

Voces: SALUD - RESPONSABILIDAD MÉDICA - HOSPITALES Y SANATORIOS - OBRAS SOCIALES Y PREPAGAS - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - CULPA - DAÑOS Y PERJUICIOS - INDEMNIZACIÓN - VALOR VIDA - PÉRDIDA DE LA CHANCE - INCAPACIDAD SOBREVINIENTE - DAÑO PSÍQUICO - GASTOS MÉDICOS - GASTOS DE SEPELIO - DAÑO MORAL - INTERESES

Partes: T. A. R. y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala/Juzgado: A

Fecha: 11-may-2012

Cita: MJ-JU-M-73004-AR | MJJ73004 | MJJ73004

Se presume la negligencia de la médica que atendió por más de un año al menor sin detectar el tumor abdominal que padecía, siendo el mismo diagnosticado tan solo tres días después de la última consulta en otro nosocomio.

Sumario:

1.-Corresponde condenar a los demandados a indemnizar a los actores por el error de diagnóstico debido al cual detectaron tardíamente la enfermedad que finalmente causó el fallecimiento de su hijo, pues se probó que la médica que se ocupó del caso en muchas consultas fue negligente en la atención del menor, lo que permite imputarle responsabilidad en los términos del art. 1109 del CCiv., haciendo dicha negligencia igualmente responsables -en los términos de los arts. 512, 520, 522 y cc. del CCiv., y 19 y cc. de la ley 24240- a las empresas de medicina prepaga demandada y a la Clínica demandada, en tanto constituye el incumplimiento de la obligación principal a su cargo.

2.-Si bien los servicios de los profesionales liberales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la ley 24240 (art. 2, ley citada), 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.

3.-El hecho de que los padres -afiliados a las empresas de medicina prepaga demandadas- hayan contratado con la clínica la atención médica a nombre de su hija menor tiene por virtualidad anudar también una relación contractual (que tiene los caracteres de un contrato de consumo) entre ellos y el nosocomio; esta última constatación es fundamental para fundar la responsabilidad contractual (en los

términos de la ley 24240) de las empresas demandadas, pese a que en el caso se produjo el deceso del hijo de los actores, y ello pues los padres del menor no actúan en la especie en tanto damnificados directos en la esfera extracontractual, sino como contratantes insatisfechos, en la medida en que habían contratado -en nombre del menor, pero también a título personal- la atención médica de su hijo.

4.-La obligación principal del establecimiento asistencial no se agota en la provisión de los profesionales necesarios para la atención del paciente, sino que consiste en prestar al enfermo el servicio médico en su totalidad, desarrollando un plan de conducta diligente a fin de obtener el resultado perseguido por el acreedor, el cual, obviamente, no se encuentra garantizado, dado que se trata de una obligación de medios.

5.-El plan de conducta que lleva adelante el facultativo constituye la ejecución de la obligación principal a cargo del establecimiento asistencial, razón por la cual su inexacto cumplimiento comprometerá la responsabilidad de este último, no por el incumplimiento de una obligación de seguridad, sino por el de la mencionada obligación principal, es allí donde adquiere relevancia la culpa del médico en el desarrollo del plan de conducta, pues dicho plan es lo debido por el ente asistencial, y será este último quien responderá, en el marco del contrato, por su propio incumplimiento.

6.-En virtud de la estructura del vínculo obligatorio, 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 aquella.

7.-La prestación principal a cargo de los médicos es -en principio- de medios, puesto que solo se comprometen a la realización de un comportamiento diligente para alcanzar el resultado esperado por el paciente, que no se encuentra afianzado, dada su aleatoriedad, así las cosas, y dado que sería descabellado sostener que la aplicación de la ley 24240 -y en particular, de su art. 10 bis []- conduce a objetivar la responsabilidad de las clínicas y las empresas de medicina prepaga en lo atinente a las prestaciones puramente médicas, es preciso interpretar que, en estos casos, debe hacerse una excepción a aquella regla, con fundamento en la ratio legis del art. 2 de la ley 24240.

8.-Si bien la ley 24240 excluye de su alcance a los profesionales liberales (entre los que, naturalmente, se encuentran los médicos) pero no a quienes ofrecen prestaciones médicas bajo una organización empresaria, lo cierto es que aquella exclusión permite advertir que las normas de la Ley de Defensa del Consumidor que estructuran la responsabilidad del proveedor (arts. 5 [], 10 bis , 40 [], etc.) están concebidas para el caso de incumplimiento de obligaciones distintas de las que corresponden típicamente a los profesionales liberales y que tienen la naturaleza de un deber de medios; por lo que so pena de adoptar una solución irrazonable, hay que entender entonces que ello excluye también la posibilidad de aplicar la responsabilidad objetiva dimanante del art. 10 bis de la ley citada a las prestaciones puramente médicas comprometidas por las clínicas y las empresas de medicina prepaga.

9.-Mientras que, por caso, la obligación de seguridad, o las prestaciones paramédicas y las referidas a servicios de hotelería se encuentran regidas por el mencionado art. 10 bis , las que involucran la atención médica del paciente en sí misma deben seguirse considerando deberes de medios, razón por la cual es preciso, para comprometer la

responsabilidad de una clínica -o de una empresa de medicina prepaga- acreditar la culpa del facultativo que aquella haya puesto a ejecutar materialmente las obligaciones que asumió frente al paciente.

10.-El primer indicio que permite presumir la negligencia de la médica en la atención del paciente es que no detectó el neuroblastoma que padecía el menor en la última consulta a la que lo llevaron los actores, mientras que, en la primera atención en el Hospital Gutiérrez, que sucedió nada más que tres días después, se diagnosticó la existencia de una tumoración abdominal en estudio; por lo que resulta sorprendente que, con esa breve diferencia de días, la experta que trataba al infante desde hacía más de un año no haya detectado la dolencia, mientras que el nosocomio en que lo atendieron en segunda instancia la advirtieron inmediatamente.

11.-El diagnóstico no se agota en un solo acto, sino que se prolonga en el tiempo, por lo cual es también culpable el facultativo que, luego de haber cometido un error de diagnóstico que podría ser excusable, deja transcurrir los días sin revisar esa apreciación inicial, frente a la ausencia de mejoría del paciente.

12.-El hecho de que se trate de un médico de guardia no excusa al galeno de solicitar los análisis que resultan pertinentes, ni de realizar las interconsultas necesarias, a fin de determinar un diagnóstico adecuado.

13.-En los casos en que existe un error de diagnóstico por parte de los médicos tratantes, el daño causado consiste, justamente, en la pérdida de las chances de supervivencia con las que contaba el paciente.

14.-La reparación, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio.

15.-En lo que se refiere a la reparación del menoscabo extrapatrimonial padecido por los actores, debe ponderarse que no existe un dolor comparable al producido por la muerte de un hijo por cuanto el valor ético de la vida del hijo se proyecta moralmente en la existencia de los padres; ante el homicidio del hijo, el sufrimiento tiene una dual proyección: el progenitor padece por lo que aquel mismo ha perdido, al no poder seguir gozando de la vida; además, por lo que pierde personalmente con la extinción del hijo.

16.-Para el cálculo de las indemnizaciones por incapacidad o muerte, debe partirse del empleo de fórmulas matemáticas, que proporcionan una metodología común para supuestos similares (del voto del Dr. Picasso, en disidencia parcial).

17.-Teniendo en cuenta que el resarcimiento se fijará en dinero, nada resulta más adecuado que el empleo de cálculos matemáticos para tratar de reflejar de la manera más exacta posible el perjuicio patrimonial experimentado por el damnificado (del voto del Dr. Picasso, en disidencia parcial).

18.-A los efectos del cálculo de los montos indemnizatorios resulta aconsejable la

utilización de criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (o de la valuación de las tareas no remuneradas que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado (del voto del Dr. Picasso, en disidencia parcial).

Fallo:

En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 11 días del mes de mayo del año dos mil doce, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala "A" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: "T. A. R. y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y Aux.", respecto de la sentencia de fs. 717/738, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: SEBASTIÁN PICASSO- RICARDO LI ROSI - HUGO MOLTENI.

A LA CUESTIÓN PROPUESTA EL DR. SEBASTIÁN PICASSO DIJO:

I. La sentencia de fs. 717/738 admitió la demanda interpuesta, y condenó a la Caldevit S.A., Gladys Norma Godoy, Consolidar Salud S.A. y Galeno Argentina S.A. a abonar, dentro del plazo de diez días, la suma de \$ 397.000.- a A. R. T. y M. V., con más los intereses y las costas del juicio.

El pronunciamiento fue apelado por ambas partes. La parte actora expresó agravios a fs. 828/841 respecto de los importes fijados en concepto de indemnización por los rubros valor vida y daño moral, y de la tasa de interés aplicada.

A fs. 844/862 hizo lo propio Consolidar Salud S.A., quien -en síntesis- adujo que la decisión adoptada en la instancia de grado carece de fundamentos para arribar a la condena que decide, y que desacredita irrazonablemente al perito de oficio que intervino en la causa, Dr. Caputo. Asimismo, sostuvo que el juez de grado efectuó un erróneo análisis de las atenciones recibidas por el menor, pues este último fue atendido en forma correcta y diligente por los profesionales, y la dolencia que padecía no pudo ser detectada en su oportunidad. En este sentido, afirmó el recurrente que el neuroblastoma que afectaba al niño se hizo evidente recién en enero de 2005, y no antes de esa fecha, y que la médica que lo atendió dirigió su investigación en el diagnóstico de una celiaquía, que es la patología digestiva más frecuente en los niños menores de dos años. Adujo que el neuroblastoma es una patología muy poco frecuente, sobre la que existe un gran desconocimiento, lo que dificulta el diagnóstico y su tratamiento posterior. Finalmente cuestionó el importe de las indemnizaciones concedidas a los padres del menor, y la imposición de costas.

A fs. 867/898 expresó agravios la codemandada Gladys Norma Godoy. Sostuvo -en síntesis- que el magistrado de grado erró al apartarse de la pericia de oficio practicada en autos, y que se violaron los derechos de defensa en juicio y de igualdad ante la ley. Ingresando en el fondo de la cuestión decidida, sostuvo que su actuación en el tratamiento del paciente fue diligente, pues no era la médica de cabecera del niño, sino que únicamente lo atendió en la guardia de la clínica, y que un médico de guardia tiene un tiempo mucho más acotado para la atención de sus pacientes, pues son muchos los que están esperando su atención. A su vez, señaló que es uso y costumbre, en este tipo de atenciones, volcar en la historia clínica los datos más importantes. Sostuvo que existió, a su vez, una omisión de los padres en concurrir nuevamente al nosocomio cuando les fue solicitado, y que no atendió al paciente durante más de cuatro meses, conforme surge de la propia historia clínica. Este último extremo surgiría claramente del hecho de que, cuando el paciente fue internado, ella no participó de su atención. En cuanto a la dolencia que padecía el niño, dijo que no era posible palpar con profundidad como para detectar la masa tumoral, y que el menor no presentó ni bulto en el abdomen palpable, ni dolor de huesos, ni irritabilidad en ninguna de las consultas que realizó, tanto con la profesional antes mencionada como con otros galenos. Por todo ello, concluyó que, en el caso, no se encuentra acreditado su accionar negligente, lo que permite advertir la improcedencia de la acción dirigida en su contra. Finalmente, cuestionó los importes concedidos en concepto de indemnización, y la imposición de costas.

