Carátula: P., D. A. Y OTROS c/ SANATORIO PARQUE S.A. Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Fecha: 26/06/2023

Tribunal: Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial (Sala II)

Jueces: Ariel Carlos ARIZA - Gerardo Fabián MUÑOZ - Oscar Raúl PUCCINELLI -

ACUERDO Nº: 187. En la ciudad de Rosario, a los 29 días del mes de junio de dos mil veintitrés, se reunieron en Acuerdo los jueces de la Sala Segunda -integrada- de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, doctores Gerardo F. Muñoz, Oscar R. Puccinelli y Ariel C. Ariza, con el fin de dictar sentencia en los autos caratulados "P., D. A. Y OTROS C/ SANATORIO PARQUE SA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (CUIJ 21-02880588-5), venidos para resolver los recursos de apelación y nulidad interpuestos por la actora contra el fallo Nº 51 del 07 de febrero de 2020, dictado por la Jueza de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial N° 2 de Rosario.

Realizado el estudio de la causa, se resolvió plantear las siguientes cuestiones:

1°) ¿ES NULA LA SENTENCIA IMPUGNADA?

2°) En su caso, ¿ES JUSTA?

3°) ¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR?

Sobre la primera cuestión, el doctor Gerardo F. Muñoz dijo:

1. El recurso de nulidad interpuesto por la actora ha sido mantenido en esta instancia, y fue fundado del siguiente modo: sostiene la recurrente que la jueza incurrió en la sentencia impugnada en manifiesta arbitrariedad puesto que en ella se evidencia un quebrantamiento de la valoración que debe hacerse en el plano fáctico y que, por tanto, afecta la adecuada motivación de la sentencia, de acuerdo con la previsión contenida en el art. 244, inc. 4, del CPCCSF.

Precisa que dicho incumplimiento se trasluce en que la magistrada al sentenciar, omitió el análisis pormenorizado de la historia clínica, no habiendo advertido las interrupciones y/o alteraciones de horarios, la supresión de identidades (enfermeras) y la ausencia de control médico adecuado durante el post operatorio.

Replica que la jueza de primera instancia no meritó adecuadamente que la suscripción del consentimiento informado no fue acreditada por los demandados, que tampoco fue brindada la información sobre los riesgos de la intervención y, por el contrario, sostuvo que no medió negativa del actor a someterse a la misma (v. fs. 596).

2. El recurso de nulidad busca resguardar la garantía constitucional del debido proceso y procede siempre que exista una indebida restricción al derecho de defensa, por violación u omisión de las formas y solemnidades sustanciales que establecen las leyes (CCCSF, Sala 1ª., Z 29-R/15), de modo que las cuestiones relacionadas con la justicia intrínseca del fallo son más propias del recurso de apelación que del de nulidad (CCCR, Sala 4a., Z 27-R/11).

Los argumentos que expone la recurrente versan en definitiva sobre cuestiones in iudicando que, en el caso hallan suficiente respuesta a través del recurso de apelación, máxime cuando no se detectan nulidades que deban ser declaradas de oficio (arts. 360 y 361 del CPCC).

El caso resulta captado por el principio de subsidiariedad del recurso de nulidad y por la consecuente "absorción" por el recurso de apelación que indica que "cuando los gravámenes del recurrente encuentran suficiente remedio en la revocación de la sentencia apelada (haciendo progresar el recurso interpuesto), no procede declararlo nulo" (Jorge W. Peyrano, "Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial", Zeus, pág. 180). En otras palabras: "Cuando los agravios pueden ser reparados por el recurso de apelación, no corresponde considerar el recurso de nulidad" (LL, 1999-E, 54)

El principio de "absorción de la invalidación por la impugnación" (es decir, la absorción del recurso de nulidad por el de apelación), tal como lo expresa Carnelutti, se presenta con la finalidad de resguardar el principio de validez de los actos jurisdiccionales y cuando esto sea claramente posible y no afecte el derecho de defensa de las partes, corresponde que el juzgador trate las impugnaciones deducidas a título de nulidad como agravios en el marco del recurso de apelación, subsanando todos los defectos de construcción que la resolución en sí misma contenga y modificando el fallo de primera instancia sin declarar su nulidad.

Las consideraciones precedentes llevan a rechazar el recurso de nulidad promovido por la recurrente.

Voto, pues, por la negativa.

Sobre la misma cuestión, el doctor Puccinelli expresó idénticos fundamentos a los expuestos por el doctor Muñoz y votó en igual sentido a la primera cuestión.

Sobre la misma cuestión, el doctor Ariza dijo: Advirtiendo la existencia de dos votos totalmente concordantes, me abstengo de emitir opinión (art. 26, ley 10.160).

Sobre la segunda cuestión, el doctor Gerardo F. Muñoz dijo:

1. El caso.

La parte actora inició demanda de daños y perjuicios con el fin de obtener la indemnización de los daños ocasionados en la intervención quirúrgica efectuada al Sr. D. P., el 9 de octubre de 2014. Sostuvo que el hecho luctuoso provino como consecuencia de una inadecuada anticoagulación. Asimismo, achaca que no se informó sobre los riesgos que el paciente podría correr ni se obtuvo el consentimiento informado. Reclamó la reparación de los siguientes daños: físico, estético, moral y psicológico, lucro cesante, pérdida de chance, gastos médicos de rehabilitación y traslados pasados y futuros referidos a la rehabilitación físico kinesiológica, labor terapia y fonoaudiología, rehabilitación moral y psicológica, atención de terceros y daño derivado por gran discapacidad -art. 1741 CC-. Asimismo, daño moral y psicológico de su cónyuge, de sus hijas y sus suegros convivientes.

