



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

EXPTE N° 89386/2018 “ K, T A c/ T, R L s/ daños y perjuicios”
JUZG N°13

En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 13 días del mes de Septiembre del año dos mil veintidós, reunidos en acuerdo las señoras juezas y el señor juez de la Sala “J” de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados “ K TA c/ T, R L s/ daños y perjuicios” respecto de la sentencia dictada el 30 de Marzo de 2022, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo, arrojó como resultado que la votación debía realizarse en el siguiente orden: la Sra. Jueza de Cámara Dra. Gabriela Mariel Scolarici, Dra. Beatriz A. Verón y el Sr Juez de Cámara Dr. Maximiliano L. Caia.

A la cuestión propuesta, la Dra. Gabriela Mariel Scolarici dijo:

I.-La sentencia de grado dictada con fecha 30 de marzo de 2022 hizo lugar parcialmente a la demanda, condenando a E M R SA, A A G, R L T y G. A. SA a abonar a T A K la suma de \$1.759.600 (pesos un millón setecientos cincuenta y nueve mil seiscientos) y la de U\$S 8.100 (dólares estadounidenses ocho mil cien), con más sus intereses a liquidarse en la forma dispuesta en el considerando quinto. Asimismo, establece que Seguros Médicos SA y SMG Compañía Argentina de Seguros SA quedan sujetas al pronunciamiento en los términos del art. 118 de la ley 17.418.

II. Contra el decisorio apela y expresan agravios la parte actora a fs. 786/791; a fs. 793/812 la codemandada Galeno Argentina S.A; a fs. 813/823 la citada en garantía SMG COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS S.A.; a fs. 824/825 la citada en garantía SEGUROS



MÉDICOS S.A y a fs. 826/853 el codemandado R L T. Corridos los pertinentes traslados de ley, obran a fs. 855/868; 869; 870/875; 877/880; fs. 881 y fs. 882 los respectivos respondes de las partes a sus contrarias.

En el marco de las Acordadas 31/20 y conchs. de la CSJN, se dictó el llamado de autos a sentencia providencia que se encuentra firme, quedando de esta manera los presentes en estado de dictar sentencia.

III. Hechos

Inicia la presente acción de daños y perjuicios la Sra. T A K contra R L T, A A G, E M R SA, Sanatorio Trinidad Palermo, Galeno Argentina SA y/o quien resulte civilmente responsable, por los daños y perjuicios derivados de la mala praxis médica en la atención, internaciones e intervenciones quirúrgicas practicadas a la actora por los aquí demandados.

Manifiesta que a través de su empresa de medicina prepaga -Galeno Argentina SA- fue atendida por un médico de la cartilla, R T, su mastólogo de cabecera, quien en una de las consultas de control, le indicó una mamografía que realizó en el Centro de Diagnóstico Dr. Enrique Rossi, donde se informa “microcalcificaciones en MD clasificándose BR-0”. Relata que surge de la mamografía magnificada del área sospechosa el diagnóstico de BR-4C (11/8/2016). Que el 6/9/2016 se realizó en el mismo Centro punción por SUROS bajo control esterotáxico y radiología post-punción en la mama derecha, dejándose un clip metálico en el lecho de la punción, en plano medio a 7/8 cm del complejoaréola-pezones, clasificándose como BR-6 porque el diagnóstico histopatológico de la punción fue “carcinoma ductal in situ de alto grado (N3) concomedonecrosis”.

Menciona que el Dr. T decide operarla y pide una mamografía con marcación de la zona a extirpar, que realizó en el Centro Dr. Enrique Rossi el 24/10/2016. Sin embargo, en el informe se referían a





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

la mama izquierda, cuando la mama a tratar era la derecha. Ante el error, ya que se trataba de la mama izquierda y no de la derecha, el codemandado T, antes de intervenirla quirúrgicamente, habla al Centro Rossi con la médica que habría hecho el informe -A G quien le habría explicado que se debía a un error de tipeo y le da uno corregido con igual fecha, pero con otras medidas.

Afirma que como no coincidían las medidas entre ambos informes, el médico debió haber advertido que no era un error de tipeo sino que evidentemente se trataba del informe de otra paciente,

Refiere que el 25/10/2016 se llevó adelante la intervención en el Sanatorio de la Trinidad y le extirparon dos cuadrantes mamarios, sin encontrar la zona marcada con carbón inactivo ni el clip metálico, y comprobado por las mamografías intraoperatorias. El informe histopatológico de la pieza operatoria mencionada se realizó al día siguiente cuyo resultado fue mastopatía fibroquiática no proliferativa es decir que se extirpó tejido no tumoral y no marcado.

El 7/12/2016 le hicieron una nueva mamografía bilateral con técnica de magnificación y focalización en mama derecha en “Diagnóstico Rojas”, cuyo resultado es huellas quirúrgicas, microcalcificaciones sectorializadas sobre el plano medio superior de la mama y clip metálico en el sector señalado, que se confirma con evaluación magnificada del área, y se marca esa zona con carbono indeleble. La mama izquierda no presentaba alteraciones. Es decir, que si bien le sacaron parte importante de la mama, no sacaron ni el tejido enfermo ni el clip metálico que marcaba el lugar a extraer de la mama.

Relata que el 14/12/2016 debió ser nuevamente operada con el agravamiento del cuadro que presentaba por el paso del tiempo y le extirparon tejido tumoral correcto resultando un “carcinomaductal in situ con microinvasión con márgenes libres”. El Dr. T le aconseja realizar una tercera operación para investigar el ganglio centinela y



ver si hay invasión tumoral, estadificarlo y si necesita de radioterapia o quimioterapia.

Ante ello, el 16/1/2017 realizó una segunda consulta en el Alexander Fleming Primer Instituto Privado de Oncología y el 26/1/2017 deciden realizar, previa marcación, extracción del ganglio centinela (3 muestras) con resultado negativo.

El 14/2/2017 efectuó un centellograma óseo corporal total con resultado negativo. Posteriormente realizó radioterapia coadyuvante (25 sesiones) del 21/3/2017 al 3/5/2017.

Concluye que lo que debió ser resuelto en una primera y única mínima intervención, se tradujo en que la operaron tres veces, que le sacaron gran parte de la mama sana en la primera intervención, que la tuvieron que volver a operar para extraer lo que no habían extraído en la primera intervención, para que por último y atento haberse agravado el cuadro por el paso del tiempo, y ante la no presencia en la segunda intervención de un patólogo que probablemente hubiese indicado en el momento extirpar ganglio centinela, es que le cierran sin hacerlo, por lo que realizan una tercera intervención para extraer los ganglios. También destaca que debió someterse a 25 sesiones de radioterapia coadyuvante y que debe ser sometida a una cuarta intervención quirúrgica a causa de como ha quedado la mama, daños y perjuicios por los cuales acciona.

IV. Agravios

Contra la sentencia de grado que admitió la demanda incoada, se agravia la parte actora respecto a que no se ha ponderado la incapacidad psicofísica padecida acreditada por medio de la pericia médica y que presenta una incapacidad física parcial y permanente, arguye que le generó una cicatriz depresiva, atrófica y extrajo dos cuadrantes mamarios y parte de la areola del pezón, que eso dificultará en parte la reconstrucción mamaria pretendida por la actora cuando se deba utilizar el pezón. Esta secuela le determina a la actora





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

una incapacidad de tipo parcial y permanente del 8,41%, coeficiente del método Richarson, según la tabla de valuación del Baremo General para el Fuero Civil. de Altube Rinaldi, Garcia Alonso Ed., 2010, es del 8%. Cuestiona que se considere que haber perdido una parte importante de la mama, sea algo exclusivamente estético, siendo que el perito médico cuantificó la incapacidad física conforme baremos vigentes, y que el Sr. Juez considere que el daño es meramente estético sin repercusiones en las posibilidades patrimoniales presentes o futuras de la víctima, cuando ello no es así. Afirma que el hecho que además le hubiese causado un daño extrapatrimonial, es independiente del daño que le ha generado la incapacidad física que debe ser objeto de reparación

Que desde la faz psíquica se acreditó pericialmente que la actora se encuentra psíquicamente incapacitada en un 15% de su capacidad, que habiendo transcurrido 6 años esa incapacidad ha quedado jurídicamente consolidada, y que si bien la perito indica un tratamiento, termina concluyendo en que no se puede determinar el resultado del mismo. Por ello, solicita se fije un monto suficiente para reparar la incapacidad psicofísica acreditada en autos, y que seguirá sufriendo a pesar de ser sometida a futuros tratamientos. Asimismo, cuestiona los bajos montos fijados por tratamiento psicoterapéutico como por daño moral que no lograr reparar el perjuicio padecido.

Por su parte, la codemandada G A S.A debate la atribución de responsabilidad objetiva que le fue endilgada, por el supuesto incumplimiento del deber de seguridad. Remarca que desde ningún punto de vista, a la obligación de seguridad, no invocada por la parte actora, se le puede dar una extensión tan amplia como para justificar la responsabilidad a su parte en el hecho cuestionado y que sólo una aplicación arbitraria e irrazonable y por ende inconstitucional podría llevar los límites de la responsabilidad tan lejos.



Que la liberación de responsabilidad que propicia en esta litis encuentra su fundamento en que tratándose de obras sociales, el deber de supervisión y auditoría, control y seguridad, no alcanza a los supuestos de mala praxis médica y pérdida de la chance, atribuibles con exclusividad a los médicos intervinientes y consecuentemente a sus inmediatos empleadores. En el caso ha quedado demostrado que se ha prestado un servicio de hotelería y quirófano a los fines de que la accionante realice la intervención cuestionada, no habiéndose incumplido ninguna obligación a cargo de la entidad sanatorial ni de cobertura a cargo de esta empresa de medicina prepaga. Que no se acreditó el vínculo de causalidad alegado pues es menester tener en cuenta que "... el mero contacto físico o material entre el actuar profesional y el resultado, no siempre ha de ser decisivo para tener por configurada la relación causal, pues en la actividad médica el daño no es, de suyo, en todos los casos, revelador de culpa o de causalidad jurídica adecuada ..." (Dr. Alberto Bueres en su obra "Responsabilidad Civil de los médicos") que el Sr. Juez de grado ha valorado incorrectamente las circunstancias de la causa y la prueba producida al analizar el nexo causal que debe verificarse para responsabilizar a los demandados, apartándose de las reglas de la sana crítica, por lo que el apartamiento de dicha regla produce una sentencia arbitraria. Remarca que en autos hay elementos probatorios suficientes que permiten establecer que se ha actuado conforme lo indican las normas y costumbres de práctica en el arte de curar, pero lamentablemente esto no fue advertido por el a quo, por lo que el decisorio no está fundado de acuerdo a las reglas antedichas. Finaliza que al no resultar acreditado el nexo causal entre el hecho generador del daño y el accionar de los demandados en autos, se solicita se revoque la sentencia dictada en autos, con expresa imposición de costas a la parte actora.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

Asimismo, se agravia de la admisión del rubro cirugía reparadora y el monto otorgado por el judicante a dicha partida en moneda extranjera, solicitando que de confirmar dicho monto, deberá fijarse en moneda de curso legal.

Discute en su queja la recurrente la suma otorgada por daño moral que estima excesiva y arbitraria como la suma otorgada en la partida gastos médicos.

En cuanto a la tasa activa fijada en el fallo recurrido, tratándose de valores actuales fijados en las partidas indemnizatorias, importaría un enriquecimiento indebido a favor de la parte actora, como también respecto de la fecha a partir de la cual se efectúa su cómputo, señalando que deben correr desde la fecha de notificación del traslado de la demanda trata de un incumplimiento contractual. Finalmente, se agravia de la imposición de costas a su parte, solicitando en razón de los fundamentos expuestos se revoque el fallo apelado con costas a la parte actora.

La citada en garantía SMG COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS S.A funda su queja en que no hubo mala praxis, que sin culpa médica no hay responsabilidad y en la inexistencia de nexo causal respecto de Enrique Martín Rossi S.A. y la Dra. G.

Reseña la quejosa que la marcación en la mamografía no fue errónea, sino que existió un error en la realización del informe. Dicho error fue subsanado previo a la cirugía, el informe fue corregido con mención a la mama derecha y con las medidas correctas.

Por lo tanto, el cirujano Dr. T tuvo el informe adecuado previo al procedimiento quirúrgico y que el presunto daño que haya podido presentar la actora no tiene un nexo causal adecuado con algún obrar médico de la Dra. G.

Subsidiariamente se agravia de la improcedencia de las partidas admitidas incapacidad sobreviniente- daño estético, tratamiento



psicológico y cirugía estética futura como el infundado y exorbitante monto fijado por la misma.

También funda su queja en la suma fijada por daño moral puesto que, a su entender, debe ser sustancialmente reducida a tenor del monto reclamado, pues la condena no podrá superar el monto demandado por este rubro, violando en caso contrario el principio constitucional de congruencia y por la improcedencia y monto fijado por el rubro gastos médicos de farmacia y traslados reclamados en forma genérica y sin arrimar comprobante alguno.

En cuanto a la tasa de interés en razón que los daños derivan de responsabilidad contractual, señala que aquellos accesorios sólo son procedentes desde la mora que, a falta de interpelación fehaciente anterior, debe tenerse por operada en la especie desde la fecha de la notificación del traslado de la demanda cuestionando asimismo la aplicación de la tasa activa pues si la indemnización fue fijada a valores actuales al momento de la sentencia, indica que no corresponde aplicar intereses a tasa activa desde la fecha del hecho, porque de este modo se estaría mandando a pagar dos veces lo mismo, por cuanto la tasa activa ya contiene un componente inflacionario proponiendo en esta Alzada que los intereses deberían calcularse a una tasa de interés pura entre el 6% u 8% anual, que representan los réditos puros, desde la notificación de la demanda hasta la sentencia y de allí tasa activa hasta el efectivo pago.

El codemandado Rolando L T funda su queja en la errónea, parcial y arbitraria evaluación de la prueba producida puntualmente pericia médica, historia clínica, que el Sr. Magistrado de Grado tuvo en consideración para decidir como lo hizo.

Manifiesta que en virtud de los términos de la demanda, quedó sujeto a una imputación de mala praxis médica, por una falencia que no le fue propia, o al menos no resulta probada tal circunstancia. Dice que no comprende en base a qué pruebas de certeza, el Sr. Magistrado





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

de Grado llegó a condenarlo, pues en rigor de verdad, la actora ni siquiera ha demostrado daño que hubiese sido producto del accionar directo del recurrente. Insiste que no está demostrado que el supuesto "daño" que invoca la demanda se hubiese producido debido al accionar incorrecto de su parte, sino todo lo contrario.

Afirma que la paciente presentaba por estudios previos un diagnóstico de carcinoma ductal in situ 3 previo a la cirugía, es decir, el día anterior indicó y envió a la Sra. K al Centro de Diagnóstico Dr. Enrique Martín Rossi S.A. (quienes habían realizado la biopsia previamente) para que una profesional de dicha entidad realice una marcación de la zona para poder realizar la cirugía correcta y encontrar el clip de titanio colocado anteriormente cuando se hizo la punción; se aclara que se marca la piel con un marcador y se inyecta carbono para poder encontrar el CLIP (este procedimiento es de rutina, y es para mayor seguridad dado que la paciente presentaba mamas grandes, tosadas, caídas y flácidas que dificultaban aún más la cirugía), el cual fue realizado por la Dra. A G.

Dice que el día anterior a la intervención, en el consultorio, la paciente entrega al suscripto el estudio pre-quirúrgico y el informe de la marcación realizada por la Dra. G. En ese momento, se comunica telefónicamente con la profesional mencionada, delante de la paciente, para reconfirmar el informe que había enviado, que afirmaba que la lesión estaba en la hora 3 a 2,5 cm del pezón y 3 cm de profundidad. A su vez, le solicita que modifique el informe ya que decía mama izquierda y era la mama derecha.

Relata que en dicha llamada, la Dra. G, le informa que había existido solo un error de tipeo (MI en vez de MD), y le reconfirma las marcaciones de la lesión que ya había enviado, por lo que le envía por fax, un nuevo informe corregido que indicaba: "marcación en mama derecha y la proyección cutánea de la lesión en H3 a 2,5 cm del pezón y a una profundidad calculada de 3,5 cm".



Dice que, conforme al parte quirúrgico, el suscripto junto con el Dr. García Navarro (asistente), realizaron la incisión periareolar de hora 2 a hora 6, proceden a la exéresis del tejido marcado. Asimismo, proceden a ampliar resección de tejido hasta la aponeurosis del tejido retroareolar y se envía a mamografía, dado que no se visualiza el clip, se amplían campos quirúrgicos

En fecha 17/11/16, llega el informe de Anatomía patológica del material extraído con el siguiente resultado: mastopatía fibroquística no proliferativa. Debido a este resultado, con la actora se decide realizar otra cirugía, la cual se programa para el día 13/12/16.

Previo a dicha intervención, se solicita a la actora nueva marcación de mama derecha entre H11 y H1 plano medial desde posterior hacia anterior, amplio sector de micro calcificaciones con clip metálico, donde se dejan dos marcas de carbón micronizado estéril, dicha marcación fue realizada en el Centro Diagnóstico Rojas, atento a la desconfianza que se había generado en el resultado anterior del Centro de Diagnóstico Rossi.