A fs. 901/904 expresó agravios Caldevit S.A. Sostuvo que en autos se ha hecho referencia en forma por demás explícita y reiterada a las características de la grave enfermedad que condujo al fallecimiento del hijo de los accionantes, y que de la bibliografía citada surge en forma coincidente que el neuroblastoma es un tumor maligno muy agresivo que, cuando se manifiesta en pacientes mayores de 18 meses, es prácticamente incurable. Esta conclusión -afirmó- no ha sido desvirtuada en forma alguna por las constancias aportadas a la causa.

II.- Antes de ingresar en el tratamiento de los agravios, es pertinente destacar que no se encuentra controvertido que T. N. T., tanto en su nacimiento (por cesárea) como posteriormente, hasta el día 18 de febrero del año 2005, fue atendido en la Clínica Bessone explotada por Caldevit S.A. Asimismo, si bien la codemandada Godoy cuestiona su calidad de médica de cabecera del paciente, también se encuentra reconocido que intervino en la atención del niño en diversas oportunidades, desde su nacimiento y hasta la última atención en la clínica, que se produjo en la fecha antes indicada.

Tampoco se encuentra debatido que, hasta la última atención del menor por parte de la médica ya mencionada en la clínica demandada, no fue detectada la dolencia que padecía, que fue recién descubierta en la oportunidad en que se realizó la primera atención del paciente en el Hospital de Pediatría Dr. Juan P. Garrahan (el día 21 de febrero del año 2005), en donde se le diagnosticó un tumor abdominal de 5 meses de evolución (vid. fs. 19 de las diligencias preliminares, expte. n° 32583/05). Finalmente, no se encuentra controvertido que, debido a esa enfermedad, el menor falleció el día 18 de junio del año 2005.

III.- Sentado ello, la cuestión debatida en autos es si existió o no un error de diagnóstico por parte de la profesional demandada. En particular, es materia de controversia entre las partes si resultaba posible a la médica mencionada detectar la enfermedad que el paciente al momento de su atención.

IV.- Corresponde ante todo encuadrar jurídicamente la cuestión planteada, lo que exige desentrañar la normativa aplicable a cada uno de los demandados.

a) Aplicación de la ley 24.240 respecto de las clínicas y las empresas de medicina prepaga.

En la medida en que se está demandando al sanatorio donde fue atendido el menor, así como a las empresas de medicina prepaga a la que él estaba afiliado, resulta de aplicación la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

Ello es así, ante todo, en tanto, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación -y lo ha ratificado el legislador mediante la reciente sanción de la ley 26.682 (arts.4 y 27 y concs.)-, "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" (CSJN, 3/13/2001, "E., R. E. c/ Omint S.A. de Servicios, LL, 2001-B-687; por remisión, en el caso, al dictamen del Sr. Procurador General de la Nación). En el mismo sentido se ha expedido esta cámara: "Los contratos de afiliación a empresas de medicina prepaga, regulados por la ley 24.240, son contratos de adhesión y consumo, siéndoles aplicables, por ende, las disposiciones de aquella normativa y las pautas jurisprudenciales generadas sobre ella" (esta sala, 4/7/2005, "D. de R., S.E. c/ Medicus S.A., ED, 215-23). Por otra parte, como es sabido, si bien los servicios de los profesionales liberales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la ley 24.240 (art. 2, ley citada), 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 (Lorenzetti, La empresa médica, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 355; Idem., Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 102 y 114). En ese sentido, ha dicho la jurisprudencia que la ley 24.240 "...es de aplicación a los servicios médicos porque ésta establece que quedan obligadas todas las personas físicas o jurídicas de naturaleza pública o privada que, en forma profesional aún ocasionalmente, produzcan, importen distribuyan o comercialicen cosas o prestan servicios a consumidores o usuarios" (Cám. Nac. Civ. Com. Fed., Sala III, 26/9/2006, RCyS, 2006-685; vid. asimismo SCJ Mendoza, Sala 1, 11/10/1995, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, JA, 24/5/06; esta cámara, Sala L, "C. de A., O. R.c/ Obra Social del Personal Rural y estibadores de la República Argentina y otros", L. n° 568.586, del 2/2/2012).

Por lo demás, el hecho de que los padres -afiliados a las empresas de medicina prepaga demandadas- hayan contratado con la clínica la atención médica a nombre de su hija menor tiene por virtualidad anudar también una relación contractual (que, como ya lo expliqué, tiene los caracteres de un contrato de consumo) entre ellos y el mencionado nosocomio. Como lúcidamente lo señala Bossert, en ejercicio de la patria potestad, los progenitores, además de las tareas que cumplen en el cuidado personal, asistencia y educación de los hijos, deben realizar negocios jurídicos con terceros. Si estos negocios consisten en la administración de los bienes de los hijos, ninguna duda cabe de que los padres actúan como meros representantes, y no contratan por sí. Sin embargo, continúa diciendo el autor citado: "Distinto debe ser el enfoque cuando no se trata del ejercicio de las facultades de administración de los bienes. Los progenitores, en cumplimiento de los vastos y variados deberes que la paternidad les impone, frecuentemente deben negociar con terceros; por ejemplo, con el colegio donde inscriben al hijo, con la empresa de turismo que se encargará de llevarlo en vacaciones, con el sanatorio que prestará un servicio médico o quirúrgico a aquél, etcétera. En tales casos, no puede sostenerse que los padres actúan como

representantes de sus hijos, pues a través de esos negocios, están cumpliendo con deberes que le son propios: cuidar la salud, la educación, el esparcimiento, etc., de los hijos. De manera que no son hijos quienes asumen, en virtud de tales negocios, las obligaciones que implican las contraprestaciones a que se obligó el padre. Pero, indiscutiblemente, los hijos son los beneficiarios de las prestaciones de los terceros con quienes sus padres contratan.(...) En esta forma negocial, el estipulante (el padre), contrata con el promitente, que se compromete a determinada prestación (por ejemplo, el colegio o el sanatorio que prometen un servicio de educación o de atención médica) en beneficio de un tercero (el hijo) convertido así en el beneficiario del contrato" (Bossert, Gustavo A., "Contratos en interés del hijo menor", LL, 1991-B-773).

Esta última constatación es fundamental para fundar la responsabilidad contractual (en los términos de la ley 24.240) de las empresas demandadas, pese a que en el caso se produjo el deceso del hijo de los actores. Los padres del menor no actúan en la especie en tanto damnificados directos en la esfera extracontractual, sino como contratantes insatisfechos, en la medida en que habían contratado -en nombre del menor, pero también a título personal- la atención médica de su hijo.

Concluyo, entonces, que resulta aplicable al sub lite la ley 24.240 y las normas que con ella se integran. Y aunque resulte sobreabundante, señalo que esta afirmación es independiente de que las partes hayan o no invocado dicho microsistema legal pues, como es sabido, corresponde al juez determinar el derecho aplicable a los hechos planteados por los litigantes, más allá de la calificación que éstos les hayan asignado (iura novit curia). Adicionalmente, surge del art. 63 de la norma citada que se trata de una ley de orden público y, como tal, debe ser aplicada de oficio por el juez.

b) Sistema de responsabilidad de las demandadas por el hecho de los médicos que emplean para cumplir sus obligaciones.

De más está decir que, de probarse la defectuosa actuación de la médica demandada, ello haría responsable -además de a la profesional- a las empresas demandadas y la clínica. Como lo ha decidido esta sala con anterioridad (L. n° 581.002, "Leguizamón, Hilda del Valle c/ De La Fare, Mauricio y otros", del 8/3/2012; idem., L.n° 571.184, "Peralta, Ricardo, c/ Obra Social Ferroviaria", del 23/2/2012), para llegar a esta conclusión, no es preciso recurrir -un tanto ficticiamente- a la teoría de la obligación de seguridad, ni de la estipulación a favor de terceros, sino que basta con constatar que la empresa de medicina prepaga y el nosocomio siguen siendo los deudores de las prestaciones médicas -aunque las hagan ejecutar materialmente por otro-, y en esa medida (es decir, en su carácter de deudoras) responden naturalmente por el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea el sujeto que de hecho haya materializado esa inexecución (vid. mis trabajos La singularidad de la responsabilidad contractual, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 29 y ss.; y "Responsabilidad civil en un caso de transfusión de sangre contaminada", RCyS, agosto de 2006, p. 42; Bénac-Schmidt, Françoise y Larroumet, Christian, "Responsabilité du fait d'autrui", en Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil, París, 2002, t. IX, p. 4 ; Durry, Georges, informe conclusivo en La responsabilité du fait d'autrui, Responsabilité Civile et Assurances, noviembre de 2000, p. 63 ; Rémy, Philippe, "La 'responsabilité contractuelle': histoire d'un faux concept", Revue trimestrielle de droit civil, 1997-323, p. 346; Starck, Boris - Roland, Henri - Boyer, Laurent, Droit civil. Les obligations, Litec, París, 1996, t., t. 2, p. 709; Flour, Jacques - Aubert, Jean L. - Savaux, Éric, Les obligations, Armand Colin, París, 2002, t. 3, p. 132/133 ; Larroumet, Christian, "Pour la responsabilité contractuelle", en Le droit privé français à la fin du XXe siècle, obra

en homenaje a Pierre Catala, Litec, París, 2001, p. 15 ; Jordano Fraga, Francisco, La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento, Civitas, Madrid, 1994 ; Lorenzetti, La empresa médica, cit., p. 113, 117/118 y 426 y ss. ; Ramella, Anteo, ponencia presentada en las I Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1967; Trigo Represas, Félix A. y Stiglitz, Rubén S., "El daño moral en el incumplimiento contractual.El contrato forzoso y la relación paciente-obra social", LL, 1985-B-156; Kemelmajer de Carlucci, Aida, Daños causados por los dependientes, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 41; Pizarro-Vallespinos, Obligaciones, cit., t. 3, p. 157; Banchio, Enrique C., Responsabilidad obligacional indirecta, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 66; Tobías, José W., "El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas", LL, 1983-b, 1143).

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la obligación principal del establecimiento asistencial no se agota en la provisión de los profesionales necesarios para la atención del paciente, sino que consiste en prestar al enfermo el servicio médico en su totalidad, desarrollando un plan de conducta diligente a fin de obtener el resultado perseguido por el acreedor, el cual, obviamente, no se encuentra garantizado, dado que se trata de una obligación de medios. En otros términos, el plan de conducta que lleva adelante el facultativo constituye, en realidad, la ejecución de la obligación principal a cargo del establecimiento asistencial, razón por la cual su inexacto cumplimiento comprometerá la responsabilidad de este último, no por el incumplimiento de una obligación de seguridad, sino por el de la mencionada obligación principal. Es allí donde adquiere relevancia la culpa del médico en el desarrollo del plan de conducta, pues dicho plan es lo debido por el ente asistencial, y será este último quien responderá, en el marco del contrato, por su propio incumplimiento (Sáenz, Luis R. J., "La responsabilidad de las clínicas, hospitales y demás establecimientos asistenciales en el marco de la ley de defensa del consumidor", en Picasso, Sebastián - Vázquez Ferreyra, Roberto A., Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, ps.626 y ss).