2. La sentencia impugnada (v. fs. 549/562).

2.1. Mediante la sentencia recurrida, la magistrada de primera instancia rechazó la demanda con costas a la actora.

Para así resolver, la jueza de grado consideró, en lo sustancial, que a) el conflicto se centra en la imputación de mala praxis médica a los galenos demandados por no haber tomado las medidas preventivas necesarias para evitar el daño y por no haber informado de los posibles riesgos que conlleva este tipo de intervención; b) la pericia médica estableció la eficacia del procedimiento realizado al actor y determinó que lo ocurrido al paciente fue consecuencia de un evento posible e inevitable acaecido luego del procedimiento, a pesar de haberse tomado las medidas preventivas (v. fs. 554); c) de la prueba testimonial del médico que atendió al paciente en una consulta previa, se desprende que lo acontecido fue producto de los eventos que pueden llegar a suceder como parte de la intervención durante y después de la misma y para evitarlo se hace la heparina seriada. A su turno, los médicos que participaron en la intervención quirúrgica fueron contestes en que se suministró la heparina de anticuagulación; d) en cuanto a la imputación respecto del director del nosocomio y, pese a que la parte actora señaló que el galeno en su confesional reconoció que el Sr. D. P. sufrió el ACV durante la intervención, esta posición no puede ser tenida en cuenta ya que no se probó que así haya sucedido ni la relevancia que este dato podría haber tenido en el caso ya que la imputación por mala praxis refiere a la falta o insuficiencia de las medidas preventivas; d) de la historia clínica (no impugnada) surge que se anticuaguló al paciente y ello es acorde con la anotación del Dr. T. (neurólogo). El protocolo quirúrgico contenido en la historia clínica fue atacado de falsedad en el alegato, imputación tardía (art. 243 del CPCC). La parte actora fundó su pretensión en las constancias de esa historia clínica que, incluso, describieron en algunos tramos del escrito inicial; e) en cuanto a la imputación de mala praxis efectuada a los médicos, el factor de imputación es subjetivo. El contrato que vincula a los médicos con el enfermo encierra una obligación de seguridad que es la de darle buena praxis. Obligación de medios que de ninguna forma puede asegurar la curación, ni que el paciente no sufrirá ningún daño con motivo de los actos médicos; f) en cuanto a la imputación efectuada de que no constaba advertencia de los riesgos en la historia clínica y que tampoco había consentimiento informado, los peritos médicos informaron que en el interrogatorio pericial la esposa del actor expresó haber realizado una interconsulta previa en el Sanatorio Británico y que el médico les manifestó que estaba de acuerdo con la ablación (ello puede leerse que en la historia clínica de consultorio externo del 24 de septiembre de 2014)."De la prueba analizada surge que los demandados no lograron probar que el actor hubiera suscripto el consentimiento informado que establece el art. 5 ley 26.529 (reemplazado por art. 2° de la Ley N° 26.742), es decir que hubo incumplimiento de la obligación establecida en los arts. 6 y 7 de dicha ley que requieren el previo consentimiento informado y escrito del paciente" (fs. 560). Contrario a ello, sí quedó verificado que se cumplió con el deber de información. La falta de consentimiento informado hace presuponer el cumplimiento defectuoso del deber de informar que puede generar responsabilidad del médico en forma autónoma pero "... el actor ni formuló la necesaria afirmación de que si hubiera comprendido cabalmente los riesgos de la intervención, se hubiera negado a suscribir el consentimiento informado y consecuentemente a someterse al estudio electrofisiológico de ablación por radiofrecuencia (...) si hipotéticamente ésta hubiese sido la imputación -la omisión del cumplimiento del deber de informar de forma simple, negligente, apropiada y veraz-, entonces, el daño consecuente estaría configurado por el cercenamiento del derecho a decidir no operarse. Ese daño no se reclamó, ni tampoco se efectuó la imputación de la omisión del deber de informar" (fs. 561), y, para el otro enfoque, la falta de información provocaría que el profesional absorbiera los riesgos de la práctica que realiza, lo que puede resultar adecuado en los casos de cirugías estéticas.

2.2. Contra dicho decisorio, la parte actora interpuso recursos de apelación y nulidad, a fs. 563, los que fueron concedidos por auto n° 184 del 18 de febrero de 2020. Una vez radicados los autos ante esta Sala, expresó sus agravios a fs. 594/600, los que fueron contestados a fs. 603/616, a fs. 619/625 y 628. La Defensoría General de Cámaras emitió su dictamen a fs. 632. Firme y consentida la providencia que dispuso el llamamiento de los autos para sentencia, quedaron los presentes en estado de resolver.

3. Los agravios apelatorios (v. fs. 596 vta./600) y su réplica (v. fs. 603/616, 619/625 y 628). El dictamen de la Defensoría General de Cámaras (fs. 632).

3.1. La parte actora esgrimió sus reproches contra el decisorio de grado, los que se reducen a las siguientes cuestiones: a) la valoración de la pericia médica soslaya que los peritos no pudieron precisar las correlaciones entre la historia clínica y el protocolo quirúrgico, así como tampoco determinaron sobre el momento de aplicación de los anticoagulante ni, muchos menos, porqué razón se produjo el ACV si la heparina supuestamente se había colocado. Nada dicen los peritos en relación con el protocolo del procedimiento, confeccionado con posterioridad a la intervención (en función de que esta confeccionado en computadora) de manera unilateral y que miente respecto de las fechas; b) yerra la magistrada al interpretar las declaraciones del Dr. T. (neurólogo) quien en la historia clínica, en interconsulta, dijo que tiene contraindicación para trombosis, pero no porque estaba anticoagulado sino porque habían pasado más de 3/6 horas desde que el paciente sufrió la lesión. No surge de la historia clínica, salvo en el protocolo, que al actor se lo haya anticoagulado en forma preventiva. Tampoco surge ni del protocolo, quién le suministró, que tipo de anticoagulante, cantidad, marca, etc. Destaca, la recurrente que de la propia contestación de la demanda se desprende que nunca se acreditó la necesidad de suministrar anticoagulante; c) la sentencia afirma que la ausencia de manifestación expresa del Sr. D. P. de que no se hubiera atrevido a someterse al estudio en caso de haber sido adecuadamente informado y conocido los riesgos, indican que éste se operó con una confianza fundada, colocando así exclusivamente en cabeza del paciente la acreditación y el alcance de la información brindada, prescindiendo de la suscripción del consentimiento informado y, más aún, le exige una expresa manifestación de voluntad sobre lo que indicó no haber recibido; d) contrario a lo que sostiene la jueza de grado, la omisión de información es una responsabilidad objetiva de manera que sí se coloca en una relación de causalidad con el daño al paciente, sea físico o biológico, y cuanto menos un daño moral, simplemente por el riego no informado que priva al paciente de alternativas, es decir, de la opción que considere conforme a la información científicamente brindada. "... resulta evidente que la limitación que la Jueza impone sobre el daño provocado ante el incumplimiento del deber de información es incorrecta. Tratándose de un supuesto de responsabilidad objetiva toda omisión que se relacione con el daño soportado por el paciente habilita el resarcimiento de éste último se trata de un daño físico - incapacitante- y/o moral" (fs. 598 vta.). No hay ninguna constancia de que el Sr. D. P. haya sido informado de los riegos reconocidos de la cirugía. No obstante ello, los peritos en su informe, señalan que en la historia clínica surge que el paciente y su familia fueron informados (v. fs. 109 y ss) lo cual es recogido por la jueza de grado. La magistrada le da a los dichos unilaterales de los demandados valor probatorio, incluso cuando fueran negados por la otra parte. También le da la entidad de consentimiento informado a los dichos de un testigo -Dr. Citta- que atendió una sola vez al Sr. D. P. en el año 2014 y que ni siquiera en su declaración pudo aseverar que le haya informado al paciente sobre los posibles riesgos de la intervención. Ahora bien, para el caso de tener por cierto esto no esta claro si dicha supuesta explicación fue completa, adecuada, clara y precisa; e) la valoración débil que hace la magistrada de grado de la declaración del Director del Sanatorio, quien reconoce que el actor salió lúcido y consciente de la cirugía no hace más que demostrar que "... si el sanatorio o los médicos hubieran atendido correctamente al Sr. P. durante el post operatorio no hubiera pasado tanto tiempo hasta que reconocieron la lesión cerebral" (fs. 599 vta.); f) la apreciación que hace la magistrada al no tener como confeso al anestesista en atención a que él pudo haber sido el culpable de la falta de inoculación de anticoagulante durante la intervención.

