

**Voces:** SALUD - DAÑOS Y PERJUICIOS - MALA PRAXIS - RELACIÓN MÉDICO PACIENTE - DIAGNÓSTICO MÉDICO - SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS - MEDICAMENTOS ONCOLÓGICOS - PÉRDIDA DE LA CHANCE - DAÑO MORAL

**Partes:** A. D. D. C. y otro c/ G. S.A. y otro | daños y perjuicios

**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

**Sala/Juzgado:** E

**Fecha:** 27-mar-2015

**Cita:** MJ-JU-M-92596-AR | MJJ92596

**Producto:** DP,MJ,SYD

Procede la acción de daños en contra de la clínica demandada, el patólogo y el médico de cabecera tratantes pues a raíz de un informe patológico equivocado se omitió suministrarle un medicamento, reduciendo el tiempo de sobrevida. Cuadro de rubros indemnizatorio.

### **Sumario:**

- 1.-Debe admitirse la demanda de daños y perjuicios cuando a raíz de la equivocada evaluación del estudio patológico y aún computando los distintos factores que tornan dificultosa una respuesta concreta, resultó acreditado que la actora perdió la chance de recibir un medicamento cuyo resultado se muestra positivo en un gran número de casos, que le hubiera brindado la posibilidad de una sobrevida de la que se vio privada.
- 2.-Debe rechazarse la defensa de falta de legitimación de la clínica demandada, quien alegó que no existió mala praxis médica de parte de los profesionales dependientes de la clínica, por cuando la médica patóloga codemandada no pertenece al staff de la cartilla de prestadores, ni al plantel dependiente de la clínica demanda y aún cuando el art. 62 del Reglamento que rige las relaciones con los asociados establece que cuando éste elija un profesional ajeno a la cartilla y que no pertenezca al staff permanente, queda liberada de responsabilidad de toda praxis médica que se le efectúe, cualquiera fuera la naturaleza de la misma, la prueba producida no resulta suficiente, a mi juicio, para excluir tal responsabilidad.
- 3.-Tratándose de un análisis anatomopatológico, aún cuando de la pericia médica resulta que no siempre el resultado es uniforme, lo cierto es que en el caso no existían razones de peso para justificar lo que se considera erróneo, máxime cuando los dos posteriores, dieron resultado positivo, pues si alguna duda hubiera asaltado a la profesional que lo hizo, debió repetirlo, como se hizo posteriormente a fin de asegurarse el mayor rigor técnico del estudio, en un caso en que estaba involucrada la curación de una enferma afectada de cáncer de mama.

4.-Si bien el deber profesional del arte de curar, por lo común, y sobre todo cuando se refiere a los cuidados médicos, consiste en una obligación de actividad (o de medios), existen supuestos de excepción en los cuales dicho profesional contrae una obligación de resultado, pues la aleatoriedad del fin último perseguido por el enfermo no se verifica en los exámenes, salvo que se trate de exámenes de alta complejidad y de posible inexactitud en los resultados diagnósticos más aún, en los casos dudosos deben agudizar el deber de previsión en los términos del art. 902 del CCiv. para afinar la captación del fenómeno causal.

5.-Aun cuando es cierto que la actora presentaba al momento del diagnóstico de cáncer de mama factores de mal pronóstico manifestados por el tamaño tumoral (mayor de 2 cms.) cuatro ganglios positivos sobre diez estudiados, grado histológico II, aparición de metástasis, etc., conforme al experto la sobrevivencia a cinco años de pacientes con cáncer de mama estadio cuatro (avanzado ronda el 20%...), de habersele suministrado tamoxifeno a la paciente, la chance de sobrevivencia hubiera aumentado debiendo concluirse que la codemandada actuó con negligencia y con ello indujo a que el posterior tratamiento no contemplara el tamoxifeno, que hubiera sido de sumo beneficio para la eventual curación de la enferma.

---

Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 27 días del mes de marzo de dos mil quince, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala "E", para conocer en el recurso interpuesto en los autos caratulados "A.D.D.C. Y OTRO C/ G. S.A. Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS", respecto de la sentencia corriente a fs.681/686, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver :

La sentencia apelada es arreglada a derecho?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Sres. Jueces de Cámara Dres. DUPUIS. RACIMO.CALATAYUD.

A la cuestión planteada el Dr.Dupuis dijo:

I. La sentencia de fs.681/686 hizo lugar a la demanda intentada por D.d C. A., contra G. S.A., la Dra. D.B.I. y O. S.A, propietaria de la C.S.M., en virtud de los daños y perjuicios que sufriera a raíz del error en las conclusiones del examen anatomopatológico que le efectuó la citada profesional, que llevó a la suspensión del tamoxifeno, que formaba parte del tratamiento al que estaba sometida, después de la intervención quirúrgica por un cáncer de mama que padecía.

Relató que el día 15 de enero de 2003 fue operada en la

C.S.M. de Villa Ballester a raíz de un cáncer de mama. Su médica de cabecera, según sostuvo, le prescribió el medicamento tamoxifeno. La

patóloga D.B.I. informó con fecha 11 de marzo de 2003 no haber encontrado receptores estrogénicos en la muestra enviada a su laboratorio. A consecuencia de dicho informe, la médica oncóloga Diana O. decidió suspender el medicamento indicado "ut supra" tras terminar el protocolo quimioterapia y radioterapia.

