonar el tratamiento.

Es innegable que, como principio general, el Estado tiene el deber constitucional de brindar atención médica. Por cierto, la organización del servicio respectivo no es exclusiva del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pues un esquema similar se presenta como corolario lógico de los arts. 41 y 42 CN; del



art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art.12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. El Estado tiene el mandato constitucional de gestionar y programar acciones positivas en lo que se refiere –entre otros supuestos- a la asistencia médica y terapéutica de los enfermos. Su incumplimiento acarrea su responsabilidad derivada de la “falta de servicio”. Durante la vigencia del código derogado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió sobre la responsabilidad del Estado por falta de servicio, pronunciándose sobre su naturaleza extracontractual (C.S.J.N., “Vadell, Jorge F. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización”, del 18-12-94, Fallos 306: 2032). En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la falta de servicio es una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el prestador, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño” (CSJN Fallos 321:1124).

Se configura cuando el servicio no funciona, funciona mal o funciona atrasado o demasiado tarde. Se trata, además, de una responsabilidad objetiva en la que no tienen cabida los factores subjetivos de atribución. La “culpa” -característica de la responsabilidad civil de los médicos por los daños cometidos en el ejercicio de su profesión- quedaría descartada en los supuestos en que el daño provenga de una actividad que encuadre en la noción de “falta de servicio”.

De todos modos, si bien no es un problema menor, no advierto en este estado cuál es la utilidad y trascendencia práctica de definir la naturaleza de la relación que liga a los pacientes con el hospital público, en la medida que a esta altura del proceso no se encuentran en tela de juicio ni la competencia, ni el cumplimiento de





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA M

la vía administrativa –en caso de corresponder-, ni el plazo de prescripción de la acción, esto es, ninguno de los extremos en que resulta de interés el referido marco legal. El único elemento que podría estar discutido es el factor de atribución, cuyo esclarecimiento no beneficiaría, por cierto, los planteos formulados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Tampoco es un hecho debatido que los médicos demandados –cuya condena depende de la demostración de la culpa profesional- están ligados al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires quien está llamado a responder por los daños en que aquéllos incurran en la atención deficitaria o culpable de los pacientes o usuarios del servicio. Por tanto, examinar la cuestión desde la óptica que propone el recurrente, sólo importaría en estos autos una especulación teórica, en la medida que carece de trascendencia en los problemas a resolver, sin perjuicio de las disposiciones que resulten aplicables en cuanto a la ejecución de la condena contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, extremo que transita por otro andarivel que la responsabilidad del Estado por falta de servicio.

IV.- Uno de los grandes lineamientos en materia de responsabilidad profesional que se ha mantenido vigente y sobre el que existió siempre consenso es que, en general, en este caso el factor de atribución es subjetivo y de medios, a menos –claro está- que se presente alguna situación excepcional en la que puede considerarse de resultado (conf. Bueres, Alberto J., “Responsabilidad civil de los médicos”, ed. Abaco, Bs.As 1979, p. 469; Trigo Represas, Félix A, “Reparación de daños por mala praxis médica”, ed. p. 27). Cabe tener en cuenta que los profesionales de la salud no se obligan a lograr la recuperación del paciente, sino que se comprometen a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia. Por tal razón, en los juicios sobre mala praxis médica la prueba de la culpa es fundamental y –en principio- debe ser acreditada por quien la alega.



La carga de la prueba en cabeza del actor es el efecto natural de las obligaciones que se caracterizan como de medios, que supone que el deudor sólo se obliga al desarrollo de una actividad o conducta diligente y de conformidad con la *lex artis* (conf. Asúa, Clara I, “Responsabilidad civil médica”, en “Tratado de la responsabilidad civil” dir. Fernando Reglero Campos, Thomson-Aranzadi, reimpresión 2007, p. 1179 ss., Bustamante Alsina, J., “Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión”, cit., LL 1976-C, 63; Yungano, Bolado, Poggi, Bruno “Responsabilidad profesional de los médicos”, ed. Universidad, 141; CNCiv., sala C, del voto del Dr. Belluscio, del 6-4-76, en L.L. 1976-C, 69, anotado por Bustamante Alsina; Vázquez Ferreyra, “La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y en el contrato de trabajo”, ed. Vélez Sarsfield, 1988, 157; Bueres, Alberto J. “Responsabilidad civil de los médicos”, tº 1, pág. 380 ss; Andorno, Luis O. “La responsabilidad médica”, Zeus, tº 29, D 126; CNCiv., Sala D, del 7-6-2005, M., S. M. c. Lecumberri, Luis E. , La Ley Online).