3.2. Las codemandada y la citada en garantía peticionaron el rechazo de los agravios en función de los postulados esgrimidos en los libelos recursivo obrantes entre las fs. 603/616, 619/625 y 628 , a los cuales me remito en honor a la brevedad.

3.3. La Defensoría de Cámaras emitió su dictamen. a fs. 632, en el cual puso de manifiesto su posición en favor de revocar la sentencia con fundamento en el incumplimiento del deber de información al paciente.

4. Planteo de la cuestión a resolver y su solución.

4.1 En primer lugar, se desprende de los elementos de pruebas aportados en autos y del relato de los hechos, la siguiente plataforma fáctica: a) el Sr. D. P. -en adelante el paciente- fue atendido el 07 de agosto de 2014 en el consultorio del médico cirujano codemandado Dr. Q. -en adelante el cardiólogo-, por presentar cuadro de taquicardia auricular focal sintomática incesante y refractaria al tratamiento farmacológico; b) el 09 de octubre de 2014 fue sometido a una intervención quirúrgica coronaria denominada "ablación de taquicardia auricular por radiofrecuencia (RF)" -en adelante ABL RF-, como método de elección, llevada a cabo por el cardiólogo y el Dr. D. R. -cirujano auxiliar- sin que conste en la historia clínica aportada, firma del consentimiento informado; c) no se trató de un paciente anticoagulado, razón por la cual sólo se le realizaron los estudios recomendados para confirmar el bajo riesgo tromboembólico y se programó la intervención quirúrgica sin ninguna indicación al respecto (v. estudios específicos, sobre documental cargo n°11885/19); d) en el informe "reseña de historia clínica" se consignó que tras la punción se anticoaguló al paciente con bolo de heparina; e) luego de la operación, estando el paciente en unidad coronaria, se advirtió una demora en el despertar de la anestesia y la presencia de un cuadro de paresio-bronquio-crural-derecha. Efectuados los estudios específicos se determinó la existencia de un cuadro de estenosis de segmento MI de arteria cerebral media y lesión hipodensa difusa en región ganglio basal izquierda; f) fue externado del sanatorio demandado con diagnóstico de ABL RF eficaz de taquicardia auricular focal de aurícula izquierda. ACV con paresia facsio-branqui-crural-derecha con derivación de internación en una institución para su rehabilitación.

4.2. La controversia, de acuerdo a los agravios vertidos por la parte recurrente, se centra en dos cuestiones fundamentales: a) determinar si corresponde endilgar responsabilidad por negligencia constitutiva de un supuesto de mala praxis a los médicos demandados, conforme un factor subjetivo de atribución, al Sanatorio y a su director por los daños acaecidos en el paciente y la configuración del factor de atribución objetivo entre éstos y el accionar médico. Todo ello conforme el mérito de la prueba aportada en autos, especialmente el informe pericial médicos; b) para el caso de corresponder, se analizará la procedencia de los daños y su cuantificación.

4.2.1. Cabe aclarar, con el fin de resolver adecuadamente el asunto traído a estos estrados, que la labor revisora se limitará al contexto jurídico vigente antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, por ser el que regía al momento de los hechos aquí ventilados y por ello se subsumirá el caso en los preceptos específicos del Código Civil derogado y la legislación respectiva; no obstante que a las consecuencias jurídicas del hecho no consumadas -v. gr. cuantificación de los daños-, en caso de que así corresponda, se aplicará la normativa prevista en el actual Código Civil y Comercial, todo ello de conformidad con lo establecido en el art. 7 de este.

Tampoco resulta en vano recordar que según doctrina inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etc.), es decir, sólo se encuentran obligados a tratar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, cuando las mismas resultan sustanciales para la resolución del litigio (CSJN, Fallos 269:413; 267:443; 300:1114); cuando pueden influir o gravitaren el resultado del debate (CSJN, Fallos 262:32); o cuando su omisión afecte directamente el derecho del impugnante (CSJN, Fallos 270:149; 278:168; 291:583). En idéntico sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia local: "Los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las probanzas, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones, del mismo modo que tampoco lo están a tratar todos los motivos expuestos por las partes ni analizar los argumentos utilizados que a su juicio no sena decisivos"(CCCSFe., Sala 1ra., 18/06/93, citado por Jorge W. Peyrano, "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, análisis doctrinario y jurisprudencial", Juris, 1996, tomo 1, p. 469).