Por ello, coincido con Lorenzetti en que la relación entre la clínica, el paciente y el médico no puede analizarse como una estipulación a favor de terceros, porque los dos centros de interés principales son los del paciente que paga y los de la entidad médica que presta el servicio. El problema a resolver se vincula entonces con esta relación jurídica y no con la que se entabla entre el médico y la clínica con efectos subsidiarios hacia terceros. El paciente no es tercero, sino parte. Por lo demás, en la estipulación a favor de terceros el tercero adquiere un beneficio cuya extensión está vinculada al contrato base, mientras que en el contrato médico hay una contraprestación y no un mero beneficio, y la extensión del vínculo se determina en función de aquella reciprocidad. Si fuera un mero beneficiario, el paciente solo podría adherir y no discutir nada, y se desvirtuaría la noción de consentimiento informado. Por ello, en virtud de la estructura del vínculo obligatorio, 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 aquella (Lorenzetti, La empresa médica, cit., p. 334 y ss.).

Esta es la posición de la jurisprudencia francesa, que descarta la aplicación de la estipulación a favor de terceros y considera que la clínica es la única deudora de las prestaciones médicas, y en tal carácter responde en forma directa por su incumplimiento (Corte de Casación, primera Sala civil, 4/6/1991, Gazette du palais, 1992-II-503, con nota de François Chabas; Revue trimestrielle de droit civil, 1992-123,

con nota de Patrice Jourdain; JCP, 1991-II-21730, con nota de Jean Savatier; Idem., 26/5/1999, JCP, 1999-II-10112; Droit et Patrimoine, n° 73, julio-agosto de 1999, p.84, con nota de François Chabas; Défrenois, 1999-1334, con nota de Jean-Luc Aubert; Dalloz, 1999, somm., n° 386, con nota de Jean Penneau; Idem., 9/4/2002, JCP, 2002-I-186, con nota de Geneviève Viney; Responsabilité civile et assurances, 2002, chron. n° 13, con nota de Christophe Radé; Revue trimestrielle de droit civil, 2002-516, con nota de Patrice Jourdain ; Droit et Patrimoine, n° 106, p. 96, con nota de François Chabas ; Idem., 13/11/2002, Gazette du palais, 7-8/3/2003, jurisp., 42, con nota de François Chabas ; Dalloz, 2003, somm., n°460, con nota de Patrice Jourdain; Tribunal des Conflits, 14/2/2000, JCP, 2001-II-10584. Vid. al respecto mi trabajo "La responsabilité contractuelle du fait d'autrui dans la jurisprudence récente, en particulier dans le domaine du droit médical", Gazette du Palais, n° 126/127, 5/6 de mayo de 2004, y Welsch, Sylvie, Responsabilité du médecin, Litec, Paris, 2003, p. 223 y ss.).

Ahora bien, esta sala ha señalado que, por expresa previsión del art. 10 "bis" de la ley 24.240, las obligaciones del proveedor tienen el carácter de un deber de resultado (L. N° 587.865, "Duvidovich Gallo, Patricia Adriana c/ Valle de Las Leñas S. A. y otro s/ Daños y Perjuicios", del 19/4/2012). Sin embargo, es sabido que la prestación principal a cargo de los médicos es -en principio- de medios, puesto que solo se comprometen a la realización de un comportamiento diligente para alcanzar el resultado esperado por el paciente, que no se encuentra afianzado, dada su aleatoriedad (Bueres, Alberto J., Responsabilidad civil de los médicos, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 469 y ss; esta sala, 16/7/2004, RcyS 2004-113; ídem, Sala C, 1/6/2004, LL 2004-F, 206; ídem, Sala B, 4/3/2004, RcyS 2004-IV, 70; ídem, Sala D, 30/9/1998, sum. 0011916, Baselsis; CNCiv y Com. Fed, Sala 3, 26/8/1992, JA 1993-I, 301; CCiv. Com.Azul, Sala II, 11/3/2004, LLBA 2004-630, entre muchos otros precedentes).

Así las cosas, y dado que sería descabellado sostener que la aplicación de la ley 24.240 -y en particular, de su art. 10 "bis"- conduce a objetivar la responsabilidad de las clínicas y las empresas de medicina prepaga en lo atinente a las prestaciones puramente médicas, es preciso interpretar que, en estos casos, debe hacerse una excepción a aquella regla, con fundamento en la ratio legis del art. 2 de la ley 24.240. En efecto, si bien dicha norma excluye del alcance de la mencionada ley a los profesionales liberales (entre los que, naturalmente, se encuentran los médicos) pero no a quienes ofrecen prestaciones médicas bajo una organización empresaria, lo cierto es que aquella exclusión permite advertir que las normas de la Ley de Defensa del Consumidor que estructuran la responsabilidad del proveedor (arts. 5, 10 "bis", 40, etc.) están concebidas para el caso de incumplimiento de obligaciones distintas de las que corresponden típicamente a los profesionales liberales y que, como ya lo señalé, tienen la naturaleza de un deber de medios. So pena de adoptar una solución irrazonable, hay que entender entonces que ello excluye también la posibilidad de aplicar la responsabilidad objetiva dimanante del art. 10 "bis" de la ley citada a las prestaciones puramente médicas comprometidas por las clínicas y las empresas de medicina prepaga.


En otras palabras, mientras que, por caso, la obligación de seguridad, o las prestaciones paramédicas y las referidas a servicios de hotelería se encuentran regidas por el mencionado art. 10 "bis", las que involucran la atención médica del paciente en sí misma deben seguirse considerando deberes de medios, razón por la cual es preciso, para comprometer la responsabilidad de una clínica -o de una empresa de medicina prepaga- acreditar la culpa del facultativo que aquella haya puesto a ejecutar

materialmente las obligaciones que asumió frente al paciente.

c) Encuadre de la responsabilidad de la médica demandada. Descartada la aplicación al caso de la teoría de la estipulación a favor de terceros, y sentado que -a salvo los casos en los que el enfermo elige y contrata personalmente al médico que lo habrá de atender, aunque integre la cartilla de una obra social o empresa de medicina prepaga- la relación contractual se anuda exclusivamente entre el paciente y la clínica y/o la empresa de medicina prepaga, corresponde preguntarse qué normativa se aplicará a la responsabilidad de la médica demandada.

Como agudamente lo señala Jourdain: "proporcionando sus cuidados a un cliente de la clínica un médico asalariado de aquélla no ejecuta una obligación que habría contratado libremente frente al paciente, sino la prestación de trabajo a la que se comprometió frente al establecimiento" (Jourdain, Patrice, "Vers une responsabilité contractuelle des établissements hospitaliers privés du fait des médecins qu'ils emploient", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992-123; la traducción es mía). En el mismo sentido, señala Jean Savatier que el paciente no se vincula con el médico por su libre elección, sino por la confianza que acuerda al establecimiento de salud. En todos los casos -añade- los cuidados impartidos por el galeno tienen lugar en el marco de una organización compleja, y muchas veces el enfermo ignora, al momento de ser hospitalizado, en qué servicio será atendido, y quiénes son los médicos que se desempeñan en él (Savatier, Jean, comentario en *Juris Classeur Périodique*, 1991-II-21730). Parece difícil, en esas circunstancias, hablar de un consentimiento de su parte. Con criterio se preguntaba en ese sentido Leonardo Colombo qué convención puede haber entre el individuo atropellado por un automóvil y el cirujano que lo auxilia en el nosocomio al cual es conducido (Colombo, Leonardo A., *Culpa aquiliana, La Ley*, Buenos Aires, 1944, p. 233/234).

Por ello, como lo he señalado con anterioridad (vid. mi obra *La singularidad de la responsabilidad contractual*, cit., p.207 y ss.), entiendo que corresponde considerar que el médico que atiende a un paciente en el marco de una institución hospitalaria no celebra con él ningún contrato, razón por la cual su responsabilidad debe enmarcarse en la órbita aquiliana (Lorenzetti, *La empresa médica*, op. y loc. cit.; Tobías, José W., "En tomo a la responsabilidad civil de los médicos", *E. D.*, 84-832; ídem, "El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas", op. y loc. cit.; Savatier, René, *Traité de la responsabilité médicale en droit français*, *Livraison Générale de Droit et Jurisprudence*, Paris, 1951, t. II, p. 403; Mémeteau, Gérard, "Contrat hospitalier et obligation de soins", *Revue de droit sanitaire et social*, 1988-517 ; Auby, Jean-Marie, *Le droit de la santé*, *Themis*, Paris, 1981, p. 357). Esta es la postura adoptada por la Corte de Casación francesa a partir de los precedentes que ya he citado (vid. Welsch, Sylvie, *Responsabilité du médecin*, *Litec*, Paris, 2003, p. 223 y ss.).

En el caso, teniendo en cuenta que la Dra. Gladys Norma Godoy atendió al niño en su carácter de dependiente de la clínica demandada -esto es, que no existió un contrato particular entre ella y los actores-, corresponde enmarcar su responsabilidad en los arts. 1109  y concs. del Código Civil.

V.- En función de lo que acabo de exponer, corresponde determinar si existió una

conducta negligente de la médica ya mencionada en la atención del paciente.

Y aquí se encuentra el quid de la cuestión debatida en la causa. En este sentido, cabe recordar que no se encuentra controvertida en autos la existencia de la dolencia que padecía el menor, la asistencia por parte de la profesional en el marco de la clínica demandada, y el descubrimiento de la enfermedad que padecía el paciente en ocasión en que fue atendido en el Hospital Garrahan. Las cuestiones controvertidas son -en síntesis- las siguientes: a) si la Dra. Godoy pudo haber detectado, actuando con la diligencia debida, la existencia de la dolencia que sufría el paciente; y b) si existía la probabilidad de curación del menor, de haber existido un acertado diagnóstico por parte de la experta; es decir, si el enfermo contaba con chances de sobrevivida.

VI.- Liminarmente, y previo a ingresar en el tratamiento de la primera cuestión planteada, no puedo menos que poner de resalto que habría resultado de suma utilidad, a fin de dilucidar los hechos del caso, la intervención del Cuerpo Médico Forense. Efectivamente, existen diversos informes técnicos en autos que -como lo expondré posteriormente- resultan, al menos, parcialmente contradictorios. Sin embargo, y pese a lo solicitado por este tribunal -que fue acompañado por un relato pormenorizado de las constancias obrantes en la causa-, la Corte Suprema de Justicia de la Nación denegó el pedido que se le formuló para dar intervención a dicho cuerpo de expertos.

Es cierto que este tribunal podría haber hecho uso de las facultades que le confiere el ordenamiento adjetivo para, ante la negativa antes mencionada, desinsacular a un nuevo perito para que se expidiera sobre los hechos controvertidos. Sin embargo, adoptar esa solución no habría arrojado luz sobre el caso sino que, por el contrario, lo habría complicado. Adviértase, en este sentido, que se habría tratado de una nueva opinión, con la misma validez científica que la del informe pericial ya realizado, y que, en caso de reflejar otra postura científica, habría conducido al mismo problema que ahora se presenta en la causa. De allí, reitero, la importancia que revestía en el caso la intervención del Cuerpo Médico Forense, pues se trata de un órgano imparcial auxiliar de la justicia, cuyos miembros son designados de acuerdo a sus antecedentes y especialidad, lo que permite aceptar sus conclusiones, siempre y cuando el dictamen es coherente, categórico y fundado en principios técnicos, dada la reconocida autoridad científica que dicho cuerpo posee (esta sala, 9/12/2008, "Cocco, Osmar c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados"; esta cámara, Sala J, 22/11/2011, "Lugo, Ernesto Fabián c/ Suárez, Ramón Eusebio s/ daños y perjuicios", La Ley Online).

No queda más remedio, entonces, que expedirse sobre la cuestión planteada a la luz de las constancias obrantes en el expediente.