Para apreciar en un caso concreto si se cumple o no la conducta esperada, deberán tenerse en cuenta las especiales características de su autor, la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de factores endógenos. Todas estas variables deben ponderarse en función de la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar (art. 512 Código Civil), a la luz de lo dispuesto por el art. 902 del Código Civil. En el caso particular de los profesionales de la medicina, esas normas cobran singular importancia por cuanto cualquier anomalía en la conducta del agente, puede ocasionar daños a dos de los bienes más apreciables del ser humano: el cuerpo y la salud en general.

En clave de “obligación de medios” podría señalarse que para evaluar la conducta del médico a la hora de elaborar el diagnóstico deberá tenerse en cuenta –en lo que aquí





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA M

interesa- si el profesional ha empleado cuantos remedios o medios conozca la ciencia médica y estén a disposición del profesional en el lugar en que se produce el tratamiento (lex artis ad hoc). Como ya dije, la carga probatoria pesa, en principio, sobre el paciente. Muchas veces, sin embargo, no se puede aportar prueba directa de la culpa. Pero tanto la doctrina como la jurisprudencia ha flexibilizado la carga del paciente haciendo recaer la falta de elementos probatorios sobre la parte que se halla en posición más favorable para probar (conf. Morello, Augusto, "La responsabilidad civil de los profesionales, la defensa de la sociedad y la tutela procesal efectiva", en "Las responsabilidades profesionales", p. 15, Ed. Platense, La Plata, 1992; Compagnucci de Caso R., "La responsabilidad de los médicos", en la obra citada, p. 398; íd., "La responsabilidad médica y la omisión en la presentación de la historia clínica", en La Ley, 1995-D, 549; voto del Dr. Bueres, CNCiv., Sala D, del 24-5-90, LL 1991-D, pág. 469; Peyrano, Jorge W.-Chiappini, Julio O., "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", ED 107-1005).

Cuando se reprocha al galeno falta médica por error de diagnóstico es preciso tener presente que el médico puede incurrir en culpa si no verifica, no sigue el proceso o no investiga las posibilidades de error y las corrige (conf. Lorenzetti, Ricardo L. "Responsabilidad civil de los médicos", ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997, t. II, p. 54). Esta diligencia es exigible también a los médicos de guardia, quienes no están exentos de solicitar los estudios pertinentes para descartar otras dolencias que pueden aparecer asociadas a los síntomas (conf. CNCiv., Sala A, del 11-5-12, "T.A.R. c/ Clínica Bessone y otros s/ daños y perjuicios", LL 2012-E, p. 546). Es que corresponde imputar responsabilidad por error de diagnóstico cuando éste es equivocado, ya sea por no haber realizado los estudios pertinentes, o porque el diagnóstico se realizó en forma precipitada o superficial (conf. Calvo Costa, Carlos A., "Daños ocasionados por la



prestación médico asistencial”, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 215). Al respecto López Mesa cita una sentencia del Tribunal Supremo de España que me parece oportuno traer al caso: “la actividad de diagnosticar, como la efectiva de sanar, han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateos de medios y esfuerzos, ya que la importancia de la salud humana así lo requiere e impone y, por tanto, son censurables y generadoras de responsabilidad civil todas aquellas conductas en las que se da omisión, irreflexión, precipitación e incluso rutina que causen resultados nocivos” (TS, Sala 1º, ponente, Sr. Martínez Calcerrada, cit. por López Mesa, Marcelo J, (dir) “Tratado de la responsabilidad médica”, ed. Legis, Colombia, 2007, p. 285 y su cita).

Desde otro ángulo, se ha sostenido que el diagnóstico no se agota en un solo acto, sino que se prolonga en el tiempo, por lo cual es culpable el facultativo que, luego de haber incurrido en un error que podría ser excusable, deja transcurrir los días sin revisar esa apreciación inicial, frente a la ausencia de mejoría del paciente (conf. López Mesa, Marcelo J.- Trigo Represas, Félix A., “Responsabilidad civil de los profesionales”, Lexis.Nexis, 2005, p. 480).