4.2.2. Previo a ingresar de lleno en el análisis de la materia recursiva, cabe reconocer que el núcleo gordiano de la cuestión está atravesado por la utilización de términos médicos muy específicos propios de la ciencia y técnica que involucra el caso, para cuyo abordaje crítico se requiere necesariamente un acercamiento a conceptos mínimos con el fin de sopesar verdaderamente el rol y la relevancia que puedan detentar en relación con el hecho luctuoso ocurrido al paciente. En dicha faena, se ha realizado la compulsa de cantidad de bibliografía médica específica, guías y protocolos tanto nacionales como internacionales, recomendaciones, estadísticas formuladas a partir de cantidad de estudios, evaluaciones y seguimientos publicados por el Comité de Arritmias de la Federación Argentina (FAC). Dicha elección halla su fundamento en que éstos documentos son los que en definitiva, recogen las instituciones sanatoriales con el fin de elaborar sus propios protocolos de intervención.

Dicho esto, cabe recomponer que de la prueba producida en estos obrados se desprende que el paciente recibió el diagnóstico de afección coronaria denominada "taquicardia auricular incesante y episodios de fibrilación auricular (FA)" (v. fs. 182 y fs. 389). Para entender su alcance cabe decir que este tipo de arritmia sostenida es muy frecuente en la población en general y su prevalencia aumenta con la edad y se asocia con diversas condiciones que conllevan a una disfunción ventricular izquierda e insuficiencia cardíaca, así como un marcado deterioro de la calidad de vida (conf. Roberto Keegan "Guía para la ablación por catéter de arritmias cardíacas" en Guía de Ablación Federación Argentina de Cardiología, www.fac.org.ar, acceso 24 de mayo de 2023).

Uno de los primeros métodos de abordaje para el tratamiento de esta afección cuando se presenta de manera persistente, se realiza mediante la cardioversión eléctrica o farmacológica, pero cuando ésta falla, es decir se presenta un cuadro de taquicardia auricular FA refractaria a la medicación, se considera un cambio de estrategias, ej.: ablación (ABL).

Según la bibliografía médica, el procedimiento de ablación de FA se asocia a un riesgo tromboembólico elevado durante e inmediatamente después del mismo ya que la ablación de la FA facilita un estado protrombótico que aumenta transitoriamente el riesgo tromboembótico, incluso en pacientes que previamente mostraban un riesgo bajo. Como consecuencia de ello, el tratamiento anticoagulante constituye una pieza angular en el manejo del paciente de forma previa, durante y tras el procedimiento de ablación de FA. El objetivo del tratamiento anticoagulante sería reducir al máximo las complicaciones tromboembólicas sin un aumento excesivo de las complicaciones hemorrágicas asociadas al procedimiento (Conf. "Manejo de la anticoagulación periprocedimiento en electrofisiología", 06 de febrero de 2020, artículo disponible en https://ritmo.impulsosorevista.es, acceso 19 de mayo de 2023).

De acuerdo con ello, las complicaciones más frecuentes que se asocian a la ablación de la FA se relacionan estrechamente con el manejo del tratamiento anticoagulante, en primer lugar, el ictus, el accidente isquémico transitorio u otros eventos embólicos y, por otro lado, las complicaciones vasculares, el taponamiento cardíaco y otros eventos hemorrágicos (Conf. "Manejo de la anticoagulación periprocedimiento en electrofisiología", ob. cit.).

Según el citado artículo, las guías de práctica clínica no recomiendan el tratamiento anticoagulante en pacientes con un riesgo tromboembólico bajo de forma previa. Ciertamente los pacientes con mayor riesgo tromboembólicos ya provienen con una indicación de anticoagulación oral permanente, aunque, cabe adelantar, no fue el caso del paciente.

Desde esta perspectiva, la recomendación dada para los casos en que el paciente no provenga anticoagulado es que "... durante el procedimiento la anticoagulación se complementará con la administración de heparina intravenosa seguido de un tratamiento anticoagulante vía oral tras la ablación. El documento de consenso de expertos de 2017 recomienda iniciar la administración de heparina antes o inmediatamente después tras la realización de la punción transseptal para lograr un tiempo de coagulación activa (ACT) igual o superior a 300 segundos durante la ablación (recomendación de clase I, nivel de evidencia B). La administración de heparina se realiza en bolo y posteriormente mediante una perfusión continua para lograr mantener constante un ACT >300 segundos. La perfusión de heparina se interrumpirá una vez que todos los catéteres se retiran a la aurícula derecha" (mismo artículo y sus citas).

La importancia de la anticoagulación radica en que la ABL de FA genera un estado protrombótico como consecuencia del daño endotelial inducido por las lesiones de ablación o por una reducción de la contractilidad auricular que sigue al procedimiento. Entre otros factores su finalidad es esencialmente la de evitar la formación de coágulos durante la intervención o con sucesión inmediata a ésta por resultar uno de los riesgos propios (como se verá más adelante en el desarrollo del caso).

En definitiva, se pretende evitar la formación de coágulos sanguíneos entendidos éstos como masas que se presentan cuando la sangre se endurece pasando de líquida a sólida. Cuando los mismos se forman dentro de las venas o arterias se denominan trombos que al desprenderse pueden viajar de un lugar a otro adquiriendo, al hacerlo, la denominación de émbolo pudiendo bloquear parcial o totalmente el flujo de sangre en un vaso sanguíneo. Cuando la obstrucción en una arteria impide que el oxígeno llegue a los tejidos en esa área, se la conoce como isquemia y, si no se la trata oportunamente, puede provocar daños en los tejidos y hasta la muerte. Entre las causas probables que provocan la producción de coágulos de sangre, en el caso que nos ocupa, se pueden distinguir el uso prolongado de catéter y el hecho propio de la cirugía (Mediplus en español [internet]. Bethesda [MD]: Biblioteca Nacional de Medicina [EE.UU], [actualizado el 28 de ago. 2019; consulta 19 de mayo de 2023] disponible en : https://medlineplus.gov/spanish/).

4.2.3. Ahora bien, desarrolladas las diversas conceptualizaciones técnicas que comprenden a varios de los términos médicos que se involucran en el caso, corresponde ingresar en el análisis del agravio relativo a la inadecuada valoración de la prueba por parte de la magistrada que la condujo a concluir que se realizó un correcto procedimiento de anticoagulación en el paciente.