Manifiesta que dos años después reapareció la enfermedad en la mama tratada, por ello realizó una nueva biopsia con resultado positivo de receptores estrogénicos en el Instituto de Oncología Ángel Roffo de la UBA.Por consejo de la Dra. O. retiró el primer estudio del laboratorio de la doctora B. y lo

llevó al Hospital Interzonal de Agudos Evita. El día 1° de agosto del año 2005 se estableció que el informe de la doctora B. fue equivocado.

Expresa que dicho error indujo a la incorrecta supresión del tomoxifeno. El medicamento mencionado es indicado, según explica, por el periodo de cinco años para evitar la progresión de la enfermedad o recidivas locales. La negligencia aludida circunscribió las posibilidades terapéuticas a la quimioterapia y radioterapia, ya que la chance quirúrgica no aportaría ningún beneficio al presentar metástasis óseas en la columna. Entiende que la enfermedad estaría controlada de haber seguido tomando tomoxifeno en forma ininterrumpida. Finalmente, la actora falleció durante el curso del proceso, el 17 de noviembre de 2008.

Contra dicho pronunciamiento se agravan las partes. Tanto la Dra. B. I., como los codemandados O. S.A. y G. S.A y sus respectivas aseguradoras. Los segundos cuestionan la responsabilidad que el "a quo" les atribuyó como así también por los montos concedidos como

indemnización y la tasa de interés aplicada. Y los sucesores de la actora, por el "quantum" indemnizatorio, los intereses y la tasa fijada.

II. La primera cuestión que, a mi juicio, cuadra analizar es la vinculada a la responsabilidad que se le atribuye a la anátomo-patóloga, Dra. B. I., a quien el "a quo" encontró responsable del alegado error incurrido en el informe cuestionado.

No es materia de discusión que el 11-03-2003 la Dra. B. I., en base a una muestra extraída de la pieza quirúrgica que se le efectuó a la actora, suscribió el informe de inmunomarcación, con resultado negativo, en el que expresa que los receptores hormonales son negativos. Según explica el perito médico-legista, hay algunas células cancerosas de mama que tienen una alta proporción de receptores hormonales (estrógeno o progesterona) en el núcleo. Estas células son sensibles a las hormonas que pueden fomentar el crecimiento de las células. Si tienen un número más bajo de receptores, el informe dirá que el tumor es ER o PR negativo.

Según la actora, como consecuencia del informe, la médica oncóloga tratante decidió no continuar con la administración de tamoxifeno, aunque en la documentación aportada no consta que se le haya indicado con anterioridad. Lo que sí consta es que ante el resultado negativo de los receptores hormonales no se indicaría el tamoxifeno (ver fs.512 de la pericia médica), circunstancia ésta que no tiene gran relevancia en el caso, atento al escaso tiempo transcurrido entre la intervención quirúrgica y el aludido estudio. De todos modos, el experto señala que en tumores con receptores estrogénicos negativos la terapéutica con tamoxifeno no aporta ningún beneficio en el cáncer de mama. Ese beneficio

de tratar con tamoxifeno a pacientes con cáncer de mama receptores hormonales negativos, ronda el 10%(fs.512).

De allí que la actora continuó sólo con quimio y radioterapia.

Empero, dos años más tarde, a raíz de molestias que sufrió, en el Instituto de Oncología Ángel Roffo, se le efectuó una nueva biopsia con determinación de receptores estrogénicos, que arrojó como resultado: carcinoma ductal infiltrante; determinación de receptores hormonales sobre la biopsia tridimensional, fechada el 16 de mayo de 2005, resultando positivos en un 80% los receptores hormonales, tanto los estrogénicos como los de progesterona (inclusión n° 48.833; ver historia clínica del Instituto Roffo a fs. 389/416).

Frente al aludido resultado, la actora se efectuó un estudio en el Hospital Interzonal de Agudos Evita,

que fueran ordenados por la Dra. O., la médica que la atendía en la C.S.M. El informe está fechado el 1/08/2005, también con resultado positivo (fs.491/94).

Si se repara que la codemandada B. I. en su contestación de demanda admite que la actora le solicitó la entrega de tacos y/o vidrios de la biopsia, y refiere haber sido enviada por su oncóloga tratante desde la C.S.M. (fs.161), los que le entregó, por ser de rutina para los patólogos hacerlo a fin de realizar otros estudios y confirmar diagnóstico, y el estudio del Hospital Evita, deja constancia que fue solicitado por la Dra. O., parece claro que aún cuando no figure el número de taco, debió ser el entregado por aquella y a solicitud de O., puesto que el primero, efectuado en el Instituto Roffo, tiene su origen en la "presentación espontánea" de la actora a fin de ser examinada (fs.390 y 2 de la historia clínica de dicho Instituto).

Y es precisamente a raíz del resultado de éste, que la actora obtuvo tacos del efectuado por B., para confrontarlo con este y constar si medió o no error de diagnóstico.

Es cierto que no consta de quién y de qué taco es el estudio, pero todo coincide. Existen indicios suficientes que se elevan a la categoría de presunciones, precisas y concordantes, que autorizan esa conclusión.