V.- A partir del marco conceptual expuesto, no es dudoso que los argumentos que vierten tanto la Dra. Aguirre como el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con la finalidad de desvirtuar este aspecto medular del pronunciamiento recurrido, no resultan atendibles. En primer lugar, porque parten de una interpretación sesgada del informe pericial y llegan a conclusiones muy distintas a las que expuso la Dra. Nélide M. Boschetti –designada perito médica de oficio- de modo tal que la errónea premisa desde la que elaboran su estrategia les impide alcanzar una conclusión adecuada. En efecto, según los agravios, al contestar el pedido de explicaciones de fs. 601/605, la experta admitió que cuando revisó al actor en la guardia





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA M

del Hospital Durand, éste no presentaba todos los síntomas que pudieran inducir a pensar en un diagnóstico de apendicitis. Sin embargo, la respuesta –que se ubica en la misma línea que el informe de fs. 563/573- indica que los síntomas de apendicitis retrocecal ascendente son también compatibles con el diagnóstico de cólico renal o de cólico biliar. Vale decir, en un primer momento, los síntomas de los cólicos referidos y de la apendicitis pueden confundirse. Pero si veinticuatro horas más tarde y pese a la ingesta de la medicación recetada –antiespasmódico- el paciente no mejora, persiste el dolor y, además, tiene náuseas –aunque en ese preciso momento no hubiera tenido fiebre- esa persistencia requería se le prestara atención. Es lo que hubiera hecho un médico prudente, que puede ser tomado como modelo de una conducta normal (conf. Mayo, Jorge A., en Belluscio-Zannoni, “Código Civil comentado”, t. 2, com.art.512, p. 637).

En efecto, la experta señaló que “en la segunda consulta, ante un dolor abdominal que no había respondido a los antiespasmódicos prescritos el día anterior, al que se le habían agregado náuseas, debería haberse pedido recuento de glóbulos blancos, sedimento urinario, radiografía de abdomen de pie, para ir descartando patologías, y de considerarlo así el profesional, una interconsulta con cirugía”. En ese lapso el paciente debería haber permanecido en observación (ver fs. 565 vta.). Por no haber solicitado ni estudios ni ninguna práctica, es que la experta entendió que el diagnóstico fue incorrecto (ver peritaje de fs. 563/573), conclusión que me parece apropiada y define el marco de la actuación profesional, pues el caso no fue suficientemente estudiado y se puso en riesgo la vida del actor. No es suficiente excusa de la culpa haber indicado interconsulta con otra especialidad –gastroenterología- porque no advirtió la urgencia, ya que este tipo de cuadros evoluciona en 72 horas, aproximadamente, y el paciente llevaba al menos 48 hs de evolución. Repárese que en el año 2001, entre el 6 y el 8 de octubre



-inclusive- fue feriado largo y habitualmente los consultorios externos no atienden al público. De modo que de haber percibido la urgencia, la Dra. Aguirre debió adoptar las medidas del caso para diagnosticar correctamente el cuadro y poner en marcha un plan de acción sin demora. Según refirió la experta, en las condiciones que revisó al enfermo hubiera sido conveniente disponer que permaneciera en el establecimiento para su observación. Se comprueba de este modo que existió negligencia por parte de aquélla pues su atención fue superficial pues, a pesar de tener el antecedente del día anterior, no tomó los recaudos señalados precedentemente. No obsta a dicha conclusión que ambos diagnósticos hubieran sido proporcionados por dos médicos distintos y en forma sucesiva. En el caso de la Dra. Aguirre, a diferencia del restante demandado, estuvo en condiciones de comprobar que el dolor era el síntoma de algo más que un cólico. Pienso que alegar el abandono del tratamiento por parte del actor, como sostienen las demandadas, es una expresión -cuanto menos- desafortunada, porque en el Hospital Durand no sólo no se realizó ningún estudio, sino que se indicó una interconsulta que debió advertir no era de inmediata concreción y, mientras tanto, la patología avanzaba hasta desembocar en una apendicitis aguda gangrenosa perforada, más peritonitis. De no haber sido inmediatamente resuelta en el Hospital Evita, de Lanús, tal vez hubiera alcanzado consecuencias aún más graves que las efectivamente producidas. Vale decir, el paciente debió ser asistido de urgencia en el segundo establecimiento por no haberse adoptado en el primero -Hospital Durand- los medios indispensables para diagnosticar la apendicitis que cursaba que lo privó de la chance de ser simplemente operado de una apendicitis aguda, sin las importantes complicaciones que sobrevinieron después debido a la demora en realizar un diagnóstico correcto.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA M

Es verdad que causalidad e imputabilidad son dos aspectos distintos y diferenciados de la responsabilidad civil. Pero, en la especie, no advierto que el a quo hubiera incurrido en la confusión que se le reprocha. En efecto, el colega de grado examinó en forma particularizada la situación de cada uno de los médicos de guardia – demandados- y concluyó que así como era comprensible que el 6 de octubre, por los síntomas que exhibía el paciente, el Dr. Marco M. More Chunga hubiera podido interpretar que se encontraba frente a un cuadro renal, la persistencia del dolor y la aparición de náuseas 24 horas más tarde, indicaban que no debió descartar un cuadro de apendicitis que, aun cuando es de mayor gravedad, no por eso es imprevisible y poco frecuente, sino todo lo contrario. Por ello, resultaba indispensable realizar estudios complementarios para descartar o confirmar la patología referida.

