

[LA MALA PRAXIS SE PAGA: INDEMNIZAN A UNA PACIENTE POR LA DEMORA EN LA OBTENCIÓN DE UN DIAGNÓSTICO Y LA REALIZACIÓN DE UN TRATAMIENTO, QUE CAUSARON LA PÉRDIDA DE LA VISIÓN DE UNO DE SUS OJOS](#)

Partes: D. L. L. y otro c/ R. J. y otros s/ daños y perjuicios

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala/Juzgado: E

Fecha: 21-ago-2020

Cita: MJ-JU-M-127891-AR | MJJ127891 | MJJ127891

Procedencia de una demanda de mala praxis, ya que la demora en la obtención de un diagnóstico y la realización de un tratamiento adecuado, causaron que el paciente haya perdido uno de sus ojos. Cuadro de rubros indemnizatorios.

Sumario:

1.-Corresponde admitir la demanda por mala praxis, toda vez que la demora en la realización del diagnóstico correcto y en la implementación del tratamiento adecuado en el curso de la enfermedad del marido de la actora, concluyó con el lamentable resultado de la pérdida de su ojo derecho; y así, que en base al dictamen del Cuerpo Médico Forense ha quedado evidenciado el obrar negligente de los demandados al obviar efectuar estudios complementarios que hubiesen permitido corroborar o descartar la existencia de un cuerpo extraño intraocular.

2.-Si bien el Cuerpo Médico Forense aseveró que la presencia de un cuerpo metálico en el ojo del actor, acompañado de cuadro inflamatorio infeccioso plantea de entrada un grave pronóstico para la agudeza visual, lo cierto es que dicha circunstancia repercute solamente sobre el monto de la indemnización definitiva toda vez que el límite de la responsabilidad médica estará dado por la pérdida de la 'chance' de curación y no por el desarrollo definitivo de la enfermedad.

***¿Aún no estás suscripto a Microjuris? [Ingresá aquí.](#)***

3.-Solamente le puede acarrear responsabilidad al facultativo si comete una falta grave en el diagnóstico, de evidente y grosera infracción, pues se trataría, en definitiva, de una falla en un campo en el cual el error excusable no genera la consiguiente culpa profesional.

4.-El informe del Cuerpo Médico Forense no es solo el de un perito, ya que se trata de un asesoramiento técnico de auxiliares de la justicia cuya imparcialidad y corrección están garantizadas por los incs. a, b y d del art. 63 del Dec. ley 1285/58.

5.-Es cierto que, en principio la actividad probatoria recae sobre quien afirma un hecho, pero a la contraparte no le basta con negarlo, cuando está en su poder aportar prueba suficiente para desvirtuarlo.

6.-Omitir asientos en la historia clínica origina presunciones hominis desfavorables al médico demandado por mala praxis, a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarlas, por cuanto la historia clínica es la prueba por antonomasia en los juicios en los que se persigue descubrir la mala

praxis de un profesional de la medicina, ya que de ella podrá surgir o no la relación de causalidad entre el hecho y el daño que se causa al paciente.

7.- Debe admitirse la demanda de mala praxis contra la Ciudad de Buenos Aires, no solamente por omisión o insuficiencia en el suministro del servicio de salud a su cargo, sino también por las deficiencias de la prestación cumplida, atribuible a culpa o negligencia de los profesionales.

Fallo:

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a 21 días del mes de agosto de dos mil veinte, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala «E» para conocer en el recurso interpuesto en los autos caratulados: «D. L. L. Y OTRO C/ R. J. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS», respecto de la sentencia corriente a fs. 934/969 el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿La sentencia apelada es arreglada a derecho? Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Sres. Jueces de Cámara Dres. RAMOS FEIJÓO. RACIMO.

El Señor Juez de Cámara Doctor RAMOS FEIJÓO dijo:

I.- L. L. D., por derecho propio y en representación de su hijo entonces menor de edad, J. N. U., demandó a J. R., L. C., G. B., Hospital Oftalmológico Santa Lucía -G.C.B.A.-, y a la Asociación Cooperadora del Hospital Santa Lucía la reparación de los daños y perjuicios derivados de una supuesta mala praxis médica llevada a cabo el 2 de enero de 2003, que derivó en la pérdida del ojo derecho y posterior fallecimiento de su esposo, J. N. U. Solicitó la citación en garantía de «La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales».

A fs. 237 desistió de los demandados J. R. y Asociación Cooperadora del Hospital Santa Lucía.

Según relata en la demanda, el 2 de enero de 2003, aproximadamente a las 14:30 hs., su esposo se lastima el ojo derecho producto del desprendimiento de un pedazo de metal de un rulemán mientras arregla su automóvil. Al sentir que ve «como una gota de sangre» dentro del ojo, concurre junto a su madre a la guardia del Hospital Oftalmológico Santa Lucía. A las 17:30 hs. es atendido por el Dr. L. C., quien le examina el ojo, se lo tapa, le dice que no observa nada dentro y que regrese al día siguiente. El 3 de enero es atendido por la Dra. G. B., quien le manifiesta que tiene una pequeña infección, le receta una crema y le dice regrese el lunes posterior para realizarle un fondo de ojos. Debido a los fuertes dolores, el 4 de enero a las 3:00 hs. regresa al Hospital Oftalmológico Santa Lucía. La doctora G. C. le informa que debe quedar internado, le aplica unas gotas y receta otras que debe colocarse cada 15 minutos. A las 6:00 hs. vuelve a controlarlo y lo envía al Hospital Ramos Mejía a hacerse una placa, ya que en el Hospital Santa Lucía no estaba habilitado el servicio de rayos X. Esa misma mañana se saca la radiografía y regresa al referido hospital. Al ver la placa la Dra. E. G. C. solicita la presencia de otros profesionales. Ante la gravedad del cuadro los especialistas le comentan que lo van a operar en ese momento, razón por la cual le realizan un electrocardiograma, análisis de sangre, y le aplican la vacuna antitetánica. A las 20:00 hs. ingresa al quirófano y recién a las 23:00 hs. el Dr. P. le suministra una inyección intravítrea para frenar la infección.

Sale de ese procedimiento con el ojo en malas condiciones, con un aumento de tres o cuatro veces el volumen de ese órgano. El 5 de enero le aplican el antibiótico por vía endovenosa, pero tampoco es intervenido. El lunes 6 la Dra. V. le comenta que a las 8.00 hs. lo operará. Luego de realizarle un estudio «swift localizador» para ubicar el metal, el médico le comenta que la operación la realizará el Dr. S. (jefe del servicio de retina), por lo que se pospone para el día siguiente. A raíz de ello se entrevista con los Dres. V. y P. La primera le dice que la operación es muy compleja y le corresponde al sector de retina y que a las 12.00 hs. los médicos se van. Debido al estado desesperante de su marido, el Dr. T., jefe de guardia del lunes, se ofrece a intervenirlo. A las 20:00 hs. dicho médico lo opera, luego de la intervención le dice que la infección comprometió el tejido del ojo y agravó la situación y que U. perdió la visión, dado que cuando intentaba armar la retina se acartonaba. Cree haber parado la infección, y de no ser así tendrán que amputarle el ojo. Luego del alta médica concurren varios días para control, hasta que debido a la falta de solución y que solo recibe cuidados paliativos deciden hacer otra consulta profesional. Recurren al Centro de Cirugía Ocular de Avellaneda. Allí les comunican que el ojo se encontraba en estado de regresión y que posiblemente lo perdería en dos o tres meses, lo que sucedió. Debido a ello, entra en un estado de depresión postraumática y estrés profundo, pierde contacto social por el complejo psicológico de tener un «ojo de vidrio», se despierta sobresaltado y llora permanentemente. A fines del año 2003 comienza a sentir dolores posturales e inflamación ganglionar. En febrero de 2004 concurre al Hospital Italiano de la Ciudad de Buenos Aires, por dolores en la cadera. Le diagnostican cáncer de pulmón en estadio IV con metástasis en vértebras e hígado. Aduce que su marido fallece el día 6 de abril 2004 producto del estrés que le produjo la pérdida de su ojo.

El Sr. juez «a quo», luego de examinar las pruebas producidas en autos, desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por el codemandado L. C., e hizo lugar parcialmente a la demanda.

Condenó a este último, a G. B. y al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a abonarles a los actores la suma de \$ 805.000, con más sus intereses y las costas del proceso. Hizo extensiva la condena a la aseguradora citada en garantía -actualmente en liquidación-.