Del análisis de las pruebas colectadas (documental, instrumental, confesional, testimonial e informes periciales), se desprende que el paciente no se encontraba bajo tratamiento de anticoagulación previo a la intervención. Ello explica la razón por la cual no se produjo ningún abordaje específico previo al procedimiento, sólo la realización de estudios para despejar la presencia de trombos como el ecocardiograma trasnsesofágico, resonancia magnética y tomografía multislice del corazón (v. sobre documental cargo n°11885/19 y absolución de posiciones del cirujano audiencia videograbada n° 15681317799056681.fvl, 24':45" e informe pericial respuesta a la pregunta n° 3 formulada por la demandada fs. 391/391 vta.)."... El paciente llega a la intervención sin anticoagulación porque no tenía indicación de anticoagulación ..." (v. absolución de posiciones del cirujano auxiliar, audiencia videograbada n° 15681317799056681.fvl en 27':52"). No obstante ello, en el informe intitulado "Reseña de historia clínica-Procedimiento" se consignó que inmediatamente luego de la punción se anticoaguló al paciente con bolo de Heparina endovenosa de acuerdo al protocolo habitual (v. fs. 280, documental reservada en Secretaría, sobre cargo n°9977/17). En el mismo sentido el codemandado, cirujano auxiliar, agregó "... en la intervención sí se hace anticoagulación sistémica con heparina, que fue lo que se hizo según normas internacionales porque el procedimiento en sí mismo puede generar coágulos por eso al paciente se lo anticoagula, entonces el paciente quedó anticoagulado por todo el procedimiento y posteriormente cuando se termina el procedimiento ..." (v. audiencia audiencia videograbada n° 15681317799056681.fvl en 27':54").

Del relato de los hechos realizado por los demandados, lo plasmado en el informe "Reseña historia clínica" y la prueba pericial, analizados de manera individual, se colige que en apariencia, según los registros podría sostenerse que hubo un correcto manejo de anticoagulación intraprocedimiento acorde con las recomendaciones formuladas por las guías y los consensos médicos plasmados en diversos protocolos seguidos por el Comité Argentino de Cardiología.

Cabe aquí detenerse para repasar lo que al respecto tiene dicho la bibliografía médica "El manejo adecuado de las posibles complicaciones tromboembólicas requiere un cuidadoso manejo del tratamiento anticoagulante antes, durante y después de la ablación que incluye la realización de ecocardiograma transesofágico previamente al procedimiento" (Roberto Keegan "Guía para la ablación por catéter de arritmias cardíacas" en Guía de Ablación Federación Argentina de Cardiología, www.fac.org.ar, acceso 24 de mayo de 2023). Despejado que no era necesario en el paciente un tratamiento de anticoagulación previo, ello no implica en sí mismo que el riesgo desaparece, sino que la exigencia de anticoagulación se traslada al momento de realizarse la ABL RF y debe sostenerse con posterioridad a éste. Tal como se analizara anteriormente. (v. Conf. "Manejo de la anticoagulación periprocedimiento en electrofisiología", 06 de febrero de 2020, artículo disponible en https://ritmo.impulsosorevista.es, acceso 19 de mayo de 2023).

Sentado lo anterior y siguiendo el orden propuesto por la recurrente, de la confrontación del material probatorio, es decir, realizando un análisis en conjunto de todo el material aportado, conforme las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, se imponen las siguientes consideraciones: de la prueba documental reservada en Secretaría, no hay ningún documento que refleje lo acontecido en el acto quirúrgico de la ABL RF: no se aportó ningún protocolo quirúrgico, ni ficha de cirugía, que de cuenta, con la claridad y precisión que le es debida, de lo ocurrido aquel día en la sala de hemodinamia, sólo se acompaña una "Reseña de historia clínica". Este documento no suple dicha falencia precisamente porque, si bien es cierto que no existe una normativa específica al respecto, el consenso generalizado da pautas en relación con el contenido e información que debe ser volcado en el documento que pretenda explicar lo sucedido durante la cirugía, las cuales no se advierten cumplimentadas en el informe referido.

En este orden de ideas, se observa que en dicha reseña no se ha consignado la hora de inicio de la intervención tampoco la de su finalización. Sólo se realiza un desarrollo que incluso comprende actos sucedidos con posterioridad -en la Sala de Unidad Coronaria-, en una sucesión de hechos de manera tal que lucen todos acontecidos el día 09 de octubre de 2014, generando sendas inconsistencias con otros registros.

Asimismo se observa -con relación a la anticoagulación del paciente durante la intervención- que se le aplicó "bolo de Heparina endovenosa", sin ningún tipo de especificación horaria, cantidad de unidades, sostenimiento activado, entre otros elementos necesarios para concluir en si el procedimiento se llevó a cabo correctamente. Éstas omisiones conllevan a concluir que el documento acompañado sólo puede ser considerado como una simple reseña de la historia clínica, tal como su nombre lo indica, sin pretensiones de más. De alguna manera explica lo que, con mayor detalle y precisión iría surgiendo de otros registros, más no hay ninguno que refiera a la anticoagulación del paciente.

Suponiendo, en el mejor de los casos, que sucedió tal como da cuenta el informe, ¿podría acaso concluirse que la anticoagulación intraprocedimiento ha sido la correcta, si ni siquiera se conocen precisiones respecto de la misma?. Tampoco, como agregó el cirujano (segundo operador), luce detallado que luego del bolo de heparina se sostuvo en una perfusión constante para mantener el nivel de anticoagulación como recomiendan las guías y protocolos por el bajo nivel de duración de la heparina y el alto riego troboembolítico de la ABL RF (v. absolución de posiciones D. R. videograbada n° 15681317799056681.fvl en 27':52").