En fecha 13/12/16 le realiza una nueva intervención, junto con el Dr. I. El resultado de anatomía patológica dió como resultado: "carcinoma ductal in situ de alto grado (N3) 0,5 x 1cm con presencia de foco de micro invasión, márgenes de resección libres de lesión. Her 2 negativo. Índice de proliferación ki-67: 5%, receptores de estrógeno y progesterona negativos.

Reseña el galeno que las micro calcificaciones no son visibles ni palpables, por lo cual el suscripto depende si o si de la visualización del tejido marcado para su extracción. Ante la no visualización de las micro calcificaciones por mamografía se realiza ampliación del campo. La decisión de quien suscribe fue adecuada conforme la buena práctica ya que dada la amplia resección realizada y frente al no hallazgo de las micro calcificaciones y el clip, es recomendable aguardar el resultado definitivo de la anatomía





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

patológica y eventualmente programar una nueva cirugía con una nueva marcación.

Insiste que en patologías como la de la paciente de autos, el accionar del suscripto depende exclusivamente de la marcación previa y el hallazgo de dicho tejido lo cual efectivamente realizó. La ausencia de patología en el tejido resecado como confirmó luego el informe de anatomía patológica no es responsabilidad de este profesional sino del proceso de marcado ajeno al dicente. Que ha quedado probado que la marcación resulta esencial para guiar al cirujano a la intervención quirúrgica a realizar la cual fue efectuada en el centro de Diagnóstico Rossi, marcación que resulta ajena al dicente por lo que su actuación fue la correcta.

Remarca que es cirujano, que no se encarga de la marcación mamaria pre quirúrgica, y que su accionar dependía exclusivamente de la marcación (en este caso fue errónea) y el hallazgo de dicho tejido lo cual efectivamente realizó. La ausencia de patología en el tejido resecado (como confirmó luego el informe de anatomía patológica) no es responsabilidad de este profesional sino del proceso de marcación; que se guió por el informe que la Dra. G que fue corregido en forma previa al acto quirúrgico, pero lamentablemente el mismo era erróneo lo que indujo a mi error involuntario y que no puede detectar que el mismo es equivocado hasta recibir el informe de anatomía patológica, que informa la ausencia de patología en el tejido resecado. Respeto a la segunda imputación, que en la segunda cirugía hubiese sido indicado en el momento extirpar el ganglio centinela, manifiesta que la biopsia por congelación (es decir el estudio intraoperatorio) de las microcalcificaciones no se realiza dada la inespecificidad que presenta la técnica para este tipo de lesiones, por lo tanto es mandatario como indica la mayoría de la bibliografía aguardar el estudio por diferido, lo cual puede implicar mayores tratamientos. Dice que es imposible abordar el estudio axilar de la



paciente (ganglio centinela) previo a no tener aún el primer informe de anatomía patológica de la lesión oncológica, debido a que sin dicho resultado no se puede evaluar explorar otra zona que quizás se encuentre sana, que así lo refiere el experto cuando manifestó que es de buen actuar médico esperar el resultado del patólogo (material extraído) antes de solicitar una nueva intervención quirúrgica del ganglio centinela.

Expone asimismo el recurrente que la sentencia atribuye al perito conclusiones que no fueron dichas en el expediente sino que transcribe los dichos de la actora, previa a la formulación de dos preguntas dirigidas al experto, resultando claro el error de la sentencia grado, al tomar palabras de la parte actora atribuyéndolas erróneamente al Sr. Perito.

Finalmente, cuestiona los rubros indemnizatorios y su monto por considerarlos excesivos. En cuanto al tratamiento psicológico, afirma que resulta evidente que la incapacidad en el aspecto psíquico que aqueja a la actora y como se desprende del informe de la experta guarda relación con su patología de base y no como refiere erróneamente la sentencia, por lo que el ítem debe ser desestimado, que en la especie la parte actora no acreditó fehacientemente la erogación económica que se desprende del supuesto trastorno psicológico que se arroga, así como la vinculación causal con lo actuado médicamente por el suscripto, se probó el correcto accionar del dicente.

En cuanto a la cirugía reparadora, señala que las supuestas secuelas que presenta la actora, se encuentran estrechamente vinculadas con el tratamiento quirúrgico que le efectuó él y la entidad en donde refiere fue intervenida por segunda vez, a los fines de evitar la propagación del cáncer que padecía. Que toda cirugía genera secuela o cicatriz. Señala que las secuelas como la incapacidad fijada





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

por el experto fueron necesarias para arribar a un diagnóstico certero y generadas para tratar quirúrgicamente la patología oncológica.

En cuanto a los gastos varios admitidos, destaca la ausencia de documental respaldatoria de los mismos por lo que deben ser rechazados y en cuanto al daño moral, exterioriza que en el ámbito de la responsabilidad contractual la Jurisprudencia reiteradamente se ha expedido respecto al carácter restrictivo de la indemnización del daño moral. Esto es particularmente relevante en la especie, en atención a la magnitud del reclamo, lo cual no es un dato menor, ya que de concederse una reparación del tenor que pide la contraria, se estaría propiciando un verdadero enriquecimiento sin causa, bajo el velo del dolor humano, se estaría consagrando una indemnización que colocaría al reclamante, en mejor posición económica que la que ostentaban antes del acontecimiento base de la demanda.

Se agravia también de la fecha establecida en el fallo en crisis para el cómputo de los intereses allí establecidos atento la relación de índole contractual derivada del hecho denunciado, señalando que la aplicación de intereses, debe realizarse desde la mora del deudor, en este caso, desde que se le notificó la demanda al dicente; y no "desde la fecha del daño".

También cuestiona la tasa activa fijada en el decisorio, ello en razón de haberse fijado una indemnización a "valor actual", implicaría un enriquecimiento indebido de la contraria y un despojo de los condenados con afectación del derecho de propiedad.

La citada en garantía SEGUROS MÉDICOS S.A adhiere a los fundamentos y da por reproducidos los agravios y la crítica concreta y razonada de los mismos, realizada en las expresiones de agravios de sus asegurados.

V. Por lo demás, adelanto que seguiré a los recurrentes en las alegaciones que sean conducentes para decidir este conflicto (conf. CSJN Fallos: 258:304, entre otros) pues recuerdo que como todas las



pruebas no tienen el mismo peso, me apoyaré en las que resulten apropiadas para resolver el caso (conf. CSJN, Fallos:274:113), las que produzcan mayor convicción en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa. Se considerarán, entonces, los hechos “jurídicamente relevantes” (Aragoneses Alonso, Pedro, Proceso y Derecho Procesal); o “singularmente trascendentes” (Calamandrei, Piero, La génesis lógica de la sentencia civil).

Liminarmente, cabe hacer mención a las alegadas imputaciones de las accionadas sobre la arbitrariedad del decisorio.

Sabido es que la tacha de arbitrariedad es improcedente si se funda en una mera discrepancia del recurrente con la apreciación de los hechos y la interpretación de la prueba efectuada por los jueces de grado, toda vez que la procedencia de la impugnación requiere la enunciación concreta de las pruebas omitidas y su pertinencia para alterar la decisión de la causa. Nuestro máximo Tribunal ha señalado al respecto: “La doctrina de la arbitrariedad reviste carácter excepcional y su aplicación no tiene por objeto corregir en tercera instancia pronunciamientos equivocados o que el recurrente considera como tales, ni cubre las discrepancias planteadas respecto de la valoración y selección de la pruebas efectuadas por el Tribunal de la causa, ni autoriza a suplir el criterio de los jueces en cuestiones que, por su naturaleza le son propias si la sentencia expone argumentos suficientes que bastan para sustentarla” (CS, noviembre 27-1979, “Poblet S.M. c/ Colegio San Fecha de firma: 08/06/2021 José Obrero”, ídem junio 5- 1980, “Knaus, Silverio c/ Kilstein, Leonardo”; ídem junio 24-1980, “Moyano, Juan C.”, ídem julio 22- 1980, “Mois Ghami SA” RED. 14, página 893, sum. 416). (CNCiv., Sala “H”, “Lucero SA c/ López Vidal s/ prescripción adquisitiva”. R. 494841, 03/09/2008).

Por otra parte, ha sostenido nuestro Máximo Tribunal que la tacha de arbitrariedad no debe encubrir las discrepancias del apelante





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

en lo referente a la apreciación y selección de la prueba, más cuando es un remedio estrictamente excepcional y de su exclusivo resorte (C.S., mayo 11-976, E.D., 64-407) (conf. esta Sala, Expte. N°67983/2015 “Aguilar Teresa del Valle c/ Coto C.I.C.S.A y otros s/daños y perjuicios” del 30/5/2020; íd, Expte.N°13309/2008 “Ortega Maidana Elva Ramona c/ Maldonado Demetrio y otros s/ daños y perjuicios del 6/8/2020; íd. Expte.66350/2014 “Trasmonte, Sergio Ariel c/Fernández, Norma Alejandra y otros s/daños y perjuicios”)

Por ello, no encontrando elemento alguno que permita vislumbrar que el pronunciamiento de grado esté dotado de tal arbitrariedad cabe desestimar este reproche.

VI. Responsabilidad

Esta Sala ha sostenido invariablemente la tesis contractualista, interpretando que la obligación asumida por el profesional no es a obtener un resultado, sino tan sólo a poner los medios adecuados para alcanzar esa finalidad, esto es, de prestar asistencia técnicamente adecuada, poniendo al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que su título acredita y prestándole la diligente asistencia profesional que su estado requiere. A fin de no extenderme en estos aspectos y tesis doctrinarias analizadas en casos análogos, me remito brevitatis causae a los pronunciamientos de este Tribunal en tal sentido (CNCiv, esta Sala 28/09/2006, “D'Albano, Juan C. c. Hospital Español de BuenosAires”, DJ 2007-I, 795; Ídem., id., 24/08/2005, Expte. 86.890/97, “Azurduy, Cristina Rina y otro c/ Hospital. Gral. de Agudos Dalmacio Velez Sarsfield y otros”, E. D. 216-548; Id., id., 09/09/2005, Expte.52.188/99, “Benito Sarmiento, Cristina y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”; Id., id., 17/08/2010, “Benítez Eduardo Aparicio c/ Sarrabayrouse Juan Ignacio, y otros s/ daños y perjuicios”, E. D. 28/12/2010, N° 12.657, La Ley Cita online: AR/JUR/45017/201; Id., id., 31/5/2011, Expte. 117.079/2001, “Salguero de Fratte, Gladysc/OSDE (Organización



Servicios Directos Empresarios) y otros s/daños y perjuicios” La Ley Cita online: AR/JUR/21670/2011; Id., id.,11/9/2007, “Aguirre, Rene Héctor c/ Lespada, Pedro y otros s/ daños y perjuicios”, entre otros muchos).

Ahora bien, a los efectos de apreciar la naturaleza de la actividad médica se han señalado una serie de aspectos que configuran la *lex artis ad hoc* como tener en cuenta el caso concreto en que se produce la intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias conexas al normal ejercicio profesional, para lo que han de valorarse las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos –estado del paciente, de sus familiares y de la misma organización sanitaria-, y así calificar el acto médico como conforme o no a la técnica normal requerida; pero, dada la trascendencia que para el paciente reviste en muchas ocasiones la intervención médica, debe exigirse la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones de mayor esfuerzo.

Sostiene Alonso Pérez que al médico, en el ejercicio de su auctoritas artis, hay que exigirle un grado elevado de responsabilidad. La diligencia particularmente esmerada forma parte en el pensamiento clásico de la responsabilidad aquiliana. La diligencia exigible por el art. 1725 del actual ordenamiento de fondo no es la del común individuo lego en la materia, sino la del profesional que las circunstancias exijan. La diligencia diligentissima debe configurar el ejercicio del arte médico, si tenemos en cuenta los valores cardinales a los que atiende la Medicina, como la salud, la vida y la integridad física y psíquica. Por ello, se considera que la responsabilidad profesional dentro del área de la Medicina tiene que ver con unas medidas especiales, que no son otras que las derivadas de los llamados “deberes médicos” –*lex artis ad hoc*- que sobrepasan la





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

medida o patrón del standard de culpa. Es que la responsabilidad en el ámbito sanitario exige la necesaria e incluso concentrada y máxima atención al paciente, por no resultar de recibo satisfactorio las precipitaciones ni los diagnósticos inadecuados, incompletos, rutinarios o apresurados, al tratarse la salud de un derecho fundamental de las personas, que les hace acreedoras de obtener todas las prestaciones sanitarias precisas e idóneas, sin regateos u omisiones injustificadas (Tribunal Supremo Español, sentencias del 25 de abril de 1994 y del 20 de marzo de 1997; Alonso Pérez, Mariano, "La relación médico-enfermo, presupuesto de la responsabilidad civil (en torno a la lex artis)" en Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio, Madrid, 2001, pág. 37)

Cabe recordar que la ciencia médica tiene sus limitaciones y en el tratamiento de las enfermedades existe siempre un álea que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes, extremos que obligan a restringir el campo de la responsabilidad y a apreciar la culpa médica con suma prudencia y ponderación (conf. Trigo Represas, F., "Nuevas reflexiones sobre la responsabilidad civil de los médicos", LA LEY, 1984-C, 582 y sgte. y jurisprudencia que cita en las notas 33 a 38) a fin de no consagrar la impunidad, con el consiguiente peligro para los pacientes, pero sin una severidad excesiva que torne prácticamente imposible el ejercicio de la medicina (conf. CNCiv., esta Sala, 24/08/2005, "A., C. R. y otro c. Hospital. Gral. de Agudos Dalmacio Vélez Sarsfield y otros s/daños y perjuicios", E. D. 216-548 y fallos allí citados).

La obligación asumida por el profesional no es a obtener un resultado, sino tan sólo a poner los medios adecuados para alcanzar esa finalidad, esto es, de prestar asistencia técnicamente adecuada, poniendo al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que su título acredita y prestándole la diligente asistencia profesional que su estado requiere.



Es decir, que su conducta profesional debe representar un actuar diligente y prudente de acuerdo a las circunstancias del caso, en la que el galeno no se compromete a alcanzar un fin determinado, sino que se obliga a cumplir una prestación eficaz e idónea, con ajuste a los procedimientos que las respectivas técnicas señalan como más aptas para el logro de los objetivos del paciente-enfermo.

En consecuencia, la omisión de esta carga representa la base fundamental de los llamados casos de “mala praxis”, en los que por un error de diagnóstico o un inapropiado tratamiento clínico o quirúrgico, nace la responsabilidad civil del médico con sustento en el elemento subjetivo de la culpa (conf. Labombarda, Pablo M., “La responsabilidad del Estado por la mala praxis médica en hospitales públicos”, L.L. 07/12/2004, pág. 1)

Asimismo y en cuanto a la responsabilidad de los hospitales y clínicas recién surgirá, en principio, cuando se acredite la culpa médica. Vale decir, que el incumplimiento de aquéllas necesariamente va a estar ligado al incumplimiento previo de los deberes que estaban en cabeza de los galenos.

Al respecto, se reconoce sin mayores discusiones que pesa sobre los hospitales y clínicas una obligación tácita de seguridad hacia quien acude a los servicios que brinda, o sea, que rige una cláusula sobreentendida de garantía que se traduce en atender a la seguridad del paciente, y que tiene su fundamento en el principio general de la buena fe (art. 1198, primer párrafo, del C.C. y actual Art 961 del CCYCN).

En otros términos, existe la obligación de la entidad hospitalaria o clínica de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general o accesorio para la preservación de la personas de los contratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato. Es que si el hospital se ha obligado a proporcionar asistencia médica, no solamente es





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

responsable por el servicio que se ofrezca, sino también de que se preste en condiciones tales para que el paciente no sufra daños por una eventual deficiencia de la prestación prometida (Ver Vázquez Ferreyra, Roberto, "La obligación de seguridad", suplemento especial La Ley, septiembre de 2005, p. 4; Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", p. 468, N 1431 quáter.)

Se ha sostenido que en virtud de la estructura del vínculo obligacional, debe entenderse que la clínica responde contractualmente y de modo directo por el incumplimiento, sin importar que la prestación haya sido materialmente cumplida por un médico dependiente de aquélla (conf. Lorenzetti, La empresa médica, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 334 y ss.).

En torno a la empresa de medicina prepaga, a diferencia de las obras sociales, en que la afiliación es compulsiva y regida por normas de derecho público en la medicina prepaga es voluntaria y alcanzada por las disposiciones de la ley 26.682 que regula su actividad. Quedan incluidas, de este modo las sociedades, cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones cuyo objeto total o parcial consiste en realizar las prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa.

La prestación del servicio de salud puede ser realizada de manera directa, en sus propios centros asistenciales, o en establecimientos de terceros contratados a tal fin, o mediante un sistema de reintegros. La relación que se plasma con los afiliados o adherentes es netamente de consumo y está atrapada por lo dispuesto en el art. 42 de la Constitución Nacional y por las reglas y principios del derecho del consumidor -ley 24.240- (conf. Pizarro Vallespinos,



Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, Parte Especial, pág. 593 y sptes.)