El pronunciamiento fue recurrido por la actora L. L.D., el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y los codemandados L. C. y G. B.

La parte actora fundó su apelación a fs. 1033/1037, el G.C.B.A. a fs. 1039/1049 y los codemandados B. y C. lo hicieron a fs. 1050/1081. A fs. 1083/1088 y 1090/1094 fueron respondidos los agravios de la reclamante, y a fs. 1095/1103 y 1104/1114 los de los emplazados.

II.- Considero que el agravio de los codemandados G. B. y L. A. C. atinente a la falta de legitimación de los actores, en su carácter de herederos y continuadores del reclamo que por vía de mediación incoara J. N. U., no reúne los recaudos exigidos por el art. 265 CPCCN.

Reiteradamente la jurisprudencia ha sostenido que, para que cumpla con su finalidad, debe constituir una exposición jurídica que contenga un análisis serio, razonado y crítico de la sentencia apelada, para demostrar que es errónea, injusta o contraria a derecho. Debe precisarse punto por punto, los errores, las omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo. Las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general no reúnen los requisitos mínimos indispensables para mantener el recurso. No constituye, así, una verdadera expresión de agravios el escrito que

solo contiene afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica (Conf. Fassi y Yáñez, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado, Anotado y Concordado, 3a.ed., t° 2 pág. 483 nº 15; Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, tº. V, pág. 267; Fassi Santiago C., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado, Anotado y Concordado, tº. I, pág. 473/474, comen. art. 265; Fenochietto – Arazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado; tº. 1, pág. 836/837; Falcón – Colerio, Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, tº VIII, pág. 239/240; C.N.Civil. esta Sala, c. 134.750 del 17/9/93, c.162.820 del 3/4/95, c.202.825 del 13/11/96, c. 542.406 del 2/11/09, c.542.765 del 5/11/09, c. 541.477 del 17/11/09, c. 544.914 del 3/12/09 y c. 29.105 del 27/02/14, entre muchos otros).

De la misma manera, es principio aceptado que no se cumple con la carga del recordado art. 265 CPCCN cuando el apelante se limita a reiterar los mismos argumentos ya expresados al articular las cuestiones o defensas resueltas en la resolución que pretende atacar, toda vez que ellos ya han sido evaluados y desechados por el juez de la causa (Conf. Fassi y Yáñez, op. y loc. cit., pág. 481 nº 5; C.N.Civil., Sala «B» en E.D. 87-392; Sala «C» en E.D.86-432; esta Sala, c. 135.023 del 16/11/93, c. 177.620 del 26/10/95, c. 542.406 del 2/11/09, c.542.765 del 5/11/09, c. 541.477 del 17/11/09 y, c. 544.914 del 3/12/09, entre muchas otras), o cuando se plantean cuestiones que nada tienen que ver con la materia debatida (Conf. Fassi y Yáñez, op. y loc. cit., pág. 483, nº 16 y fallos citados en nota 19; C.N.Civil, esta Sala, c. 160.973 del 8/2/95, 166.199 del 7/4/95, 562.110 del 23/9/10 y c. 29.105 del 27/02/14, entre muchos otros).

En este sentido, la crítica concreta se refiere a la precisión de la impugnación, señalándose el agravio, y lo de razonada alude a los fundamentos, bases y sustanciaciones del recurso. Queda claro así, que debe tratarse de un razonamiento coherente que demuestre, a la vez, el desacierto lógico contenido en la sentencia que se impugna (Conf. Fenochietto, Carlos Eduardo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado, Anotado y Concordado, tº 2, pág. 98), pues la argumentación no puede transitar los carriles del mero inconformismo (Conf. Gozáni, Osvaldo Alfredo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado, tº II, pág. 74).

El memorial en estudio incumple con la señalada carga a poco que se advierta que se limita a reeditar cuestiones ya tratadas en la instancia de grado y expresar sus disconformidades sin hacer una adecuada crítica o juicio impugnativo de los errores fácticos y jurídicos en que pudo incurrir el sentenciante. Repárese que las manifestaciones vertidas a fs. 1051 vta., «agravio 1» solo importan disentir con la solución adoptada por el Sr. juez de grado, pero sin formular crítica a los argumentos que la sustenta. Por lo expuesto y de conformidad con el art. 266 CPCCN juzgo que debe ser declarado desierto.

III.- Los demandados se agravian de la responsabilidad que les atribuyó el Sr. juez «a quo». Cuestionan la valoración que efectuó el magistrado de las pruebas producidas en la causa. Insisten en sostener que de la historia clínica no surge que el 2 de enero de 2003 el Dr. C. haya atendido al Sr. U., como así ta mpoco se encuentra acreditado en autos la relación de causalidad entre la atención brindada por la Dra. B. y los daños invocados en la demanda.

En materia de responsabilidad médica, el principio es que la prueba corre por cuenta de quien imputa culpa al galeno, demostrando la existencia de negligencia manifiesta o errores graves de diagnóstico (Salvat, Hechos ilícitos, núm. 2988; Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, nº 1380; Halperín I., La responsabilidad civil de los médicos por faltas

cometidas en el desempeño de su profesión, L.L.1217; Galli, Obligaciones de resultado y obligaciones de medios, Revista jurídica de Buenos Aires t. 1958-1; Alsina Atienza, La carga de la prueba en la responsabilidad del médico, J.A. 1958-III-587, nº 19; Belluscio, Obligaciones de Medio y de Resultados. Responsabilidad de los Sanatorios, L.L. 1979-C-19; sala C, junio 12-1964, L.L.115-1224; ídem, abril 16-1976, LL, 1976-C-67; sala A, abril 15-1971, L.L. 144-91; esta sala, diciembre 19-1979, L.L. 1979-C-20; mi voto en E.D.126-448; etc.).

Ello así, sin perjuicio del deber del médico de aportar los elementos necesarios que hagan a su descargo, como fluye del art. 377 CPCCN y lo ha señalado con acierto Morello, al analizar la que se dio en llamar «la carga probatoria dinámica» o el deber de «cooperación» que han de asumir los profesionales cuando son enjuiciados, que hace que quien se encuentre con aptitud y comodidad para prestar su ayuda a esclarecer la verdad, lo haga (La responsabilidad civil de los profesionales, la defensa de la sociedad y la tutela procesal efectiva, en «Las responsabilidades profesionales», pag. 15, Ed. Platense. La Plata 1992; Compagnucci de Caso R., La responsabilidad de los médicos en la obra citada, pg. 398; ídem, revista La Ley del 22 de septiembre de 1995, pg. 10).

Bueno es recordar que es criterio de la Sala aquel que ha establecido que solamente le puede acarrear responsabilidad al facultativo si comete una falta grave en el diagnóstico, de evidente y grosera infracción, pues se trataría, en definitiva, de una falla en un campo en el cual el error excusable no genera la consiguiente culpa profesional (conf. voto del Dr. Calatayud en causa 179.618 del 31-5-96 y sus citas: Vázquez Ferreyra, Responsabilidad civil por error de diagnóstico médico, en J.A. 1992-II-740, en especial, pág. 745 y doctrina de los fallos de la CNCiv. Sala «C» en E.D. 73-493, votos de los Dres. Cifuentes y Belluscio; en E.D. 98-576, voto del Dr. Durañona y Vedia y sus citas; en causa 137.349 del 8- 11-94, voto del Dr. Galmarini).

Se trata de no imponerle al profesional el deber de acertar, pues estamos en un terreno en el cual muchas veces la decisión que debe adoptar no pasa de un juicio conjetural. Si el equívoco es de apreciación subjetiva por el carácter opinable del tema o bien si los síntomas pueden orientar el diagnóstico en otro rumbo que el correcto, el juzgador no tendrá suficientes elementos para inferir una culpa en los términos que informa el art. 512 del Cód. Civil (conf. voto del citado colega en la causa n°235.994 del 15-3-2000, con cita de Vázquez Ferreyra, Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina, pág. 92 n° 9; Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, 2a. ed., t. 2 pág. 151 n° 54).

Sentado ello, corresponde analizar las constancias obrantes en autos a fin de verificar la concurrencia en el caso de los presupuestos antes referidos.

Con motivo de la denuncia efectuada por el Sr. J. N. U., el 25 de febrero de 2003 se instruyó la causa penal n° 23897 por el delito de mala praxis ante el juzgado Criminal y Correccional n° 12, Secretaría n° 78.