Entonces, no sólo se advierten varias carencias en el informe bajo análisis y los dichos de los médicos codemandados sino que de la lectura de otros registros de la historia clínica surgen inconsistencias a saber: en primer lugar, se genera una imposibilidad real de determinar la hora de inicio de la intervención quirúrgica y la de finalización con posterior traslado del paciente a Unidad Coronaria, siendo de suma importancia ello en función de determinar si correspondía o no suministrar anticoagulantes o si, por el contrario, el nivel de anticoagulación se mantenía constante. De acuerdo con la reseña de la historia clínica o informe de lo acontecido en la Sala de hemodinamia todo parece haber ocurrido en un mismo día, es decir tanto la ABL RF como el Accidente Cerebro Vascular (ACV) ocurrieron en el 09 de octubre de 2014, pero no se refleja esta cronología en lo plasmado a fs. 19 de la HC reservada en secretaria -interconsulta-, que da cuenta de que el día 10 de octubre de 2014, el Dr. Gerardo Tiezzi asentó "paciente completo ablación de arritmias en la fecha. Su horario de ingreso a hemodinamia fue a las 18 horas y la salida a las 21 horas. El paciente recibió anestesia general. En el control se detecta que estaba somnoliento y no respondía las ordenes. La médico de sala detecta déficit neurológico y solicita consulta (...) solicitó tomografía de cráneo cerebral isquémico", lo cual podría explicarse, porque como con buen criterio señala la magistrada de grado en su resolución, en el hecho de que los asientos médicos se confeccionan al día siguiente. Pero, no podría discutirse los datos que se imprimen en los estudios v. gr. tomográfico, que coloca el acontecimiento (detección del ACV) en el mismo día en que el paciente fue intervenido (09 de octubre de 2014) delatando la proximidad entre el acaecimiento del hecho luctuoso o la detección del mismo y la intervención del D. P.

Este estudio adquiere cabal importancia porque confirma las sospechas del personal de la Sala de Unidad Coronaria toda vez que la médica especialista informó "se observa una hiperdensidad espontánea a nivel del segmento M° de la arteria cerebral medial izquierda. Se observa hipodensidad difusa en región gangliobasal izquierda. Borramiento de la cinta insular. Mínimo colapso del cuerpo del ventrículo lateral izquierdo y cisterna silviana izquierda. Signos indirectos de probable alteración vascular isquémica en vías de instalación" (fs. 49/50 documental reservada en Secretaria sobre cargo n° 9977/17).

Continuando con el análisis de los documentos que integran la historia clínica, aparece el protocolo de anestesia en el cual se advierte que no se se ha remarcado el casillero correspondiente a "Heparina". Al respecto cabe decir que el anestesista no tiene a su cargo la anticoagulación del paciente pero si el deber de colaborar con la aplicación de los fluidos que le sean indicados por su acceso a las vías y, consecuentemente, proceder a remarcar su aplicación en el protocolo. Cuanto menos debió explicarse la razón por la cual existiendo la posibilidad de hacerlo -formulario preimpreso- no se procedió de tal modo, no obstante ello, dicha responsabilidad tanto de explicar la omisión como de proferir la orden se encuentra a cargo del jefe del equipo y no del anestesista, conforme se verá luego.

Estas carencias e inconsistencias impiden arribar a la conclusión de que el paciente fue correctamente anticoagulado, recibiendo no sólo la heparina de inicio sino una perfusión constante durante todo el procedimiento con el fin de mantener un estado de anticoagulación sostenido que minimice uno de los riesgos propios de esta intervención (la generación de trombos).

La historia clínica juega un papel preponderante a la hora de analizar lo acontecido al paciente, su importancia ha merecido una regulación propia bajo la ley n° 26.529 que la define como "... el documento obligatorio, cronológico, foliado y completo en el que conste toda la actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud" -art. 12-. su contenido"... puede confeccionarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma. A tal fin, debe adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad" (art. 13).

Ahora bien de acuerdo al contenido de los artículos se advierte que en el caso de marras no hay una adecuada cronología del suceso de los hechos, faltan datos esenciales, hoja de protocolo quirúrgico o cirugía, consentimiento informado.

Así en un análisis realizado por la doctrina de la ley 26.529 se ha dicho que "La historia clínica debe ser única dentro de cada establecimiento asistencia público o privado, identificar al paciente con una clave uniforme, que deberá ser comunicada al mismo (art. 17, ley 26.529) y obligatoriamente contener como mínimo: la fecha de inicio de su confección; datos identificatorios del paciente y de su grupo familiar y del profesional interviniente y su especialidad; registros claros y precisos de los actos realizados por los profesionales y auxiliares intervinientes; antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos si los hubiere; todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas (art. 15, ley 26.529). Los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, deben también formar parte de la historia clínica. En cada caso, se deberá hacer un breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado con constancias de fecha, firma y sello del personal actuante (art. 16, ley 26.529)" (Ramón D. Pizarro-Carlos Gustavo Vallespinos "Tratado de responsabilidad civil" Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe,2018, tomo II", p. 557, la negrita me pertenece).

Como se desprende del texto antes citado, la estricta reglamentación de la HC representada en un documento complejo, permanente, completo e inalterable, se relaciona estrechamente con la protección no sólo de los derechos del paciente sino de todo el personal sanatorial que interviene en la atención del mismo. "La historia clínica es, de tal modo, un instrumento de enorme importancia para calibrar no sólo la forma y modo en que el profesional ha actuado, sino también de qué manera ha cumplido sus obligaciones de información con el paciente (...) La historia clínica es un elemento de prueba esencial en los juicios de mala praxis, junto con la prueba pericial médica. Las omisiones u otras irregularidades que la afecten constituyen grave prueba en contrario respecto del profesional, particularmente en lo atinente a la falta de información al paciente, y a la determinación de relación de causalidad entre el actuar médico y el daño sufrido por el paciente y su culpabilidad. Ella genera presunciones hominis, a favor o en contra del galeno, por lo que su extravío crea una presunción desfavorable para el médico o establecimiento asistencial demandada, de carácter no absoluto, por cierto" (Ramón D. Pizarro-Carlos Gustavo Vallespinos,ob, cit. Por ello, "los registros deben reflejar cronológicamente y de manera transparente todas las circunstancias que muestran la evolución del paciente" (Amílcar Urrutia, Responsabilidad civil por mala praxis quirúrgica, p. 296/297).Tomo II, p. 558/559).

Dicho esto se impone la imposibilidad de compartir la conclusión a la cual arribaran los peritos en respuesta a la pregunta 5.2. "si la historia clínica esta correctamente confeccionada conforme legislación vigente" "La historia clínica es digitalizada y estos peritos médicos la consideran correctamente confeccionada" (fs. 390 vta.).