Coincido plenamente con la apreciación del a quo, porque aun cuando no pasa inadvertida la precariedad y el importante volumen de trabajo que tienen los médicos de guardia durante los fines de semana, la Dra. Aguirre debió sospechar que frente al nuevo síntoma, la complicación era más grave que aquella que consideró su colega el día anterior. Esa falta de agudeza para resolver el caso y para exigir estudios complementarios -aunque más no sea el más elemental estudio de laboratorio- deja entrever la falta de diligencia que da sustento a la culpa profesional. No se diga que los síntomas que exhibía Fuentes Cabello el 7 de octubre de 2001 bien pudieron ser interpretados como un cólico biliar, como dejó asentado la médica en la historia clínica y que, además, por el hecho de haber indicado interconsulta con gastroenterología, la culpa de la Dra. Aguirre no se hallaría configurada. Como dije anteriormente, no se obró con la diligencia del caso pues un simple estudio de laboratorio hubiera podido arrojar elementos más confiables para realizar un correcto diagnóstico. Tampoco debió derivarse al paciente a una consulta con



gastroenterología sin analizar primero la urgencia que, en el caso, según dijo la perito, hubiera importado dejarlo en observación y no despacharlo sin una respuesta segura y un plan de acción para solucionar el cuadro.

VI.- En cuanto al problema causal que introdujeron en su oportunidad los demandados cuadra señalar que en casos como el presente, el daño se asienta en la pérdida de la chance de curación; de modo que será preciso verificar si de haber contado con un diagnóstico correcto, efectivamente, el paciente hubiera tenido chances de no tener las secuelas peritadas. Recuérdese que la enfermedad inicial no fue provocada por los profesionales que atendieron a Fuentes Cabello y equivocaron su diagnóstico sino por causas que le son ajenas. Por eso, es preciso analizar si de haberse verificado inicialmente la gravedad del cuadro -que fue comprobado más tarde en el Hospital Evita- qué chances existían de resolver el problema en una sola intervención en lugar de necesitar otras siete y cuáles eran las probabilidades de evitar las secuelas.

Es sabido que la relación causal debe ser establecida mediante la razonable comprobación de la atribución del daño al hecho, cuya demostración incumbe a la parte actora, pues el enlace o conexión entre el hecho y el daño no se presume (conf. Trigo Represas-López Mesa, “Tratado de la responsabilidad civil”, Bs.As., ed. La Ley, 2004, t. I, p. 627). En el caso, de conformidad con el informe pericial, las reiteradas intervenciones quirúrgicas que debió soportar el actor por las infecciones y las complicaciones sufridas, deben considerarse, según la experta, consecuencia de la culpa médica en su atención inicial.

Según surge de la historia clínica, el 8 de octubre de 2001, Oscar Fuentes Cabello fue intervenido en el Hospital Evita de Lanús con un diagnóstico de apendicitis aguda gangrenosa perforada y peritonitis. El día 12 de ese mismo mes, fue nuevamente





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA M

sometido a cirugía por evisceración y absceso. El 15 de octubre se hizo una relaparatomía, con hallazgo de dos abscesos y dos lesiones. Se practicó una hemicolectomía derecha y anastomosis. El 24 de ese mes se realizó relaparatomía de fístula de la anastomosis y se colocó malla. El 26 de diciembre se resecó la malla y fístulas y se repara la pared. A los seis días, se re-operó debido a la abertura espontánea de la zona suturada. El 1 de diciembre de 2003 se ingresó nuevamente al paciente para canalización y eventoplasia.

Precisamente, debido a tantas cirugías, los demandados afirman que las secuelas que hoy presenta Fuentes Cabello, tienen su raíz en esos actos médicos y nada tienen que ver con el diagnóstico inicial. Por el contrario, al resolver los pedidos de explicaciones (ver fs. 601 ss.) la Dra. Boschetti expresamente señaló que “cuestionar si las complicaciones se debieron a los actos quirúrgicos en sí, o si se deberían haber realizado otros procedimientos... es no considerar que un diagnóstico oportuno no hubiera llevado a que una apendicitis aguda se perforara, derivara en una peritonitis y se sucedieran los eventos que, desafortunadamente para el actor, lo llevaron a sufrir un sinnúmero de complicaciones y cirugías abdominales”. Como se advierte, según la experta, la gravedad del cuadro provocada por la falta de atención inmediata generó un problema tan serio que desembocó en las múltiples infecciones padecidas y la necesidad de operar una y otra vez a Fuentes. Esta inferencia extraída a partir de la razón y la experiencia de la perito, valorada en los términos del art. 477 CPCCN genera suficiente convicción. Si los demandados querían probar que existió una concausa con suficiente fuerza para desviar o suprimir el curso de la anterior, a tal punto de constituir una causa distinta, debieron probarlo. Los hechos y pruebas arrimadas al proceso, los ponían en la necesidad de acreditar los extremos impositivos que, según afirman, excusarían su responsabilidad. No se trata simplemente de sostener