La prueba indiciaria puede resultar plena si reúne los recaudos del art. 163, inc. 5º, apartado segundo, del Código Procesal. Para alcanzar total eficacia probatoria por este exclusivo medio, los indicios en que se basan las presunciones deben ser hechos probados o reconocidos; queda así expresado que han de ser varios (a fs. 287 vta. se invoca uno solo) y concordantes, es decir, todos conducir a la misma conclusión; por lo demás, cada uno de tales indicios -o el indicio- si se admite la posibilidad de probar el extremo cuestionado a través de uno solo y, por lo tanto, con una única presunción- debe hallarse revestido de gravedad y precisión, es decir que con el hecho cogido tiene que mediar una conexión directa, y ser esta inferencia unívoca (no equívoca), o sea, susceptible de interpretación en un sentido único (conf. Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", t. VI, Nº 665, letras B, b, en pág. 453).

B. I. admitió que ella conservó alguno de los tacos. Y aún cuando señala que pudo haberse obtenido un valor diferente en cuanto al porcentaje de positividad de ese receptor, motivado por heterogeneidad de la población neoplásica del tumor y además por diferente estado de los epitopes (ver penúltimo párrafo de fs.161), pudiendo hacerlo, no aportó el material que se encontraba en su poder. Simplemente se limitó a sostener

que no existe certeza acerca de que el estudio fuese efectuado con los mismos tacos, lo que sigue insistiendo en esta instancia.

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

Siempre en lo que atañe al peso de la actividad probatoria, no está demás recordar que estas modernas tendencias sobre las cargas probatorias en materia de responsabilidad médica indican que en principio ambas partes-tanto el paciente como el médico- deben contribuir a conformar el plexo probatorio (conf. Borda, "Naturaleza jurídica de la responsabilidad médica", en L.L. 1985-A-845, en especial, pág. 849, ap. III; Sala "D", voto del Dr. Bueres, en L.L.1992-D-579 y nota al pie de Bustamante Alsina, "Prueba de la culpa médica"), llegándose a resolver en un supuesto en que la historia clínica presentaba severas deficiencias, que el favor probationis o la recién mencionada "teoría de las cargas probatorias dinámicas", se inclina -más allá de todo elemento presuncional- por poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo (conf. Sala "D", voto del Dr. Bueres antes citado, en L.L. 1991-D-466 y nota aprobatoria de Compagnucci de Caso, "Responsabilidad médica y responsabilidad colectiva", al pie de dicho precedente, en esp. págs.

471 y ss., ap. III; esta Sala, c. 232.399 del 26-2- 98, voto del Dr. Calatayud).

Es por ello, que habré de tener por cierto -como lo hizo el juez- que el material analizado en el Hospital Evita provenía del que

entregó la codemandada B. I. a la actora puesto que esta es la única explicación racional posible.

Si es así, surge la discordancia entre el informe de receptores hormonales de la Dra. B. I. y el de la llevada a cabo en el Hospital Evita, que coincide, por otra parte, con el estudio efectuado en el Instituto Roffo.

Ello autoriza a sostener, como lo hizo el juez, que medió un error en el primer informe.

Ese error llevó a que la médica tratante no incluyera el tamoxifeno, bastando con el tratamiento de quimioterapia y radioterapia.

III. Más difícil de esclarecer es si esa supresión tuvo o no incidencia en la posterior aparición de recidiva tumoral o no. El perito médico legista sostiene que la aparición de recidiva no solamente está relacionada con la supresión del tamoxifeno en pacientes con cáncer de mama receptores positivos. También son importantes factores pronósticos, como la edad, el tamaño tumoral, el estado ganglionar, el grado nuclear, el grado histológico, la presencia o no del oncogén Her 2, etc (fs.512 y vta.). Ello sin entrar a analizar la posibilidad de un falso negativo, como señala el perito o la posibilidad que hayan existido dos clases de células que responden de distinta manera. A ello se agrega que la respuesta al tratamiento de quimioterapia u hormonoterapia no es uniforme ni predecible. Lo único cierto es que sin tratamiento el pronóstico de la actora sería malo. Y el éxito del tratamiento completo es el aumento de la supervivencia de la paciente y la prolongación del tiempo libre de enfermedad. Por fin, este perito expresa que a cinco años la paciente con cáncer de mama estadio cuatro (avanzado) ronda el 20%.

En el caso de la actora, las dimensiones del tumor eran de 3,8 cm. Y el perito patólogo expresa que la recidiva locorregional podría o no haberse producido en caso de consumir tamoxifeno. Por fin, concluye que la anatomía patológica no es una ciencia exacta y en ocasiones hay factores subjetivos que influyen en la interpretación diagnóstica efectuada por el patólogo (fs.503/4).

Empero, más allá de las dificultades que el tema ofrece y de la falta de certeza científica, lo cierto es que, como expresa el perito médico legista, la tercera parte de los pacientes con carcinoma de mama avanzado se benefician con la ablación endocrina y la terapéutica hormonal. Los antiestrógenos como el tamoxifeno se unen a los receptores estrogénicos. El complejo receptor-antiestrógeno puede ligarse a la cromatina nuclear en forma atípica y durante más tiempo que el complejo normal hormona- receptor. Además, los antiestrógenos pueden causar en el citoplasma depleción de receptores libres. Cualquiera de estos efectos o ambos, pueden deteriorar severamente el crecimiento continuo de un estrógeno dependiente. Más adelante concluye que tres antiestrógenos han probado su utilidad en el tratamiento de cáncer de mama: humano: clomifeno, nafoxidina y tamoxifeno. De ellos este último es el preferido por su mayor eficacia relativa y su falta de toxicidad. La terapia adyuvante con tamoxifeno ha probado ser efectiva porque una ventaja en la supervivencia se logra para mujeres con ganglios positivos y enfermedad con ganglios negativos (fs.538). Y añade que el tratamiento coadyuvante con tamoxifeno del carcinoma mamario en mujeres mejora la supervivencia y reduce la mortalidad y las recurrencias en las pacientes tratadas con cirugía,