VII.- Sentado lo que antecede, adelanto que coincido con el magistrado de grado en que existió una conducta negligente de parte de la Dra. Godoy en la atención del paciente.

No se me escapa que el dictamen pericial obrante a fs. 333/349 conduciría a una conclusión distinta, pues el experto designado de oficio sostuvo expresamente que el tumor que padecía el menor no dio señales de existencia durante los dos primeros años, y que no había signos suficientes para considerar que podía haber un tumor de la magnitud de un neuroblastoma. Asimismo, afirmó dicho perito: "En mi experiencia de

treinta años como pediatra y por haber actuado en muchos lugares comunes (.) Nunca me crucé con un neuroblastoma y hago saber a V.S. que por los síntomas presentados por el niño Teo Nicolás a lo largo de los dos años de atención en la Clínica Bessone, ninguno de los profesionales actuantes podía imaginarse que el niño pudiera presentar un cuadro tumoral" (vid. fs.336).

Al respecto, cabe poner de resalto que, en esta clase de pleitos, en los que se debaten cuestiones ajenas al ordinario conocimiento de los jueces, la pericia médica adquiere singular trascendencia, de modo que tanto los hechos comprobados por los expertos como sus conclusiones deben ser aceptados por el sentenciante, salvo que se demuestre la falta de opinión fundante o de objetividad, para lo cual quien impugna debe acompañar la prueba del caso, pues al respecto ni el puro disenso, ni la opinión meramente subjetiva del impugnante podrían ser razonablemente atendibles para poner en tela de juicio la eficacia del dictamen. Por el contrario, se requiere para ello demostrar fehacientemente que el criterio pericial se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (esta sala, Libre n° 530.868, Devis Echandía, Hernando, Compendio de la Prueba Judicial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. II, ps. 112 y ss.).

Ahora bien, considero que, en este caso particular, las consideraciones que expresa el experto ya citado precedentemente se ven controvertidas por las restantes pruebas aportadas a la causa, que conducen a adoptar una conclusión distinta a la de aquel.

En este sentido, resultan de particular relevancia las constancias obrantes en la historia clínica del menor, confeccionada en la Clínica Bessone, que da cuenta de las diversas afecciones por las cuales los padres del niño requirieron su atención, y de que la enfermedad que padecía no fue detectada en ningún momento.

En este sentido, y como ya lo puso de resalto el magistrado de grado, resultan de particular relevancia las constancias posteriores al 18 de julio de 2003, que, dentro de lo escueto de la información existente en la historia clínica, consignan que el niño padecía dermatitis seborreica (vid. fs. 71 de los autos "T. A. R.c/ Clínica Bessone s/ Exhorto", reservados en sobre; todas las fojas que se citan a continuación en esta enumeración son extraídas del mismo expediente). Posteriormente, el 2 de septiembre de 2003 concurrió el menor a la clínica, por padecer de "secreción purulenta en ojos", frente a lo cual se diagnosticó la existencia de conjuntivitis, sin solicitar estudios (vid. fs. 73). El 9 de octubre del mismo año el menor fue atendido por padecer de un estado febril, y se lo halló irritable, con otitis aguda en el oído derecho, ante lo cual no se realizan exámenes ampliatorios (vid. fs. 74). Luego, el 25 de marzo de 2004 el paciente fue atendido por padecer de anemia, ante lo cual se le recomendó un tratamiento con sulfato ferroso, sin que haya existido un segundo diagnóstico, o exámenes ampliatorios (vid. fs. 79). El 1 de mayo de 2004 la historia clínica da cuenta de que el niño ingresó a la guardia por padecer de una gastroenteritis aguda, pero tampoco en esa oportunidad se solicitaron estudios complementarios. Asimismo, se dejó constancia de que el paciente tenía abdomen blando (vid. fs. 82). Al día siguiente, el menor fue conducido a la guardia con diarrea, vómitos y deshidratación, a lo cual se recomendó su internación (vid. fs. 83). El 3 del mismo mes el niño permaneció internado con antecedentes de tres días de diarrea y vómitos en intolerancia oral. Se realizó un estudio de laboratorio con los resultados que allí se indican y, al momento del egreso, se le recetó como tratamiento una dieta hipofermentativa y reposición de pérdidas con sales de rehidratación, con seguimiento ambulatorio por la pediatra de cabecera en el término de 48 horas (vid. fs. 84). Dos

días después el paciente fue atendido por la Dra. Godoy, quien, luego del examen físico, dejó constancia de que el menor se encontraba mejor, decaído aún, sin vómitos, y persistía con deposiciones líquidas, se alimentaba menos, no estaba tomando sales. El 7 de mayo del mismo año la galena demandada atendió nuevamente al niño, con resultados similares a su última intervención (vid. fs. 85). El 11 de mayo de 2004 el paciente fue atendido por la falta de movilidad en su brazo izquierdo. Ante ello, sin realizársele otros estudios, se le practicó una placa radiográfica, y se lo remitió a Traumatología (vid. fs. 86). El 25 de julio de 2004 el niño fue tratado por el Dr. Guillermo Bove, ante un nuevo problema de dolor en el brazo, y se retiró con una mejoría (vid. fs. 90). El 17 de septiembre de 2004 T. N. T. fue nuevamente conducido a la clínica por sus padres, y fue atendido por la médica aquí demandada, quien detectó fiebre, con angina roja, y resto del examen normal. El 10 de octubre de 2004, a su vez, y con intervención de la Dra. Ramos Beltran, se detectó una diarrea aguda de 48 hs. de evolución, y se diagnosticó una gastroenteritis, sin efectuarse tampoco esta vez estudios complementarios (vid. fs. 92). El 2 de febrero de 2005 el niño fue nuevamente atendido por la Dra. Godoy, quien advirtió, en el examen físico, palidez, distensión abdominal, poco progreso ponderal desde hacía dos meses. La médica ordenó, como estudios complementarios, marcadores para celiaquía, hepatograma, hemograma y orina proteinograma (vid. fs. 95). Nuevamente el paciente fue atendido el 4 del mismo mes, detectándose dolor abdominal y vómitos, ante lo cual se diagnosticó gastroenteritis, sin que se hayan realizado mayores estudios (vid. fs. 96). Los días 5, 7 y 18 de febrero de 2005 el menor fue atendido por la Dra. Godoy, quien advirtió en el examen físico una mejoría del paciente, con buena tolerancia oral, sin otro foco infeccioso y con distensión abdominal (el 7/2/2005). Finalmente, el último de los días antes mencionados la demandada detectó que el paciente presentaba palidez, un peso de 11 kilogramos, distensión abdominal y heces desarmadas. El tratamiento fue el de probable celiaquía (vid. fs.97).

A partir de dicho momento, cobran particular trascendencia las constancias obrantes en la historia clínica confeccionada en el Hospital de Pediatría Juan P. Garrahan, donde los padres llevaron al menor a atenderse, a partir del 21 de febrero del año 2005. En la primera atención, se dejó constancia de que el diagnóstico presuntivo era una tumoración abdominal en estudio (vid. fs. 21 vta. de las diligencias preliminares). En la atención previa, se detectó un abdomen prominente, aunque blando, indoloro (fs. 21 de ese mismo expediente).

Reseñadas las historias clínicas, en cuanto es relevante para la solución del caso, corresponde traer a colación el informe vertido por la Asociación Civil Argentina de Cirugía Infantil obrante a fs. 500/501, que da cuenta de que: a) la posibilidad de supervivencia de un niño con la dolencia de autos es, aproximadamente, del 32%, pero esto depende de su estadio. En el grado I de la enfermedad, la supervivencia es del 100%, en el grado II, del 81%, en el grado III, del 38%, en el grado IV, del 12% y en el estadio IV-S, del 81%; b) en los neuroblastomas de ubicación abdominal, puede encontrarse una masa palpable, dolor abdominal, anemia, pérdida de peso, desnutrición, hipertensión por secreción de catecolaminas, signos y síntomas neurológicos por compresión medular o de nervios espinales, etc.; c) una masa palpable se encuentra en cerca del 50% de los pacientes, dependiendo de la localización dentro del abdomen, y la palpación puede ser difícil hasta que alcance cierto volumen; d) el grado de malignidad del tumores determina por el estudio histológico, lo cual requiere contar con una muestra del mismo para ser estudiado por un patólogo; y e) el pronóstico de neuroblastoma es difícil de determinar dado su carácter evolutivo impredecible, pero la edad y el estadio al momento del diagnóstico

son los datos más importantes.

Por su parte, el Hospital Gutierrez informó a fs. 504 que: "La sintomatología que caracteriza a este tumor es la evidencia palpable de la masa abdominal si está localizado o los signos de metástasis según localización como palidez, dolor óseo, mal estado general, disminución de peso, irritabilidad, coloración violácea alrededor de los ojos". Asimismo, puso en conocimiento del tribunal que la masa tumoral puede ser palpable o no según su tamaño.

A similares conclusiones arribó la Academia Nacional de Medicina en su informe de fs. 520.

VIII.- Resta reseñar, a los fines del análisis del presente caso, el informe producido por el Hospital Gutierrez a fs. 697/698, que reviste mayor trascendencia que los mencionados al final del considerando anterior, por dos razones: a) porque fue producido teniendo a la vista las constancias de la causa; y b) porque se trató de respuestas efectuadas frente a las preguntas que realizó el magistrado que intervino en la causa, en virtud de la medida para mejor proveer que ordenó a fs. 652/653.

Ahora bien, en dicho dictamen se hizo saber al juzgador de primera instancia que es probable que el tumor pudiera ser palpable en los días inmediatos previo a su detección en el Hospital Garrahan, pero no resulta posible precisar con cuánta anterioridad. Asimismo, se puso de resalto que la historia clínica resulta incompleta, en cuanto a que no constan los diagnósticos diferenciales. Por otra parte, el mencionado nosocomio informó que el neuroblastoma es un tumor que se caracteriza por su rápido crecimiento, y puede estar diseminado al momento del diagnóstico, y que en el 78% de los niños mayores de un año tienen estadios avanzados de la enfermedad al diagnóstico. Agregó que, dado que la historia clínica confeccionada en la Clínica Bessone es incompleta, ello sugeriría que los cuadros de investigación lo fueron en su momento. En este mismo sentido, sostuvo que la repetición en los síntomas gastrointestinales del paciente, como así también las diversas dolencias que presentó, tornaban necesaria la realización de estudios y/o interconsultas para ir descartando otras patologías y descubrir su origen. En cuanto a la pregunta referida a si, de haberse detectado el tumor en octubre del 2004, el pronóstico y la evolución del paciente podrían haber sido mejores, la institución médica respondió que no le constaba que en esa fecha haya existido evidencia del tumor y, por lo tanto, el pronóstico y la evolución del paciente no pueden determinarse. Finalmente, y en cuanto a si era razonable o adecuado en ese estadio ordenar diagnósticos diferenciales para descartar otras patologías, se contestó que si, dada la baja incidencia de la patología tumoral en la población pediátrica (vid. fs. 697/699).

En particular respecto de este medio probatorio, se agravió la Dra. Godoy, sosteniendo que no era el medio adecuado para obtener dicha información, pues debió haberse producido una nueva prueba pericial de oficio, en su caso.