Así, tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia de la Nación (3/13/2001, "E., R. E. c. Omint S.A. de Servicios, LA LEY, 2001-B, 687; por remisión, en el caso, al dictamen del Sr. Procurador General de la Nación), y fuera luego ratificado por el legislador a través de la sanción de la ley 26.682 (arts. 4, 27 y cc.)-, "es aplicable el régimen de defensa del consumidor al contrato de cobertura médica celebrado con una empresa de medicina prepaga, habida cuenta que se trata de un contrato de adhesión y consumo". Ha señalado también el señor magistrado con cita de Lorenzetti ("La empresa médica", Rubinzal-Culzoni Editores, p. 355; Consumidores, Rubinzal- Culzoni Editores, p. 102 y 114), que si bien los servicios de los profesionales liberales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la ley 24.240 (art. 2), no ocurre lo propio con los contratos celebrados entre los pacientes y las clínicas, que -en tanto importan la prestación del servicio de salud para el consumo final de los enfermos- deben regirse por esa normativa, por lo que concluyó que debe aplicarse la ley 24.240 y las normas que con ella se integran, no obstante la fundamentación de derecho que hubieran invocado las partes (art. 163 inc., 6 del Código Procesal), si además se pondera que se trata de una norma de orden público y por ello debe aplicarse de oficio (art. 65). Si bien es cierto que no se suele asociar la responsabilidad de las clínicas y de los establecimientos hospitalarios a ley de defensa del consumidor, por cuanto dicha normativa excluye a las profesionales liberales y resulta más frecuente asociar la defensa del consumidor con la venta de productos que con la falla de los servicios, no es menos cierto que la normativa de protección a consumidores y usuarios (ley 24.240 y CCyCN), es de aplicación a los servicios médicos porque establece que quedan obligadas todas las personas físicas o jurídicas de naturaleza pública o privada que, en





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

forma profesional y aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios.

Desde ese piso de marcha, corresponde señalar que tanto las obras sociales como las empresas de medicina pre-paga tienen frente a sus asociados/afiliados, un deber de obligación tácita de seguridad en relación con la eficiencia de la prestación médica, así como también en cuanto a la integridad del paciente. Es decir, pesa sobre aquellas una obligación de seguridad, de carácter tácita y accesorio (conf. TRIGO REPRESAS-LOPEZ MESA, ob.cit., pág.1286). Ese deber de seguridad, encuentra su fundamento último en el principio de la buena fe contractual establecido por el artículo 961 del CCyC, base de la mutua confianza que han de inspirarse recíprocamente los contratantes. Esta confianza, en lo que atañe al paciente, ha de consistir en su creencia de que el cuidado y la previsión de la otra parte lo pondrán al resguardo de los eventuales daños que pudieran ocasionar a su persona la ejecución del contrato; tanto más cuando se trata en la especie de conductas que han de cumplirse, justamente, en directa relación a su cuerpo y a su salud (conf. CNCiv. Sala H, "M.G. c/MCBA. Y otro", del 21/11/00, Rev. La Ley del 30/8/01; Ídem, esta Sala, 26/8/2022 Exp.Nº90465/2017 "M, A E y otro c. CJ L y otros s/ daños y perjuicios").

Se ha considerado aplicable a los afiliados y adherentes voluntarios a entidades privadas prestadoras del servicio de salud los mismos principios que a las obras sociales, respecto de las cuales se sostuvo que asumen una obligación de seguridad, ínsita en el principio genérico de la "buena fe" en el cumplimiento de las obligaciones del art.1198, 1º párrafo y su doctrina del Código Civil(hoy art.963 CCyC), por la eficiencia del servicio de salud a su cargo, para lo cual se tiene en cuenta que la vida y la salud revisten indiscutible interés social, el que trasciende de lo meramente privado



y se proyecta más allá hasta el ámbito del orden público (Félix A.Trigo Represas-Marcelo J. López Mesa, "Tratado de la Responsabilidad Civil, T. II, p.486/487). No es la relación de dependencia del profesional lo que determina la responsabilidad de la empresa de medicina prepaga, sino ese compromiso de asegurar el adecuado servicio de salud mediante el cuerpo médico y establecimientos adheridos, mediante la figura del contrato en favor de terceros. De tal forma se ha entendido que las responsabilidades acumuladas de la entidad privada de medicina asistencial, así como la de el o los propios prestadores de salud, es con relación a los afiliados o adherentes damnificados una responsabilidad "indistinta", in solidum, "conexa" o "concurrente" (Trigo Represas- López Mesa, op. cit. p. 492)(Conf. CNCiv. Sala F, "Furno de Amar, Ana Rosa c/ T. L. E. y otros s/ daños y perjuicios", del 7/9/05).

De tal guisa, la empresa de medicina prepaga debe poner en marcha todos los recaudos necesarios para evitar que se ofrezca al paciente una atención médica deficiente, quedando dentro de esa esfera de responsabilidad aquellas prestaciones médico-asistenciales que son contratadas mediante terceros. Así debe asumir la obligación asistencial, por lo que responde por su incumplimiento más cuando el tercero a quien contrata es elegido por ella (Conf .CNCiv sala E, in re "Paredes, H. c/Sanatorio Humboldt S.A. y otros/daños y perjuicios" del 14/08/1996)

B) Ahora bien, sentado ello corresponde señalar que la carga de la prueba pesa sobre quien alega el obrar ilícito, y para que quede comprometida la responsabilidad de los médicos por los hechos cometidos en ejercicio de su profesión, el paciente debe demostrar la culpa en la realización de la atención médica prestada, la existencia de daño que le hubiere sobrevenido a causa de ese hecho y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño experimentado. Basta, que alguno de estos requisitos fracase para que el deudor quede





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

exento de responsabilidad por las consecuencias de su actividad (Alsina Atienza, JA 1958-III-587; Bustamante Alsina, nota en la LL 1976-C,63; CNCiv. Sala "D", ED 95-302).

Como ha decidido este tribunal con anterioridad en numerosas oportunidades (in re “Botiglieri, Carlos A. c/ Mercado, Hugo y otro s/ Ds. y Ps.”, Expte. 11.027/2.010, del 10/7/2.012; ídem, “Burcez, Elizabeth Graciela c/ Aguas Argentinas S.A s/ Ds. y Ps.”, Expte. N° 115.335/2005, del 22/4/2010; ídem, “Bay, Roberto Antonio c/ GCBA s/ Ds. y Ps.”, Expte. N° 66.857/02, del 23/10/07; ídem, “Rodríguez Saldivar, Pedro Cayetano c/ Ttes. Aut. Riachuelo S.A. (Línea 100) s/ Int. Presc.”, Expte. N 4.480/2002, del 22/03/07, entre otros), la prueba de la relación causal, cuando menos en su fase primaria o puramente material, incumbe a su pretensor, lo que resulta una simple aplicación del principio que fluye del art. 377 del CPCCN (Brebba, Roberto, Hechos y actos jurídicos, Astrea, 1979, p. 141; Vázquez Ferreyra, Roberto, Responsabilidad por daños. Elementos, Depalma, 1993, ps. 226-30; Bustamante Alsina, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Abeledo, pág. 269).

Es cierto que la tendencia en materia de derecho de daños es aligerar la carga de la prueba en beneficio de las víctimas, por ejemplo, a través de presunciones de responsabilidad, de culpa, e incluso (en un plano subjetivo) la teoría de las “cargas probatorias dinámicas”, todas manifestaciones del carácter tuitivo del sistema. El Código Civil y Comercial, fundamentalmente a través del art. 1735, sigue esta línea de razonamiento.

Sin perjuicio de ello, lo apuntado no alcanza a enervar el régimen probatorio en materia de “relación de causalidad” en los términos señalados, sustento primero del reclamo indemnizatorio, pues dicha prueba pesa sobre quien reclama la reparación del daño, tanto en la órbita contractual como extracontractual. Es una consecuencia lógica de los principios que regulan la carga de la



prueba en materia procesal, que ponen en cabeza de quien alega la existencia de un derecho la demostración de los hechos constitutivos de su pretensión.

Es decir, la parte actora debe demostrar la “conexión material” entre un “determinado hecho” y el “resultado”, extremo que revela que la causalidad no está presumida, y a partir de esta prueba podrá presumirse el carácter adecuado de la condición. Consecuentemente, en tales supuestos “a lo sumo existe una simplificación en ciertos aspectos de la prueba de la causalidad”, mas no una presunción de su existencia (Pizarro, Daniel, Vallespinos, Carlos, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, vol. 3, Hammurabi, 2007, pág. 107).

El vínculo de causalidad exige la concurrencia de una relación efectiva y adecuada entre una acción u omisión y el daño de que se trate. A tales efectos, se hace necesario realizar un juicio de probabilidad, determinando que el daño se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito; en otros términos, que la consecuencia dañosa es la que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas conforme lo establecía el art 901 Cód. Civil, y la determinación de la existencia de tal nexo causal constituye una cuestión de hecho que debe ser resuelta por los jueces, ameritándose las pruebas arrimadas en autos (Conf. C.N.Civ., esta sala, 9/7/2005, Expte. 52.188/99, “Benito Sarmiento, Cristina y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”; Ídem., id., 4/6/2009, Expte. 150.949/95 “Ávila Fernández, Basilia c/ Hospital General de Agudos J. M. Ramos Mejía y otros s/ daños y perjuicios” Ídem., id., 17/08/2010, “B., E. A. c. S., J. I. y otros s/ daños y perjuicios, E. D. 28/12/2010, N° 12.657 ” Id., id., 31/5/2011, Expte. 117.079/2001 “Salguero de Fratte, Gladys c/ OSDE (Organización Servicios Directos Empresarios) y otros s/daños y perjuicios” Id id, 31/5/2012, Expte N° 89.973/2007 “Lamas c/ O.S.C.O.M.M y otro s/ daños y perjuicios responsabilidad Prof.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

Médicos y Auxiliares” ídem 2/5/2019 Expte N°30385/2007 “C L V y otros c/ Clínica Privada Nuestra Señora del Carmen y s/ daños y perjuicios”).

VI. En atención a las consideraciones efectuadas se analizarán los agravios y las pruebas aportadas a la causa en torno a la cuestión debatida en los presentes.

A) En principio, sabido es que en el terreno de la apreciación de la prueba, el juzgador puede inclinarse por lo que le merece mayor fe en concordancia con los demás elementos de mérito que puedan obrar en el expediente, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del magistrado (Conf. C.N.Civ., esta Sala, Expte. 114.707/2004, 11/03/2010, “Valdez, José Marcelino c/ Miño, Luis Alberto daños y perjuicios”; Idem., id., 24/6/2010 “Ruiz Díaz, Secundino y otro c/ Guanco, Víctor Manuel y otros s/ daños y perjuicios”; Id., id., 9/9/2010, Expte. 24068/2006 “Agüero, Fernán Gonzalo y otro c/ Arriola, Fernando Luis y otros s/ daños y perjuicios”, entre muchos otros).

No puede soslayarse que, en procesos como el presente, el dictamen pericial adquiere una especial significación desde que resulta ser, en la generalidad de los casos, la "probatio probatissima" (conf.: Rabinovich Berkman, R.D. "Responsabilidad del Médico", pág. 239, núm. 52, ed. Astrea, 1999).

En materia de procesos de daños y perjuicios por mala praxis, la prueba pericial resulta de particular relevancia en lo que se refiere al análisis de la conducta desarrollada por el profesional actuante, así como a la existencia y entidad de las lesiones por las que se reclama. Es que en los casos de responsabilidad médica se acentúa el significado de la pericia, que es evaluada según las reglas de la sana crítica. Cuanto mayor es la particularidad del conocimiento, menor es la posibilidad de apartarse. Sin embargo, esa importancia no implica aceptación lisa y llana. El juez no homologa la pericia, la analiza, la



examina, la aprecia con las bases que contiene el art. 477 del Código Procesal (conf. Cipriano, Néstor A., "Prueba pericial en los juicios de responsabilidad médica (Finalidad de la prueba judicial)", en LL, 1995-C-623).

Cierto es que las peritaciones médicas no son imperativas para el juez, pero el magistrado debe rastrear la verdad, basado en lo que dicen los médicos. No interpreta los principios ni los criterios médicos, ni los discute bajo una óptica científica, pues ello sería muy peligroso, en estos casos el juez no ingresará en el campo de la ciencia médica para discutir lo que no sabe o no conoce, sino que ha de aplicar criterios de orden procesal o sustancial, obviamente de raigambre jurídica, que podrán conducirlo a admitir o desestimar la pretensión intentada por el paciente (conf. Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos" ed. 1992, pág. 54, CNCiv., Sala C, 22-9-94, LL 1995-C-623, etc.).

La experticia se ha de evaluar según las reglas de la sana crítica y la libre convicción de quien juzga (art. 386 CPCCN); labor intelectual que tiene que estar sustentada, desde luego, en patrones jurídicos y máximas de experiencia.

B) En las presentes actuaciones y del dictamen pericial de fs. 185/192 (Expte N° 78765/2017 sobre prueba anticipada) realizado por el Dr. Edgardo Manuel Utrera, surge después de haber examinado el estado clínico de la actora y, en particular, los puntos de pericia solicitados por las partes, una enumeración detallada de los antecedentes del caso:

a) El día 30/10/15, la Sra. K se realiza control mamario de rutina, con Mamografía (Mx) bilateral con prolongación axilar (2 placas) realizadas en Imagen Test S.A. de esta ciudad, cuyo resultado es microcalcificaciones en mama derecha (MD) de diferente tamaño y forma, las cuales se sugiere evaluar con técnicas magnificadas.

Conclusión: BI RADS 0 (o BR).





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

b) La Mx digital directa de mama derecha (MD) con prolongación axilar y técnica de magnificación, (4 placas) realizada el 11/08/16 en el Centro de Diagnóstico Dr. Enrique Rossi de esta ciudad, cuyo resultado es, en el cuadrante supero-externo microcalcificaciones de distribución segmentaria con orientación hacia el pezón son numerosas, pleomórficas y heterogéneas. Categorización: BR-4C.

c) Punción mamaria histológica de MD por SUROS bajo control esterotáxico digital de las microcalcificaciones localizadas en región centro mamaria derecha, realizándose radiografía (Rx) post-punción constatando la presencia de las mismas. Se deja clip metálico en lecho de punción (1 placas), realizada el 06/09/16 en el Centro de Diagnóstico Dr. Enrique Rossi mencionado.

d) Informe histopatológico realizado el 06/09/16 en el Centro de Patología de esta ciudad, cuyo resultado es carcinoma ductal in situ de alto grado (N3) con comedonecrosis.

e) Mx digital directa unilateral de MD con prolongación axilar (2 placas) realizada el 06/10/16 en el Centro de Diagnóstico Dr. Enrique Rossi mencionado, cuyo resultado es microcalcificaciones agrupadas heterogenias pleomórficas que fueron evaluadas por punción histológica el 06/09/16, dejándose clip metálico post punción en plano medio a 7/8 cm aproximadamente del complejo areola/pezón. Categorización: BR-6.

f) Marcación mamaria pre quirúrgica bajo guía esterotáxica digital (1 placa) de un grupo de microcalcificaciones ubicadas en cuadrante supero externo de MAMA IZQUIERDA (MI) seguido de marcación con carbón inactivo, realizada en el Centro de Diagnóstico Dr. Enrique Rossi mencionado, el 24/10/16 por la médica A G MN.136.619. Se señaló mediante marcador demográfico la proyección cutánea de la lesión en hora 5 a 2 cm del pezón y a 5 cm de profundidad.



g) Marcación mamaria prequirúrgica bajo guía esterotáxica digital (la misma que la anterior) de un clip post-punción de MAMA DERECHA con marcación con carbón inactivo, realizada en el Centro de Diagnóstico Dr. Enrique Rossi mencionado, el 24/10/16 por la misma médica A. G MN. 136.619. Se señaló mediante marcador dermatográfico la proyección cutánea de la lesión en hora 1. a 2.5 cm del pezón y a 3.5 cm de profundidad.

h) Mx digital directa unilateral de MI con prolongación axilar (2 placas) realizada el 24/10/16 en el Centro de Diagnóstico Dr. Enrique Rossi mencionado, cuyo resultado es parénquima mamario heterogéneamente denso; no se objetivan microcalcificaciones anárquicas; calcificaciones de tipo benigno; ganglio axilar de características radiológicas conservadas.

i) Ecografía mamaria izquierda, realizada en mismo lugar y fecha, cuyo resultado es distribución heterogénea del tejido glandular y adiposo, sin imágenes nodulares sólidas ni líquidas, hueco axilar izquierdo libre de adenomegalias. Categorización: BR-2.

j) Rx de pieza operatoria extirpada el 25/10/16 en el Sanatorio de la Trinidad Palermo de esta ciudad (5 placas), con horario 15,12 hs, 16,18 hs, 16,22 hs y 16,25 hs.

k) Informe histopatológico de la pieza operatoria mencionada de fecha 26/10/16, realizado en el Centro de Patología mencionado, cuyo resultado es: MD: MASTOPATIA FIBROQUISTICA NO PROLIFERATIVA. Historia clínica N° 7.766.888 del Sanatorio Trinidad Palermo mencionado (fotocopia).

l) Mx digital bilateral con prolongación axilar y Mx digital magnificada y focalizada de MD, realizada el 07/12/16 en Diagnóstico Rojas de esta ciudad (7 placas), cuyo resultado es: huellas quirúrgicas en MD. Microcalcificaciones sectorializadas sobre el plano medio superior de MD. Clip metálico en el sector señalado, que se confirma con evaluación magnificada del área. Categorización: BR-6.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

m) Marcación prequirúrgica de lesión subclínica en MD bajo control esterotáxico digital realizada el 12/12/16 en Diagnóstico Rojas, informándose: se ubicó en MD entre hora 11 y 1 plano medial desde posterior hacia anterior, amplio sector de microcalcificaciones, con clip metálico, donde se marca con carbono micronizado estéril y realiza marcación dérmica indeleble del área topográfica a intervenir. Se sugiere radiología del espécimen.

n) Informe histopatológico de la pieza de resección radioquirúrgica de fecha 14/12/16, realizado en el Centro de Patología mencionado, cuyo resultado es: MD: CARCINOMA DUCTAL IN SÍTU DE ALTO GRADO (N3) TAMAÑO 1,5 cmx 1 cm x 1 cm. PRESENCIA DE FOCO DE MICROINVASIÓN. Marca de carbón. Lecho de punción de biopsia previa. Clip metálico evidenciado en placa mamográfica. Márgenes de resección libres de lesión.