Culminó por encontrarse extinta la acción penal por prescripción.

A fs. 71/83, en cumplimiento con lo dispuesto por el Sr. Fiscal, con fecha 15 de julio de 2003 el Cuerpo Médico Forense presentó su dictamen.

Cuadra destacar que el informe del Cuerpo Médico Forense no es solo el de un perito, ya que se trata de un asesoramiento técnico de auxiliares de la justicia cuya imparcialidad y corrección están

garantidas por normas específicas y por medio de otras similares a las que amparan la actuación de los funcionarios judiciales -incs. .a, b y d del art. 63 del decreto ley 1285/58- (Fallos 299:265; Sala I, causa n° 78.200 del 26/10/89).

Luego de analizar las constancias obrantes en autos y revisar al Sr. U. se refirió que, según surge de los antecedentes de importancia médico legal, las primeras constancias obrantes en autos son de fecha 3/1/03, oportunidad en que el nombrado habría sido atendido por la Dra. B. quien le diagnostica uveítis y le indica un control el día lunes 5/1/03. No consta la sospecha de un CEIO (cuerpo extraño intraocular). No se solicitaron radiografías para descartar CEIO. Hay una historia clínica a f. 18 con un número 3 de base y 4 sobreimpreso al anotar el día de la fecha.

Con fecha 2/1/03 en los antecedentes figura que el paciente refiere que estaba martillando acero y sintió que algo le golpeó el ojo derecho. Estos elementos, al serle manifestado al médico tratante, ameritan la solicitud en forma urgente de una radiografía para visualizar el cuerpo extraño intraocular (CEIO) y sugieren la posibilidad de infección (art. 34 inc. 4 CPCC y 3 CCyC). Según surge del historial clínico, no fueron diagnosticados ni solicitados con fecha 03/1/03 dichos estudios.

Aparentemente, el 4/1/03 se piensa en la posibilidad de CEIO y se diagnostica endoftalmitis, según surge de f. 18 a f. 36. Se pide análisis de laboratorio, cuyo informe consta a f. 35. El 4/1/03 se solicita radiografía de órbita, se efectúa diagnóstico de endoftalmitis y se solicita ecografía.

Consta protocolo quirúrgico con indicación de intravitrea y a f. 19 consta el diagnóstico de CEIO, endoftalmitis y la constancia de que el traumatismo que habría sufrido el actor, en su ojo derecho, data de hace 72 horas. No hay firmas ni fechas del médico tratante a f. 19. A f. 18 consta médico: G. C.-B., con firma, sin sello. Con relación a la atención del lunes 5 de enero del 2003 no hay informes médicos ni registros en la historia clínica. Con fecha 4 de enero se solicitó radiografía, el actor trae la placa que evidencia CEIO. Con relación al martes 6/1/03 consta estudio localizador de cuerpo extraño, con diagnóstico de CEIO. A f. 28 luce el consentimiento informado, no consta gravedad del cuadro al actor. Hay estudios prequirúrgicos, se constata visión cero del ojo derecho. A f. 30 se indica vitrectomía y extracción eventual del CEIO. Las posteriores evoluciones del 6/1/03 al 10/01/03 revelan mejoría, sin signos de infección. No consta el fracaso en la extracción del CEIO. A f. 31 consta alta transitoria y control en 48 hs. A fs. 33 y 34 lucen las hojas de enfermería con las atenciones del 4/1/03 al 10/1/03. A f. 32 indicación de medicación sin sello aclaratorio. A f. 35 análisis de laboratorio. No consta en la historia clínica la fecha de atención del día 2 de enero de 2003, según declaración del actor. Sí surge de la historia clínica del Hospital Santa Lucía la atención en el día 3/1/03, según lo mencionado anteriormente. Existe una discrepancia entre la fecha en que manifiesta haber sido atendido el actor en el Santa Lucía -2/1/03-, y el comienzo que consta en autos (historia clínica) de que habría sido atendido el 3/1/03.

Se explicó en el informe que la presencia del cuerpo causa daño por ser agente traumático e infeccioso: endoftalmitis microbiana, toxidad y otras reacciones. La reacción ocular depende del tamaño y forma, localización intraocular y composición química. En el caso, la ecografía ofrece una imagen de la presencia y posición relativa del cuerpo extraño, así como las radiografías localizadoras (f. 22). El tratamiento entraña la necesidad de un diagnóstico correcto y precoz, es de pronóstico reservado.

El objetivo de la cirugía es el cierre de las heridas, la restauración de la arquitectura ocular y la eliminación del cuerpo extraño, así como el control de la infección. En toda extracción existe un riesgo adicional de lesión. La decisión de extraer el cuerpo extraño debe hacerse antes de que se encapsule, tarda unos pocos días. Esto proporciona al médico tiempo suficiente para llevar a cabo las pruebas diagnósticas necesarias.

Se adujo que si bien la presencia de un CEIO metálico, con localización como la del actor, acompañado de cuadro inflamatorio infeccioso plantea de entrada un grave pronóstico para la agudeza visual, por otro lado, es importante que no se habría efectuado un diagnóstico inmediato de la presencia de un CEIO, ya sea si se tiene en cuenta lo manifestado por el actor, que habría concurrido el 2/1/03, como el lapso transcurrido entre el diagnóstico del CEIO el 4/1/03, según constancias de la historia clínica a fs. 18/19 y la intervención quirúrgica del 6/1/03 en presencia de una endoftalmitis, siendo infructuosa la extracción del CEIO según constancia de f. 30. Se agregó que no se consignan otros elementos en la historia clínica por los cuales no fue posible la extracción del CEIO.

Se afirmó que aun teniendo en cuenta lo expuesto en cuanto a la gravedad que entraña la presencia de un CEIO por sí mismo en cuanto a la infección sobreagregada el daño anatómico y funcional que de por sí puede causar el cuerpo extraño, habría existido una pérdida de chance para el actor.

Y se concluyó que los médicos tratantes frente a la situación que presentaba el Sr. U. debieron realizar estudios, si estaban a su alcance de otra complejidad, como por ejemplo una ecografía (a los fines de detectar un desprendimiento de retina) o en caso derivarlo a un centro oftalmológico que tuviese la posibilidad de realizar esos estudios o eventualmente tratar quirúrgicamente el desprendimiento de retina. Se aseveró que en el caso existe una relación inversa entre el tiempo transcurrido y la posibilidad de recuperar la visión (ver f. 83).

Resulta oportuno citar partes de las declaraciones brindadas en la causa penal, ante el Sr. Fiscal Sebastián Randl e:

– L. A. C. manifestó que el jueves 2 de enero de 2003 prestó servicio en el Hospital Santa Lucía junto a tres o cuatro médicos. Ignora lo ocurrido con el Sr. U., pues no le consta haberlo atendido. Tomó conocimiento del hecho a partir de la notificación dispuesta en esta causa (ver f. 291 vta.).

– M. S. refirió que estuvo de guardia el 2 de enero de 2003 (ver f. 338 vta.). Expresó que debido a la gran cantidad de gente que concurre a la guardia hay oportunidades en las cuales no anotan a los pacientes (ver f. 339 vta.). Cuando conversó el tema con el Dr. C., este le dijo que U. no había manifestado signos de alerta al ser atendido.

Preguntado por el Sr. Fiscal si el Dr. C. admitió haber atendido a U., dijo que sí, que ante la denuncia realizada por el paciente y por las descripciones físicas que realizó, debió ser él quien lo atendió, pero que no recordaba con exactitud (ver f. 341).

– M. J. A. alegó desempeñarse como concurrente en el Hospital Santa Lucía. Creyó haber estado de guardia el día 2 de enero de 2003 y reconoció como de su puño y letra la escritura y firma de la planilla de guardia. Indicó que allí se enteró que hubo un problema con un paciente que aparentemente había sido atendido por el Dr. C., que el día viernes volvió a control y que el día

sábado fue internado. No recordó con exactitud si en aquel momento C. tenía barba. Aclaró que pocas veces lo vio sin barba (ver fs. 342 vta./343 vta.).

– E. Z. R. -madre del Sr. U.-, dijo que el 2 de enero de 2003 acompañó a su hijo al referido hospital. Interrogada por el Fiscal respecto a cómo era el médico que lo atendió respondió que su hijo le comentó que eran tres y a él lo atendió uno que tenía barba (ver fs. 325 vta./326 de la causa penal).