quimioterapia y/o irradiación mamaria. Esta droga ejerce efectos de tipo estrogénico sobre varios órganos o parámetros fundamentalmente endometrio, huesos y lípidos sanguíneos. También está indicado en el tratamiento del carcinoma metastático de mama en las mujeres como una alternativa de

la orforectomía o la irradiación ovárica. La eficacia de esta terapéutica es notablemente más marcada en pacientes portadores de tumores positivos para los receptores de estrógenos y/o progesterona. Dicha pericia se exhibe sobre incidencia positiva en cuadros como el de la actora (ver fs.538/539).

Ello indica que a raíz de la equivocada evaluación del estudio efectuado por la Doctora B. I. y aún computando los distintos factores que tornan dificultosa una respuesta concreta, lo cierto es que la actora perdió la chance de recibir un medicamento cuyo resultado se muestra positivo en un gran número de casos, que le hubiera brindado la posibilidad de una sobrevivencia de la que se vio privada, puesto que falleció en 17 de noviembre 2008 (ver fs.237). Ello a mi juicio, aunado con los argumentos desarrollados en el primer pronunciamiento, resulta suficiente para propiciar su confirmatoria.

IV. Sostienen tanto las codemandadas "G. S.A.", O. S. A. propietaria de la C.S.M., y la aseguradora Sancor Cooperativa de Seguros Limitada, que no existió mala praxis médica de parte de los profesionales dependientes de la clínica, por cuando la médica patóloga codemandada no pertenece al staff de la cartilla de prestadores de G. S.A. ni al plantel dependiente de la C.S.M. Y que, conforme al Reglamento que rige, en tal caso ambos se desligarían de responsabilidad. Aun cuando es cierto que el

artículo 62 del Reglamento que rige las relaciones con los asociados establece que cuando éste "elija un profesional ajeno a la cartilla y que no pertenezca al staff permanente de G. S.A., ésta última quedará liberada de responsabilidad de toda praxis médica que se le efectúe, cualquiera fuera la naturaleza de la misma." (fs.456/58), lo cierto es que la prueba producida no resulta suficiente, a mi juicio, para excluir tal responsabilidad.

Se apoyan en que de la pericia contable presentada en autos sobre los libros de G., resulta que entre la nómina de prestadores no figura como tal la citada profesional (fs.463/9). Y aun cuando ello es cierto, de la compulsión de la citada pericia resulta que la documentación que aporta G. es con vigencia a junio de 2009, con la nómina total de prestadores donde no figura la Dra. B. I. Aquella codemandada le informa al perito que no ha sufrido "cambio sustancial desde el año 2003". Se trata, entonces, de una aseveración de parte. Empero, en el año 2003 figuran dos registraciones a favor de dicha profesional.

Pero lo llamativo es que a fs.379 prestó declaración N. F. Esta testigo, que es dependiente de "G." ya que trabaja allí desde hace cinco años, conoció a la actora porque concurrió como socia (era adherente del marido) durante dos años y a la Dra. B. I., por ser prestadora, aunque no personalmente. También a C.S.M., que es el nombre de fantasía de O. S.A (a la 1ª.). En lo que hace a la Dra. B. I. relata que esa patóloga retira el material en la C.S.M. y por trabajar allí conoce el movimiento de la doctora. Ello indica que la citada patóloga concurría habitualmente a la clínica y existía una vinculación contractual entre ambas, circunstancia ésta que brinda firme apoyo a la versión de la actora.

De allí que habré de concluir que las quejas vinculadas a que la actora la contrató fuera de cartilla y en forma privada tampoco habrán de prosperar, máxime cuando la propia codemandada sostiene que tal vinculación existía.

V. No se discute en autos que la atención de la paciente por la Clínica demandada y demás personal médico se trata de una hipótesis de responsabilidad contractual. Si rige tal responsabilidad, será necesario atenerse a las previsiones del artículo 512 del Código Civil, que contiene las pautas fundamentales para la valoración de la culpa. Empero, para analizarla, no habrá de procederse con un criterio particular o benevolente, como lo hiciera la jurisprudencia francesa, fundada en las necesidades de las investigaciones científicas o en el propósito de no poner trabas a la actividad profesional, sino que lo habrá de hacer sin apartarse del derecho común, aunque recordando el artículo 902 del Código Civil, el que establece que "cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos". Este es el criterio en el que se ha orientado nuestra jurisprudencia (conf. CNCiv. Sala "A", E.D.39-480; L.L.

91-80; ídem, íd, L.L. 71-180; ídem, íd. L.L. 1977-D-92; Sala "B", J.A. 1985- III,67; Sala "C", J.A. 1958-III-587; esta Sala, L.L. 1979-C-", fallo 77.270, L.

20.463 del 29-4-86; Sala "F", L.8.790 del 24-9-85 in re "López Romay c/Centro Gallego s/daños y perjuicios"; etc).