que como existieron ocho operaciones en total, fueron ellas las que provocaron las secuelas que debió soportar el reclamante. Para ello, era preciso demostrarlo, ya que el cuadro inicial por sí mismo, tiene bastante entidad para causar el resultado. Me hago cargo de la dificultad de semejante prueba, pero lo cierto es que los profesionales están en mejor situación para arrimar elementos que permitan inferir con mayor certeza que la que puede aportar la contraparte que esos hechos subsiguientes no tienen relación causal adecuada con la demora.

En materia de responsabilidad médica, Morello y otros autores, han destacado la necesidad de aplicar las denominadas "cargas probatorias dinámicas", corolario del deber de "cooperación" que han de asumir los profesionales cuando son traídos a juicio (conf. Morello, Augusto, "La responsabilidad civil de los profesionales, la defensa de la sociedad y la tutela procesal efectiva", en "Las responsabilidades profesionales", p. 15, Ed. Platense, La Plata, 1992; Compagnucci de Caso R., "La responsabilidad de los médicos", en la obra citada, p. 398; íd., "La responsabilidad médica y la omisión en la presentación de la historia clínica", en La Ley, 1995-D, 549; voto del Dr. Bueres, CNCiv., Sala D, del 24-5-90, LL 1991-D, pág. 469). En función de dicho postulado, cuando no existen pruebas completas o suficientes la carga de la prueba se coloca en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla (conf. Peyrano, Jorge W.-Chiappini, Julio O., "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", ED 107-1005). Esta distribución de la carga probatoria, que es claramente complemento del deber de buena fe y lealtad que se deben entre sí las partes, ha sido perfilada por la doctrina y la jurisprudencia con el objeto de nivelar las posiciones de aquéllas cuando aparecen abiertamente asimétricas y esta circunstancia puede ofrecer escollos para frustrar acceder a la verdad de los hechos, precisamente, por la dificultad que tiene una de ellas –el paciente





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA M

profano- para acreditar los presupuestos en que se sustenta la acción. Sin embargo, en el caso, pese a su evidente superioridad técnica, ni el Gobierno de la Ciudad ni la Dra. Aguirre realizaron aportes probatorios objetivos de los cuales se desprenda la ajenidad de las consecuencias. De todos modos, solamente es posible, en este estado valorar, como dije, las chances que tenía el paciente de mejorar con la primera intervención y de no experimentar las secuelas que debió soportar y sufre actualmente. Por tanto, con esos alcances se valorará la causalidad al examinar las distintas partidas que componen el reclamo indemnizatorio.

VII.- En síntesis. Por lo expuesto hasta aquí concluyo que así como la conducta de More Chunga no puede ser encuadrada como culposa, por cuanto al momento de la consulta del paciente existía una comprensible confusión de los síntomas y no había razón para pensar -de manera fundada- que aquél estaba cursando una apendicitis. No ocurre lo propio con el deber de prestación exigible a la codemandada Aguirre, pues la situación de ambos profesionales es distinta. En tales condiciones, pienso que las quejas del demandante que postula se amplíe la condena contra More Chunga, no debe ser atendida.

Por tanto, propongo al Acuerdo, rechazar las quejas tanto del actor como de los demandados y confirmar la sentencia apelada en cuanto a la responsabilidad. Me ocuparé de los rubros apelados.

VIII.- Incapacidad sobreviniente.