– R. O. P. declaró que estuvo de guardia el 2 de enero de 2003.

A preguntas del Sr. Fiscal respondió que cree que el Dr. C. tenía barba en esa fecha (ver f. 348 vta.). Puede pasar que no se anote a un paciente, pero que ello no se hace adrede (ver f. 349). Un concurrente o residente de primer año de carrera se encuentra en condiciones profesionales de decidir por sí mismo sin previa consulta con un profesional de mayor experiencia (ver f. 349 vta.). Y que en los pacientes ambulatorios se abre la historia clínica si el caso lo amerita (ver f. 351 vta.).

– S. V. C., al ser preguntada por el Sr. Fiscal si todos los pacientes que son atendidos en el hospital son anotados en los libros exhibidos manifestó que depende de cada médico (ver f. 370). Explicó que dar como diagnóstico un control de úlcera significa que el paciente concurre al hospital el día anterior. Agregó que si posee un cuerpo extraño corneal se lo sacan y luego de ello queda una úlcera. Se le aplica antibiótico se concluye y se le dice al paciente que regrese para controlar si hay infección (ver f. 373).

– L. L. D., aseveró que la Dra. G. C. le dijo que el Dr. C. atendió a su esposo el 2 de enero de 2003 (ver f. 346 vta.). Relató que en una de las audiencias de mediación cuando se encontraba con su esposo en el hall de ingreso a la oficina entraron dos hombres y su esposo al verlos le señaló a uno de ellos y le dijo «este es C.», pese a que no tenía la barba que poseía cuando lo atendió. Su marido le contó que cuando se sentaron en la oficina donde se realizó la audiencia le dijo a C. «vos me atendiste», y este le contestó «yo atiendo a mucha gente, no me acuerdo de las caras», y J. le dijo «yo me acuerdo de vos porque me hiciste perder el ojo, nunca me voy olvidar de tu cara», y C. respondió «yo no me acuerdo haberte atendido».

También contó lo relatado por su marido, respecto de que el abogado que acompañaba a C. le dijo a su marido cómo se acordaba que lo había atendido él, y su esposo le repitió «como no me voy a acordar si gracias a él perdí el ojo» (ver f. 447).

Juzgo que la influencia causal de la demora en la realización del diagnóstico correcto y en la implementación del tratamiento adecuado en el curso de la enfermedad del Sr. U. que concluyó con el lamentable resultado de la pérdida de su ojo derecho, no puede ser analizada en forma aislada, sino que debe ser considerada juntamente con las restantes pruebas vertidas que traen luz sobre lo acontecido en aquel momento. Y es así que en base al dictamen del Cuerpo Médico Forense ha quedado evidenciado el obrar negligente de los demandados al obviar efectuar estudios complementarios que hubiesen permitido corroborar o descartar la existencia de un cuerpo extraño intraocular. Pues como ya se señaló, en la especie existía una relación inversa entre el tiempo transcurrido y la posibilidad de recuperar la visión. Máxime si se tiene en cuenta los antecedentes personales del Sr. U. -Hepatitis C-, los que requerían extremar aún más los recaudos.



En este sentido el perito médico designado en autos a f. 568 dictaminó: Si en el Htal. S. Lucía no se podía tratar una endoftalmítis ni intentar extraer un cuerpo extraño intraocular el fin de semana, sin duda merecía la derivación (punto f). Desconozco que desea dilucidar la actora más allá de lo que dilucidó el Cuerpo Médico Forense y de sus puntos de pericia (punto i). La primera consulta documentada obra en un libro de guardia el 3-1-03 y dice solamente control úlcera O.D.No hay descripto ningún signo de infección (ver respuesta al punto 3 del GCBA.). La Rx es un estudio tan elemental y rápido que me cuesta explicar cuanto tiempo debo esperar si clínicamente tengo la indicación para inyectar un antibiótico intravítreo. En verdad si sospecho un cuerpo extraño intraocular o intraorbitario metálico, saco la Rx y lo aplico, «y si tiene que ir a Paris a sacar una Rx simple y clínicamente debo aplicarlo lo aplico sin rx». No admite demora la inyección intravítrea por demora en un estudio complementario (ver respuesta al punto 4 del GCBA). La debilidad defensiva del inmunodeprimido empeora el pronóstico de la infección (ver f. 570 respuesta al punto 11 del codemandado C.). De la atención de la Dra.

B. el 3/1/03 no surge que haya solicitado Rx. En el caso de autos aporta: presencia del cuerpo extraño metálico y localización aproximada (ver respuesta al punto 1 de la codemandada B.).

Ante el pedido de aclaraciones de la parte actora respondió: no es idéntico un motivo de consulta por control de una úlcera corneal, que por una endoftalmítis. No reviste la misma gravedad ni pronóstico.

Manifestó que coincidía con que es urgente instaurar la medicación antibiótica, la ubicación del cuerpo extraño y la consecuente extracción si es metálico; con que es más factible la extracción de un CEIO cuanto menor es el grado de infección y que las infecciones en un caso de CEIO deben combatirse lo más prematuramente posible. También dijo coincidir en que la demora en la identificación del germen involucrado, en el tratamiento de una endoftalmítis y en la extracción de un CEIO complican el cuadro de infección del paciente y su pronóstico general (ver f. 589).

En lo concerniente a la ausencia de consignación de la concurrencia de J. N. U.en el libro de guardia del Hospital Oftalmológico Santa Lucía y la atención brindada por el codemandado C., tal como quedó acreditado en autos era práctica habitual del hospital. Adviértase, que ello como fue reconocido por los profesionales médicos que prestaron declaración testimonial en la causa penal.

Corresponde mencionar que la prueba indiciaria puede resultar plena si reúne los recaudos del art. 163, inc. 5º, apartado segundo, CPCCN. Para alcanzar total eficacia probatoria por este exclusivo medio, los indicios en que se basan las presunciones deben ser hechos probados o reconocidos; queda así expresado que han de ser varios y concordantes, es decir, todos conducir a la misma conclusión; por lo demás, cada uno de tales indicios -o el indicio- si se admite la posibilidad de probar el extremo cuestionado a través de uno solo y, por lo tanto, con una única presunción debe hallarse revestido de gravedad y precisión, es decir que con el hecho colegido tiene que mediar una conexión directa, y ser esta inferencia unívoca (no equívoca), o sea, susceptible de interpretación en un sentido único (conf. Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, t. VI, Nº 665, letras B, b, en pág. 453).

Es cierto que, en principio la actividad probatoria recae sobre quien afirma un hecho, pero a la contraparte no le basta con negarlo, cuando está en su poder aportar prueba suficiente para desvirtuarlo.

Siempre en lo que atañe al peso de la actividad probatoria, no está de más recordar que estas modernas tendencias sobre las cargas probatorias en materia de responsabilidad médica indican que en principio ambas partes -tanto el paciente como el médico- deben contribuir a conformar el plexo probatorio (conf. Borda, Naturaleza jurídica de la responsabilidad médica, en L.L. 1985-A-845, en especial, pág. 849, ap. III; Sala «D», voto del Dr.

Bueres, en L.L.1992-D-579 y nota al pie de Bustamante Alsina, Prueba de la culpa médica), llegándose a resolver en un supuesto en que la historia clínica presentaba severas deficiencias, que el favor probationis o la recién mencionada «teoría de las cargas probatorias dinámicas», se inclina -más allá de todo elemento presuncional- por poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo (conf. Sala «D», voto del Dr. Bueres antes citado, en L.L. 1991-D-466 y nota aprobatoria de Compagnucci de Caso, Responsabilidad médica y responsabilidad colectiva, al pie de dicho precedente, en esp. págs. 471 y ss., ap. III; esta Sala, c. 232.399 del 26-2-98, voto del Dr. Calatayud).

Es por ello que habré de tener por cierto que el 2 de enero de 2003 el Dr. C. atendió al Sr. U. en el Hospital Oftalmológico Santa Lucía, le colocó un parche oclusivo y le requirió que regresara al día siguiente sin realizarse otras diligencias adecuadas ante la posibilidad de que el paciente tuviera un cuerpo extraño intraocular y la eventualidad de infección. A lo expuesto, como se vio, se suma que hubo un error de diagnóstico inexcusable por parte de la Dra. B. quien además omitió solicitarle radiografías para descartar un CEIO.