Pero ello no significa aceptar que la falta de éxito en la prestación del servicio, necesariamente conduzca a la obligación de resarcir al damnificado, pues el médico cumple, empleando la razonable diligencia

que se debe requerir a quien se le confía la vida de un hombre o su curación. Esa es la diligencia asumida, ya que el médico o el cirujano no pueden asegurar un tratamiento o una operación exitosa, sino únicamente utilizar las técnicas adecuadas para ello, a salvo -claro está- supuestos excepcionales, en que se ha aceptado la responsabilidad, frente a un mal resultado (ver por ejemplo, fallo de esta Sala con voto mío, publicado en L.L. del 21-2-86, n° 84.609 y en E.D. del 3-4-86, n° 39.281), supuesto que no es el de autos. Es que, por lo general, el éxito final de un tratamiento o de una operación no dependen enteramente del profesional, sino que a veces se ve influenciado por factores ajenos a él, como ser riesgo quirúrgico, el adelanto de la ciencia, u otras circunstancias imposibles de controlar (conf. doct. fallo de esta Sala ya citado).

Por tanto, bajo tales pautas habré de analizar las probanzas arrojadas, sin olvidar que el compromiso asumido por el médico, de proceder con la diligencia propia de su especialidad y de obrar conforme a las reglas y métodos propios de su profesión, lo he de analizar, como señalé, teniendo en cuenta las directivas del artículo 902 del Código Civil y sin pasar por alto que, como lo señaló la Sala "A", con voto del Dr. Vocos, "cuando está en juego la vida de un hombre, la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leve, adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad" (conf. fallo citado, L.L.1977-D-8-92). Es que nuestro derecho no distingue entre culpa grave y culpa leve, tal como lo hace el artículo 2236 del Código Italiano de 1942. La culpa del médico, sea grave o leve, origina responsabilidad, pues sea que rijan los artículos 1109 y 1112 o el 512, esa distinción está excluida del Código Civil

(conf. Rezzónico, "Obligaciones", T II, pg. 1526; Goldschmidt, L.L. 59,pg.277; Colombo, "Culpa Aquiliana", n° 95, b; etc).

Y tratándose de un análisis anatomopatológico, aún cuando de la pericia médica resulta que no siempre el resultado es uniforme, lo cierto es que en el caso no existían razones de peso para justificar lo que se considera erróneo, máxime cuando los dos posteriores, dieron resultado positivo. Es que si alguna duda hubiera asaltado a la profesional que lo hizo, debió repetirlo, como se hizo posteriormente a fin de asegurarse el mayor rigor técnico del estudio, en un caso en que estaba involucrada la curación de una enferma afectada de cáncer de mama.

Esta Sala ha dicho que -en un caso que guarda cierta analogía con el presente, y también citando un voto del Dr. Bueres en que también había similitud con el presente-, si bien el deber profesional del arte de curar, por lo común, y sobre todo cuando se refiere a los cuidados médicos, consiste en una obligación de actividad (o de medios), existen supuestos de excepción en los cuales dicho profesional contrae una obligación de resultado, pues la aleatoriedad del fin último perseguido por el enfermo no se verifica en los exámenes, salvo que se trate de exámenes de alta complejidad y de posible inexactitud en los resultados diagnósticos (conf. C.N.Civil, Sala "D", en expte. 32.352/95 del 8/3/02 "Ancarola de González Alicia S. c/ Falco Jorge y otros s/ daños y perjuicios"; y esta Sala, mi voto en "Franchi González, Sandra Elizabeth y otros c.Bruno, Miriam y otros" del 19/06/2007 Cita online: AR/JUR/12929/2007) y, más aún, en los casos dudosos deben agudizar el deber de previsión en los términos del art. 902 para afinar la captación del fenómeno causal. Por último, también respecto

de este tipo concreto de exámenes, este Tribunal ha dicho que, en esa obligación de resultado se encasilla en la excepción, el deber del anatomopatólogo de realizar un estudio o análisis histológico (cfr.C.N. Civil, Sala "D" en c. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D en "A. de G., A. c. Falco, Jorge y otros" del 08/03/2002 Publicado en: RCyS 2002 , 683; JA 2002-III , 634 ; Cita online: AR/JUR/2564/2002; Memeteau. Gérard, "Traité de la responsabilité médical", Ed. Les Études Hospitalières, Bordeaux, 1996, nro. 282, ps. 220/221; Penneau, Jean, "La responsabilité médical", Ed. Sivey, Paris, 1977, N° 29, p. 33, y N° 32, p. 37; Savatier, René, "Traité de la responsabilité en droit français", Ed Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1939, T. 2, ps. 390 a 392; Llamas Pombo, Eugenio, "Responsabilidad Civil del Médico, Aspectos tradicionales y modernos", Ed. Trivium, Madrid, 1988, p. 79; Fernández Costales, Javier, "Responsabilidad Civil médico-hospitalaria", Ed. La Ley (España), Madrid, 1987, p. 82; Gamarra, Jorge, "Responsabilidad médica", Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, T. 1, ps. 310 a 313. Para el derecho argentino, ver: Vázquez Ferreyra, Roberto, "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991, Nro. 10, p. 102 y ss.; y mi obra. "Responsabilidad Civil de los Médicos", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, t. 1, ps. 147 y 148. Es el criterio que ha propiciado esta sala, según mi voto, in re Buzaglio c. Rapaport", La Ley, 1999-F, 21, con nota aprobatoria de Roberto Vázquez Ferreyra titulada "Responsabilidad Médica. Error en el diagnóstico patológico. Valoración de la culpa profesional.Pérdida de la chance como daño indemnizable y otras interesantes cuestiones"). Esto es razonable,

pues la aleatoriedad del fin último perseguido por el "accipiens" (el enfermo) no se verifica en los exámenes histopatológicos -como en los casos genéricos de actuación médica- salvo que se trate de exámenes de alta complejidad y de posible inexactitud en los resultados diagnósticos.