Por incapacidad sobreviniente debe entenderse cualquier alteración del estado de salud física o psíquica de una persona que le impide gozar de la vida en la medida en que lo hacía con anterioridad al hecho, con independencia de cualquier referencia a su capacidad productiva (conf. Alpa-Bessone, "Il fatti illeciti", en Trattato de Diritto Privato (dir. Resigno), XIV-6, p- 9. La protección



de la integridad corporal y la salud estuvo implícitamente consagrada en la Constitución Nacional de 1853 (S.C.J.Mendoza, sala I, marzo 1-1993, “Fundación Cardiovascular de Mendoza c/Asociación de Clínicas de Mendoza” E.D. T. 153 pág. 163 con nota de Susana Albanese) y, explícitamente, en el art. 42 de la Carta Magna y a través de la incorporación de los tratados internacionales, en la modificación de 1994. Así, tal protección resulta, entre otros, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25.1: “Todo ser humano tiene el derecho a un nivel de vida que le permita a él mismo y a su familia gozar de salud y bienestar; tiene derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia”); del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12.1: “Los Estados se comprometen al reconocimiento de derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”); de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” y art. 11.1: “Toda persona tiene el derecho... al reconocimiento de su dignidad”); del art. 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”).

Desde otro ángulo, participo de la opinión según la cual tanto el daño estético como el mal denominado “daño psicológico” carecen de autonomía (CNCiv., Sala G, LA LEY 1995-E-, págs. 461/277, “T.I.A. c/ Casagrande”, del 22 de marzo de 1995, entre otros). Esto significa que tales afecciones no configuran un tercer género independiente de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, porque se distingue previamente el bien jurídico





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA M

lesionado -integridad corporal, derecho de la personalidad- de las consecuencias que su ilegítima afectación provoca; lo que no impide, desde luego, que si un hecho lesivo de esa naturaleza genera disminución de posibilidades de obtención de ganancias mediante actividad retribuida, comporte un daño patrimonial indirecto que pasará a integrar la partida “incapacidad”.

Según la codemandada Aguirre, las secuelas experimentadas por el actor no son atribuibles al supuesto error de diagnóstico en que pudo haber incurrido sino en la naturaleza de la propia patología. Señalé anteriormente que la cuestión quedaba reducida a un problema de pérdida de la chance; de modo tal que deben valorarse cuáles fueron las chances de curación total que se perdieron por la falta de diagnóstico temprano y no la reparación integral que llevaría a valorar el estado de salud actual, producto de la evolución tórpida de la patología.

Por cierto, como la medicina no es una ciencia exacta, nada indica que la curación hubiera sido total y absolutamente exitosa, pero las importantes chances de haber resuelto el problema con una sola intervención es innegable. De este modo se hubieran evitado al actor una serie de problemas de salud con los que ha venido luchando todo este tiempo. Repárese que tuvo episodios de trombosis venosa profunda, a raíz de los cuales sufre reingreso, y se vio obligado a utilizar bolsa de colostomía por varios años. También experimentó problemas de orden psíquico para adaptarse a la nueva situación.

El demandante no apeló la partida que se examina, por tanto, sólo cuadra examinar si la suma concedida por la partida que se analiza es elevada. Para ello, tengo en consideración que el a quo concedió la suma de \$ 50.000 por el daño físico y \$ 20.000 por las secuelas psíquicas peritadas que, en conjunto, alcanzan la suma de \$ 70.000, que en absoluto parece elevada.



También concedió una indemnización por daño estético, en razón de las cicatrices comprobadas. Pero, a mi juicio, ellas no sólo obedecen a las distintas intervenciones quirúrgicas, que fueron necesarias para salvar la vida del enfermo, sino que por el lugar en que se ubican, no cuentan -a mi modo de ver- como una minusvalía que deba resarcirse en este acápite. Es que no advierto que tengan entidad para incidir en la vida de relación o productiva del afectado, de modo que deben ser computadas a título de daño moral porque, reitero lo dicho anteriormente, este menoscabo carece de autonomía. Por tanto, habré de detraer –o descontar- de este rubro la partida “daño estético” y lo valoraré al examinar la cuantía del daño extrapatrimonial.

No me parecen relevantes las críticas destinadas a disminuir o a eliminar el denominado daño psíquico, en la medida que se transcriben partes del fallo y se manifiesta solo una disconformidad dogmática, sin una crítica que autorice a revisar ni el porcentual estimado por la experta ni los montos concedidos por el juez. No puede soslayarse que en este mismo renglón, el colega de grado computó el tratamiento psicológico y, a su vez, el daño estético. En relación al primer punto, no está discutida su inclusión, sólo que se trata de un daño futuro bien diferenciado de la minusvalía –o las chances perdidas- que se resarce en el rubro “incapacidad sobreviniente”.

En tales condiciones, si se ponderan las chances perdidas por el erróneo diagnóstico, la suma concedida por el primer sentenciante no me parece elevada y propicio confirmarla.

En cambio, para ser conceptualmente rigurosos, pienso que habrá que cambiar de lugar la valoración de las cicatrices, que no califican como “incapacidad”.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA M

El rubro por gastos de tratamiento psicológico – daño futuro- deberá mantenerse, aunque con la corrección que propondré más adelante, en cuanto al cómputo de los réditos.