Resulta un hecho importante en este estado del análisis, las falencias de la historia clínica a las que hizo referencia el Cuerpo Médico Forense. Es sumamente llamativo que conste un número 3 de base y un 4 sobreimpreso al consignar el día de la fecha. Ello, teniendo en cuenta que más adelante se lee: «control del úlcera.» -ver f.18-, y la Dra. S.V.C.en su declaración explicó que dar como diagnóstico un «.control de úlcera significa que el paciente concurrió al Hospital el día anterior.» (ver f.373).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la constancia documental que emana de la historia clínica es una prueba sustancial en casos de mala praxis médica, que la convierte en un instrumento de decisiva relevancia para la solución del litigio, pues permite observar la evolución médica del paciente y coopera para establecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y el daño (Conf. CSJN, 04/09/2001, La Ley, 2002-A, 731).

Es que las ausencias, omisiones o pérdida de las constancias existentes en la historia clínica no pueden sino perjudicar a quienes tienen el deber de confeccionarla y asentar en ella todos los pormenores necesarios según la ciencia médica y no al paciente en atención a la situación de inferioridad en que se encuentra (Conf. CNCiv., Sala I, 15/11/2004, DJ 2005-1-804, id. Sala H, 09/10/2003, DJ 2004-1-92).

Se ha sostenido que las omisiones, ambigüedades, discontinuidades, los claros o enmiendas que presente la historia clínica de un paciente dan lugar a presunciones «hominis» desfavorables al galeno, a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarlas, la que debe apreciarse con criterio riguroso, toda vez que la omisión de la historia clínica o su imperfecta redacción privan al paciente de un crucial elemento de juicio para determinar la culpa imputable al médico» (conf. esta Sala, 06/11/2000, La Ley, 2001-E, 853, id. CNFed. Civ. Com., Sala II, 08/09/2005, RCyS 2006-IV, 111).

Y que omitir asientos en la historia clínica origina presunciones hominis desfavorables al médico demandado por mala praxis, a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarlas, prueba que debe ser apreciada con criterio riguroso (conf. CNCiv., Sala F, 15/11/2004, DJ 2005- 1, 804), por cuanto la historia clínica es la prueba por antonomasia en los juicios en los que se persigue descubrir la mala praxis de un profesional de la medicina, ya que de ella podrá surgir o no la relación de causalidad entre el hecho y el daño que se causa al paciente (conf. CNCiv., Sala H, 08/10/2004, RCyS 2004-XI, 47). Es un elemento útil para juzgar la conducta de los profesionales de la medicina, pues su valor probatorio se vincula con la posibilidad de calificar los actos médicos conforme a estándares -como adecuados, exhaustivos, inadecuados, insuficientes- y coopera para establecer la relación de causalidad entre ellos y los eventuales daños sufridos por el paciente (conf. esta Sala 25/02/2004, DJ 2004-2, 492).

Como se ha sostenido, la incompleta confección de la historia clínica genera una presunción judicial de culpa que impone al establecimiento asistencial demandado la obligación de aportar prueba en contrario para exculpar su responsabilidad (conf. CNCiv., Sala G, 26/09/2000, La Ley, 2001-A, 118).

En otro precedente la Sala «G» (en voto de la Dra. Areán citando al Dr. Bellucci) expresó que la deficiencia de la historia clínica comporta una presunción clara en contra del médico que tiene la obligación de confeccionarla, dado que dicha falta, de por sí, implica una omisión de la conducta debida de acuerdo a la naturaleza de la obligación asumida, que configura culpa en los términos prescriptos por el art. 512 del Cód. Civil.

Es bien conocida la trascendencia que reviste la historia clínica como prueba primordial en los juicios de mala praxis para demostrar el proceder médico. Y que aquella consiste en la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales, familiares, como actuales relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad actual (ver mi voto, L.213.703, del 21/8/97, y su cita). De modo que, por definición, debe ser completa, permanente, lo que de suyo entraña una condición de calidad de los cuidados galénicos, a la par que demuestra una correcta asistencia facultativa (conf. Ryckmans y Meert-Van de Put, en «Les droits et les obligations des médecins», Bruselas, 1972, pág. 715, cit. por Vázquez Ferreyra, La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica, en La Ley, 1996-B, 807). De allí que su confección incompleta constituye una presunción en contra de la pretensión exculpatoria del profesional (conf. Lorenzetti, Ricardo L., Responsabilidad civil de los médicos, t. II, p. 245; Andorno, Luis O., Responsabilidad civil médica. Deber de los facultativos. Valor de las presunciones judiciales.

Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos, en JA 1990-II- 73). Por lo tanto, si los datos que ella contiene están plagados de deficiencias y omisiones, este hecho imputable a los médicos que intervinieron en el acto son suficientes para generar una presunción judicial de culpa que impone a los demandados aportar prueba en contrario» (conf. C.N.Civil, Sala «G» del 26/09/2000, La Ley, 2001-A, 118 y c. «Wade, Sandra Daniela c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros» del 20/11/2007, publicado en: RCyS 2008, 762 La Ley online: AR/JUR/8955/2007).

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).

En definitiva, considero que en el caso se configura la responsabilidad médica de los emplazados en la atención propiciada al Sr. U. En el entendimiento que no demostraron los facultativos haber actuado cuidadosamente, en cuanto no extremaron todos los medios necesarios que un obrar prudente y diligente exigía de conformidad a lo dispuesto por los arts. 902 y 909 del CC.

No pierdo de vista que el Cuerpo Médico Forense aseveró que si bien la presencia de un CEIO metálico, con localización como la del actor, acompañado de cuadro inflamatorio infeccioso plantea de entrada un grave pronóstico para la agudeza visual. Pero dicha circunstancia repercute solamente sobre el monto de la indemnización definitiva toda vez que el límite de la responsabilidad médica estará dado por la pérdida de la «chance» de curación y no por el desarrollo definitivo de la enfermedad.

Lo decisivo aquí es que ha sido el referido Cuerpo Médico Forense quien determinó a su criterio, que la acción y omisión de los médicos tratantes disminuyó las posibilidades de la recuperación visual, por parte del paciente (ver f. 83 de la causa penal). Por ende, el reproche que aquí se realiza consiste en habérselo privado de la probabilidad de superar el cuadro por el que atravesaba, a partir de haber quedado patentizado en autos que no hubo atención médica, cuando menos, apropiada.

Se trata así de un caso en el que el daño se presenta por la peor situación en que la negligencia profesional colocó al paciente para enfrentar su dolencia con mejores posibilidades de éxito que sería indemnizable a título de pérdida de chances de curación (Aníbal N. Piaggio, Azar y certeza en el Derecho de Daños, ED, 152-817).

La cuestión debe considerarse en este contexto puesto que ello configura una indudable culpa del personal de la clínica que está en relación causal con un daño que no es en sí la invalidez sino las chances ciertas de prolongar una vida útil o de la disminución de las posibilidades de sanar de acuerdo con las particularidades de cada caso (Aída Kemelmajer de Carlucci, Reparación de la «chance de curación y relación de causalidad adecuada, Revista de Derecho de Daños 2003-2, punto V, pág. 261; Alberto J. Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, Buenos Aires, 3ª ed., 2006, págs. 267-269 y Ricardo L. Lorenzetti, Responsabilidad civil de los médicos, Buenos Aires, 1997, t. II, pág. 125 y también esta Sala en c. 435.764 del 10-3-06 ).

En cuanto al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires -Hospital Oftalmológico Santa Lucía- debe responder, no solamente por omisión o insuficiencia en el suministro del servicio de salud a su cargo, sino también por las deficiencias de la prestación cumplida, atribuible a culpa o negligencia de los profesionales. Esa falta o falla en el servicio se traduce en una atención brindada en condiciones deficitarias que no estuvo a la altura de las circunstancias y a la postre resultó inadecuada, circunstancia que, resulta verosímil deducir, contribuyó con el agravamiento del cuadro que presentaba el Sr. U., que culminó con la extirpación de su ojo derecho.