ñ) Determinación de receptores hormonales realizado el 14/12/16 en Centro de Patología mencionado, con diagnóstico de receptores estrogénicos negativo y receptores de progesterona negativo.

o) Índice de proliferación de misma fecha y Centro, con diagnóstico índice de Ki-67:5%.

p) Sobreexpresión de HER-2 del mismo Centro y fecha, con resultado negativo. SCORE 1 positivo.

q) Historia clínica N° 253.177 del Alexander Fleming Primer Instituto Privado de Oncología de esta ciudad (fotocopia).

r) Informe Anatomopatológico de ganglios linfáticos realizado en el Instituto mencionado el 26/01/17, con diagnóstico de ganglio centinela n° 1, 2 y 3 sin lesión metastásica. Se adjunta 1 placa de la marcación de los ganglios realizada el día anterior (25/01/17).

s) Centellograma óseo realizado el 14/02/17, en TCba de esta ciudad, no evidenciándose áreas de concentración anormal del radiotrazador vinculable a su patología de base.



t) Informe del tratamiento radiante tridimensional conformado de MD fechado el 02/05/17 en Mevaterapia de esta ciudad, dando cuenta del tratamiento realizado. Hasta aquí las referencias periciales en relación a la documentación original obrante en autos (fs. 1/72) en relación a atención médica dispensada a la actora.

Sentado ello, se desprende de las consideraciones médico-legales que la examinada consulta al Médico Mastólogo T R MN.41.628 (su médico tocoginecólogo) por su prepago GALENO, para Mx de control que realiza el 30/10/15 donde se informa “microcalcificaciones en MD clasificándose BR-0” (indica que con ese estudio solo, no puede emitirse clasificación de BR-1-2-3-4-5), por lo que le solicita una nueva Mx magnificada del área sospechosa, que realiza en el Centro de Diagnóstico Dr. Enrique Rossi mencionado, el 11/08/16 con diagnóstico de BR-4C (1-2 benigno, 3 sospecha, 4 alta sospecha de malignidad por lo que debe hacerse histopatología, 5 100% de sospecha de malignidad).

Como el médico T estaba de vacaciones, la médica Gamarra del Centro mencionado, le dijo que tenía que hacerse una biopsia en la zona de las microcalcificaciones agrupadas.

Detalla el peritaje que el 06/09/16 se realizó punción por SUROS bajo control esterotáxico y radiología post-punción en la MD, dejándose un clip metálico en el lecho de la punción, que se visualiza en Mx del 06/10/16 realizada en el Centro mencionado en plano medio a 7/8 cm del complejo aréola-pezones, clasificándose como BR-6 porque el diagnóstico histopatológico de la punción fue CARCINOMA DUCTAL IN SITU DE ALTO GRADO (N3) CON COMEDONECROSIS. De regreso de sus vacaciones el Dr. T decide operarla. Se realiza entonces en el Centro mencionado el 24/10/16 la marcación pre-quirúrgica con carbón inactivo de la MD en la zona que debería extirparse, y además se realiza la marcación demográfica de la proyección cutánea de la lesión que INFORMAN CON ERROR,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

ya que se refieren a la MAMA IZQUIERDA (proyección cutánea en hora 5, a 2 cm del pezón y a 5 cm de profundidad), y luego del llamado del Dr. T a la médica A G MN.136.619 del Centro mencionado, entrega el INFORME CORREGIDO MAMA DERECHA, con igual fecha FIRMADO POR LA MISMA MEDICA PERO CON OTRAS MEDIDAS (proyección cutánea en hora 3 a 2,5 cm del pezón y a 3,5 cm de profundidad). Además Mx y ecografía de MI con resultado normal.

Continúa describiendo el experto que el 25/10/16 el Dr. T la interviene en el Sanatorio Trinidad Palermo, realizándole cuadrantectomía derecha del tejido marcado, (incisión periareolar entre hora 2 a 6, tejido retroareolar hasta aponeurosis) enviando lo extirpado para realizar Mx. En la Mx de inicio a las 15:12 se ve el clip en lecho de biopsia y dado que no se visualiza lo marcado, se amplía la exéresis de tejido mamario (se extraen en total dos cuadrantes), y al no constatarse radiológicamente en varias Rx (horario 16,18 hs, 16,22 hs y 16,25 hs.) de la pieza operatoria el clip colocado, el mastólogo decide terminar la intervención (16:25 hs). La anatomía patológica es informada como MASTOPATIA NO PROLIFERATIVA FIBROQUISTICA.

Señala que ante la incertidumbre, manda a la Sra. K a realizarse otra Mx en el Centro Rojas mencionado; que el 07/12/16 se realiza Mx bilateral con técnica de magnificación y focalización en MD en Diagnóstico Rojas mencionado, cuyo resultado es en MD huellas quirúrgicas; microcalcificaciones sectorializadas sobre el plano medio superior de la mama; clip metálico en el sector señalado, que se confirma con evaluación magnificada del área, y se marca esta zona con carbono indeleble. Categorización: BR-6. MI sin alteraciones; que el 12/12/16 se realiza marcación prequirúrgica de lesión subclínica en MD bajo control esterotáxico digital en Diagnóstico Rojas mencionado, informándose: se ubicó en MD entre hora 11 y 1 plano



medial desde posterior hacia anterior, amplio sector de microcalcificaciones, con clip metálico, donde se marca con carbono micronizado estéril y realiza marcación dérmica indeleble del área topográfica a intervenir. Se sugiere radiología del espécimen.

Informa también que en el Sanatorio Trinidad Palermo mencionado, el 14/12/16 realiza segunda operación y le extrae en MD amplio sector de microcalcificaciones con clip metálico y marcación, que en el Centro de Patología mencionado, se realiza en la misma fecha el estudio histopatológico de la pieza de resección radioquirúrgica, obteniéndose como resultado CARCINOMA DUCTAL IN SITU DE ALTO GRADO (N3) TAMAÑO 1,5 cm x 1 cm x 1 cm. PRESENCIA DE FOCO DE MICROINVASION. Marca de carbón. Lecho de punción de biopsia previa. Clip metálico evidenciado en placa mamográfica. Márgenes de resección libres de lesión.

Consta que sobre la pieza extirpada se realizaron HER-2 negativo SCORE-1 positivo (estudio genético), actividad proliferativa baja (5%) índice de Ki-67, receptores estrogénicos negativo y receptores de progesterona negativo y que el Dr. T le aconseja ante el resultado obtenido, realizar una tercera operación para investigar el ganglio centinela y ver si hay invasión tumoral, estadificarlo y si es necesario quimioterapia. Como se iba de vacaciones la envía a otro médico conocido, pero la Sra. K le comenta el caso a una amiga por la desconfianza que le ocasiona las idas y venidas, y le aconseja tener otra opinión.

Es así que el 16/01/16 decide hacer una segunda consulta en el Alexander Fleming Primer Instituto Privado de Oncología mencionado, con diagnóstico de CARCINOMA DUCTAL IN SITU CON MICROINVASION.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

El 26/01/17 en el dicho Instituto, deciden realizar extracción del ganglio centinela (3 muestras) con resultado negativo y el 14/02/17 se efectúa un centellograma óseo corporal total con resultado negativo. Agrega que realiza 25 sesiones de radioterapia de 6.000 cGy en total, en Mevaterapia mencionado, desde el 21/03/17 al 03/05/17.

Dictamina el experto que la Sra. K presenta dos cicatrices, deformantes, con pérdida de tisular, que genera la deformidad de la misma, dejando en claro que toda cirugía, deja cicatriz, pero en el caso que nos convoca, existió un error, en cuanto a la marcación de la Mx derecha, de la lesión tumoral maligna, detectada en las biopsias realizadas el 06/09/16, con diagnóstico histopatológico de carcinoma intraductal de la mama, por lo que en esa misma intervención se coloca un Clip metálico, a 7/8 cm del complejo areola-pezón, a hora 11 a 1, teniendo en cuenta que el complejo areola-pezón se lo toma como la carátula de reloj, viéndolo de adelante la hora 12, es la mitad superior, además la mama se divide en 4 cuadrantes, dividido por las horas 12 a 3, de 3 a 6 de 6 a 9 y de 9 a 12.

Del informe médico surge que en la primera operación se ingresa según estudio Mx incorrecto en hora 3 a 2,5 cm del pezón y a 3,5 cm de profundidad, lo que equivocó al cirujano interviniente, que al no encontrar el clip metálico y nódulo tumoral, reseca dos cuadrantes mamarios, lo que coincide con la cicatriz retráctil vertical, que compromete un sector de la areola del pezón, esto repercute, al momento de realizar una reconstrucción mamaria, al no tener una areola completa, lo que dejara una imperfección insalvable. Cuando se vuelve a hacer un nuevo estudio Mx el 07/12/2016, atento a no haber encontrado el tejido tumoral con el clip metálico, se detecta el mismo en el plano medio superior, entre hora 11 y 1.

Por ello, tuvo que ser operada nuevamente para reseca el cuadrante superior, que coincide con la cicatriz superior horizontal.



El perito afirma que en esa nueva intervención se detecta en el estudio Patológico, la existencia de microinvasión tumoral, lo que determinó la necesidad de realizar radioterapia, de modo de poder erradicar las células tumorales que pudieron haberse diseminado por los linfáticos y tejido vecino. La manipulación llevada a cabo, en la intervención de los cuadrantes equivocados, puede haber producido, por el traumatismo tisular propio de cualquier intervención quirúrgica, la generación de neovascularización cicatrizal, movilización de células tumorales, que se encontraban en los focos de microinvasión, lo que no se puede certificar en un cien por cien, en el presente caso.

Así también, deja en claro que el tiempo que transcurrió desde la primera biopsia y la última operación, no pudo ser el determinante de la microinvasión tumoral, atento al crecimiento tumoral, que lleva aproximadamente un tiempo estimativo de entre 5 a 7 años alcanzar un diámetro de 1 cm.

La deformación que presenta la mama, es como consecuencia de la pérdida de tejido glandular-graso mamario, de dos cuadrantes, en la primera cirugía o sea de media mama y a la radioterapia adyuvante aplicada, lo que genera en parte la retracción tisular y luego de la segunda cirugía, que se reseca el tercer cuadrante, con el tumor (Carcinoma intraductal In Situ, con microinvasión).

Atento a lo anteriormente expuesto, el daño estético, que genera dicho error se relaciona con la primera intervención quirúrgica, que generó una cicatriz depresiva, atrófica y extrajo 2 cuadrantes mamarios y parte de la areola del pezón, lo que dificultara en parte la reconstrucción mamaria pretendida por la actora, cuando se deba utilizar el pezón. Este error se produjo como consecuencia de la mala marcación mamográfica (Mx) realizada en fecha 24/10/2016.

Concluye el perito que la incapacidad generada por dicha lesión de amplia pérdida tisular y cicatriz retráctil según el cuadro de valoración de daño por cicatrices efectuado en el dictamen ponderado





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

visibilidad morfología y características personales es de 8,41. Dichas secuelas son pasibles de reparación plástica (reparadora-estética), debiendo esperar al menos un año por las alteraciones que la radioterapia produce en los tejidos; luego la reconstrucción de reinjerto grasa + expansores + prótesis (para dar volumen), y posteriormente ver comparativamente con la MI como quedó, debiendo probablemente hacer alguna reducción. Llevará al menos dos intervenciones. El costo al día de hoy en forma privada es aproximadamente de u\$s7.000 (siete mil dólares estadounidenses) que incluye honorarios de equipo, y gastos sanatoriales por un día de internación. Cada prótesis mamaria cuesta aproximadamente u\$s1.100 (mil cien dólares estadounidenses).

Agrega que la examinada K, T A, presenta secuela cicatrizal retráctil, con deformación sectorial del pezón. Esta secuela le determina una incapacidad de 8%, según Tabla de valuación Baremo General para el Fuero Civil. de Altube Rinaldi, Garcia Alonso Ed., 2010 y de 8,41%, según Valoración del daño estético por citarices. La patología descrita es de carácter definitivo. Con respecto al pronóstico de las cirugías plásticas - reconstructivas, son de resultado incierto, atento a las terapias quirúrgicas a aplicar en el futuro.

El dictamen pericial fue objeto de pedidos de explicaciones e impugnaciones de la parte actora (fs. 194); de la co demandada G (fs. 196/197) de SMG (fs. 198/199); Enrique M Rossi (fs. 201/202) y del co demandado T (fs. 203/206).

Los cuestionamientos fueron respondidos por el experto a fs. 213/215, fs. 217/218 y fs. 223/224. Además, SMG (fs. 226) y G (fs. 228) pusieron de manifiesto que ciertos puntos de pericia no habían sido evacuados, lo que mereció las réplicas de fs. 232/233 y fs. 237/238, respectivamente

En su responde de fs. 213/215 el experto indica que el Informe histopatológico de la pieza de resección radioquirúrgica de fecha



14/12/16, en el Centro de Patología mencionado, cuyo resultado es: MD: CARCINOMADUCTAL IN SÍTU DE ALTO GRADO (N3) TAMAÑO 1,5 cm x 1 cm x 1 cm. PRESENCIA DE FOCO DE MICROINVASIÓN O sea, se observa microscópicamente, la penetración de células tumorales más allá de la membrana basal de los conductos galactóforos. Marca de carbón; lecho de punción de biopsia previa clip metálico evidenciado en placa mamográfica. “ lo que demuestra a las claras que las medidas indicadas en el informe del centro Rossi S.A. no eran las correctas. Lo que llevó a realizar una intervención quirúrgica del lugar equivocado que indicaba que el tumor se encontraba sobre hora uno, y el cirujano resecó dos cuadrantes llevado a encontrar el clip y el carbón inactivo donde no estaba el tumor maligno, el tumor maligno estaba marcado con clip y carbón inactivo entre las horas 11 y 1 como consecuencia de ello deja las secuelas estéticas.

A fs. 217/218 el experto expone que en la pericia oportunamente presentada en autos, señaló que el error en la marcación realizada, guió erróneamente en el acceso del cirujano en la extirpación de la lesión tumoral, teniendo en cuenta que dicha marcación con clip metálico, se hace para realizar en las placas mamográficas, las mediciones del lugar donde se encuentra el clip metálico (Tumor), que es negativo en la placas mamográficas, pues los rayos X, no lo atraviesan, lo que se ve blanco en la mamografía, esto es utilizado para guiar al especialista en imágenes a situar en el tumor dicho elemento, lo que facilita la ubicación exacta, como en este caso en particular. Esto se realiza, porque el cirujano ingresa con las medidas aportadas en el lugar preciso (hora del cuadrante de reloj, como se acompaña iconografía de ilustración en la contestación de impugnación aportada oportunamente en autos), así como la profundidad, donde se localiza el tumor, lo que posibilita que se ocasione el menor trauma posible, así como la extracción total de la





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

lesión, dejando una cirugía limpia y con las mínimas secuelas traumáticas y de evitar generar una siembra tumoral en el entorno mamario vecino.