IX.- Daño moral-Estético

Desde siempre, me incliné por la corriente que asigna al daño moral carácter resarcitorio (conf. CSJN, del 24-8-95, “Pérez, Fredy c/ Ferrocarriles Argentinos”, JA 1997-III, síntesis; CNCiv., Sala A, del 1-10-85, LL 1986-B, pág. 258; ídem, Sala C, del 8-6-93, JA 1994-IV-síntesis; ídem, Sala F, JA 1988-IV, pág. 651), ya que busca en definitiva contribuir a compensar la conmoción que el padecimiento genera mediante el alivio que puede importar la suma que se otorga (conf. Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría Gral. de la Responsabilidad Civil", Buenos Aires, 1989, p. 179 y sigtes., Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, F.A., "Derecho de Obligaciones", La Plata, 1969, t. I, p. 251 y sgtes.; Iribarne, Héctor P., “Daños a la persona”, ed. Ediar, p. 143). No queda reducido al clásico "Premium doloris" (sufrimiento, dolor, desesperanza, aflicción, etc.), sino que además de ello, apunta a toda lesión del espíritu que se traduce en alteraciones desfavorables para las capacidades del individuo de sentir -"lato sensu"-, de querer y de entender (conf. Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", en Revista de Derecho Privado y Comunitario", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 1, 1992, pág. 237 a 259; Pizarro, Ramón Daniel, "Reflexiones en torno al daño moral y su reparación", JA, 1986-III-902 y 903; Zavala de González, Matilde, "El concepto de daño moral", JA, 1985-I- 727 a 732). Este criterio es el que finalmente prevaleció en el Código Civil y Comercial (art. 1740 “in fine”).

Para fijar el quantum de este menoscabo, habré de tomar en cuenta la edad del actor al momento en que se incurrió en



incumplimiento –7/10/2001- (tenía 31 años), su ocupación (comerciante), su estado civil (casado). Valoraré asimismo, las distintas operaciones a que tuvo que someterse por la falta de un adecuado diagnóstico en tiempo propio, la gravedad de su salud que debió afrontar, la incertidumbre sobre las posibilidades de curación que inciden en su autoestima, la renquera que aún padece y la incomodidad –en todo sentido- de llevar una bolsa pegada a su cuerpo como resultado de la colostomía. Valoraré también sus cicatrices que se transforman en el recuerdo permanente de las experiencias vividas. Los sinsabores, angustias, miedos y demás sentimientos adversos deben ser enjugados proporcionado a la víctima recursos para mitigar el detrimento causado, de modo que pueda acceder a gratificaciones viables para superar el padecimiento (Iribarne, op.cit., Galdós en Lorenzetti (dir), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, ed. Rubinzal Culzoni, t. VII, p. 503 ss). Sobre esa base, propongo al Acuerdo acceder a las quejas del actor y fijar en la suma de PESOS OCHENTA MIL (\$ 80.000) el monto de este reclamo.

IX.- Gastos médicos y de movilidad

En concepto de gastos médicos el a quo fijó la suma de \$ 2.000 y otros \$1.000 para gastos de traslado. No existen elementos para pensar que esa suma sea desproporcionadamente elevada sino que, por el contrario, el paso del tiempo revela que las distintas intervenciones quirúrgicas realizadas causaron seguramente muchos más gastos que los que representa el monto mencionado. Sin embargo, por cuanto el monto de condena conformó al actor, sólo resta confirmar la sentencia en este punto (art. 165 CPCCN).

X.- El a quo mandó liquidar los intereses desde el 7 de octubre de 2001 y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual a treinta días del Banco de la Nación Argentina, prevista en la doctrina plenaria prevista en la doctrina plenaria “Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA M

Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios” del día 20 de abril de 2009, desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago. Ello motivó las quejas de la actora. Pienso que corresponde acceder parcialmente a los agravios.

Como los daños que se confirman se fijaron a valores del incumplimiento médico, en tanto que el daño moral se fija a valores actuales, corresponde distinguir la aplicación de los réditos del siguiente modo: a) con relación a los rubros que han quedado firmes o se confirman, los intereses serán liquidados desde el 7 de octubre de 2001 y hasta el efectivo pago, a la tasa fijada en el primer pronunciamiento, porque no veo que su aplicación produzca una distorsión o enriquecimiento indebido a favor del perjudicado. Con relación al tratamiento psicológico –gasto futuro-, los intereses correrán desde la fecha de la sentencia de primera instancia solamente. Se liquidarán a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual a treinta días del Banco de la Nación Argentina, prevista en la doctrina plenaria “in re”, “Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios” del día 20 de abril de 2009. En cuanto al daño moral, cuya cuantía se eleva a la suma pesos OCHENTA MIL (\$ 80.000), se fija la tasa del 8% anual desde el 7/10/2001 hasta el fallo de primera instancia. De allí en adelante, se aplicará la tasa activa mencionada, que es la que fija la Sala en casos análogos. Con estos alcances, sugiero modificar este acápite.