Esta Sala ha sostenido en varias oportunidades que en cuanto al sanatorio o clínica, cualquiera sea el fundamento de su responsabilidad (obligación de garantía, deber de vigilancia, obligación tácita de seguridad, etc.), lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia la han aceptado (Acuña Anzorena, Responsabilidad contractual por el hecho de otro, J.A. 53-secc. doctr., pág. 64;

Bustamante Alsina, Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión, L.L.1976-E-63, Belluscio, monografía citada; CNCiv. Sala «C», L.L. 1976-C-63; esta Sala, voto del Dr. Cichero, L.L. 1979-C-20; Sala «A», L.L. 1977-D-92; Sala «D», c. 268.437 del 19-3-81 in re «Díaz Mónica c/M.C.B.A. s/ daños y perjuicios»; Sala «F», c. 8.790 del 24-9-85 in re «López Romay c/ Centro Gallego», etc.).

Y a mi juicio, en lo relativo al alcance de la responsabilidad de la prepaga y, en su caso de la clínica o sanatorio, sin lugar a dudas se está en presencia de un supuesto de responsabilidad contractual - lo cual, cabe destacar, no se encuentra controvertido-, por lo que es necesario atenerse a las previsiones del art. 512 del Código Civil, dado la fecha en que acontecieron los hechos, el que contiene las pautas fundamentales para la valoración de la culpa. Sin embargo, para analizarla no habrá de procederse con un criterio particular o benevolente, como lo hiciera la jurisprudencia francesa, fundada en las necesidades de las investigaciones científicas o en el propósito de no poner trabas a la actividad profesional, sino que se lo deberá hacer sin apartarse de lo que dispone el derecho común, aunque recordando el art. 902 del citado código, en tanto establece que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias de los hechos. Este es el criterio en el que se ha orientado nuestra jurisprudencia (conf. Sala «A» en E.D. 39-480; íd., en L.L. 91-80; íd., en L.L. 71-180; íd., en L.L. 1977-D-92; Sala «B» en J.A. 1965-III-67; Sala «C» en J.A. 1958-III-587; Sala «F», c. 8.790 del 24-9-85; esta Sala, en L.L.1979-C-19; íd. c. 181.789 del 23-4-96, voto del Dr.Calatayud).

Resultará inexcusable para la demandada responder en el caso de que se concluyera que media en autos una hipótesis de mala praxis.

Sobre el particular, y tal como lo afirmó el Dr. Mirás en el voto anteriormente citado, coincido totalmente con la opinión de Bueres, quien al referirse al contrato de prestación de servicios médicos señala que mediante esa convención «el centro asistencial asume un deber tácito y accesorio de seguridad en relación con la eficiencia de la prestación galénica. Por ende, su responsabilidad, una vez infringido ese deber jurídico, deviene irrefragable (conf. Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos, N° 17, letra a, párr. I, en pág. 87).

IV.- Antes de proceder al examen de los agravios formulados por los recurrentes, quiero destacar que en el particular caso de autos el examen de los daños lo haré conforme las normas jurídicas vigentes a la época del hecho antijurídico (ver Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Código Civil y Comercial a la relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni editores, pág. 100 n° 48; Dell'Orefice, Carolina y Prat, Hernán V., La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio, Revista Código Civil y Comercial, ed. Thomson Reuters La Ley, año 1 n° 1, julio 2015, pág. 19, en especial, pág. 27, capítulo VI letra d)., que en el caso tuvo lugar el 29 de febrero de 2012.

V.- Se agravia la actora del rechazo del reclamo efectuado en concepto de indemnización por «lucro cesante». Esgrime que a raíz del accidente no pudo continuar con las actividades que venía desarrollando.

Esto es, dando clases particulares de geografía y confeccionando ropa.

Esta Sala ha declarado que el «lucro cesante», entendido como la ganancia dejada de percibir por el damnificado, no se presume y quien reclama la indemnización debe probar fehacientemente su

existencia (conf. esta Sala, voto del Dr. Calatayud en c.133.444 del 31-8-93 y citas que ahí formula: Orgaz, El daño resarcible, 3ª ed., pág. 24, nº 7; Mayo en Belluscio, Código Civil Comentado, Anotado y Concordado, t. 2, pág. 720, nº 43; Llambías, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, t. I, pág. 7209, nº 232; esta Sala, cc. 74.429 del 4-10-90, 74.476 del 12-10-90, 76.735 del 4-12-90; voto del Dr. Mirás en c. 143.892 del 29-3-94).

También se ha decidido que este daño se considera cierto cuando las ganancias frustradas, de no haber ocurrido el hecho, debían ser logradas por el perjudicado con suficiente probabilidad sin requerirse la certeza absoluta, sino apreciada aquella probabilidad con criterio objetivo y de acuerdo a las circunstancias de cada caso (conf. causa antes recordada, voto del Dr. Calatayud, y sus citas: esta Sala, cc. 59.502 del 11-12-89, 29.837 del 31-8-87 y 88.218 del 13-5-91; ver asimismo esta Sala c. 143.892 del 29-3-94).

En este entendimiento, no puede perderse de vista que la única prueba aportada por la reclamante fue la declaración de los testigos H. E. G. y C. P. obrantes a fs. 446/449, las que a todas luces resultan insuficientes, por cuanto no existe otro elemento de prueba que permita respaldarlas, y que evidencie con certeza que realizaba una tarea profesional remunerada por dichas actividades. De tal modo, juzgo que corresponde confirmar lo resuelto por el Sr. juez de grado.

VI.- Daño moral Tal como lo señalara esta Sala en numerosos precedentes, cualquier hecho ilícito que produce afección a los íntimos sentimientos de la persona, aunque provenga de actuar meramente culposos, es decir, sin intención de agravar, provoca in re ipsa daño moral resarcible.

Desde otro ángulo, a los fines de su fijación deben ponderarse diversos factores, entre los que merecen señalarse la gravedad de la culpa, la existencia de perjuicios materiales, las condiciones personales de aquél y de la víctima, etc., quedando también todos ellos librados al prudente arbitrio judicial (conforme causas n1 43.169 del 18-4-89; 81.134 del 24-12-90 y 81.236 del 25-4-91; Sala «B», E.D. 57-455; Sala «D», E.D. 43-740; Sala «F», E.D. 46-564; etc.).

Por otra parte, si bien es verdad que se trata de un perjuicio personal del damnificado, también lo es que, en la especie, el Sr. U. inició un reclamo extrajudicial para obtener su indemnización -conf. actas de mediación de fs. 1/8-, ningún obstáculo existe para que la acción la continúen sus herederos. Se trata, en definitiva, de una situación en que la acción la ejercen éstos iure hereditatis, no iure proprio. Así lo ha entendido la doctrina y jurisprudencia para las hipótesis del daño moral (arts. 1078 y 1099 del Cód. Civil; ver Llambías, Tratado de Derecho Civil – Obligaciones, t. I pág. 345 nº 267 letra d; Borda, Tratado de Derecho Civil – Obligaciones, 8a. ed., t. I pág. 172 nº 176; Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, t. 5 pág. 294 nº 3, letra a; Cichero, La reparación del daño moral y la reforma civil de 1968, en E.D. 66-157, en especial pág. 179, cap. XIV; CNCiv. en pleno en E.D. 72-320, autos: «Lanzillo José A.c/ Fernández Narvaja Claudio A.» del 7-3-77).

En base a tales pautas, teniendo en cuenta las lesiones reseñadas por el Cuerpo Médico Forense - ver fs. 73 de la causa penal-, el grado de incapacidad estimado a fs. 571 por el perito – 42%-, la repercusión que el infortunio ha generado en su interioridad, ponderando asimismo, que dicho rubro debe acotarse desde la ocurrencia del hecho (2/1/2003) y hasta la fecha de su fallecimiento (6/4/2004), y que lo que aquí se resarce es la pérdida de chance de curación como consecuencia

de la deficiente prestación médica de los demandados, juzgo que el importe fijado en concepto de «daño moral» resulta elevado (\$ 800.000), por lo que propicio reducirlo a la suma de \$ 600.000.

En cuanto a la queja atinente al rechazo de la indemnización reclamada «iure proprio» por L. L. D., el art. 1078 del Código Civil admite que los herederos forzosos reclamen el daño moral cuando el hecho dañoso hubiese producido la muerte de la víctima. En ese supuesto, el artículo prevé el ejercicio de la acción iure proprio y no iure hereditatis por parte del sucesor; éste reclama el daño que personalmente causó la muerte del causante, y la acción que ejerce no deriva del patrimonio del causante sino que nació en su cabeza (Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, t.5 pág.296, nº 4). Supuesto que no aplica al caso de autos, pues conforme dictaminó el perito médico, Roberto D. Larocca, el Sr. U. falleció de cáncer de pulmón estadio IV con metástasis vertebral L5 y hepáticas (ver fs. 569, punto 8 y 9 de las respuestas al codemandado Crisapulli), es decir, ajenas a la presente causa. Por lo que corresponde la desestimación de este planteo (arts. 512, 906 y ccdtes.CC).