Al respecto, cabe poner de resalto que no se advierte cuál sería el gravamen que la producción de dicho medio probatorio, por la vía utilizada, habría ocasionado a la codemandada mencionada en último término, máxime cuando no cuestionó el auto mediante el cual se ordenó la producción de dicho informe (vid. fs. 652/653) y, en la oportunidad pertinente, se corrió traslado de él a las partes, a fin de que formularan las objeciones que consideraran pertinentes (vid. fs. 701), lo cual efectivamente hicieron (vid. fs. 709/714).

IX.- Los elementos de prueba reseñados conducen a apartarse del dictamen efectuado por el Dr. Caputo pues, como lo señala el Sr. magistrado de grado, la pericia no resulta eficaz a fin de dilucidar la verdad jurídica objetiva traída a conocimiento de este tribunal.

En primer lugar, cabe poner de resalto que el perito señala que no comprende como ".se pudo determinar que el tumor tenía 5 meses de evolución, cuando no había un parámetro anterior dado que el niño había tenido por primera vez la consulta en el Garrahan el 21/2/2005" (vid. fs. 344, segundo párrafo). Sin embargo, la respuesta a ese cuestionamiento surge evidente de la historia clínica confeccionada en dicho nosocomio, pues la información que refiere el experto es la que consta en el resumen de la historia clínica, y no en el texto de ella (vid. fs. 19). En efecto, al momento en que T. N. T. ingresó a dicho establecimiento asistencial, el diagnóstico inicial fue el de "tumoración abdominal en estudio", pero los galenos que intervinieron en su atención en ningún momento señalaron el plazo al cual se refiere el perito.

A su vez, el auxiliar de la justicia señala que el 3 de mayo de 2004 se solicitó una interconsulta con nefrología y con gastroenterología, lo cual no encuentra sustento en las constancias obrantes en la historia clínica (vid. fs. 340 de este expediente y 82/83 de la historia clínica confeccionada en la Clínica Bessone

Por otra parte, no se comprende cómo es que el perito arriba a la conclusión de que el tumor no dio señales de su existencia cuando, al mismo tiempo, sostiene que: "Los estudios complementarios realizados al menor en la Clínica Bessone no fueron semejantes ni iguales, solamente lo fue un hemograma" (respuesta a la pregunta 5 del cuestionario de la actora, vid. fs.338). Es decir, difícilmente pudo conocer si era o no detectable la dolencia en el nosocomio aquí demandado cuando ni siquiera se realizaron allí análisis similares a los efectuados en el hospital donde se descubrió la patología.

Tampoco el experto funda, ni siquiera mínimamente, en qué sustenta su afirmación en el sentido de que se solicitaron los estudios complementarios necesarios en la oportunidad en qué se atendió al niño en la clínica demandada (vid. fs. 339). Más aún, en la respuesta a la pregunta 12, el propio perito reconoce que no surge de la historia clínica que se hayan realizado interconsultas (vid. fs. 340).

Coadyuva a esta conclusión el hecho de que el perito afirma que si el tumor se hubiera diagnosticado con antelación a la primera consulta en el Garrahan, y el estadio del tumor era el mismo, el desenlace final no habría cambiado, porque no se habría podido hacer más de lo que se hizo (vid. fs. 342). No se advierte en qué sustenta el perito, tampoco en este aspecto, la conclusión a la que llega. Ello así pues, por un lado, no fundamenta dicha afirmación, ni siquiera mínimamente y, por el otro, al no existir ninguna constancia en cuanto a la evolución de la enfermedad con anterioridad a la atención del menor en el Hospital Garrahan, no surge de autos en qué prueba pudo haber sustentado dicha conclusión.

Finalmente, resta eficacia probatoria al dictamen médico producido en autos el hecho de que el experto afirme con tanta vehemencia, y con soporte en su experiencia personal -lo cual resulta a todas luces improcedente, pues se exigía de él la exposición

del estado del arte de acuerdo a los cánones comúnmente aceptados en la medicina-, que los síntomas presentados por el menor no pudieron conducir a los galenos que lo atendieron a la conclusión de que el niño presentaba un cuadro tumoral, cuando, en el mismo apartado, reconoce que nunca se cruzó con un neuroblastoma (vid. fs.336). Es decir, si nunca tuvo experiencia con este tipo de dolencias, ¿cómo pudo conocer a través de su experiencia cuáles son los síntomas que ella presenta?.

Por ello, concuerdo con el magistrado de grado, en cuanto a que el dictamen pericial médico realizado en autos no resulta eficaz a fin de echar luz sobre los hechos debatidos en la causa.

X.- Descartado el dictamen pericial, la restante prueba producida en autos, y en particular el informe vertido por el Hospital Gutiérrez, da cuenta de la negligencia en la que incurrió la Dra. Godoy en la atención del menor.

Sobre este aspecto del debate, corresponde indicar, en primer lugar, que carece de asidero el agravio vertido por dicha profesional en cuanto a que no era la médica de cabecera del menor. Y para controvertir dicha afirmación basta con la lectura de las constancias obrantes en la historia clínica confeccionada en la Clínica Bessone, en donde se dejó expresa constancia, luego de la externación del menor del día 3 de mayo de 2004, de que el tratamiento debía continuar con el seguimiento ambulatorio que debía realizar la "PED DE CABECERA EN 48 HS." (sic, vid. fs. 84 in fine). Y, efectivamente, transcurridos dos días el paciente fue atendido, justamente, por la Dra. Godoy (vid. fs. 85).

Asimismo, la serie de intervenciones que dicha médica tuvo en el tratamiento del menor permite advertir, a todas luces, que se trataba, justamente, de su pediatra de cabecera, lo que quita todo sustento al planteo que realizó al respecto.

Por otra parte, el primer indicio que permite presumir la negligencia de la médica en la atención del paciente es que, como ya ha sido reseñado, no detectó el neuroblastoma que padecía el menor el 18 de febrero del año 2005, mientras que, en la primera atención en el Hospital Gutiérrez, que sucedió nada más que tres días después (el 21 del mismo mes), se diagnosticó la existencia de una tomoración abdominal en estudio. Así, es sorprendente que, con esa breve diferencia de días, la experta que trataba al infante desde hacía más de un año no haya detectado la dolencia, mientras que el nosocomio en que lo atendieron en segunda instancia la advirtieron inmediatamente.

Sobre esta cuestión en particular, y volviendo -aunque sea un momento- al dictamen pericial practicado en la causa, llama mucho la atención que el perito, frente a la pregunta referida a cómo pudo detectarse la dolencia, cuando antes resultó imposible, a solo tres días del ingreso del menor en el Hospital Gutiérrez, haya manifestado que ello se debió a que "El cuadro se agravó entre ambas consultas" (vid. fs. 341), sin brindar mayor sustento a dicha afirmación.

Además de ello, surge de la historia clínica practicada -que, como queda dicho en el informe vertido por el Hospital Gutierrez, es incompleta- que no se realizó ninguna interconsulta respecto del estado de salud del menor, pese a la síntomas que presentó

a lo largo del tiempo (anemia, vómitos, diarrea, etc.).

Sobre este punto, resulta importante recordar que el diagnóstico no se agota en un solo acto, sino que se prolonga en el tiempo, por lo cual es también culpable el facultativo que, luego de haber cometido un error de diagnóstico que podría ser excusable, deja transcurrir los días sin revisar esa apreciación inicial, frente a la ausencia de mejoría del paciente (López Mesa, Marcelo J. - Trigo Represas, Félix A., Responsabilidad civil de los profesionales, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, p 480; vid. asimismo mi trabajo "Error y culpa médica", en Kemelmajer de Carlucci, Aída (Dir.), Responsabilidad civil. Liber amicorum a Francois Chabas, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 284). En palabras de Lorenzetti: "el diagnóstico es un proceso y no un acto. De tal modo, requiere de estudios, verificaciones y correcciones (...) El médico puede incurrir en culpa si no verifica, si no sigue el proceso, si no investiga las posibilidades de error (si éstas son razonables) y las corrige" (Lorenzetti, Ricardo L., Responsabilidad civil de los médicos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, t. II, p. 54).

En este estadio del análisis, cabe destacar que no se me escapa que la demandada sostuvo en su memorial que es una médica de guardia y que, por lo tanto, no se le puede exigir la misma diligencia que al resto de los profesionales en el examen del paciente. Sin embargo, aún cuando se considere -por vía de hipótesis- que revestía dicho carácter al atender al niño, ello no la excusaba de solicitar los estudios pertinentes y realizar las interconsultas necesarias para descartar la existencia de otras dolencias que a primera vista le hayan parecido que presentaba el menor, máxime teniendo en cuenta la persistencia en las enfermedades que sufría el niño. Sobre esta cuestión, es lapidario el informe de fs. 697/699 en cuanto a que, dada la repetición de los síntomas gastrointestinales del paciente, se debieron haber realizado estudios de diagnóstico etiológico y demás interconsultas a fin de realizar un diagnóstico más profundo.

Es que el hecho de que se trate de un médico de guardia no excusa al galeno de solicitar los análisis que resultan pertinentes, ni de realizar las interconsultas necesarias, a fin de determinar un diagnóstico adecuado de la dolencia que sufre el paciente.

Más allá de ello, las circunstancias antes mencionadas, como las diversas atenciones a las cuales fue sometido el menor con la intervención de la médica antes citada, resultan concluyentes en cuanto a que la Dra. Godoy no era, en cuanto a la atención del niño, una simple médica de guardia, sino que, por el contrario -y como ya lo he dicho-, era la médica de cabecera del menor T.G.

Por otra parte, no coadyuva a la postura sustentada por la médica el hecho de que ella no haya participado en la atención del menor durante el tiempo en que éste estuvo internado. Es más, tratándose de un tratamiento efectuado en la clínica en la que ella atendía, resulta sorprendente que no haya participado de la atención del niño, máxime en la situación en la que se encontraba.

Por otra parte, no puede excusarse la experta en el hecho de que, según alega, los padres no realizaron los estudios que indicó al menor. Ello así pues no existe constancia alguna en la causa que dé sustento a sus afirmaciones y, a su vez, y dada la complejidad de la dolencia que afectaba al niño, debió extremar los recaudos para

que dichos estudios se realizaran.

Tampoco revierte la situación de la profesional la afirmación de que no fue la única médica que atendió al paciente, por dos razones. En primer término, pues fue -como ya lo he expuesto- la médica de cabecera del menor, y la que en más oportunidades lo atendió, lo que permite concluir que, con la debida diligencia, debió haber detectado la enfermedad que lo aquejaba, o al menos haberse representado la necesidad de efectuarle estudios complementarios o proceder a interconsultas. En segundo lugar, pues, aún cuando los restantes facultativos puedan también haber sido negligentes, lo cierto es que, al haber contribuido causalmente con su culpa a la producción del daño, resulta de aplicación a la demandada el art. 1081 del Código Civil, que establece la solidaridad de todos los coautores de un delito o cuasidelito. Sobre este último aspecto, se ha decidido que, si existe un diagnóstico errado por parte de varios galenos, ellos son responsables en forma solidaria por los daños que sufrió el paciente (esta cámara, Sala M, 7/10/2011, "A., R. c/ P., R. E.y otros", RCyS 2012-III, 276).

En este sentido, cabe recordar que, como lo ha señalado la doctrina, entre los diversos supuestos en los que cabe imputar responsabilidad al médico por error de diagnóstico revisten particular relevancia aquellos en los cuales el diagnóstico es equivocado porque el médico no hizo un estudio acabado del paciente, o cuando diagnosticó en forma precipitada y superficial, sin bases firmes que indiquen la causa de la patología (Calvo Costa, Carlos A., Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 215 y ss). En este caso, la conducta desarrollada por la médica demandada encuadra en ambos supuestos, pues las constancias de la causa que ya referí permiten concluir que no hizo un estudio acabado del estado del paciente o que, al menos, efectuó su diagnóstico en forma apresurada, sin contar con los estudios y sin realizar las interconsultas necesarias para arribar a un diagnóstico adecuado.