En el caso que nos convoca, como puede apreciarse, se realizaron en dos centros distintos, estudios mamográficos con la misma marcación del único clip colocado en Enrique M. Rossi S. A. en fecha 06/09/16, obviamente en los dos centros con dos medidas distintas y seguidas de dos cirugías, la primera no logró extraer la lesión tumoral, por haber accedido el cirujano a un lugar informado erróneamente (hora 1. a 2.5 cm del pezón y a 3.5cm) y en la segunda el cirujano ingresó por el lugar indicado correctamente en la mamografía extrajo el tumor maligno, por lo que como puede apreciarse en la pericia oportunamente presentada y las iconografías aportadas con la misma, se observan dos cicatrices por dos horas distintas, una inferior (la primera) y otra superior (la segunda) y una marcada 3 distorsión en la anatomía mamaria, por haberse extraído dos cuadrantes mamarios en la primera cirugía, porque el cirujano trataba de encontrar la marcación con carbón inactivo y el clip metálico dejados en el tumor y en la segunda cirugía (Centro Rojas) una nodulectomía con márgenes libres de tumor (entre las horas 11 y 1), como puede comprenderse el abordaje quirúrgico es mucho menor y la deformación mamaria cicatrizal, mucho más marcada en la primera cirugía, cicatriz inferior y mucho menor en la cicatriz superior (ver fs. 218)

En el responde de fs. 232/233 remarca, que se extirparon erróneamente dos cuadrantes mamarios, sin lesión tumoral maligna, por la mala marcación realizada, área marcada en el Centro Enrique Rossi, ratificando las conclusiones periciales oportunamente expuestas; que las secuelas cicatrízales con pérdida de sustancia, de intervenciones quirúrgicas oncológicas. O sea, la mama derecha presenta dos cicatrices, la superior se concatena con la 2º marcación



(cirugía) (Ingreso quirúrgico), realizada en el Centro Rojas que fue de 11 a 1 horas. Y la 1° marcación (cirugía) (Ingreso quirúrgico), realizada en el Centro Rossi, que fue de hora 1 a 2,5 de pezón y a 3,5 de profundidad, que se relaciona con el sitio de ingreso quirúrgico, realizado por el Dr. T, que se encuentra hoy, entre horas 2 a 6, atento a la retracción que presenta y desplazamiento que sufre tras dicha retracción.

En el informe pericial presentado por el experto en los presentes autos principales con fecha 19-4-2021 al responder los puntos periciales del co demandado R T, expone que: Las microcalcificaciones son depósitos de minerales (no solo son de calcio), que acompañan a las lesiones de tipo neoplásicas o que se encuentran en las paredes de los vasos sanguíneos, cuando estas están agrupadas son indicativas de lesiones de tipo neoplásicas, como se visualizaban en la paciente K; que no son palpables, por ello se practican -como en este caso- con el método por excelencia como es la mamografía; que la marcación prequirúrgica, se realiza sobre la piel de la mama y se coloca una marcación de metal (arpón) en la zona de la lesión (Tumor) que se visualiza en la mamografía, para que el cirujano se guíe en la intervención quirúrgica que se realizará posteriormente; que la primera marcación pre quirúrgica se efectuó en el Centro de Diagnóstico Dr. Enrique Rossi y la profesional a cargo fue la Dra A G; que la marcación que no fue hallada por el profesional en la primera cirugía.

Añade que dada la amplia resección y el no hallazgo de las microcalcificaciones y del clip, finalizar la cirugía pensando en un eventual segundo tiempo quirúrgico, es de buena práctica, que el accionar del Dr. T en la cirugía fue correcto y que lo que fue erróneo, fue la marcación en la mamografía.

Respecto a qué es el ganglio centinela y cuándo está indicado su extracción de la cirugía axilar, respondió que se realiza extracción





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

como en el caso de la paciente K, cuando se sospecha o hay posibilidades de que haya diseminación en un tumor intraductal de mama, con mínima invasión o perforación de la membrana basal de conducto mamario ocupado por la proliferación celular maligna. En la mayoría de los casos, en la axila que se interviene, hay entre uno y cinco ganglios centinelas (son los primeros ganglios que reciben el líquido linfático que drena del tejido mamario), de los cuales todos deben extraerse. En la Sra. K fueron todos libres de encontrarse células malignas provenientes del tumor mamario (negativos).

Remarca que es de buen actuar médico esperar resultado del patólogo (material extraído) antes de solicitar una nueva intervención quirúrgica del ganglio centinela.

Reitera que el informe inicial menciona mama izquierda (Proyección cutánea en hora 5 a 2 cm del pezón y a 5 cm de profundidad), luego lo corrige como mama derecha, pero con otras medidas (hora 3 a 2,5 cm del pezón y a 3,5 cm de profundidad) el error indujo al cirujano a resear dos cuadrantes y hasta la fascia, pues el tumor se encontraba entre las horas 11 y 1, o sea le fue imposible researlo por la mala marcación realizada.

En cuanto a los puntos propuestos por el Sanatorio de la Trinidad de Palermo, indicó que el motivo de internación fue para realizar una nodulectomía de mama, por un Carcinoma Ductal In Situ de Alto grado; que no consta en la Historia Clínica, ninguna falta ni consta complicación alguna en la cirugía consignando que la marcación no fue realizada por el Dr. T, ni por profesional del Sanatorio.

Cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja aceptar el dictamen, pues el perito actúa como auxiliar de la justicia y contribuye con su saber, ciencia y conciencia a esclarecer aquellos puntos que requieren conocimientos especiales.



Con estos elementos concretos, el juzgador forma un tipo de comparación abstracto y circunstancial como específico, que sea representativo -axiológicamente- de la conducta que debió observar el sujeto en la emergencia. Y de la confrontación del actuar debido -idealmente supuesto- y el actuar real, obtiene la conclusión buscada (confr. Bustamante Alsina J., “Teoría General de la responsabilidad civil”, N° 812, pág. 250 y 251)

El sentenciante debe colocarse ex ante y no ex post facto: lo que debe tomarse en consideración no es un paciente dañado, tratando de reconstruir para atrás el iter de su evolución en forma inversa al acaecimiento de los hechos, sino que quien pretende formarse un juicio debe colocarse en el día y hora en que los profesionales debieron tomar una decisión, ver cuál era entonces el cuadro del enfermo, cuales eran los elementos con que contaban o podían contar los galenos; así, y salvo casos groseros, lo que se debe juzgar es si la acción que realizaron y la decisión que tomaron, estaba dentro de los cánones adecuados a lo que vieron, pudieron, o debieron percibir en ese momento (Conf CNCiv esta Sala 9/11/2010, Expte. N° 97931/2005 “Saint Pierre Cristina Ángela c/ Instituto Callao y otros s/ daños y perjuicios” ; ídem 4/12/2008 Expte N° 10955/2012 “Starita Virna Gabriela c/ Mujica Jorge Oscar s/ Daños y Perjuicios; Idem id 8/8/2019 Expte N° 15375/2014 “Giménez Pablo Norberto y otro c/ OSMATA y otros s/ daños y perjuicios”).

La culpa profesional no se evalúa por el resultado insatisfactorio, sino por la inadecuación de los medios empleados o la técnica aplicada. Conocido es que la culpa médica se percibe como consecuencia de la comparación habida entre la conducta seguida y la conducta debida, devenida de un profesional de similares habilidades, sin perjuicio de la necesaria flexibilización que debe darse a ese parámetro (Alterini A.A., López Cabana R. y Ameal O, “Curso de Obligaciones”, Ed.Abeledo Perrot, Bs.As. 1975, T.1 n°1845, pag.45;





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

Orgaz, A. “La culpa -actos ilícitos-“Ed. Lerner, Bs.As. 1970, p.135,
Bueres, A. “Responsabilidad Civil de los Médicos”, pags.214 y sgts).

Sentado ello, y a la luz de las constancias periciales referidas no advierto en el caso, que el razonamiento que llevó al distinguido sentenciante de grado, a admitir la demanda haya sido errado o arbitrario. Así las cosas, valoro los elementos probatorios acompañados en virtud del principio de la sana crítica, y el dictamen del experto que corrobora las secuelas incapacitantes señaladas, comprometiendo la responsabilidad de los accionados en el proceso.

Entiendo, coincidiendo con los fundamentos del decisorio de grado, que ha quedado debidamente establecida en autos la responsabilidad de la médica informante A A G y de Enrique Martín Rossi SA, como del profesional aquí demandado Dr. T, éste último en cuanto no extremó los medios necesarios que un obrar prudente y diligente exigía en ocasión de la cirugía efectuada a la actora. Máxime cuando la marcación pre-quirúrgica en la zona que debería extirparse, fue informada por las co demandadas con un evidente error, ello a tenor de la prueba documental ofrecida como del peritaje médico efectuado y los propios dichos del galeno demandado, cuando enfatiza en su queja que la marcación resulta esencial para guiar al cirujano a la intervención quirúrgica a realizar.

Corresponde subrayar que el informe de marcación mamaria prequirúrgico, se refería erradamente a la mama izquierda (proyección cutánea en hora 5, a 2 cm del pezón y a 5 cm de profundidad) y luego del llamado del co demandado T, a la médica informante A G, el centro de estudios Enrique Rossi entrega uno corregido de igual fecha. Si bien rectificaba que se trataba de la mama derecha, asentaba medidas diferentes a las del primero (proyección cutánea en hora 3 a 2,5 cm del pezón y a 3,5 cm de profundidad). Este último extremo, sin lugar a dudas, ante la evidente confusión existente, debió advertir y/o alertar al aquí codemandado de la



insuficiencia o vicio del estudio médico realizado, resultando imperioso -dada la relevancia de la intervención que debía realizar- indicar un nuevo estudio a fin de obtener una marcación precisa indubitable, antes de emprender negligentemente el acto quirúrgico.

Sabido es que el profesional debe ejecutar las tareas para las que fue contratado conforme a las reglas del arte o ciencia de que se trate, requiriéndose que preste la mayor diligencia en ello, a los fines de intentar lograr el resultado esperado o tenido en mira por la otra parte contratante.

El deber de previsión de las consecuencias dañosas adquieren especial relevancia cuando se trata de la responsabilidad de los profesionales médicos, la culpa que se presenta tanto por la negligencia o impericia como cuando se omite cierta actividad que habría evitado o contribuido a evitar el resultado dañoso (CNCiv.Sala "A" L.164.008 del 7/3/97, voto del Dr. Molteni ; ídem esta Sala 26/8/2922 Exp.Nº90465/2017 "M, A E y otro c. CJ L y otros s/ daños y perjuicios")

La conducta desplegada denota la omisión de llevar a cabo las diligencias apropiadas que el caso exigía, privando a la paciente de la atención médica adecuada a su dolencia y a la que podía aspirar según las reglas del arte indicaba (CNCiv esta Sala 8/672021 Expte Nº 30932/2013 "Rodríguez Mario Adrián c/ Instituto de Maternidad y Cirugía S.A. y otros s/ daños y Perjuicios"), lo que evidentemente en los presentes no se hizo.

La "lex artis ad hoc", alude al conjunto de saberes y procederes que reflejan el estado actual de la ciencia médica y que se encontraban disponibles en el momento de los hechos" (CNCiv, Sala K, "F., K. E. y otro c. Clínica Cruz Celeste S.A. y otros s/ daños y perjuicios. Resp. prof. médicos y aux. Ordinario", 21/10/2014, información legal, cita: AR/JUR/79531/2014)





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

En síntesis, a mi juicio quedó demostrado que existió negligencia por parte de la profesional actuante en tanto privó a la actora -con su informe erróneo- de la debida atención médica, evitando una intervención quirúrgica invasiva innecesaria al hurgar sobre una zona no afectada por la patología indicada.

A la misma conclusión cabe arribar respecto del actuar del médico cirujano, pues ante la duda que generaba el informe debió requerir un nuevo estudio que despeje cualquier duda o error. La rectificación posterior, resulta evidente que no bastaba para ello, menos aún considerando que se debía efectuar un acto médico invasivo de alta precisión y complejidad sobre la paciente, con los consecuentes riesgos que implica, que no daba oportunidad de ser subsanado posteriormente sin daños alguno.

Ello, claramente, hubiera prevenido y/o atenuado algunas de las secuelas que la actora padece a la fecha.

En materia médica existen dos clases de errores diferentes: a) Error excusable: es aquel en el que incurre el médico sin que de su parte medie actitud culpable alguna; b) Error inexcusable: es aquel en el que incurre el profesional en su actuación, que podría haberse evitado si el médico hubiera actuado diligentemente y no culpablemente como lo ha hecho. Esta distinción entre la excusación o no del error, tiene su fundamento en la propia naturaleza de la obligación médica, que resulta ser en esencia una obligación de medios. Dentro de este análisis cabe incorporar al diagnóstico médico, ya que su emisión no puede ser considerada como una obligación de resultado asumida por el profesional: éste se compromete a emitirlo empleando toda su pericia y el apego a la *lex artis* para conseguirlo. Pero, no se puede soslayar que la inexactitud de la medicina provoca que muchas veces se arribe a un diagnóstico equivocado; no obstante, cuando ello ocurre, se debe analizar previamente si ha existido culpabilidad o no del médico al momento de su emisión: si no la



hubo, no habrá responsabilidad, y si aquella existió, el profesional deberá responder por ello (Conf. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, "La responsabilidad civil del profesional liberal", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 389; CNCiv, esta Sala, 18/6/2021, expte 49371/15, "Obarrio Idoyaga Molina, Alberto Enrique Jeronimo c/ Swiss Medical SA. y otro s/ daños y perjuicios - resp. prof. medicos y aux.", del voto del Dr. Caia)

En el caso, tal como surge de las pruebas examinadas precedentemente, no existe duda alguna de la existencia de culpa de ambos profesionales actuantes.

No debe olvidarse que el deber de previsión será muchas veces más riguroso para el médico que para otras personas, al estar de por medio la vida, la salud y la integridad psicofísica del individuo. El facultativo, en razón del ejercicio de su profesión, tendrá que actuar con un celo que no es de exigir a otras personas que no gozan de esa calidad profesional (Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, Depalma, pág. 212)

En virtud de las consideraciones efectuadas a lo largo del presente voto, entiendo que el fallo apelado ha brindado cabal y concreta razón de su juicio conclusivo, sobre la responsabilidad médica y marco legal aplicable a las codemandadas sin que existan en la causa, ni elementos fácticos ni razones científicas que brinden una conclusión diferente ni superadora. No se ha contado en el caso con ningún elemento objetivo que permita arribar a una conclusión diversa, por lo que propondré al acuerdo rechazar los agravios vertidos confirmando el decisorio en lo que concierne a la responsabilidad juzgada.

VII. Rubros Indemnizatorios

A) Incapacidad sobreviniente física y psíquica

La protección a la integridad de las personas y el derecho a la reparación integral se encuentra respaldada en tratados internacionales





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

que integran el sistema constitucional en función del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, entre las cuales podemos citar al art. 21 p. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al expresar que ninguna persona puede ser privada de sus bienes excepto mediante el pago de indemnización justa. Asimismo, el art. 5 del mismo cuerpo normativo, de jerarquía constitucional, ampara el derecho a la integridad personal al expresar que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad, física, psíquica y moral (Bidart Campos, “Manual de la Constitución Reformada” tº II, pág. 110, Ed. Ediar) En este contexto convencional, el derecho al resarcimiento y a la reparación del daño también se encuentra incluido entre los derechos implícitos (art. 33 CN) especialmente si se tiene en cuenta que otras normas como el art. 17 y el 41 CN refieren casos específicos.

Estos principios fueron receptados en el nuevo ordenamiento sobre la base de la doctrina y jurisprudencia ya elaboradas y teniendo en mira, precisamente, la incorporación de las normas de rango constitucional y convencional.

Así, el art. 1737 da una definición genérica y abarcativa del concepto de daño: hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

En particular, el art. 1738 determina que la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida



Específicamente en relación con el principio de resarcimiento integral, el art. 1740 Cod. Civ. y Com. establece que la reparación del daño debe ser plena, restituyendo la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.

En concreto, el art. 1746 del nuevo texto legal establece pautas para la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica, total o parcial, admitiendo la presunción de la existencia de los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resulten razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad.

La incapacidad sobreviniente está representada por las secuelas o disminución física o psíquica que queda luego de completado el período de recuperación o restablecimiento; produciéndose entonces para la misma un quebranto patrimonial indirecto, derivado de las limitaciones que presenta al reanudar sus actividades habituales y al establecerse su imposibilidad -total o parcial- de asumirlas y cumplirlas adecuadamente. La incapacidad económica -o laborativa- sobreviniente se refiere a una merma de aptitudes que sufre el individuo para obtener lucros futuros, sea en las tareas que habitualmente suele desempeñar o en otras, es decir, una chance frustrada de percepción de ganancias..." (Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J.; "Tratado de la responsabilidad civil", La Ley, Bs. As., 2006, vol. "Cuantificación del Daño", p. 231 y ss.).

Tal el criterio de nuestra Corte Suprema, que ha sostenido que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, además de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (C.S.J.N. Fallos: 308:1109; 312:2412; 315:2834; 318:1715; Ídem., 08/04/2008, “Arostegui Pablo Martín c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía”,

En relación al daño psíquico no constituye un daño autónomo, sino un aspecto a considerar dentro del rubro incapacidad sobreviniente, pues configura una disminución de aptitudes con repercusión en el patrimonio y la vida de relación del damnificado (Conf. CNCiv. esta sala, 17/11/09 expte. N° 95.419/05, “Abeigón, Carlos Alberto c/ Amarilla, Jorge Osvaldo y otros s/ daños y perjuicios”; Id. id., 21/9/2010 Expte. N° 23679/2006 “Orellana, Pablo Eduardo Alfredo y otro c/ Vargas Galarraga, Jorge Eduardo y otros s/ daños y perjuicios”; Id id. 19/4/2021 Expte N° 52884/2014, “Sassi, Noel Humberto c/ Club Atlético River Plate y otros s/ Daños y Perjuicios”; Íd id, 25/10/2021 Expte N° 14701/2016 “Latorre Yapo Erik Ernesto c/ Mosconi Elisabet Josefina s/ daños y perjuicios”, entre otros).