VII.- Gastos de asistencia médica, farmacia, traslados y prótesis ocular Se agravia la parte actora del monto otorgado en este ítem (\$ 5.000). Las demandadas reclaman su reducción.

La jurisprudencia ha prescindido de la exigencia de la prueba concreta y documentada de este tipo de gastos que, como los de farmacia, son necesarios para el tratamiento y recuperación de la víctima, dejando librado a la apreciación judicial la fijación de su monto, siempre que la acreditación del perjuicio esté debidamente comprobada y tengan adecuada relación con la importancia del tratamiento (conf. esta Sala, L. nº 7356 del 29-8-84 y sus citas; L. nº 51.594 del 20-9-86; L. nº 41.431 del 3-3-89; ídem, L. nº 64.814 del 26-4-90; Sala «C», E.D.98-508 y sus citas; entre muchos otros).

No obsta a la admisión de la partida la pertenencia de la víctima a una obra social, adhesión a su sistema de salud prepago o su atención en hospital público, pues existe siempre una serie de gastos que se encuentra a cargo de los afiliados o parientes y que aquellos no cubren, sin perjuicio de que, cuando existe total o parcial orfandad de prueba documental, en el monto a fijarse deben ser consideradas tales circunstancias (conf. esta Sala, causas nº 107.157 del 30-4-92, 113.652 del 24-8-92 y 127.547 del 19-4-93, nº 119.174 del 15-12-92 y 146.808 del 18-5-94, con votos del Dr. Calatayud; causas nº 154.150 del 6-10-94 y 164.495 del 23-3-95; Sala «M», c.61.766 del 27-3-91; Sala «C», c.129.891 del 2-11-93; etc.).

En cuanto a los gastos de traslado, esta Sala ha dicho que pueden presumirse cuando, de acuerdo a la índole de las lesiones, se infiere que la víctima se ha visto necesitada de recurrir a gastos extraordinarios de movilidad, como puede ser la utilización de vehículos de alquiler, por lo que no se requiere prueba de esas erogaciones (conf. esta Sala, votos del Dr.

Mirás en cc. 135.893 del 24-9-93 y 177.189 del 22-9-95).

Ponderando, la atención recibida por el Sr. U. en el Hospital Oftalmológico Santa Lucía, los medicamentos que le recetaron y los presumibles gastos de traslado, el importe reconocido en primera instancia a mi juicio resulta adecuado (\$ 5.000), teniendo en cuenta que el reproche que aquí se efectúa es la pérdida de chance de curación, por tal motivo propongo su confirmación (art. 165 CPCCN).

Por lo demás, toda vez que no se encuentran acreditados los gastos reclamados en concepto de prótesis ocular, obsta a su resarcimiento (arts. 364, 377 CPCC).

VIII.- Incapacidad psíquica sobreviniente a favor de Leonor Laura Dupal Se agravia la coactora de que el juzgador haya rechazado el presente ítem.

El concepto de «incapacidad sobreviniente» comprende toda disminución física o psíquica que afecte tanto la capacidad productiva del individuo como aquella que se traduce en un menoscabo en cualquier tipo de actividad que desarrollaba con la debida amplitud y libertad (conf. votos del Dr. Calatayud en cc. 24.116 del 20-10-86, 43.169 del 18-4-89, 74.429 del 4-10-90, 82.214 del 18-2-91 y citas que formula de Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, Código Civil., t. 5, pág. 219, núm. 13; Llambías, Tratado., Obligaciones, t. IV-A, pág. 120 y jurisprud. cit. en nota 217; Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las obligaciones, 2a. ed., t. 4, pág. 272 y jurisprud. cit. en nota 93).

Es que la integridad corporal de la persona tiene, por lo común, un valor económico instrumental, como capital destinado a ser fuente de beneficios, tanto económicos como de otra índole. Por ello, su afectación se proyecta necesariamente al futuro, cercenando o menoscabando probabilidades de desenvolvimiento, éxito e inserción en el mundo de relación (conf. Zavala de González, Daños a las personas – Integridad sicofísica, t. 2, pág. 41; esta Sala, causa 124.883 del 22-3-93).

Para graduar la cuantía por este rubro debe apreciarse un cúmulo de circunstancias, entre las cuales, si bien asume relevancia lo que la incapacidad impide presuntivamente percibir durante el lapso de vida útil, también es preciso meritar la disminución de las posibilidades, edad de la víctima, cultura, estado físico, profesión, sexo; es decir que el aspecto laboral es solo un ingrediente a computar, pues el daño también se trasunta en la totalidad de la vida de relación de aquélla (conf. esta Sala, voto del Dr. Mirás en c. 61.903 del 12-3-90 y sus citas; voto del Dr. Calatayud en c. 45.086 del 10-5-89, entre muchos otros).

Se habrá de computar especialmente la incidencia en las actividades que concretamente desarrollaba; su estado civil; nivel socio-económico; el hecho de que el resarcimiento contempla la totalidad de los aspectos del ser humano y su incidencia en él (ver L. nº 61.903, con voto del Dr.

Mirás, del 12/3/90; L. nº 45.086 del 10/5/89, con voto del Dr. Calatayud; mi voto en L. nº 45.623 del 22/5/89, entre varias otras).

La perita psicóloga designada en autos refirió que la historia clínica de la Sra. D. da cuenta de una personalidad neurótica con depresión ansiosa, la que se vio agravada por el hecho de autos. Sintetizó los indicadores en dolor psíquico ante la impotencia que causa en un ser humano ver sufrir en lo físico y psíquico a un familiar cercano, como en este caso su marido; malestar e incomodidad por las situaciones de internación; padecimiento por no obtener un diagnóstico certero de los profesionales y sufrimiento por la necesidad de dependencia económica de parte de los familiares de su esposo. Estimó un porcentaje de incapacidad psíquica del 20% de acuerdo al baremo neuropsiquiátrico del Dr. Mariano Castex (ver fs. 463/464).

Los codemandados G. B. y L.A.C. impugnaron la pericia psicológica a fs. 490/491 y la Procuración General del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires lo hizo a fs. 499/500. La experta respondió las impugnaciones a fs. 504/505 y 514/515.



Esta Sala ha adherido reiteradamente a la doctrina que ha establecido que, aún cuando las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, si el mismo comporta la necesidad de una apreciación específica en el campo del saber del perito -conocimiento ajeno al hombre de derecho- para desvirtuarlo es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o inadecuado uso que el experto hubiera hecho de sus conocimientos científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado (conf. art. 477 CPCCN y causas nº 21.064 del 15/8/86; nº 18.219 del 25/2/86; nº 11.800 del 14/10/85; nº 32.901 del 18/12/87; nº 51.447 del 11/8/89, entre otras).

Por consiguiente, para que las observaciones que pudiesen formular las partes puedan tener favorable acogida, es menester aportar al expediente probanzas de similar o mayor rigor técnico o científico que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en el peritaje (conf. arts.386 y 477 del Cód. Procesal; Palacio, Derecho Procesal Civil, t. IV pág.720; CNCiv. Sala «C» en L.L. 1992-A-425; Sala «H» en L.L.1997-E-1009 nº 39.780-S), pruebas que al no haber sido incorporadas al proceso, no me permiten apartarme de aquéllas, debiendo desecharse las meras objeciones incorporadas en sus críticas.

En la especie, valorando lo expuesto precedentemente, considerando que la coactora D. al momento del accidente tenía 48 años, las condiciones socioeconómicas que surgen del expediente nº 53.695/05 sobre beneficio de litigar sin gastos y demás circunstancias de autos, es que juzgo que corresponde admitir la partida en examen, y consecuentemente fijar la suma de \$ 120.000.

IX.- Intereses:

Esta Sala, a partir de la sentencia dictada en la causa 537.335 del 20-11-09 se orientó por el criterio conforme al cual, en hipótesis como la de autos, los intereses deben correr desde el acto médico que originó el daño que en el caso, como precisé, solo lo es en el sentido de causa inmediata.