En virtud de todo lo antes expuesto, y de los informes aportados a la causa, poca duda cabe en cuanto a que la Dra. Godoy fue negligente en la atención del menor, lo que permite imputarle responsabilidad en los términos del art. 1109 del Código Civil. Como ya lo señalé, esa negligencia hace igualmente responsables -en los términos de los arts. 512, 520, 522 y concs. del Código Civil, y 19 y concs. de la ley 24.240- a las empresas de medicina prepaga demandadas y a la Clínica Bessone en tanto constituye el incumplimiento de la obligación principal a su cargo.

X.- Determinada entonces la responsabilidad de los codemandados por la negligente atención médica prestada al hijo de los actores, resta determinar la siguiente cuestión debatida en estos autos, que consiste, justamente, en establecer si, de haber existido un diagnóstico oportuno de la enfermedad que padecía el paciente, éste tenía posibilidades de revertir ese estado.

Al respecto, corresponde señalar que el daño que se imputa a los demandados en autos es el sufrido por los padres del menor por la pérdida de las chances de curación con las que este contaba al producirse el hecho ilícito. Es que el accionar negligente de la Dra. Godoy, si bien no causó directamente la muerte del paciente -pues ésta sucedió por la dolencia que él padecía (neuroblastoma)-, impidió que aquel tuviera una mayor probabilidad de sobrevivida. En estos casos, no resulta posible imputar causalmente el resultado final (muerte del paciente) a la defectuosa labor del galeno, pues aquel es producto de un hecho natural.

La jurisprudencia, en diversas oportunidades, ha señalado que, en los casos en que existe un error de diagnóstico por parte de los médicos tratantes, el daño causado consiste, justamente, en la pérdida de las chances de supervivencia con las que contaba el paciente (SCBA, "Macchi, Elena María c/ Hospital Dr. Antonio Cetrángolo", 25/11/2009, La Ley Online; SCJ Mendoza, Sala I, "Palluchini, Margarita c/ R., Antonio I.", 3/7/2009, LL Gran Cuyo, 2009-962; Cám. Apel. Civ. Com. Rosario, Sala III, "Tanoni Pernigotti, Liza y otros c/ Tejerina, W. P. Y otros s/ daños y perjuicios", 5/9/2011, LLLitoral, 2012-104; Cám. 5a Apel. Civ. Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, "Alarcón, Mario c/ G.I", 9/11/2011, La Ley Online; Cám. 2a Apel. Civ. Com. La Plata, Sala III, "G. V. E.c/ Ministerio de Salud", 10/8/2010, La Ley Online).

Determinado entonces que el daño causado a los actores deriva, justamente, de la pérdida de chances de curación del menor, es preciso establecer si, en el caso, el paciente contaba efectivamente con una probabilidad cierta de que el resultado fuera distinto. Es que el daño por pérdida de chance es un perjuicio cierto, pues la incertidumbre se refiere al eventual resultado. La característica de los casos encuadrables en este instituto es, justamente, la existencia de un aleas respecto de cuál será el desenlace de los hechos, y la pérdida de ese aleas es, en consecuencia, el daño que debe resarcirse. Por ello, lo resarcible no es el resultado final que se produjo sino, por el contrario, las chances de sobrevida con las que contaba el paciente (y cuya frustración puede, como en el caso, causar perjuicio a otros damnificados en forma indirecta). Entonces, para que proceda el resarcimiento por pérdida de chances, debe estar acreditada la existencia de la probabilidad que se ve perdida por el accionar del autor pues, en caso de que el enfermo no cuente con esa chance, no resultará procedente el resarcimiento, por la inexistencia del daño propiamente dicho (Sáenz, Luis R. J., "Los límites al resarcimiento por pérdida de 'chance' en la responsabilidad civil médica", DJ 2004-3, 1160; CNCiv, Sala F, "García Paz c/ Pere Vignau Osvaldo y otros", del 30/10/2003, RCyS 2004, 654).

Ahora bien, en el caso no existen constancias fehacientes que permitan advertir la forma en la que evolucionó la enfermedad del paciente como para establecer cuáles eran las chances de curación con las cuales aquel contaba al momento en que se produjo la mala praxis médica. Ello es así pues, debido al error de diagnóstico en el que incurrió la Dra. Godoy -quien, lo recuerdo una vez más, no advirtió temporáneamente la presencia de la dolencia-, se desconce la evolución de la enfermedad.


Sin embargo, sí puede determinarse, con las pruebas de autos, que, dado el tipo de mal que afectaba al paciente, existían chances de que, si aquel hubiera sido detectado a tiempo, podría haberse obtenido su curación.

En este aspecto, cobra especial relevancia el informe de la Asociación Civil Argentina de Cirugía Infantil, antes referenciado. En dicho dictamen se indicó expresamente que la supervivencia de un niño con la dolencia de autos es, aproximadamente, de un 32 %, pero dependiendo del estadio en que se encuentre la enfermedad. Así, en el grado I, la supervivencia es del 100%, en el grado II, del 81%, en el grado III del 38%, y en el grado IV, del 12% (vid. fs. 500/501).

Asimismo, la historia clínica confeccionada en el Hospita Garrahan da cuenta de que el


tumor en cuestión tenía un grado de evolución, al momento de producirse su internación en dicho nosocomio, de cinco meses (vid. fs. 21 y ss). Es cierto que el perito de oficio designado en autos consideró, como ya se ha dicho, que es sorprendente que los galenos de dicho establecimiento asistencial hayan llegado a esa conclusión, pero ya he señalado que dicha afirmación es inexacta, toda vez que esa conclusión fue elaborada a lo largo de la atención del paciente, y en virtud de los estudios que le fueron realizados en el referido hospital.

A ello cabe agregar que la atención brindada por la médica demandada a lo largo de la primera etapa de vida del menor se desarrolló a lo largo del tiempo, y que existieron diversas intervenciones por parte de la Dra. Godoy en cuyo transcurso ella pudo, eventualmente, haber detectado la dolencia con anterioridad a la última atención.

En virtud de ello, entiendo que existen indicios claros, precisos y concordantes como para presumir, en los términos del art. 163, inc.5 , del CPCCN, que el niño contaba con chances de sobrevida, lo que permite tener por probada la existencia del daño causado a sus padres como consecuencia de la pérdida de las chances de curación con las que aquel contaba.

En cuanto al porcentaje de dichas chances, dada la entidad de la enfermedad que padecía el menor y las circunstancias antes aludidas en cuanto al alcance de su atención en el nosocomio demandado, considero apropiado fijar la probabilidad de sobrevida de la víctima en un 40%.

XI.- En este estadio de análisis, creo pertinente destacar que no se me escapa que los actores no pidieron el resarcimiento de la pérdida de chance, sino de los daños que les irrogó el resultado final (muerte del paciente). Sin embargo, contrariamente a lo que ha decidido sobre el punto la jurisprudencia francesa (Corte de Casación, Primera Sala Civil, 7/2/1990, Dalloz, 1991.Somm.183, con nota de Jean Penneau), estimo que condenar a resarcir la pérdida de chance en lugar de ese perjuicio no vulnera el principio de congruencia. Los actores han afirmado la existencia de culpa de la codemandada Godoy, y han solicitado que se les indemnicen los perjuicios patrimoniales y morales derivados de su actuación en los hechos que dieron lugar a la muerte del menor. Así, considero que nada obsta a que los magistrados, en ejercicio de su facultad de decir el derecho -lo que incluye calificar debidamente las pretensiones que las partes hayan denominado erróneamente de otro modo- puedan, en casos como el sub lite, ordenar resarcir la pérdida de chance cuando se encuentre acreditada.


Por lo demás, la jurisprudencia nacional se orienta decididamente en esa dirección. Así, se ha dicho: "Si bien la pérdida de chance -del francés: ocasión o posibilidad- como tal, no se encuentra estrictamente solicitada en autos, es la idea que cabe aplicar en el caso (.). Ello, ante la facultad para la aplicación de las normas le es otorgada al sentenciante por aplicación del principio contenido en el aforismo iura novit curia: el conflicto debe ser resuelto según correspondiere por ley (art. 153, inc. 6°  del CPCCN)(.). En ese orden de ideas, la amplitud de poderes de los magistrados, permite seleccionar de entre varias soluciones posibles, la que se estima más adecuada a la realidad juzgada; todo juez tiene el deber de conocer el derecho que ha de aplicar para la solución del conflicto, con base en los hechos expuestos como litigiosos; y con prescindencia de la denominación o encuadramiento jurídico dado por los litigantes a sus pretensiones" (CNCom, Sala A, "Epet S.A. c/ Banco de Crédito Argentino", fallo del

27/12/2007, LLOnline). En el mismo sentido: "La fijación de una reparación en concepto de 'pérdida de chance de ganancia' pese a haber el actor solicitado otra reparación -en el caso, lucro censante-, no afecta el principio de congruencia, pues a los jueces le incumbe la determinación del derecho aún prescindiendo de las articulaciones jurídicas hechas por las partes" (CNCiv. Com. Fed., Sala II, "Hawk Air S.A. c/ Estado Nacional", fallo del 26/10/2000, LLOnline). Concordemente, ha dicho el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba: "No resulta lesiva al principio de congruencia la sentencia que por aplicación del principio 'iura novit curia' proyecta una alteración del nomen juris, en tanto no afecta los términos de la litis, por cuanto modifica la indemnización del rubro lucro censate pretendida por el actor, por la reparación de la pérdida de chance económica" (TSCórdoba, Sala civil y comercial, "Poratti, Ana M. c/ Gianre, Héctor L. Y otro s/ rec.De casación", fallo del 16/9/2004, LLC 2005-170).

XII.- Resta establecer, en consecuencia, el monto que los condenados deberán pagar a los actores en concepto de indemnización.

Ya se ha dicho que el resarcimiento procede a título de pérdida de chance. Así, ya establecido que existió una frustración de la probabilidad, y que ella guarda relación de causalidad con la culpa médica, el cálculo del monto que habrá de determinarse por este concepto constituye una de las mayores problemáticas del instituto. En casos como el presente, la chance perdida recae sobre la evitación de un perjuicio futuro. En consecuencia, mientras que cuando se frustra la obtención de una ganancia la cuantificación de la pérdida de chance partirá del monto de ese beneficio pretendido, al perderse la oportunidad de evitar un perjuicio la valuación de la probabilidad estará determinada por el valor del resultado final que efectivamente se produjo. Respecto de dicho valor se determinará el resarcimiento correspondiente por la frustración de la chance (Chabas, Francois, "La pérdida de chance en el derecho francés", JA-IV-928). Deberá aplicarse un procedimiento consistente en, primeramente, valuar el resultado final y, luego, establecer cuál era el porcentaje de chances de evitar dicho menoscabo. Por último, deberá aplicarse el porcentual de chances con las que contaba el sujeto al valor del "resultado final" (Sáenz, Luis R. J., "Algunas consideraciones acerca de la pérdida de chance como daño resarcible", Revista crítica de derecho privado, Carlos Álvarez, Montevideo, 2008, n° 5, ps. 603 y ss.).