Cabe detenerse aquí para recordar que en cuestiones eminentemente técnicas, como indudablemente se dirimen en este caso, la prueba pericial adquiere especial relevancia y preeminencia pero ello está inevitablemente ligado a la valoración de su estrictez técnica y de su ajuste a datos que obtuvo de la realidad y no de afirmaciones de las partes (cómo se verá mas adelante). Como bien se ha dicho: la prueba pericial, en sí misma, en su contenido y conclusiones, carece de fuerza vinculante para el magistrado, como que su seguimiento o apartamiento no depende de la actitud del justiciable de observar el dictamen o la falta de ello, sino del grado de convicción que tal elemento acreditatorio produzca en el ánimo del juez, en sustento de la aplicación y experiencia (sana crítica) del adecuado procedimiento para la realización y producción de tal medio (Conf. CCC Lomas de Zamora, Sala I, Reg. Sent. Def. 373/95, 5/97, 151/97, 255/97, 91/97 entre muchos otros, cit. en fallo de la CACC Lomas de Zamora, 18/11/04, "Miera de Vázquez, Delia María c/ Expreso Granate - Línea 293 y otros s/ Daños y perjuicios").

4.2.4. Pero, por si no bastara con las inconsistencias, la ausencia de precisión y claridad en los registros, se advierte que la historia clínica esta incompleta, no sólo por la ausencia del protocolo quirúrgico, sino también del consentimiento informado. Esto último fue admitido expresamente por la parte demandada en sus declaraciones así como por los peritos en su propio informe -respuesta a los puntos de pericia propuestos por la parte actora- "No se halla en la documental el Consentimiento Informado" (fs. 390).

El consentimiento informado puede definirse como la declaración de voluntad suficiente efectuada por un paciente por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida a la dolencia, al procedimiento o intervención que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención (Conf. Elena I. Highton y Sandra M. Wierzba "La relación médico-paciente: el consentimiento informado", Ad-Hoc, 1991, pág. 11).

La ley de derechos del paciente n° 26.529 -que entró en vigencia en 2009-, esencialmente, reconoce la autonomía de la voluntad del paciente, establece su derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud, define al consentimiento informado, impone la obligación del médico de requerirlo en forma previa y regula su instrumentación.

En este orden de ideas no puede atribuirse la entidad que pretende el médico tratante a lo consignado en la ficha de consultorio, documento unilateral sin firma del paciente no sólo porque, al respecto, la ley determina la forma en que se debe prestar el consentimiento informado sino que, además, como lo ha expresado la doctrina, ... "nadie puede hacer por sí mismo, prueba en su favor ...", profundizando el concepto aseverando que: "Si el que tiene que demostrar la verdad de su proposición pudiera por sí mismo crear la realidad apta para confirmarla, el juicio carecería de razón suficiente. En ese caso, proposición y la razón de la proposición tendrían un mismo origen: la voluntad del proponente o pretensor. Se juzgaría la proposición por la misma voluntad del proponente y no por la realidad exterior, idónea para confirmarla" (Eduardo J. Couture, Fundamentos del derecho procesal civil. 3ra. ed. Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 489).

Entonces, ante los reproches vertidos en la demanda y la ausencia de otros medios probatorios que corroboren lo expuesto unilateralmente por el médico tratante cirujano demandado, no puede razonablemente tenerse por probado que los riegos a los que se sometía el paciente, fueron precisamente descriptos.

Lo cierto es que en la actualidad el caso de autos debe ser juzgado a la luz de las prescripciones emergentes de la ley 26.529, donde la exigencia de consentimiento informado viene impuesta por norma legal como verdadero documento en el cual se refleja formalmente lo que venía aconteciendo en la práctica médica.

Desde esta perspectiva, la inexistencia de consentimiento informado escrito abonado por los dichos de la parte actora en el escrito de demanda con relación a que "No consta en la historia clínica acompañada que se haya efectuado la advertencia al enfermo. El médico tiene el deber de advertir al enfermo los riesgos por el tratamiento recomendado o por la intervención quirúrgica aconsejable. Tampoco consta el consentimiento informado" (fs. 28 y 28 vta.) sellan la suerte en relación a la responsabilidad del médico tratante en este tramo, precisamente porque no habría fundamento que revierta, en la actualidad que la exigencia del consentimiento informado forma parte de la lex artis médica.

5. En lo que concierne a la atribución de responsabilidad, cabe recordar que la parte actora no ha demandado solamente al médico tratante sino que extendió su reproche al médico, conocido como segundo operador, al anestesista, al director médico y al sanatorio, lo cual conlleva a la necesidad de analizar si existe relación causal entre las negligencias señaladas anteriormente y que fueran reprochadas a los codemandados y los daños reclamados en el caso.

5.1. En primer lugar corresponde abordar el achaque de responsabilidad de los médicos intervinientes. En tren de ello, luce oportuno reconocer que en la actualidad, en las intervenciones quirúrgicas, participa más de un especialista, incluso ante el desconocimiento del paciente. La problemática, entonces, radica en poder establecer quién es civilmente responsable frente a un perjuicio sufrido por éste, lo cual nos conecta con la necesidad de reconocer primero cómo se ha relacionado cada uno de los profesionales médicos con el Sr. D. P., es decir, si lo fue como equipo (cuyos integrantes pueden o no tener contacto y/o conocimiento de manera personal del paciente previo a la operación), ya sea a través de contrataciones individuales.

Trasladadas estas teorías al caso de autos se advierte que los distintos galenos que han participado en el acto quirúrgico del Sr. D. P. han desarrollado su actividad médica de forma conjunta o sucesiva, bajo la dirección y revisión del primer operador quien fue el médico tratante del paciente; "el cardiólogo", de manera que nos encontramos ante la presencia de un equipo médico que reúne todas las características necesarias para ser definido así por la doctrina (participación de todos en un acto médico determinado, coordinación de esfuerzos y presencia de un jefe de equipo médico, que generalmente es el cirujano que actúa secundado por los especialistas) (v. Ramón D. Pizarro-Carlos Gustavo Vallespinos,ob, cit. Tomo II, p . 576/577).