La incapacidad indemnizable es tributaria de la cronicidad, en tanto que el sufrimiento psíquico normal (no incapacitante), que no ha ocasionado un desmedro de las aptitudes mentales previas, si es detectado e informado por el perito, es uno de los elementos que el juez podrá incluir en el ámbito del daño moral (Conf. CNCiv. esta sala, 30/3/2010, “Bisquert, Edgardo Matías c/C&A Argentina SCS y otro s/daños y perjuicios”; Ídem 11/2/2010, Expte. N° 89.021/2003, “Procopio, Fernando Antonio y otro c/ Piñero, Ernesto Emir y otros s/ daños y perjuicios”; Ídem Id, 20/5/2010, Expte 28.891/2001, “Techera Héctor Daniel c/Olivares Claudio Guillermo y otro s/ daños y perjuicios”; Id.id. 19/4/2021, Expte N° 58884/2014, “Sassi, Noel Humberto c/ Club Atlético River Plate y otros s/ Daños y Perjuicios”; Id id. 3/5/2021 Expte N° 89109/2013, “Cardozo Hilda Nélica c/ Ferrovías S.A.C. s/ Daños y Perjuicios”)

Fecha de firma: 14/09/2022

Firmado por: MARIANO CARLOS GIGLI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: BEATRIZ ALICIA VERON, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GABRIELA MARIEL SCOLARICI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MAXIMILIANO LUIS CAIA, JUEZ DE CAMARA



#33014188#341222034#20220913101325097

Cabe recordar que Nuestro Máximo Tribunal ha señalado que, aunque los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos constituyen un elemento importante a considerar, no conforman una pauta estricta que el juzgador deba seguir inevitablemente, ya que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las demás consecuencias que afectan a la víctima. (C.S.J.N., Fallos: 310:1826, Ídem., 11/06/2003, “Cebollero, Antonio Rafael y otros c/ Córdoba, Provincia de”, Fallos: 326:1910)

Es decir que, para establecer el quantum de la indemnización por incapacidad sobreviniente, debe considerarse la incidencia del hecho dañoso, cualquiera sea su naturaleza, en relación con todos los aspectos de la personalidad de la víctima, tanto en lo laboral como en lo social, en lo psíquico como en lo físico.

A los fines de establecer el monto que debe resarcirse por este concepto, deben tenerse en cuenta las condiciones personales de la víctima, así como las familiares y socio-económicas, sin que el grado de incapacidad comprobado científicamente por el perito médico traduzca, matemáticamente, una cierta cuantía indemnizatoria. Sólo constituye un parámetro de aproximación económica que debe ser conjugado con las múltiples circunstancias vitales que contribuyen a definir razonablemente el monto de la reparación (Conf. esta Sala, Expte. N° 76.151/94 “Taboada, Carlos David c/ Lizarraga, Luis Martín s/ daños y perjuicios” del 10/12/09; Ídem, 27/8/2010 Expte 34.290/2006 “Fridman, Hernando c/ Escalada, Héctor Daniel y otro s/ daños y perjuicios”; Ídem Id, 9/9/2010 Expte 24068/2006 “Agüero, Fernán Gonzalo y otro c/ Arriola, Fernando Luis y otros s/ daños y perjuicios”; Id Id, 1/3/2021 Expte N° 14845/15 “Albornoz Hernán Carlos c/ Transportes Lope de Vega SA s/ Daños y Perjuicios”; Id Id, 20/4/2021 “Ale Pezo Aurelia Concepción/ Sosa Pablo y otros s/ daños y Perjuicios”; entre otros).





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

Por ende, lo que realmente resulta de vital importancia es el modo en que las secuelas afectan a la víctima para desarrollar los diversos actos de la vida cotidiana, considerando tanto la faz laboral como la vida de relación del individuo, ya que la “indemnización en sede civil tiende a la integralidad” (SCJM. 9/8/2010, “Leiva Rubén Darío en J° 81.963/31.663 Leiva Rubén D. C/ Monte-Negro Martínez Miguel Ángel P/ D. y P. S/ INC.”).

Efectuadas tales consideraciones no es ocioso recordar que la reparación integral no se logra si el resarcimiento que se admite como modo de reparar los daños ocasionados se concreta en valores económicos insignificantes en relación con la entidad del daño que pretende resarcirse (conf. CSJN, Fallos: 314:729, considerando 4°; 316:1949, considerando 4°, y 340:1038; entre otros).

En esa línea de razonamiento, la Corte Suprema en el marco de una demanda laboral por daños deducida con sustento en las normas del Código Civil ha enfatizado que “resulta inconcebible que una indemnización civil que debe ser integral, ni siquiera alcance a las prestaciones mínimas que el sistema especial de reparación de los accidentes laborales asegura a todo trabajador con independencia de su nivel de ingreso salarial” (conf. Fallos: 340:1038 “Ontiveros”), así como también ha admitido que, más allá de que -como norma- no quepa en supuestos como los examinados recurrir a criterios matemáticos ni aplicar las fórmulas utilizadas por la ley de accidentes de trabajo, estos últimos pueden constituir una pauta genérica de referencia que no debe ser desatendida por quienes tienen a su cargo la tarea de cuantificar los daños (conf. arg. CSJN, Fallos: 327:2722 y 331:570).

La consideración de criterios objetivos para determinar la suma indemnizatoria en cada caso no importa desconocer la facultad propia de los magistrados de adecuar el monto de la reparación a las circunstancias y condiciones personales del damnificado habida



cuenta el margen de valoración de que aquellos gozan en la materia (artículo 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), sino recurrir a pautas meramente orientadoras que permitan arribar a una solución que concilie de la mejor manera posible los intereses en juego y evite –o cuando menos minimice- valoraciones sumamente dispares respecto de un mismo daño sin motivos razonables y/o de entidad que lo justifiquen. Ello máxime cuando, como en el caso, la ponderación cuestionada por insuficiente atañe al daño material. En función de las consideraciones señaladas, ponderadas a la luz del prisma del derecho a una reparación integral, el cimerio Tribunal entiende que resulta ineludible que, al tiempo de determinar el monto indemnizatorio por incapacidad sobreviniente y valor vida, los magistrados intervinientes tengan en cuenta como pauta orientadora las sumas indemnizatorias que establece el régimen de reparación de riesgos del trabajo para esos mismos rubros, lo que coadyuvará a arribar a una decisión que -más allá de las particularidades propias de cada régimen indemnizatorio- no desatienda la necesaria armonía que debe regir en el ordenamiento jurídico cuando no se evidencian razones de entidad para un proceder diferente. Ello, pues no resulta razonable que -como se advierte en el caso- a un trabajador en relación de dependencia se le otorgue protección mayor que a cualquier otro habitante cuando lo que se intenta resarcir de manera integral es el mismo concepto. Esta diferenciación, sin otro fundamento más que la condición señalada, conduce a vulnerar el derecho de igualdad ante la ley previsto por el artículo 16 de la Constitución Nacional. (conf. CSJN. “Grippe, Guillermo Oscar; Claudia P. Acuña y otros c/ Campos, Enrique Oscar y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte”, del 2/9/2021 (Conf. CNCiv esta Sala, 24/9/2021, Exp. N° 23.710/2010, “Casanovas, César Ignacio y otro c/ Bravo, Mercedes Carmen y otros s/ Daños y perjuicios” ; Ídem, 19/10/2021, Expte N° 95.490/2017 “Tula, Germán Andrés y





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

otro c/ Gorordo, Jorge Sebastián y otro s/ daños y perjuicios”; Ídem id, 25/10/2021, Expte N° 14701/2016 “Latorre Yapo Erik Ernesto c/ Mosconi Elisabet Josefina s/ daños y perjuicios”; Id id, 28/12/2021 Expte. Nro. 45597/2014 “Montone Miguel Ángel y otro c/ Monte Grande SA Empresa SA/ daños y perjuicios”; Id id, 7/3/2022 Expte N° 48.338/2017 “Bascuñan, Marcelo Ezequiel c/ Juvemax Viajes S.R.L. y otros s/ Daños y Perjuicios”; ídem id 29/3/2022 Expte N° 54875/2018 “Pisani Babara c/ Soto Falcón Gustavo Alejandro y otros s/ daños y Perjuicios”; ídem id 3/5/2022 “M. L., A. c/ R. P., M. I. y otro s/ Daños y perjuicios” Expte. N°71.194/2017, y su acumulado “V. G., M. D. c/ R. P., M. I. y otro s/ Daños y perjuicios” Expte. N°71.198/2017; entre otros)

Sentado ello cabe señalar que en el examen pericial ut supra analizado el experto informó la existencia de una secuela cicatrizal retráctil, con deformación sectorial del pezón. Esta secuela le determina una incapacidad de 8%, según Tabla de valuación Baremo General para el Fuero Civil. de Altube Rinaldi, Garcia Alonso Ed., 2010 y de 8,41%, según Valoración del daño estético por citarices. La patología descrita es de carácter definitivo.

Señaló que el daño estético, se relaciona con la primera intervención quirúrgica, que generó una cicatriz depresiva, atrófica y extrajo 2 cuadrantes mamarios y parte de la areola del pezón.

Por otro lado y desde el punto de vista psíquico el dictamen presentado con fecha del 25-8-2020, efectuado por la Perito Psicóloga designada Saveria Conforti, indica que la peritada desde su discurso y de las técnicas aplicadas no se hallan indicios de trastornos neurológicos, podemos inferir un pensamiento rígido, defensivo, con lo que evita ponerse en contacto con los afectos aunque esa defensa deja de ser efectiva cuando se conecta con los hechos de autos, lo cual muestra un estado de stress seguido de angustia. Tiende a percibir la realidad adecuadamente, socialmente trata de actuar “como si” no



presentara alteraciones graves de pensamiento, ni tampoco indicadores de deterioro psíquico, prevalece lo racionalante lo emocional. Presenta sentimientos de tristeza que lo podríamos relacionar con un estado depresivo constante.

Los hechos de autos provocaron en la actora trastornos de sueño, un cambio en su actividad laboral, social y familiar. Desde las técnicas podemos inferir el estado de stress postraumático que ejerce sobre sí, el cambio de hábitos. De acuerdo a los Baremos de Altube Rinaldi, y teniendo en cuenta la entrevista y técnicas aplicadas se sugiere: Trastorno de Estrés Postraumático Crónico Moderado con una incapacidad entre el 15 y un 30%.

El dictamen fue objeto de pedido de explicaciones de parte de la actora con fecha 26/8/2020, en tanto las accionadas impugnaron el informe; Galeno Argentina SA y SMG Compañía Argentina de Seguros S.A. el 2/9/2020 y R L T el 31/8/2020 luciendo con fecha 22/9/2020 el responde de la experta, que aclara que dentro de la banda indicada, se ubica en el umbral del 15% de incapacidad.

La mencionada respuesta motivó que nuevamente Galeno Argentina SA el 4/10/2020 y SMG Compañía Argentina de Seguros SA el 5/10/2020 dedujeron sendas impugnaciones, lo que mereció las réplicas del 23/11/2020 y 16/6/2021, señalando la experta que clasifica la incapacidad como parcial no definitiva, dado que con el tratamiento psicológico adecuado se puede revertir.

En orden a la presentación de fecha 18/6/2021de la parte actora quien solicita, que se le corra nueva vista a la perito a fin de que determine si la incapacidad psíquica de la actora, después de casi 5 años, se encuentra consolidada jurídicamente, el tribunal dispuso requerir a la experta que informe si la incapacidad atribuida a la parte actora reviste el carácter de permanente y que en su caso justifique su respuesta.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

La experta reitera, que clasifica la incapacidad como parcial y transitoria no definitiva que con el tratamiento adecuado se puede revertir.

Coincidentemente con tal postura, ha sido criterio reiterado de este Tribunal, con diferentes composiciones, que toda ineptitud transitoria o mera lesión física o psíquica sin secuelas permanentes, no puede ser objeto de resarcimiento, en sí misma considerada, sino en sus efectos. Estos pueden recaer en la esfera afectiva de la víctima y, así, incidirán en la cuantía del daño moral, o en la órbita patrimonial, como, por ejemplo, si ella ha debido o deberá efectuar gastos médicos, de tratamiento, de farmacia, o lucro cesante, etc (Ver, entre otros, “Malvetti, María c/ Microómnibus Norte S.A. Linea 60 Int. 199 y otro s/ daños y perjuicios”. Sentencia Definitiva - CNCiv - Sala E - Nro. De Recurso: E231845 - Fecha: 16-12-1997. El Dial, CNCiv: 10680, ídem, esta sala, 3/11/2011, Expte. N° 109.397/04, “Ramírez, José Luis c/ Peralta, Hugo Oscar y otros s/ daños y perjuicios”; ídem id, 31/5/2017, Expte N° 67808/2009 “Vargas Mario Osvaldo c/ Empresa Transportes Unidos de Merlo S.A.C.I. y otros s/ Daños y Perjuicios”; Id id, 22/7/2021, Expte N° 51041/2016 “Tangari, Ricardo Miguel c/ Martino, Alejandro y otro s/ Daños y Perjuicios”; entre otros).

Por otro lado, todo aquello que no sea estrictamente incapacitante no tiene por qué quedar afuera de la indemnización. Será indemnizado, pero no como daño psíquico sino como daño moral, indemnización sujeta a las reglas de la sana crítica y la razonable prudencia (Conf. Risso, Ricardo Ernesto, “Daño Psíquico - Delimitación y diagnóstico. Fundamento teórico y clínico del dictamen pericial”, E. D. 188-985; conf. CNCiv, esta Sala, Expte. N° 89.021/2003, “Procopio, Fernando Antonio y otro c/ Piñero, Ernesto Emir y otros s/ daños y perjuicios” del 11/02/2010; Ídem , 23/8/2019, Expte N° 79957/2014 “Durand Héctor Rubén c/ Pérez José Daniel y



otros s/ Daños y Perjuicios” ; ídem id, 16/10/2020, Expte N° 15465/2008 “Suarez Sara Alicia c/ Consultores Asociados Ecotrans SA y otro s/ daños y Perjuicios”; Id.id 19/11/2020, Expte N° 83425/2016, “Guchea, Enrique Facundo c /Consultores Asociados Ecotrans S.A. y otros s/daños y perjuicios”).

A la luz de las conclusiones descriptas, si bien tendré por acreditada la incapacidad física de carácter parcial y permanente, teniendo en cuenta la enfermedad padecida por la actora, el porcentaje global atribuido por el experto, no permite establecer en qué proporción es atribuible a las secuelas dañosas de la primera intervención quirúrgica que encuentra directa relación causal con la responsabilidad atribuida en la presente litis, por lo que propiciaré fijar dicha incapacidad en el 50% de la fijada pericialmente.

Acreditada entonces la incapacidad física parcial y permanente con características de daño cierto y perdurable, afortunadamente sin secuelas de orden psíquico consolidadas, ponderando la entidad del daño padecido en relación causal con la responsabilidad juzgada, la edad a la fecha del hecho, (54 años) separada, dos hijos mayores de edad, es que propongo al Acuerdo fijar la suma de pesos trescientos veinte mil (\$320.000) por el presente ítem resarcitorio (art 165 del CPCC)

B) Tratamiento Psicológico

Cuando el perito determina que el trastorno mental que presenta su examinada amerita un tratamiento por especialistas, indicándolo al juez, el damnificado puede percibir ese monto, como un rubro más del resarcimiento, incluso en el caso de que decida no hacer ningún tratamiento, y cargar con el peso de su malestar.

Por ende, habiéndose establecido que resulta conveniente o necesario para la restitución de la salud psíquica del actor, debe ser resarcido.-

Así ha sostenido la Corte Suprema, en el mismo sentido, que el tratamiento psicológico aconsejado es un gasto que debe ser





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

indemnizado, por cuanto supone erogaciones futuras que constituyen un daño cierto indemnizable (art. 1.067 del Código Civil) (C.S.J.N., 28/05/2002, “Vergnano de Rodríguez, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otro”, Fallos 325:1277).-

La frecuencia y duración determinadas por el perito siempre serán estimativas, y tendrán el sentido de una orientación para el juez. Está claro que nadie puede predecir con certeza cuándo se curará una persona, o cuándo la mejoría que ha obtenido ya es suficiente.