Esa doctrina, que también fuera sostenida por la Sala en anteriores precedentes, se funda en que tratándose de una obligación incumplida en forma definitiva, no era necesaria la previa intimación y los réditos deben comenzar su curso desde el momento mismo del hecho (conf. causas 305.369 del 25-10-00, 339.906 del 13-6-02 y 130.1-66 del 19-9-03; Sala «H», en causa 304.453 del 3-4-01, voto del Dr. Dr. Kiper; CNCom.

Sala «C», 25-11-98 in re: «Jara, José c/ Sanatorio Güemes SA s/ sumario»; íd., 23-4-99, in re: «Helguero, Hugo c/ Sanatorio Güemes s/ sumario»; íd. esta Sala en voto del 29/9/99, «Pourpourt de Navarette c. O.S.D.I.C. s/sum.»; ídem, Sala «B», 14-12-2004, in re: «Maillot González, Iris c/ Obra Social de la Industria del Plástico s/ sumario»; CNCiv. y Com. Fed, sala 2ª, causa 7.496, etc.).

Esta postura fue sostenida por relevante doctrina.En tal sentido, Llambías señala que cuando el cumplimiento de la obligación ya no resulta factible por obra del deudor, éste queda por ello constituido en mora. Se prescinde de la exigencia de pago porque en el caso sería estéril.

Aquí se ve cómo la interpelación no es un acto ritual, sino una manifestación de voluntad plena de significado substancial en las relaciones de las partes. Por eso es que si el cumplimiento del deudor ha dejado de ser posible, como sería absurdo supeditar la responsabilidad del deudor a la exigencia de un pago ya imposible, se considera que, a todos los efectos jurídicos, el deudor está

en mora desde que incurrió en el incumplimiento definitivo de la obligación (conf. Tratado de Derecho Civil-Obligaciones, 2ª ed., Perrot, t.I pág.162 n° 131.IV y nota 99; Borda, Tratado de Derecho Civil-Obligaciones, 8ª ed., Perrot, t.I pág.73 n°69 y jurisprudencia citada en nota 158; Lafaille Héctor, compilado por Frutos-Argüello, Curso de Obligaciones, 1926, t.I, n°120, págs.67/68, con cita de Maynz, Droit Romain, párr. 179, 5° ed. 1898; Rezzonico, Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho Civil, 6a. ed. 1953, págs. 58/9). Y Salvat añade que en tal caso la constitución en mora del deudor sería un acto inútil y no se ve a qué fin práctico podría responder; ella sería en este caso innecesaria. Por último, señala como fuerte argumento al artículo 889 que convierte la obligación primitiva, sea de dar o hacer, en la de pagar daños e intereses en dos casos: 1° cuando la prestación se hace imposible por culpa del deudor; 2° cuando él es responsable del caso fortuito, sea por haberlo tomado a su cargo, sea por haber sido constituido en mora. Y advierte que en el primer caso, la ley no exige la constitución en mora del deudor (conf. Tratado de Derecho Civil Argentino-Obligaciones en general, ed. La Ley 1946, 5a.ed., t.1 págs.64/5 nos. 106 b) y 107). Y recuerda la nota del codificador al artículo 509, párrafo segundo, caso tercero, con cita de Maynz, II, & 264, pág. 39, autor que ha sido la fuente del artículo 509 y su nota, a los que añade a Van Wetter, III, &301, pág.90 y Planiol, II, núm.227, entre otros (ver por todo voto del Dr. Dupuis en la causa citada n° 537.335). Es por lo expuesto que considero que la totalidad de los réditos deberán devengarse desde el momento en que se ocasionó el daño.

Con fecha 20 de abril de 2009 el Tribunal en pleno dejó sin efecto la doctrina fijada en los fallos «Vázquez, Claudia A. c. Bilbao, Walter y otros s/ daños y perjuicios» del 02/08/1993 y «Alaniz, Ramona E. y otro c. Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios» del 23/03/2004, que lo ratificó, estableciendo la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, la que debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido («Samudio de Martínez Ladislao c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios»(ref :MJJ43082)).

Esta Sala considera que se configura esa salvedad si la tasa activa mencionada se devengara desde el momento mismo de producido el evento dañoso y hasta el del efectivo pago, en la medida que coexista con indemnizaciones fijadas a valores actuales, puesto que tal proceder representaría lisa y llanamente un enriquecimiento indebido en favor del acreedor y en detrimento del deudor, que la Justicia no puede convalidar.

Es que, sin lugar a dudas, en tal caso se estaría computando dos veces la pérdida del valor adquisitivo de la moneda operado entre el hecho y la sentencia, cuando en esta se contemplan valores a la época de su dictado; en tanto la referida tasa capta, en cierta medida y entre otros elementos, la depreciación de la moneda. Esta es la doctrina que en forma reiterada aplicó la Sala, vigente la anterior doctrina plenaria, que había receptado la tasa pasiva. Dicho enriquecimiento, en mayor medida se configura con la activa, cuya aplicación ahora se recepta (ver fallos de esta Sala en causas 146.971 del 16/06/1994, 144.844 del 27/06/1994 y 148.184 del 02/08/1994, 463.934 del 01/11/2006 y 492.251 del 19/11/2007, entre muchas otras; Borda, Tratado de Derecho Civil – Obligaciones, 8a ed., T. I p. 338 N° 493; Casiello, Los intereses y la deuda de valor [Doctrinas encontradas y una saludable evolución de la jurisprudencia], en LA LEY 151-864, en especial, p. 873 cap. V; Durañona y Vedia y Quintana Terán, La depreciación de la moneda y los

intereses, en JA, 1970-7-332, en especial, cap. V); esta Sala voto del Dr. Calatayud en c.522.330 del 21/04/2009).

Dicho esto, debe tenerse en cuenta que las sumas acordadas en los distintos rubros lo han sido teniendo en cuenta la fecha del hecho, la doctrina del plenario «Samudio» y la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, en dicho interregno.

Todo ello a los efectos de conformar una indemnización que a valores actuales satisfaga la letra de los arts. 1067, 1069, 1083 y consecuentes del Código Civil y que, propuesto al debate del Acuerdo, condiga la jurisprudencia de la Sala y con ello logre una sentencia tempestiva a la pretensión de la parte actora y que liquidada, por este período, sin perjuicio del tipo de tasa que propondré, arroja a la fecha de esta determinación una indemnización integral.

Es por todo ello que propongo al Acuerdo que se confirme la sentencia en cuanto dispone que desde el hecho y hasta el pronunciamiento de primera instancia se calculen los intereses a la tasa de interés del ocho por ciento (8%) anual, que representan los réditos puros y, desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Por los fundamentos expuestos, voto porque se confirme la sentencia de fs. 934/969 en lo principal que decide y fue materia de agravios, y se la modifique fijándose en concepto de indemnización por daño moral la suma de \$ 600.000 y admitiéndose a favor de L. L. D. por incapacidad psíquica sobreviniente el importe de \$120.000. Las costas de alzada se impondrán a los demandados y a la citada en garantía sustancialmente vencidos (art. 68 del Código Procesal).

El Sr. Juez de Cámara Doctor RACIMO dijo:

Por análogas razones a las expuestas por el Dr. Ramos Feijoo, voto en el mismo sentido.

Con lo que terminó el acto. CLAUDIO RAMOS FEIJÓO.

FERNANDO M.RACIMO.

El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y el pronunciamiento se suscribe electrónicamente de conformidad con lo dispuesto por los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Este Acuerdo obra en el Libro de Acuerdos de la Sala «E» de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Buenos Aires, 21 de agosto de 2020.

Y VISTOS:

En virtud a lo que resulta de la votación de que da cuenta el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de fs. 934/969 en lo principal que decide y fue materia de agravios, y se la modifica fijándose en concepto de indemnización por daño moral la suma de \$600.000 y admitiéndose a favor de L. L. D. por incapacidad psíquica sobreviniente el importe de \$120.000. Las costas de alzada se imponen a los demandados y a la citada en garantía sustancialmente vencidos (art. 68 del Código Procesal). Se difiere la adecuación de los honorarios de los profesionales intervinientes

y la fijación de los correspondientes a esta instancia para cuando obre liquidación aprobada.  
Notifíquese y devuélvase.- FERNANDO MARTIN RACIMO

JUEZ DE CAMARA

CLAUDIO RAMOS FEIJOO

JUEZ DE CAMARA