Así las cosas, esa operación deberá practicarse respecto de cada uno de los rubros reclamados por los actores en concepto de "daño final", pues si bien, como queda dicho, la pérdida de chance es un daño autónomo, su valuación debe hacerse partiendo del monto del resultado final, respecto del cual se calculan las chances. En ese sentido, ha dicho la Corte de Casación francesa que: "la culpa del médico ha hecho perder al paciente la chance de escapar de una lesión a su integridad física, el daño que resulta para éste está en función de la gravedad de su estado real y de todas las consecuencias que resultan de él: (.) su reparación no se limita al daño moral, sino que corresponde a una fracción de los diferentes rubros de daños que ha sufrido" (Corte de Casación, primera Sala Civil, fallo del 29/6/2009, con nota de



Zhouvenin. Vid. asimismo esta cámara, Sala B, 5/6/2009, "De Innocentis, Norma c/ Unidad Coronaria Móvil Quilmes S.A." , RCyS, diciembre de 2009, p. 134, con nota de Roberto A. Meneghini; ídem, 12/9/2011, "S. V. De N. y otros c/ OSDIC y otros").

Esa es la operación que debe realizarse en el presente caso para determinar la indemnización correspondiente, lo que me llevará a analizar la valuación que correspondería para cada uno de los rubros reclamados por los actores en concepto de "daño final" (es decir, derivados de la muerte de su hijo), para afectarlos luego al porcentaje de chances que he establecido (40%).

A) Valuación del resultado final.

1) Pérdida de chance de ayuda futura.

Normalmente la muerte de un hijo hace perder a sus padres una chance, de contenido económico, representada por la expectativa de sostén, apoyo y colaboración en la ancianidad y ante los problemas que la vida puede representar. En principio, participo de la opinión según la cual no obsta a la existencia de esta probabilidad la circunstancia de que la víctima, en razón de su edad, no tuviese capacidad productiva o para concretar otros logros sociales, pues este último extremo no excluye una fundada y objetiva esperanza ligada a la proyección futura de su existencia (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, t. 2b, p.260 y ss.; Vázquez Ferreyra, Roberto A., "La indemnización por daño patrimonial y moral a los padres por al muerte de un hijo de pocos meses", LL 1997-F, 914; Sagarna, Fernando A., "Daño patrimonial indirecto por fallecimiento del hijo", RCyS, mayo de 2007, p. 99).

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: "No puede negarse la indemnización por la 'pérdida de chance' por la muerte de un hijo recién nacido, que por su naturaleza es sólo una posibilidad, con el argumento de que es imposible asegurar que de la muerte del menor vaya a resultar perjuicio, pues ello importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo del daño de cuya reparacuión se trata, cuya existencia, por un lado, no cabe excluir en función de la corta edad del fallecido, pues es dable admitir la posibilidad de ayuda futura y sostén para los progenitores, expectativa legítima (art. 367 , Código Civil) y verosímil según el curso ordinario de las cosas" (Fallos, 321:487 )".

Sin embargo, el caso en estudio presenta aristas muy particulares, pues tal como lo vengo diciendo nos encontramos frente a una situación donde el niño, aun si por hipótesis hubiera sido correctamente atendido por los demandados, únicamente contaba con chances de sobrevivida. Incluso en ese caso debería haber hecho frente a tratamientos tendientes a combatir su enfermedad, cuya duración y efectos son difíciles de precisar. En ese marco, no es posible sostener que el menor contaba con

una posibilidad cierta de ayudar a sus padres en caso de haber sobrevivido. En otras palabras, admitir -como un componente del daño derivado de la pérdida de chance de sobrevivida- la pérdida de chance de ayuda futura en este caso importaría tanto como reparar "la chance de la chance", lo que constituiría un daño meramente hipotético y carente de la certeza suficiente como para justificar su reparación.

Por tales consideraciones, propongo al acuerdo el rechazo del rubro en estudio a los efectos de calcular el importe de las chances perdidas como consecuencia de la mala praxis médica comprobada en el expediente.

2) Daño psicológico.

Ante todo, cabe señalar que el daño, en sentido jurídico, no se identifica con la lesión a un bien (las cosas, el cuerpo, la salud, etc.), sino, en todo caso, con la lesión a un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, que produce consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales (Calvo Costa, Carlos A., Daño resarcible, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 97). En puridad, son estas consecuencias las que deben ser objeto de reparación (Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 640), lo que lleva a concluir en la falta de autonomía de todo supuesto perjuicio que pretenda identificarse en función del bien sobre el que recae la lesión (la psiquis, la estética, la vida de relación, el cuerpo, la salud, etc.). En todos estos casos, habrá que atender a las consecuencias que esas lesiones provocan en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima, que serán, por lo tanto, subsumibles dentro de alguna de las dos amplias categorías de perjuicios previstas en nuestro derecho: el daño patrimonial y el moral.

La lesión de la psiquis de los actores, entonces, no constituye un perjuicio autónomo y distinto de la incapacidad sobreviniente. Se trata, en todos los casos, de lesiones -causadas en la psiquis o el cuerpo de la víctima- que producen una merma en la capacidad del sujeto para realizar actividades patrimonialmente valorables. Es esta merma, que resulta en una disminución patrimonial (un lucro cesante), lo que en definitiva constituye el daño resarcible.

Sentado que este rubro debe analizarse a título de incapacidad sobreviniente, entiendo que su correcto tratamiento requiere, como primera medida, definir adecuadamente a qué tipo de perjuicios se refiere, para examinar, en segundo término, cuál debería ser el método a seguirse para su valuación.



Desde un punto de vista genérico, Matilde Zavala de González define a la incapacidad como "la inhabilidad o impedimento, o bien, la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales" (Zavala de González, Matilde, op. cit., t. 2a, p. 343). Ahora bien, es evidente que esa disminución puede, como todo el resto de los daños considerados desde el punto de vista "naturalístico" (esto es, desde el punto de vista del bien sobre el que recae la lesión; vid. Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la

persona en general", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Daños a la persona, n° 1, Santa Fe, 1992, p. 237 y ss.), tener repercusiones tanto en la esfera patrimonial como en la extrapatrimonial de la víctima. Este último aspecto no puede, a mi juicio, subsumirse en la incapacidad sobreviniente, sino que se identifica, en todo caso, con el daño moral. No coincido, entonces, con quienes engloban en el tratamiento de este rubro tanto a las consecuencias patrimoniales de la incapacidad como otras facetas relacionadas con lo espiritual (la imposibilidad de realizar ciertas actividades no lucrativas que llevaba adelante la víctima, tales como deportes y otras atinentes al esparcimiento y la vida de relación), pues tal tesitura importa, en puridad, generar un doble resarcimiento por el mismo perjuicio, que sería valorado, primero, para fijar la indemnización por incapacidad sobreviniente, y luego para hacer lo propio con el daño moral.

De modo que el análisis a efectuar en el presente acápite se circunscribirá a las consecuencias patrimoniales de la incapacidad sobreviniente, partiendo de la premisa -sostenida por la enorme mayoría de la doctrina nacional, lo que me exime de mayores citas- según la cual la integridad física no tiene valor económico en sí misma, sino en función de lo que la persona produce o puede producir. Se trata, en última instancia, de un lucro cesante actual o futuro, derivado de las lesiones sufridas por la víctima (Pizarro-Vallespinos, Obligaciones, cit., t. 4, p. 305).

Establecidos de ese modo la naturaleza y los límites del rubro en estudio, corresponde hacer una breve referencia al método a utilizar para su valuación.

Al respecto me he expedido reiteradamente en el sentido de que, para el cálculo de las indemnizaciones por incapacidad o muerte, debe partirse del empleo de fórmulas matemáticas, que proporcionan una metodología común para supuestos similares. Como dicen Pizarro y Vallespinos: "No se trata de alcanzar predicciones o vaticinios absolutos en el caso concreto, pues la existencia humana es por sí misma riesgosa y nada permite asegurar, con certidumbre, qué podría haber sucedido en caso de no haber ocurrido el infortunio que generó la incapacidad o la muerte. Lo que se procura es algo distinto: efectuar una proyección razonable, sin visos de exactitud absoluta, que atienda a aquello que regularmente sucede en la generalidad de los casos, conforme el curso ordinario de las cosas. Desde esta perspectiva, las matemáticas y la estadística pueden brindar herramientas útiles que el juzgador en modo alguno puede desdeñar" (op. cit., t. 4, p. 317).

Es que no debe olvidarse que el principio de reparación integral -que, como lo ha declarado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene status constitucional (Fallos, 321:487 y 327:3753 , entre otros)- importa, como lógica consecuencia, que la indemnización debe poner a la víctima en la misma situación que tenía antes del hecho dañoso (arg. art. 1083 , Código Civil). Así las cosas, y teniendo en cuenta que el resarcimiento se fijará en dinero -que, huelga decirlo, se cifra numéricamente-, nada resulta más adecuado que el empleo de cálculos

matemáticos para tratar de reflejar de la manera más exacta posible el perjuicio patrimonial experimentado por el damnificado.

Resulta aconsejable, entonces, la utilización de criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (o de la valuación de las tareas no remuneradas que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado. Así se tiene en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir, y, por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio (Zavala de González, op. cit., t. 2a, p.521). Si bien los fallos y los autores emplean distintas denominaciones (fórmulas "Vuoto", "Marshall", "Las Heras-Requena", etc.), se trata en realidad, en todos los casos, de la misma fórmula, que es la conocida y usual ecuación para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua (Acciarri, Hugo - Testa, Matías I., "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muertes", LL, 9/2/2011, p. 2).

Siguiendo la formulación propuesta por los autores citados en último término, emplearé la siguiente expresión de la fórmula:

$$C = A \cdot (1+i)^a - 1$$

$$i \cdot (1+i)^a$$

Donde "C" es el capital a determinar, "A" la ganancia afectada, para cada período, "i" la tasa de interés a devengarse durante el período de extracción considerado, decimalizada (emplearé una tasa del 4%), y "a" el número de períodos restantes hasta el límite de la edad productiva o la expectativa de vida presunta de la víctima.

Sin embargo, también cabe subrayar que estas pautas de cálculo no tienen por qué atar al juzgador, sino que conducen, simplemente, a una primera aproximación, a un umbral, a partir del cual el juez puede y debe realizar las correcciones necesarias atendiendo a las particularidades del caso concreto (Pizarro-Vallespinos, op. cit., t. 4, p. 318; Zavala de González, op. cit., t. 2a, p. 504). En otras palabras, no corresponde otorgar a la víctima, sin más, la suma que en cada caso resulte de la aplicación de la fórmula mencionada, sino que ella servirá simplemente como pauta orientadora para, a partir de allí, arribar a un justo resarcimiento según las circunstancias de la causa.

Sentado ello, resta aplicar estas pautas al caso de autos.

La perito psicóloga designada de oficio dijo, respecto de los padres del menor, que: ".las consecuencias psíquicas de los hechos de autos amenazan en forma permanente su estabilidad emocional, debiendo soportar su psiquismo grandes momentos de angustia, inhibición, sentimientos de fracaso y signos depresivo" (sic, fs. 436 y vta.y 441). Según pudo constatar la profesional, estas alteraciones psicopatológicas que padecen los actores les originan una incapacidad psíquica de tipo parcial y permanente del 30%, en lo que se refiere al padre, y del 35%, en lo que respecta a la madre (vid. fs. 437 y 442).