Lo científico llega hasta el momento de establecer que, por la patología que el perito ha detectado, la persona necesita o puede beneficiarse con un tratamiento. A partir de ese momento, se pone en juego un criterio de apreciación, tanto para la distribución de los porcentajes, como para la duración y costos de tratamiento. No es una mera conjetura, porque hay elementos clínicos que la convalidan, pero tampoco es una opinión científicamente demostrable (Conf. Risso, Ricardo E. “Daño Psíquico - Delimitación y diagnóstico. Fundamento teórico y clínico del dictamen pericial”, E. D. 188-985) Por ello, es imprescindible recurrir a la prudente estimación del juez para cuantificar este rubro, tomando en consideración todos los aspectos de la cuestión, entiendo que se configura en el caso el supuesto clásico previsto en el art. 165 tercer párrafo del Código Procesal, al disponer que la sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto.

En el caso la experta recomienda la realización de un tratamiento durante 24 meses con una frecuencia de tres veces por semana, por lo que estimando ajustada y razonable la suma resarcitorio fijada en la instancia de grado propongo al Acuerdo, su confirmación (art 165 del CPC)

C) Cirugía reparadora



Conforme dictaminara el experto la incapacidad generada por la lesión de amplia pérdida tisular y cicatriz retráctil son secuelas pasibles de reparación plástica (reparadora-estética), debiendo esperar al menos un año por las alteraciones que la radioterapia produce en los tejidos; luego la reconstrucción de reinjerto grasa + expansores + prótesis (para dar volumen), y posteriormente ver comparativamente con la MI como quedó, debiendo probablemente hacer alguna reducción. Llevará al menos dos intervenciones. Informando su costo en forma privada de aproximadamente de u\$s7.000 (siete mil dólares estadounidenses) que incluye honorarios de equipo, y gastos sanatoriales por un día de internación asimismo indica el costo de la prótesis mamaria aproximadamente u\$s1.100 (mil cien dólares estadounidenses).

En este sentido se ha dicho que toda vez que, acorde con la índole de la lesión, sea previsible la necesidad de realizar o proseguir algún tratamiento curativo o gastos que permitan afrontar las necesidades psicofísicas, residiendo lo fundamental en demostrar que el tratamiento es necesario para mitigar la incapacidad o evitar su agravación (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de Daños, Vol II —A Bs. As. 1.99, ps.159/160).-

Sostuvo también nuestro Máximo Tribunal, que "frente a la certeza de los gastos que el demandante deberá afrontar en los términos que surgen de los peritajes aludidos (art. 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), corresponde que éstos sean resarcidos por el responsable según lo que dispone el art. 1086 del Código Civil, para cuya determinación cabe atenerse a las estimaciones realizadas en los mencionados dictámenes". (C. S. J. N., in re "Pérez, Fredy Fernando c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", Fallos 318:1598)

Es criterio reiterado de este Tribunal que el resarcimiento de los daños y perjuicios originados por un acto lesivo como el de autos





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

tiene una función compensadora o de equilibrio, es decir que tiende a colocar al patrimonio de la víctima en idéntica situación a la que tenía con anterioridad a la existencia del hecho censurable (Conf CNCiv esta Sala 11/9/2017 Expte N° 6078/2013 “García Heresvita Lucia c/ Milito Patricia Mónica y otros s/ Daños y Perjuicios”)

En virtud de ello y teniendo en consideración la existencia de concausa, el porcentaje de incapacidad física asignado, no surgiendo de la prueba producida en autos la causa determinante de la nueva cirugía -reparadora- recomendada, teniendo en cuenta la patología que presentaba la actora y por la que fue intervenida quirúrgicamente dos veces más luego de la fallida intervención por la que se atribuyó responsabilidad a los demandados, propongo al Acuerdo otorgar el 50 % del monto estimado por el experto, fijando este rubro en U\$S 4050 (dólares estadounidenses cuatro mil cincuenta) la suma resarcitoria por la presente partida indemnizatoria (art 165 del CPCC)

D) Gastos Médicos de farmacia y traslados

La sentencia de grado fijó la suma de \$ 10.000 por el presente ítem resarcitorio que motivó el agravio de las accionadas.

Reiteradamente se ha pronunciado este Tribunal en el sentido de que para que proceda la reparación de este tipo de daños no es necesaria la existencia de prueba fehaciente, sino que en atención a la entidad de las lesiones se puede presumir su extensión, mas ante la falta de prueba acabada, la estimación debe hacerse con suma cautela, sin olvidarnos igualmente que ninguna obra social ni institución pública cubre por completo estos gastos. (Conf. CNCiv, esta Sala 20/4/2021 Expte N° 15470/2016 “Ale Pezo Aurelia Concepción c/ Sosa, Pablo y otros s/ daños y perjuicios”)

En relación a ello también se expidió nuestro Máximo Tribunal, “Atento a la necesidad de salvaguardar el principio de la reparación integral del daño causado, debe integrar el resarcimiento, aunque no hayan sido materia de prueba, los gastos médicos y de farmacia que



guarden razonable proporción con la naturaleza de las lesiones sufrida por el actor” (C.S.J.N. Fallos 288:139).

Sin perjuicio de ello, la presunción es susceptible de rebatirse por prueba en contrario, la que deberá producir quien alega la improcedencia del reclamo (si el recurrente es el demandado) o pretende una suma superior a la fijada por el sentenciante en uso de las facultades que le otorga el art.165 del Cód. Procesal, cuando se trata del accionante (Conf. C. N. Civ. esta Sala, 21/8/2020 Expte N° 75.122/2014 “Alustiza, Eduardo Luis c/ Marquez, Guillermo Nicolás s/ daños y perjuicios”; Ídem, 14/9/2020, Expte N° 48.250/201 “Garanton, Alberto Daniel c/ González, Jorge Alberto y otros s/ daños y perjuicios”; ídem id, 14/12/2021, Expte N° 59625/2017 "Díaz, Sergio German c/Malet, Eduardo Ariel y otros s/daños y perjuicios” entre otros muchos).

En virtud de ello, ponderando los gastos en que pudo haber incurrido la pretensora a raíz de las intervenciones efectuadas en medicamentos, y la necesidad de traslado según es habitual y ordinario, es que propongo al Acuerdo confirmar la suma fijada en la instancia de grado (art 165 CPCC)

E) Consecuencias no Patrimoniales

Respecto a las quejas vertidas en torno a la cuantía del “daño moral”, actualmente denominado consecuencias no patrimoniales -contempladas en el art. 1741 del Código Civil y Comercial- las que se producen cuando existe una consecuencia lesiva de naturaleza espiritual, puede ser tomada como pauta doctrinaria orientativa de su cuantificación.

Desde una concepción sistémica -en donde la Constitución constituye el vértice o núcleo- el Derecho tutela intereses trascendentes de la persona, además de los estrictamente patrimoniales. (Tobías, José W, “Hacia un replanteo del concepto (o





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

el contenido) del daño moral” L. L. 1993-E, 1227 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 33)

Este instituto se aplica cuando se lesionan los sentimientos o afecciones legítimas de una persona que se traducen en un concreto perjuicio ocasionado por un evento dañoso. Dicho en otros términos, cuando se perturba de una manera u otra la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado, sea en el ámbito privado, o en el desempeño de sus actividades comerciales.

Con atinado criterio se ha expresado que el daño patrimonial afecta lo que el sujeto tiene, en cambio, el daño moral lesiona lo que el sujeto “es” (Matilde Zavala de González, “Resarcimiento de Daños”, Presupuestos y Funciones del Derecho de Daños, t. 4, págs. 103, 1143 y “El concepto de daño moral”, JA del 6-2-85; C. N. Civ., esta Sala, 1/10/2020 Expte N° 15.489/2016 “Acosta, Luis César c/ Alvarenga García, Jorge Antonio y otros s/ daños y perjuicios”; Idem 3/2/2021 Expte. 21515/2014, “Benítez, Emanuel Hernán c/ Consultores Asociados Ecotranns (Línea 136, interno 216) y otros s/daños y perjuicios”; Ídem id 20/12/2021, Expte N° 11570/2017 “Duarte, Franco María Sandra c/ Línea 71 SA s/Daños y Perjuicios”; entre muchos otros)

Por lo demás, es dable señalar, que la procedencia y determinación de este daño no está vinculada a la existencia o entidad de los perjuicios materiales, pues media interdependencia entre tales rubros, que tienen su propia configuración (conf. Llambías, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T° I, p. 13, ed. Abeledo Perrot; CSJN., 06/10/2009, “Arisnabarreta, Rubén J. c/ E. N. (Min. de Educación y Justicia de la Nación) s/ juicios de conocimiento”; Ídem., 07/11/2006, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios”, Fallos 329:4944; Id., 24/08/2006, “Ferrari de Grand,



Teresa Hortensia Mercedes y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos 329: 3403; Id., 06/03/2007, ORI, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos 330: 563, entre muchos otros).

Asimismo, el art. 1741 del CCyCN in fine establece que “el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas” delimitando la actividad jurisdiccional y acentuando sus funciones reparatorias.

En otras palabras, el monto del resarcimiento debe permitir procurarse un placer que compense o sustituya el displacer sufrido, criterio que jurisprudencialmente se viene aplicando de manera inveterada por nuestros tribunales.

En cuanto a su valuación, cabe recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido que: El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurar satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido.

Señaló nuestro Máximo Tribunal que "Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (.). El dinero es un medio de obtener satisfacción goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" (CSJN, 12/4/2011, "Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós; CNCiv, Sala A 17/7/2014 ". R. M. B. c/ Banco Supervielle S.A. s/ daños y perjuicios" del voto del Dr. Sebastián Picasso; cita: MJ-JU-M-88578-AR | MJJ88578 | MJJ88578).

El criterio fijado por la actual legislación de fondo, impone que la cuantía indemnizatoria debe fijarse conforme dicha pauta orientadora. En virtud de ello, atento la entidad del hecho padecido por el que se atribuye responsabilidad; la incertidumbre, incertezas molestias, que tuvo que atravesar la actora, las lesiones físicas descriptas, ponderando asimismo las secuelas de orden estético que da cuenta el dictamen antes referido, afortunadamente sin daño psíquico permanente, teniendo en cuenta las circunstancias personales ut supra mencionadas, es que propongo al Acuerdo, confirmar el monto fijado prudencialmente en la instancia de grado, que luce razonable y ajustado a las constancias de autos. (art 165 del CPCC)

VIII. Tasa de Interés

La sentencia de grado determinó que los intereses deberán liquidarse a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina), y desde el día en que se produjo el perjuicio objeto de la reparación (25 de octubre de 2016) hasta el efectivo pago. Ello, de conformidad con la doctrina sentada en el fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil, del 20/04/09, en autos "Samudio de Martinez, Ladislao c/Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios". Respecto del monto de la cirugía reparadora otorgado en moneda extranjera (dólares estadounidenses) y valorando las tasas pautadas



por el mercado tanto en el ámbito nacional como internacional, considero razonable fijar la tasa de interés al 6% anual, desde la mora (25 de octubre de 2016) y hasta el efectivo pago.

Cuestionan los accionados la tasa activa fijada como la fecha a partir de la cual corren los intereses solicitando una tasa del 6% u 8% anual, aplicable desde la demanda entablada.

Cabe recordar que la indemnización resulta un equivalente del daño sufrido y el interés compensa la demora en su reparación al no haber el responsable cumplido inmediatamente con su obligación de resarcir. Se trata entonces de una estimación “actual” que el juez de grado ha tenido en cuenta para sopesar la variación patrimonial de la prestación debida, considerando para ello que estamos ante una indemnización de daños que, lejos de resultar una obligación “dineraria” en la que se adeuda un quantum y resulta insensible a la variación del poder adquisitivo, importa una verdadera obligación “de valor” en la que se debe un quid y, por tanto, sí admite o reconoce las alteraciones sufridas por el poder adquisitivo (Casiello, Juan, Méndez Sierra, Eduardo, “Deudas de dinero y deudas de valor. Situación actual”, LL 28/08/03, pág. 1;) Sabido es que la fijación judicial de intereses para las deudas en mora procura resarcir al acreedor por la demora en percibir su crédito y castigar al incumplidor, quien se apartó de los términos de la obligación asumida en origen, ya que el orden jurídico requiere, como pauta general de conducta, que toda persona cumpla con las obligaciones que legítimamente asume o le impone la ley.

Ahora bien, conforme la jurisprudencia y doctrina mayoritaria imperante en el fuero la tasa que corresponde aplicar desde el inicio de la mora y hasta el efectivo pago del capital de condena, es la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina siguiendo la doctrina del fallo plenario del fuero in re, “Samudio de Martínez, L. c/ Transportes





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

Doscientos Setenta SA”, salvo que su aplicación, en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia, pueda implicar como un efecto no querido, un resultado contrario y objetivamente injusto, produciendo una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido.

En consecuencia, deberá aplicarse la referida tasa activa en los casos en que la misma no genera o configura un “enriquecimiento indebido” único supuesto fáctico que justificaría apartarse del principio general (Conf. C. N. Civ., esta Sala, 15/04/2010, Expte. 114.354/2003 “Rendon, Juan Carlos c/ Mazzoconi, Laura Edith”, ídem 24/2/2017, Expte N° 51917/2009 “ Suárez Adriana Soledad y otro s/ Flecha Manuel Edmundo y otros s/ Daños y Perjuicios”; Ídem id, 22/4/2021, Expte. N° 52925/2016 “Martínez Eduardo c/ Cincovial S.A. y otros s/ daños y perjuicios” Ídem 25/10/2021 Expte N° 14701/2016 “Latorre Yapo Erik Ernesto c/ Mosconi Elisabet Josefina s/ daños y perjuicios”; entre otros)

A mi juicio, no obran en la causa constancias que acrediten que, con la aplicación de la tasa activa desde el día del hecho, se configuraría el mentado "enriquecimiento indebido"; como tampoco existen elementos que siquiera lo hagan presumir, si así fuera e importara una situación excepcional que se apartara de la regla general referida ya que la misma debe ser probada por el deudor en forma clara en el ámbito del proceso (cf. art. 377 del CPCCN), circunstancia que no se verifica en los presentes (Conf. CNCiv. esta Sala 13/6/2019, Expte N° 31.025/2.010, “Pachinotti, Mirtha Helena y otro c/ Carpio Guzman, David y otros s/ Daños y Perjuicios”; idem.id, 14/06/2019, Expte N° 46914/2013 “Enrico Mario Marcelo y otros c/ Valko Andrea Emilia y otros”; idem id, 28/8/2019, Expte N° 16215/2016 “Palma José Luis y otro c/ Canteros Gustavo Javier y otro s/ Daños y Perjuicios”; ídem id, 13/11/2020, Expte. N° 92309/2012 “Asad María Ester c/ Federación Patronal Seguros S.A. y otros s/



Daños y Perjuicios”; id id, 13/5/2021, Expte N° 31.406/2017 “Corvalan, Rodolfo Valentín c/ Expreso 9 de Julio S.A. s/ daños y perjuicios” Id id; 28/12/2021; Expte N° 80921/2015 “Coiazet, Roxana Verónica c/ Scelzi, Virginia María y otros s/daños y Perjuicios”; id id, 7/3/2022. Expte N° 31924/2015 "Ojeda Franco David c/ Junco Eduardo Agustín y otros s/ daños y perjuicios”; id id 24/5/2022, Expte N° 88552/2013 "Confente Sebastián Hugo c/ Quispe Huarachi Genuario s/ daños y perjuicios”; entre otros)

En lo que atañe al inicio de su cómputo, se alzan las recurrentes por entender que corresponde calcularlos a partir de la notificación de la demanda.

Sobre el punto, el artículo 1748 del Código Civil y Comercial dispone que “El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio”, sin diferenciar –como propone la quejosa-,entre obligaciones derivadas de un hecho ilícito y aquellas generadas por un incumplimiento contractual. La cuestión fue objeto de un acalorado debate en el ámbito de Código Civil de Vélez Sarsfield. En efecto, si bien existía acuerdo en que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual los intereses se devengan desde el momento en que se produce cada perjuicio, una posición mayoritaria consideraba que, en la órbita contractual, el comienzo del cómputo de los intereses recién se producía –como principio- a partir de la interpelación al deudor. Para esa corriente, sino mediaba una interpelación anterior, la víctima únicamente podía reclamar los intereses a partir de la notificación de la demanda o, en su caso, de la mediación prejudicial. Para otra postura, el régimen de los intereses no variaba según la naturaleza de la responsabilidad, y también frente al incumplimiento de obligaciones aquellos se debían desde el momento en que se produce cada perjuicio. Causado el daño, nace en cabeza de responsable una obligación dineraria, consistente en resarcir ese perjuicio, que es claramente distinta del deber preexistente vulnerado,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

y cuyo régimen es idéntico en ambos supuestos. No es posible, entonces, sostener que la mora en el pago de esa indemnización (y el pertinente curso de los intereses) se produce ex re en un caso, y ex personam en el otro. El CC y C ha optado claramente por esta última postura. Prueba de ello es tanto la denominación del Título V del Libro III, en el que se enmarca el Capítulo I sobre la responsabilidad civil (“Otras fuentes de las obligaciones”), como el art. 1716 CC y C, que señala que la violación del deber de no dañar y el incumplimiento de una obligación dan lugar a la reparación del daño causado. En ambos casos es prístino que para el Código ambos hechos generadores (incumplimiento obligacional y hecho ilícito extracontractual) son fuente de una nueva obligación (la de reparar), y esa obligación –que en la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones coexiste con la obligación original, cuyo cumplimiento forzado el acreedor está facultado a solicitar- está regida -salvo las excepciones expresamente contempladas por la ley- por idéntico régimen. En ese régimen se enmarca la norma aludida, que es entonces aplicable indistintamente a la responsabilidad obligacional y la aquiliana. En ambos casos, entonces, el curso de los intereses comienza con la producción de cada perjuicio. La solución es acorde con el principio de reparación integral, pues la distinción entre ambas órbitas en este punto implicaría una restricción irrazonable de la indemnización que corresponde al acreedor de una obligación frente a la víctima de un hecho ilícito (Picasso – Saenz, en “Código Civil y Comercial” To. IV, Infojus, p.464). (Conf. CNCiv. esta Sala. 9/11/2021. Expte. N° 5120/2018 “G. , J. R. c/ Galeno Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios”)

Por ello, corresponde desestimar los agravios formulados en tal sentido y confirmar lo decidido en la instancia de grado.