De allí que habré de concluir que la codemandada actuó con negligencia y con ello indujo a que el posterior tratamiento no contemplara el tamoxifeno, que hubiera sido de sumo beneficio para la eventual curación de la enferma.

V. El señor juez a quo, luego de valorar la importancia de haber suministrado el tamoxifeno para la prolongación de la vida de la enferma por el mayor tiempo posible y las consecuencias nocivas por su falta de suministro: retaceo de la chance de la paciente de completar el período correspondiente a su expectativa de vida en las mejores condiciones asequibles y sin olvidar otros factores desfavorables a la actora, a saber:su edad de 54 años en el momento en que la médica demandada hizo el informe anatomopatológico y el tamaño, grado nuclear e histológico del tumor y el estado de sus ganglios, nivel de sus ingresos brutos entre mayo y agosto de 2007, fallecida el 17 de noviembre de 2008, cinco años y ocho meses después del estudio anatomopatológico determinante de la suspensión del tamoxifeno y que la enfermedad había reaparecido en mayo de 2005, consideró prudente fijar por este rubro la suma de \$50.000, de lo que se agravan las partes.

Aun cuando es cierto que la actora presentaba al momento del diagnóstico de cáncer de mama factores de mal pronóstico manifestados por el tamaño tumoral (mayor de 2 cmts.) cuatro ganglios

positivos sobre diez estudiados, grado histológico II, aparición de metástasis, etc., conforme al experto la sobrevida a cinco años de pacientes con cáncer de mama estadio cuatro ("avanzado ronda el 20%."), lo cierto es que no puede negarse que de habersele suministrado tamoxifeno la chance de sobrevida hubiera aumentado. De allí que no es posible hacer cálculos matemáticos en base a promedios estadísticos que pueden no reflejar el caso concreto.

Es que, tal como enseña Zannoni, cuando el daño consiste en la frustración de una esperanza, en la pérdida de una "chance", de una probabilidad, coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre. Certeza de que, de no mediar el evento dañoso o el incumplimiento contractual, el

damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro, que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Pero, a la par, incertidumbre, definitiva ya, de si, manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la "chance", la ganancia se habría en realidad obtenido, o si la pérdida se habría evitado. Y citando a Mazeaud-Tunc ( Tratado , t.I-1 pág.307 n?219), continúa señalando que "la dificultad proviene de que, en este supuesto, no resulta posible ya esperar para determinar si el perjuicio existirá o no existirá; la realización del perjuicio no depende ya de acontecimientos futuros e inciertos. La situación es definitiva; nada la modificará ya; por su culpa, el demandado ha detenido el desarrollo de una serie de hechos que podían ser fuente de ganancias o de pérdidas" (conf. El daño en la responsabilidad civil, pág.50).

Es decir, la "chance" representaría la posibilidad de un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privarlo de esa esperanza, conlleva daño, aun cuando pueda ser difícil estimar la medida de ese perjuicio, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad, es la "chance" y no el beneficio esperado como tal (ver Zannoni, op. cit. , pág.52). No obstante, de acuerdo a las circunstancias particulares que presente cada caso en particular, las posibilidades frustradas pueden variar desde la mera posibilidad de ganancia hasta una probabilidad más o menos cierta y fundada (ver Orgaz, El daño resarcible [Actos ilícitos], 3a.ed., pág.70 n? 24 y conf. esta Sala voto del Dr. Calatayud en c.542.886 del 15/2/10).

Por tanto, computando la totalidad de los factores en juego es que habré de propiciar que se eleve la indemnización a la suma de \$90.000, estimados a valores actuales, que considero más equitativa (art.165 del Código Procesal).

VI. El a quo, ante la falta de prueba, desestimó el reclamo por daño psicológico y su consiguiente tratamiento. De ello se agravia la actora.

Aun cuando es cierto que la actora falleció durante el curso del juicio, con lo que se tornó imposible efectuar la pertinente pericia mediante el examen de la actora, también lo es que ni siquiera se produjo como prueba anticipada o sobre la base de los elementos incorporados al juicio. Más allá de la prueba indiciaria a que alude la parte apelante no hay ningún otro elemento que permita evaluar tanto su

configuración como importancia. Ello justifica el rechazo de esta pretensión por el a quo.

VII. Ha señalado esta Sala que constituye daño moral toda lesión a los sentimientos o afecciones legítimas de una persona, o los padecimientos físicos en que se traducen los perjuicios ocasionados por el evento; en fin, la perturbación, de una manera u otra, de la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado (cc. 124.140 del 16- 11-94 y 161.002 del 8-2-95; Sala D en E.D. 61-779 y 69-377; Sala F en E.D. 42-311 y 53-350; Sala G en E.D. 100-300).

Para fijar su cuantía, numerosos precedentes de la Sala han señalado que corresponde considerar, entre otras circunstancias, la gravedad de la culpa, las condiciones personales del autor del hecho y las de la víctima, así como la extensión de los daños materiales, si existieren, factores todos que quedan librados a la prudente apreciación judicial (conf. mi voto c. 49.115 del 10-8-89; voto del Dr. Calatayud en c. 61.197 del 5-2- 90; votos del Dr. Mirás en las cc. 59.284 del 21-2-90, 61.903 del 12-3-90, 56.566 del 28-2-90, 67.464 del 22-6-90, entre muchos otros).