Si bien la pericia fue impugnada por los demandados, tanto al conferirse traslado del dictamen como al expresar agravios, cabe recordar que, como ya lo he dicho, aunque las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, cuando los informes comportan -como en el caso- la apreciación específica en el campo del saber de la perito -conocimiento éste ajeno al hombre de derecho, para desvirtuarlos es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que aquél hubiese hecho de sus conocimientos técnicos o científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado. Por ello, cuando -como ocurre en este caso- el peritaje aparece fundado y no existe otra prueba de parejo tenor que la desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos de mayor peso, aceptar las conclusiones de aquél (esta Sala, L. 574.847, del 10/11/2011, LL 2011-F, 568).

Asimismo, y en cuanto a los ingresos que perciben los padres del menor y su situación socioeconómica, cabe estar a lo reseñado al respecto al tratar acerca de la pérdida de chance de ayuda futura.

Así las cosas, partiré para efectuar el cálculo de un ingreso mensual de \$ 800 pesos, a la fecha en que se produjo el hecho ilícito.

En función de lo expuesto, partiendo de la suma antes aludida, así como la posibilidad de progreso económico de los actores, en base a las pautas que resultan de la fórmula mencionada precedentemente, adaptadas a las particularidades del caso, y de las facultades conferidas por el art.165 del CPCCN, creo pertinente determinar la suma correspondiente por dicho concepto -siempre en relación al "resultado final"- en la de \$ 61.000.- para el Sr. T., y en la de \$ 67.000.- para la madre del menor.

3) Gastos de tratamiento psicológico.

De la pericia antes mencionada surge que el padre del menor deberá someterse a un tratamiento psicoterapéutico, con una duración de, al menos, tres años, con una frecuencia de dos veces por semana, y a un costo de 70 pesos por sesión (vid. fs. 436 vta.). Asimismo, la madre deberá afrontar un tratamiento de cuatro años, con la

misma frecuencia que el anterior, y al mismo costo (vid. fs. 441 vta.).

Teniendo esto presente, y haciendo uso de las facultades que me confiere el art. 165 del CPCCN, estimaré este concepto -como "resultado final"- en \$ 15.000.- para el padre, y \$ 23.000.- para la madre.

4) Gastos de sepelio.

Cabe recordar que los gastos de sepelio, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 1084 y 1085 del Código Civil, integran el daño a resarcir por la muerte de una persona, y están a cargo del autor del hecho, en tanto tienen relación adecuada con las circunstancias del caso, y se deben aún cuando no se haya aportado prueba alguna acerca de su erogación (esta cámara, Sala M, 1/11/2002, "Ayala, Ramona c/ Trenes de Buenos Aires S.A.", DJ 2003-1, 754).

Sobre este punto, la Dra. Godoy se agravia de la indemnización concedida en la sentencia de grado, por entender que no se encuentra comprobada dicha erogación por parte de los actores. Sin embargo, tratándose de un niño menor de edad que falleció, fácil resulta presumir que fueron los progenitores del menor quienes incurrieron en dicha erogación.

Por ello, y haciendo uso de las facultades conferidas al suscripto por el art.165 antes citado, fijo el monto del "resultado final" por este rubro en la suma de \$ 4.000.-

5) Daño moral.

Finalmente, y en lo que se refiere a la reparación del menoscabo extrapatrimonial padecido por los actores, debe ponderarse que no existe un dolor comparable al producido por la muerte de un hijo por cuanto, como dice Matilde Zavala de González (Resarcimiento de daños, op. cit., t. 2 b., p. 276/277), el valor ético de la vida del hijo se proyecta moralmente en la existencia de los padres. Ante el homicidio del hijo, el sufrimiento tiene una dual proyección: el progenitor padece por lo que aquel mismo ha perdido, al no poder seguir gozando de la vida; además, por lo que pierde personalmente con la extinción del hijo. El dolor intenso y perdurable determina que el daño moral de los padres surja in re ipsa, sin otro aditamento, a partir del solo hecho de la desaparición trágica del hijo (Pizarro, Ramón D., Daño Moral, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 563).

Respecto de la cuantificación de este ítem, ha dicho la jurisprudencia que, para establecerla, el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante, para luego establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido, por lo que, más que cualquier otro rubro, queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a una recta ponderación de las

diversas características que emanan del proceso (esta cámara, Sala L, 31/5/2002, "P.R., A.c/ Alias, Fernando y otro", LL Online).

Así las cosas, teniendo en cuenta que el hijo de los actores contaba con 2 años de edad al momento de su fallecimiento, y considerando las trágicas circunstancias que dieron origen al presente caso, considero razonable establecer el monto correspondiente por el menoscabo moral padecido por los aquí actores por la muerte de su hijo -como "resultado final"- en la suma de doscientos cincuenta mil pesos (\$ 250.000.-) para cada uno de ellos.

B) Indemnización.

Atento a lo expuesto en el punto A) del presente respecto del valor del "resultado final", y tomando en cuenta el porcentaje de chances fijado en el considerando XI del presente (40%), estimo procedente reconocer al Sr. T. una indemnización de ciento dieciséis mil doscientos pesos (\$ 116.200.-), y a la restante coactora, Sra. V., un importe de ciento veintiún mil ochocientos pesos (\$ 121.800.-).

XIII.- Resta expedirse sobre el agravio vertido por la actora en cuanto a la fecha que se toma en cuenta para el comienzo del cómputo de los intereses correspondientes.

Sobre esta cuestión, cabe recordar que, conforme a la doctrina sentada en el plenario "Gómez, Esteban c/ Empresa Nacional de Transportes" (del 16/12/1958, LLOnline AR/JUR/26/1958), en lo que aquí interesa, la tasa de interés debe computarse desde que se produce cada perjuicio objeto de la reparación, y hasta el cumplimiento de la sentencia.

Así las cosas, poca duda cabe en cuanto a la procedencia del agravio vertido al respecto por los apelantes, pues los intereses deben computarse desde que se produjo el hecho ilícito y no, por el contrario, desde la notificación del traslado de la demanda en el presente caso.

No se me escapa que, como queda dicho, el hecho ilícito, consistente en el error de diagnóstico, fue anterior a la muerte del menor. Sin embargo, los términos en que fue formulada la apelación en este aspecto impiden considerar una fecha anterior para el cómputo de los intereses, en virtud del principio de congruencia. Por ello, corresponde concluir que los intereses deberán computarse desde el fallecimiento del menor.

XIV.- Las costas de alzada, por aplicación del principio objetivo de la derrota, deberán ser soportadas por los codemandados, que resultan sustancialmente vencidos (art. 68 del CPCCN).

XV.- En consecuencia, si mi voto fuere compartido, propongo a mis colegas: 1) Modificar parcialmente la sentencia en crisis y condenar a los a los codemandados a abonar al Sr. T., la suma de \$ 116.200.- y, a la Sra. Vargas, la de \$ 121.800; 2) Disponer que los intereses deberán calcularse desde la fecha en que se produjo el fallecimiento del hijo de los actores, 3) Confirmar la sentencia de grado en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios, y 4) Imponer las costas de alzada a los demandados vencidos.

A la misma cuestión, el Dr. Li Rosi dijo:

Adhiero al muy fundado voto del Sr. Juez preopinante con una aclaración referida al mecanismo de cálculo del resarcimiento por la incapacidad sobreviniente pues, en tanto el voto que antecede propicia el empleo de criterios de cálculos matemáticos, el suscripto ha reiteradamente sostenido que la reparación, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (conf. esta Sala, libes n° 509.931 del 7/10/08, n° 502.041 y 502.043 del 25/11/03 y 514.530 del 9/12/09, entre muchos otros).

Sin embargo, dado que finalmente las sumas propiciadas resultan a mi juicio ajustadas a las particularidades del caso, es que, más allá del criterio a través del cual se haya arribado a tales montos, adhiero al resultado finalmente obtenido.

Con esta aclaración, repito, adhiero al voto del Dr. Sebastián Picasso.

El Dr. Molteni dijo:

Con la salvedad apuntada por el Dr. Li Rosi adhiero al voto del Dr. Picasso.

Con lo que terminó el acto.

Es copia fiel de su original que obra a fs. del Libro de Acuerdos de la Sala "A" de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Buenos Aires, mayo de 2012

Y VISTOS:

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se resuelve 1) Modificar parcialmente la sentencia en crisis y condenar a los codemandados a

abonar al Sr. T., la suma de pesos ciento dieciseis mil doscientos (\$ 116.200.-) y, a la Sra. Vargas, la de pesos cientos veintiun mil ochocientos (\$ 121.800.-); 2) Disponer que los intereses deberán calcularse desde la fecha en que se produjo el fallecimiento del hijo de los actores, 3) Confirmar la sentencia de grado en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios, y 4) Imponer las costas de alzada a los demandados vencidos.

Atento lo decidido precedentemente, corresponde adecuar los honorarios fijados en la instancia de grado, de conformidad con lo normado por el artículo 279 del Código Procesal.

Ello así, valorando la calidad y extensión de la labor desplegada, dentro de las tres etapas en que se dividen los juicios ordinarios, monto de la condena con sus intereses, la existencia de un litisconsorcio pasivo perdedor, lo establecido por los artículos l 6,7,11,19,37,38 de la ley 21.839 y concordantes de la ley 24.432 como así también lo decidido por el tribunal en cuanto a la forma de retribuir los honorarios de los peritos médicos y psicólogos que carecen de un arancel propio (conf. esta sala, H.594.871 del 14/2/2012, entre muchos otros) corresponde fijar los honorarios de los letrados de la parte actora, Dres. Juan Edgardo Rojas y Alejandro Labougle, en (\$.); los de los letrados de la co-demandada "Consolidar Salud S.A", Dres.Elida Zeitlin y Rubén Galante, en (\$.) y los del letrado de la misma parte, Dr. Gustavo Krauss, por su intervención a partir de fs.556, en (\$.); los de los letrados de la co-demandada "Caldevit SA", Dres. Roberto Raúl Jiménez y Victor Jorge Lew, en (\$.); los de los letrados de la co-demandada "Dra. Godoy", Dres. Isabel Graciela Calligo y Guillermo J. Diaz Zahn, en (\$.); los de la letrada de la co-demandada "Galeno SA", Dra. Mirna Isabel Kaploeán, en (\$.); los del perito médico, Dr. Carlos A. Caputo, en (\$.); los de la perito psicóloga, Lic. Claudia A. Abiricha, en (\$.); los del perito en sistemas, Dr. Eduardo Obdulio García Calabuig, en (\$.); los de la perito médica auditora, Dra. Amelia Bernasconi, en (\$.); los del consultor técnico, Ramiro Luis González Oliva, en (\$.) y los de la mediadora, Dra. Adriana Darriba, en (\$.).

Por su labor en la alzada que diera lugar al presente fallo, se fijan los honorarios del Dr. Alejandro P. M. Labougle, en (\$.); los del Dr. Gustavo Alberto Krauss, en (\$.); los de la Dra. Isabel Graciela Calligo, en (\$.); los del Dr. Roberto Raúl Jiménez, en (\$.) y los del Dr. Victor Jorge Lew, en (\$.) (arts. l, 6, 7, 11, 19 y 14 de la 21.839 y conc. de la 24.432), sumas que deberán ser abonadas en el plazo de diez días.

Notifíquese y devuélvase.

SEBASTIÁN PICASSO

(EN DISIDENCIA PARCIAL)

RICARDO LI ROSI

HUGO MOLTENI