XII.- Plazo para el pago.

La condena deberá cumplirse en los términos del art. 22 de la ley 23.982 y los arts. 398 y 400 de la ley local 189 (Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires). Por tal razón postulo revocar en este punto la sentencia ya que no tuvo en cuenta la normativa específica en la materia.



XIII.- En cuanto a las costas serán impuestas a la demandada vencida en atención al criterio objetivo de la derrota que en la materia sienta el art. 68 del Código Procesal y, además, por el carácter que éstas tienen en los juicios de la naturaleza del presente (CNCiv., Sala G, LA LEY 1989-B, págs. 241/244 y sus citas, entre otros). Por tanto, no veo razón para apartarme del principio general y propicio se confirme lo decidido en la instancia anterior.

XIV.- En síntesis. Propongo al Acuerdo confirmar la sentencia de fs.811/820 en lo principal que decide, modificándola en cuanto se eleva el monto que se concede por daño moral a PESOS OCHENTA MIL (\$ 80.000) que comprende el llamado daño estético. En este caso, los réditos se computarán desde el 7/10/2001 hasta el fallo de primera instancia a la tasa del 8% anual. De allí en adelante, se aplicará la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Establecer que el acápito por incapacidad sobreviniente está integrado por el daño físico y psíquico, que asciende a pesos setenta mil (\$ 70.000). Como su cuantificación se hizo a valores de la mora se mantiene la tasa de interés fijada en la sentencia y el modo en que ha de procederse a su cómputo. Respecto de los gastos por tratamiento psicológico, propicio mantener su cuantía y modificar los réditos, los que se liquidarán a partir de la sentencia de primera instancia, a la tasa activa indicada. Propongo asimismo modificar el plazo para el pago, que deberá ajustarse a lo dispuesto en los arts. 398 y 400 de la ley 189 del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. En lo demás, sugiero confirmar el pronunciamiento en su totalidad.

De compartirse, las costas de Alzada serán impuestas a los demandados que resultan sustancialmente vencidos, en atención al criterio objetivo de la derrota que en la materia enuncia el art. 68 CPCCN.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA M

Las Dras. Elisa M. Diaz de Vivar y Mabel De los Santos adhieren por análogas consideraciones al voto precedente. Con lo que terminó el acto, firmando las señoras juezas por ante mí que doy fe. Ante mí, María Laura Viani (Secretaria). Lo transcripto es copia de su original que obra en el libro de la Sala. Conste.

MARIA LAURA VIANI

//nos Aires, septiembre 2 de 2016.

Y Visto:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal **Resuelve:** **1)** Confirmar la sentencia de fs.811/820 en lo principal que decide. **2)** Modificarla en cuanto se eleva el monto que se concede por daño moral a PESOS OCHENTA MIL (\$ 80.000) que comprende el llamado daño estético. En este caso, los réditos se computarán desde el 7/10/2001 hasta el fallo de primera instancia a la tasa del 8% anual. De allí en adelante, se aplicará la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual a treinta días del Banco de la Nación Argentina. **3)** Establecer que el acápite por incapacidad sobreviniente está integrado por el daño físico y psíquico, que asciende a pesos setenta mil (\$ 70.000). Como su cuantificación se hizo a valores de la mora se mantiene la tasa de interés fijada en la sentencia y el modo en que ha de procederse a su cómputo. Respecto de los gastos por tratamiento psicológico, propicio mantener su cuantía y modificar los réditos, los que se liquidarán a partir de la sentencia de primera instancia, a la tasa activa indicada. **4)**



Modificar el plazo para el pago, que deberá ajustarse a lo dispuesto en los arts. 398 y 400 de la ley 189 del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. 5) Confirmar el pronunciamiento en lo demás en su totalidad. 6) Imponer las costas de Alzada a los demandados que resultan sustancialmente vencidos. 7) Diferir la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia, para una vez que se encuentren determinados los correspondientes a la instancia anterior (artículo 14 del Arancel).

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.-

MARIA ISABEL BENAVENTE

ELISA M. DIAZ de VIVAR

MABEL DE LOS SANTOS

MARIA LAURA VIANI