En base a ello, sufrimientos que debió soportar, es que habré de propiciar que se eleve el importe fijado en el anterior pronunciamiento, fijándose en \$40.000 (art. 165 ya citado).

VI.El juez de la anterior instancia estableció que al monto de la condena por pérdida de chance, que dijo haber estimado a valores de mayo de 2007, debían adicionarse intereses desde la fecha del hecho 11-3-2003 hasta el 1 de mayo de 2007 a la tasa del 6% anual y en adelante hasta el pago, a la tasa

activa cartera general (préstamos) nominal

anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Y acto seguido también al monto de la condena del rubro 2, estimado a valores de la fecha de la interposición de la demanda, dijo que deberán adicionarse intereses que se calcularán desde aquella fecha hasta el pago, a la tasa activa cartera general. Frente a la aclaratoria presentada a fs.703, aclaró el segundo párrafo del considerando VIII en el sentido que donde se lee "2" debe leerse "3" puesto que se refiere al rubro daño moral que, según dijo, fue estimado a valores de la fecha de la interposición de la demanda (fs.709).

Más allá de lo dificultoso que resulta interpretar tan disímil proceder, habré de analizar los agravios en el orden a exponer.

En primer lugar, debo señalar que las fechas en las que efectuó las respectivas estimaciones de valores, por su complejidad, impiden retrotraerse en el tiempo, razón por la cual esta Sala en forma reiterada, estima las indemnizaciones por deudas de valor al tiempo de la sentencia, toda vez que resultaría sumamente difícil hacerlo a los que regían al tiempo del hecho, máxime cuando se trata de deudas de valor, cuya "quantum" se cristaliza al momento en que se fijan, que no es otro que el de la sentencia. Y parece claro que, por aplicación del plenario "Gómez, Eusebio." (La Ley 93-667), ellos habrán de correr desde que se produjo el daño objeto de reparación, con las salvedades que correspondan (conf.esta Sala, mi voto en 567.831 del 10/3/2011).

La segunda cuestión es la vinculada a la fecha a partir de la cual habrán de correr los intereses. La codemandada B. I.

sostiene que éstos deben aplicarse desde la mora del deudor, que a su juicio coincide con la notificación de la demanda.

Esa doctrina, que también fuera sostenida por la Sala en anteriores precedentes, se funda en que tratándose de una obligación incumplida en forma definitiva, no era necesaria la previa intimación y los réditos deben comenzar su curso desde el momento mismo del hecho (conf.mi voto en c.537.335 del 4/12/09; c. 305.369 del 25/10/00; ídem, íd. c.n?339.906 del 13/6/02; ídem, íd. c. n?130.166 del 19/9/2003; Sala "H", en c. 304.453 del 3/4/01, voto del Dr. Dr. Kiper; CNCom., sala "C", 25/11/98 in re "Jara, José v. Sanatorio Güemes SA s/sum."; ídem, íd. 23/4/99 in re "Helguero , Hugo c/ Sanatorio Güemes s/sum."; ídem, íd., sala "E", del 29/9/99, "Pourpour de Navarette c. O.S.D.I.C. s/sum."; ídem, íd. Sala "B", 14/12/2004, in re "Maillot González,Iris v. Obra Social de la Industria del Plástico s/sumario"; CNCiv. y Com. Fed, sala 2?, causa n?7.496, etc.).

Esta postura fue sostenida por relevante doctrina. En tal sentido, Llambías señala que cuando el cumplimiento de la obligación ya no resulta factible por obra del deudor, éste queda por ello constituido en mora. Se prescinde de la exigencia de pago porque en el caso sería estéril. Aquí se ve cómo la interpelación no es un acto ritual, sino una manifestación de voluntad plena de significado substancial en las relaciones de las partes. Por eso es que si el cumplimiento del deudor ha dejado de ser posible, como sería absurdo supeditar la responsabilidad del deudor a la exigencia de un pago ya imposible, se considera que, a todos los efectos jurídicos, el deudor está en mora desde que incurrió en el incumplimiento definitivo de la obligación (conf. "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones

I",2?

ed. Abeledo Perrot, n?

131. IV y nota 99, pág.162; ver en igual

sentido, Borda, Guillermo "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones", T I 8a. ed., n°69 y jurisprudencia citada en nota n°157; Lafaille; Héctor, compilado por Frutos -Argüello, "Curso de Obligaciones", 1926, T I, n°120, pág.67/68,

con cita de Maynz, "Droit Romain", párr. 179, 5ª ed. 1898; Rezzonico, Luis

María, "Estudio de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil", 6a. ed. 1953, pg.58/9). Y Salvat añade que en tal caso la constitución en mora del deudor sería un acto inútil y no se ve a qué fin práctico podría responder; ella sería en este caso innecesaria. Por último, señala como fuerte argumento al artículo 889 que convierte la obligación primitiva, sea de dar o hacer, en la de pagar daños e intereses en dos casos: 1º cuando la prestación se hace

imposible por culpa del deudor; 2º

cuando él es responsable del caso

fortuito, sea por haberlo tomado a su cargo, sea por haber sido constituido en mora. Y advierte que en el primer caso, la ley no exige la constitución en mora del deudor (Salvat, Raymundo, "Tratado de Derecho Civil Argentino", ed. La Ley 1946, 5a.ed., Obligaciones, n°107).