En relación al cómputo de los intereses para el tratamiento psicológico, recomendado, tal como ha señalado nuestro Máximo



Tribunal, por tratarse de erogaciones aún no realizadas, dichos accesorios no corren desde la fecha del hecho (C.S.J.N.,26/02/2002 Terrero, Felipe E. y otros c. Provincia de Buenos Aires Fallos 325:255) sino a partir de la fecha del pronunciamiento de grado (Conf. CNCiv, esta Sala, 9/6/2020, Expte N° 15076/2015 “Marino Roberto Eugenio y otro c/ Remmer, Felipe Carlos y otros s/ daños y perjuicios”; Ídem id, 22/4/2021 Expte. N° 35.305/2014 “Rebolledo Jeldres, Carlos Alberto c/Transportes Lope de Vega S.A.C.I. y otros s/Daños y Perjuicios”; Id id, 6/5/2021, Expte N° 39.475/2014 “Pallero, Patricia Alejandra c/ Corredores Ferroviarios S.A. Línea San Martín y otro s/ daños y perjuicios”; id id, 28/6/2021, Expte 91866/2015 “Czornomaz Leonardo Marcelo c/ Empresarios de Transporte Automotor de Pasajeros S.A otro s/ daños y perjuicios”; id id id, 7/3/2022. Expte N° 31924/2015 "Ojeda Franco David c/ Junco Eduardo Agustín y otros s/ daños y perjuicios” entre otros)

Por ello, dicha suma indemnizatoria sólo devengará réditos a partir de la fecha de la sentencia de grado, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

IX Costas

Sabido es que las costas son las erogaciones impuestas a quienes intervienen en un proceso para la iniciación, prosecución y terminación de éste. Respecto a su imposición, el Código Procesal ha adoptado en su art. 68 la teoría del hecho objetivo de la derrota. Según Chioventa, la justificación de esta institución está en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte en cuyo favor tiene lugar, naciendo su imposición del deber del juez de condenar al derrotado (Fenochietto Arazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, t. 1, pág. 280 y ss.).

El mismo artículo 68 del rito, en su segundo párrafo, prescribe que el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad. Y dicha eximición de costas que autoriza el referido artículo, es también aplicable a los incidentes en virtud de la remisión contenida en el texto del artículo 69 del mismo cuerpo legal.

La imposición de costas en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 del Código Procesal), no implica una suerte de penalidad para el litigante vencido, sino que simplemente tiene por objeto resarcir a la contraria de los gastos que su conducta lo obligó a realizar (cfr., esta sala “López Angélica c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios” Expte N° 67.515/2014 del 9/4/2019).

Por tanto, las costas del proceso de daños y perjuicios deben imponerse al demandado vencido, aun cuando no hayan prosperado todos los rubros pretendidos por el actor, atento al principio de reparación integral y la naturaleza resarcitoria que revisten los gastos causídicos como parte integrante de la indemnización, sin que obste a ello la demasía en la pretensión esgrimida, pues fue la actitud del accionado la que hizo necesario tramitar el pleito.

De admitirse una solución contraria, el derecho que la sentencia reconoce al actor quedaría menoscabado con infracción del fundamento mismo de la institución de las costas, y de la plenitud de la consiguiente reparación del comprobado daño.- (arts. 68 y cc. del rito; 1083 del Código Civil derogado – actual art. 1740 del actual Código Civil y Comercial-; Farina, voz Costas en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. VI, p. 1060) (Conf. CNCivil, Sala H, 17/12/2002, “Fiore de Genovese, María c. Natural Foods Industria Exportadora S.A. y otro”, LL, 2003-B,198, entre muchos otros).

Así se ha sostenido que el condenado debe afrontar el pago de todas las costas, incluso las referentes a gastos y honorarios por la rechazada acción contra un codemandado que demostró ser inocente



(CNCiv., Sala D, “González Soro, Damián c. Monzón, Claudio J. y otros y sus acumulados”, 06/11/2003, La Ley Online, Cita online: AR/JUR/7661/2003; en igual sentido, CNCiv., Sala E, “Sandua, Clara A. c. Celani, Camilo y otros”, 09/08/2010, Cita online: AR/JUR/61594/2010; ídem esta sala 28712/2021 Expte N° 13306/2012 “Bajarella, Jesús Antonio c/ Almada, Carmelo Alberto y otros s/ daños y perjuicios”)

A tenor de lo expuesto y el resultado negativo que tuvieron los agravios formulados por las demandadas, la queja referida a la imposición de costas de primera instancia, carece de fundamento jurídico y debe ser desechada.

En cuanto a las costas generadas por ante esta alzada también se aplicarán a las demandadas vencidos (art. 68 del Código Procesal y art. 1740 CCyCN)

X Principio de congruencia

En cuanto a la queja vertida por la aseguradora SMG en torno a la suma fijada por daño moral pues el monto de condena es superior al reclamado violando en caso el principio constitucional de congruencia.

Al respecto sabido es que el art 330 del CPCC dispone en su inciso tercero que la demanda contendrá "la cosa demandada, designándola con toda exactitud", no menos cierto es que tal norma luego prevé que "la demanda deberá precisar el monto reclamado salvo cuando al actor no le fuere posible determinarlo al promoverla, por las circunstancias del caso. Ello es así pues ha sido entendido que tal precepto admite una razonable atenuación cuando las circunstancias del caso restan al actor toda posibilidad de fijar el "quantum" definitivo, supeditado a la prueba que se produzca (Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, t. IV, 292; Highton - Areán, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. 6,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

pág. 260; Fenochietto - Arazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ed. Astrea, 1987, t. 2, pág. 177; Colombo - Kiper, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, t. III, pág. 531).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la condena judicial no quebranta los términos de la litis ni decide "ultra petita" aun cuando excede el importe indicado en la demanda, si fue reclamado por el accionante una suma de "lo que en más o en menos" resulte de la prueba a rendirse, pues los jueces pueden válidamente conceder un monto superior con el mérito de la prueba, esto es así por cuanto, en tales condiciones, debe entenderse que la determinación de los daños ha sido dejada a lo que surja de la mencionada prueba (doctrina de Fallos: 266:223; 272:37; 291:88 308:392, entre otros muchos)

Siguiendo las referidas doctrinas habiendo la accionante dejado en su demanda librado el monto definitivo de la condena al arbitrio del Juez de acuerdo a lo que en más o en menos surgiera de la prueba (ver fs. 7 vta) corresponde desestimar la queja deducida sobre el punto en estudio.

XI. Conclusión

A tenor de las consideraciones vertidas en el presente voto propongo al acuerdo:

I.-Modificar parcialmente la sentencia recurrida fijando en concepto de incapacidad sobreviniente de orden físico la suma de pesos la suma de pesos trescientos veinte mil (\$320.000) y en concepto de cirugía reparadora la suma de U\$S 4050 (dólares estadounidenses cuatro mil cincuenta) (art 165 del CPCC).

II. Establecer los réditos para el tratamiento psicológico a partir de la fecha de la sentencia de grado, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la



Nación Argentina de conformidad a lo dispuesto en el considerando VI del presente pronunciamiento.

III. Confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y fue motivo de apelación y agravios, con imposición de costas dealzada a la parte demandadas y las citadas en garantía en virtud del principio objetivo de la derrota y del de reparación integral y plena (art 68 del CPCC y 1740 del CC). La Dra. Beatriz A. Verón y el Sr Juez de Cámara Dr. Maximiliano L. Caia. Adhieren al voto precedente

Con lo que terminó el acto, firmando las Señoras y el Señor Vocal en los términos de las Acordadas 12/20 y 31/20, de lo que doy fe.

Buenos Aires, de Septiembre de 2022.

Y VISTOS:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el Tribunal RESUELVE:

I.-Modificar parcialmente la sentencia recurrida fijando en concepto de incapacidad sobreviniente de orden físico la suma de pesos la suma de pesos trescientos veinte mil (\$320.000) y en concepto de cirugía reparadora la suma de U\$S 4050 (dólares estadounidenses cuatro mil cincuenta) (art 165 del CPCC).

II. Establecer los réditos para el tratamiento psicológico a partir de la fecha de la sentencia de grado, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

Nación Argentina de conformidad a lo dispuesto en el considerando VI del presente pronunciamiento.

III. Confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y fue motivo de apelación y agravios, con imposición de costas de alzada a la parte demandadas y las citadas en garantía en virtud del principio objetivo de la derrota y del de reparación integral y plena (art 68 del CPCC y 1740 del CC).

IV. Atento la forma en que ha sido resuelta la cuestión se procederá a su adecuación de conformidad con lo dispuesto en el art. 279 del Código Procesal.

A tales efectos, corresponde acudir a las pautas de valoración enumeradas en el artículo 16 (calidad, extensión, complejidad y trascendencia del trabajo profesional, entre otras), atender a las etapas cumplidas (art. 29), y computar el monto del proceso (art. 22), con más sus intereses (art. 24) de la Ley 27.423. Sobre dicho monto, cabe aplicar la escala prevista en el art. 21, párrafo 2º, sin perder de vista el factor de correlación al que alude, esto es, que “en ningún caso los honorarios” podrán ser inferiores al máximo del grado inmediato anterior de la escala, con más el incremento por aplicación al excedente de la alícuota que corresponde al grado siguiente”. Dichas pautas son las que permitirán un examen razonable a los fines de determinar la retribución de los profesionales intervinientes.

Para ello, se considerará el monto del asunto, el que surge del monto de condena con más sus intereses; el valor, motivo, extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada; la complejidad; la responsabilidad que de las particularidades del caso pudiera derivarse para el profesional; el resultado obtenido; la trascendencia de la resolución a que se llegare para futuros casos; la trascendencia económica y moral que para el interesado revista la cuestión en debate y pautas legales de los artículos 1, 3, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 29, 51, 54, 58, y c.c. de la ley 27.423.



En cuanto a los auxiliares de justicia (peritos de oficio), se evaluará la labor efectuada con arreglo a las pautas subjetivas del artículo 16 de la ley 27.423, en cuanto resultan aplicables a la actividad prestada en el expediente, apreciada por su valor, motivo, calidad, complejidad y extensión, así como el mérito técnico-científico puesto al servicio de las mismas, entre otros elementos; el monto que resulta de la liquidación mencionada precedentemente, lo dispuesto por el artículo 21, y 61 de la citada ley y pautas del art. 478 del Código Procesal.

En consecuencia, y en función de lo dispuesto precedentemente se regulan los honorarios de la Dra. Viviana Judit Rochtein, letrada patrocinante y luego apoderada de la parte actora, por su actuación en tres etapas del proceso, en el principal y prueba anticipada n° 78.765/1 en 195 UMA equivalentes a la suma de pesos dos millones veintiocho mil (\$2.028.000), los del Dr. Martín Hernán Del Rio, letrado apoderado del codemandado Rossi SA, por su actuación en la prueba anticipada n° 78.765/17, en 31,26 UMA equivalente a la suma de pesos, trescientos veinticinco mil ciento cuatro (\$325.104) los de la Dra. Romina Paola Farace, letrado apoderada de la codemandada G y la citada en garantía SMG, por su actuación en la prueba anticipada n° 78.765/17 en 20,84 UMA, equivalente a la suma de pesos doscientos dieciséis mil setecientos treinta y seis (\$216736) los de la Dra. Roxana Laura Camburis, letrada apoderada de la citada en garantía SMG Cia. Arg. de Seguros, por su actuación en la prueba anticipada n° 78.765/17, en 20,84 UMA equivalente la suma de pesos doscientos dieciséis mil setecientos treinta y seis (\$216736) los del Dr. Hernán Magallanes, letrado apoderado de los codemandados G y Rossi SA y la citada en garantía SMG Cia. Arg. de Seguros, por su actuación en el principal y en la prueba anticipada n° 78.765/17 en 83,32 UMA equivalente a la suma de pesos ochocientos sesenta y seis mil quinientos veintiocho (\$866.528); los el Dr. Julio Roberto Albamonte,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

letrado patrocinante del codemandado T, por su actuación en el principal, en la suma 89,33 UMA equivalente a la suma de pesos novecientos veintinueve mil treinta dos (\$929.032) los de la Dra. María Azul Wulff Derbes, letrada patrocinante y luego apoderada del codemandado T, por su actuación en el principal y en la prueba anticipada n° 78.765/17 en 35,73 UMA; equivalente a la suma de pesos trescientos setenta y un mil quinientos noventa y dos (\$371.592) los de la Dra. Mirna Mirna Isabel Kaploeán, letrada apoderada de Galeno Arg. SA, por su actuación en el principal y en la prueba anticipada n° 78.765/17, en 122 UMA equivalente a la suma de pesos un millón doscientos sesenta y ocho mil ochocientos (\$1.268.800) y los de Dra. Carina Riat, letrada apoderada de Galeno Arg. SA, en 3 UMAS equivalente a la suma de pesos treinta y un mil doscientos (\$31200); los del Dr. Marco Aurelio Real apoderado de Seguros Médicos S.A. en 122 UMA equivalente a la suma de pesos un millón doscientos sesenta y ocho mil ochocientos (\$1.268.800) y los del Dr. Ernesto Eudoro Colombres Garmendia en 3 UMAS equivalente a la suma de pesos treinta y un mil doscientos (\$31200) Asimismo, en orden a la importancia y extensión de la tarea efectuada por los peritos, teniendo en cuenta la debida proporcionalidad que deben guardar sus honorarios en relación a los establecidos en favor de los restantes profesionales intervinientes (art. 478, Código Procesal), se regulan los honorarios del perito médico Edgardo Manuel Utrera, quien presentó el informe el 19/4/2021 y a fs. 185/92 -cfr. expte. 7 8.765/2017- y los de la psicóloga Saveria Conforti, en 56,83 UMA equivalente a la suma de quinientos noventa y un mil treinta y dos (\$591.032) a cada uno de ellos. Los de la perito contadora María Inés Molinelli, en 48,71 UMA equivalente a la suma de pesos quinientos seis mil quinientos ochenta y cuatro (\$506.594) Finalmente se fijan los honorarios de la mediador Dr. Carlos Adrián Silva en 85,47 UHOM equivalente a la suma de pesos ciento cuarenta y seis mil



ciento cincuenta y siete con ochenta y cuatro (\$146.157,84) (Conf. art. 2º apart “G” del Anexo III, del Dec. 1467/2011, sustituido por Dec. 2536/2015 -valores agosto 2022))

En cuanto a las tareas desarrolladas en la Alzada conforme la aplicación de la nueva normativa arancelaria (art 30 de la ley 274239) se regulan los honorarios de la Dra. VIVIANA J. ROCHTEIN en 68,25 UMA equivalente a la suma de pesos setecientos nueve mil ochocientos (\$709.800) los de la Dra. María Azul WULFF DERBES en 43,75 UMA equivalente a la suma de pesos cuatrocientos cincuenta y cinco mil (\$455.000) los de la Dra. MIRNA ISABEL KAPLOEAN en 43,75 UMA equivalente a la suma de pesos cuatrocientos cincuenta y cinco mil (\$455.000) los del Dr. FACUNDO MARTIN QUINTIÁN (SMG) en 43,75 UMA equivalente a la suma de pesos cuatrocientos cincuenta y cinco mil (\$455.000). Los de las Dra GLORIA E. FERRARI y ANA C. IGLESIAS letradas patrocinante de la co demandada A A G, en 15,63 UMA equivalente a la suma de ciento sesenta y dos mil quinientos cincuenta y dos (\$162.552) a cada una de ellas y los del Dr. Marco Aurelio Real en 43,75 UMA equivalente a la suma de pesos cuatrocientos cincuenta y cinco mil (\$455.000) (Ac CSJN 25/2022).

V. Regístrese, notifíquese y comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/13 art. 4º) y oportunamente devuélvase.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

Fecha de firma: 14/09/2022

Firmado por: MARIANO CARLOS GIGLI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: BEATRIZ ALICIA VERON, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GABRIELA MARIEL SCOLARICI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MAXIMILIANO LUIS CAIA, JUEZ DE CAMARA



#33014188#341222034#20220913101325097