Y recuerda la nota del codificador al artículo 509, párrafo segundo, caso tercero, con cita de Maynz, II, & 264, pág.39, autor que ha sido la fuente del artículo 509 y su nota, a los que añade a Van Wetter, III, &301, pág.90 y Planiol, II, núm.227, entre otros).

Si es así, de ningún modo parece arbitrario tomar la fecha del hecho -11-3-2003- como determinante en la producción del daño, puesto que aquí no se está juzgando los daños derivados a sus herederos del fallecimiento de la causante, sino los que sufrió en vida la actora, que fue quien inició el juicio, a raíz del menor tiempo de sobrevida que le

quedaba por la omisión de suministrarle el tamoxifeno a raíz del equivocado informe patológico.

Distinto es lo atinente a la tasa de interés aplicable. Las codemandadas O. S.A. y G. S.A. cuestionan la estimación del monto de la condena al año 2007, y la aplicación de la tasa activa con anterioridad al deceso de la Sra. Abal del 17/11/2008, como así también la aplicada hasta la sentencia. Y la actora la del 16% anual para el período que va entre el 11/3/2003 y el 1/5/2007 para el rubro pérdida de chance.

Con fecha 20 de abril de 2009 el Tribunal en pleno dejó sin efecto la doctrina fijada en los fallos "Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao, Walter y otros s/daños y perjuicios" del 2/8/93 y "Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios" del 23/3/04, que lo ratificó, estableciendo como doctrina legal obligatoria la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, la que debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido ("Samudio de Martínez Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios").

Por otra parte, la Sala considera que se configura esa salvedad si la tasa activa mencionada se devengara desde el momento mismo de producido el evento dañoso y hasta el del efectivo pago, en la medida que coexista con indemnizaciones fijadas a valores actuales, puesto que tal proceder representaría lisa y llanamente un enriquecimiento

indebido en favor del acreedor y en detrimento del deudor, que la Justicia no puede convalidar. Es que,

sin lugar a dudas, en tal caso se estaría computando dos veces la pérdida del valor adquisitivo de la moneda operado entre el hecho y la sentencia, cuando en esta se contemplan valores a la época de su dictado; en tanto la referida tasa capta, en cierta medida y entre otros elementos, la depreciación de la moneda. Esta es la doctrina que en forma reiterada aplicó la Sala, vigente la anterior doctrina plenaria, que había receptado la tasa pasiva. Dicho enriquecimiento, en mayor medida se configura con la activa, cuya aplicación ahora se recepta (ver fallos de esta Sala en causas 146.971 del 16-6-94, 144.844 del 27-6-94 y 148.184 del 2-8-94, 463.934 del 1-11-06 y 492.251 del 19-11-07, entre muchas otras; Borda, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, 8a.ed., t.I pág.338 n 493; Casiello, Los intereses y la deuda de valor [Doctrinas encontradas y una saludable evolución de la jurisprudencia], en L.L.151-864, en especial, pág.873 cap.V; Durañona y Vedia y Quintana Terán, La depreciación de la moneda y los intereses, en J.A.1970-7-332, en especial, cap.V) esta Sala voto del Dr. Calatayud en c. 522.330 del 21/4/09).

Habida cuenta de tales circunstancias esta Sala estimó apropiado en situaciones similares establecer la tasa del 6 % para evitar el enriquecimiento indebido del actor, por lo que habré de propiciar se liquide dicha tasa hasta la sentencia y de allí en más la activa señalada. Por último, sólo debo señalar que aun cuando la obligatoriedad de los plenarios quedó derogada, lo cierto es que la Sala comparte el señalado criterio, que en forma reiterada aplica por considerarlo equitativo.

Habré de propiciar que haciéndose lugar parcialmente a los respectivos agravios, se confirme la sentencia apelada en lo principal que decide, aunque elevándose el monto de la condena al importe de \$130.000 y se fijen los intereses a la tasa del 6% anual desde la fecha del hecho hasta la de la sentencia y a partir de allí la activa fijada en la sentencia. Las costas de Alzada se impondrán a las demandadas y sus respectivas aseguradoras, que resultaron sustanciadamente vencidas, máxime cuando lo atinente a los intereses se trata de una cuestión accesorio sobre la que no existe jurisprudencia uniforme (art. 68 del Código Procesal).

Los Sres. Jueces de Cámara, Dres. Calatayud y Racimo, por análogas razones a las expuestas por el Dr. Dupuis, votaron en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto. MARIO CALATAYUD. JUAN CARLOS G. DUPUIS. FERNANDO M. RACIMO.

Este acuerdo obra en las páginas n°

a n° del Libro de Acuerdos de la Sala "E" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Buenos Aires, marzo 27 de 2015.- Y VISTOS:

En virtud de lo que resulta de la votación de que ilustra el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada en lo principal que decide, aunque elevándose el monto de la condena al importe de \$130.000 y se fijan los intereses a la tasa del 6% anual desde la fecha del hecho hasta la de la sentencia y a partir de allí la activa fijada en la sentencia. Las costas de Alzada se imponen a las demandadas y sus respectivas aseguradoras. En cuanto a los honorarios se difiere la adecuación de los honorarios de los profesionales intervinientes y la fijación de los correspondientes a esta instancia para cuando obre liquidación aprobada. Notifíquese y devuélvase.-