De este modo, el acuerdo contractual médico-paciente sólo se entabla entre el Sr. D. P. y su cardiólogo. Se trata entonces de una "... contratación única e integral, en la que cada una de las prestaciones necesarias para satisfacer el interés del paciente se encuentra en cabeza de distintos profesionales, pero conformando todas un objeto único e indivisible. Para la realización de ese objeto único e indivisible, el jefe del equipo médico asume personalmente la realización de una serie de diligencias dirigidas a obtener dicha finalidad. Entre las mismas se destaca la de conformación del equipo; su coordinación, dirección, supervisión y la mayoría de las veces la realización de la prestación principal (operar al paciente)..." (v. Ramón D. Pizarro-Carlos Gustavo Vallespinos, ob, cit. Tomo II, p. 581/581 vta.).

Son, en prieta síntesis, las siguientes actividades esenciales las que realiza el jefe del equipo: conformar su equipo de trabajo, coordinar impartiendo órdenes e instrucciones a cada integrante, supervisar su ejecución y asumir como equipo el acto quirúrgico. En opinión del autor antes citado, que se comparte, el factor de imputación es la garantía, con sustento en el riesgo creado, asumida por el jefe del equipo frente al paciente imbuida del riesgo que lleva ínsito todo hecho que no es propio ( v. Ramón D. Pizarro-Carlos Gustavo Vallespinos, ob, cit. Tomo II,p. 581).

Como correlato de lo expuesto, surge la necesidad de determinar si sólo responde el jefe del equipo o también sus integrantes de manera conjunta o individual; y en su caso, en qué medida y con arreglo a qué criterio.

El jefe del equipo médico responde de manera directa, por el hecho propio, cuando su actuar médico (por ejemplo, cirugía), o la inobservancia de los deberes propios del jefe médico (coordinación, instrucción, supervisión) sea causa adecuada del daño sufrido al paciente. De igual modo si su intervención fue requerida con carácter personalísimo y la delega en sus colaboradores. También ha de responder de forma concurrente el miembro, sólo cuando es posible determinar individualmente su culpa.

En el caso que nos ocupa, se ha arribado a la conclusión, en mérito al análisis de la prueba, -esencialmente la historia clínica- que el hecho luctuoso ocurrido al paciente se encuentra vinculado causalmente con la negligencia en la anticoagulación intraprocedimiento, cuya responsabilidad recae en los cirujanos que llevan adelante la intervención y deben efectuar un adecuado procedimiento respecto de ello el que luego debe ser volcado en la historia clínica de manera exacta, clara y completa. No ocurriendo esto último y sin posibilidad de individualizar la culpa en uno u otro de los operadores quirúrgicos, toda vez que no se aportó elemento de prueba que demuestre lo contrario, deberán responder el médico tratante como jefe de equipo y también el segundo operador (art. 1109 y cc. del Código Civil).

La finalidad de esta responsabilidad colectiva reside en que la falta de individualización del autor verdadero del perjuicio no vaya en contra de la víctima, pues ello incluso podría favorecer a los presuntos responsables si decidieran esconder al causante del daño (...) En conclusión, no desechamos en el caso de pluriparticipación médica el funcionamiento de la responsabilidad colectiva, pero en tal supuesto creemos que estamos frente a una responsabilidad subjetiva, en donde al menos la negligencia puede ser atribuida al conjunto" (Roberto A. Vázquez Ferreyra "Responsabilidad civil por pluriparticipación médica o en ejercicio de la medicina en grupo" Disponible en https://dialnet.unirioja.es, acceso 01 de junio de 2023).

En este sentido, "en un fallo se aclaró que toda vez que el médico asume frente al paciente el compromiso genérico de proceder conforme a las reglas y métodos de su profesión, para así asegurar con diligente previsión la buena ejecución del contrato, la omisión de los cuidados exigidos por la naturaleza de la lesión que padece el paciente, acredita la relación causal entre su negligencia y los daños sufridos por éste" (CNCiv., Sala H, 19.03.99 "B., E. a. c Sanatorio Morano", La Ley, 1999 F-802, J. Agrup, caso 14.485).

5.2. En función de lo señalado anteriormente, y como consecuencia de que el daño encuentra su relación causal con una inadecuada (ya sea por medio de prueba indirecta) anticoagulación intraprocedimiento, este accionar negligente no alcanza al anestesista desde que su campo de acción dentro del equipo se limita a elegir el procedimiento para insensibilizar al paciente, lo que hará previa revisión del mismo y de sus antecedentes de salud, así mismo debe ocuparse a posteriori de la total recuperación de los sentidos, lo que se realiza una vez terminada la intervención (Así se afirma que el anestesista sólo está sujeto a las instrucciones del cirujano en cuanto a la duración de la intervención o la zona a anestesiar" (José Manuel, Fernández Hierro, Responsabilidad civil médico sanitaria. Pamplona: Ed. Aranzadi, 1984" (Roberto A. Vázquez Ferreyra, ob cit, Disponible en https://dialnet.unirioja.es, acceso 01 de junio de 2023).

5.3. Ingresando en el análisis de la configuración de responsabilidad del director médico, cabe recordar que como regla, no responden por la mala praxis del médico las autoridades del establecimiento asistencial pues ellas no garantizan el accionar del galeno, ni tienen prerrogativas de control sobre cuestiones que hacen a la autonomía científica de este último.

"La cuestión puede ser distinta cuando la mala praxis guarda vinculación causal con cualquiera de los deberes que les impone su función. En tal caso, su responsabilidad es directa y con basamento en la culpa" (Ramón D. Pizarro-Carlos Gustavo Vallespino, op. cit., p. 592/593).

5.4. Con relación al reclamo incoado contra el Sanatorio, sabido es que cuando la responsabilidad es contractual, que es la regla general en esta temática, ella queda comprometida por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de un contrato de asistencia médica, que enmarca o da forma a la relación médico-paciente y que desde hace años está muy intervenido por normas de orden público, por tanto, inderogables por las partes, incluidas en las leyes 26.529 y 26.742.

Respecto del sanatorio, lo único que debe analizarse es si el daño sufrido por el paciente estaba justificado o no, siendo en este último caso la responsabilidad de esencia objetiva y derivada del incumplimiento del deber de seguridad que lleva aparejado el contrato de prestación médica o sanitaria. "Toda organización asistencial, sea de la naturaleza que sea, constituye un cúmulo de medios materiales: edificios, centros, equipos humanos, instrumental, tecnología, sistemas de sustituciones, que pueden, en su caso, determinar que un acto produzca unos efectos positivos o no y que puedan derivar su responsabilidad..." (Concepción, Rodríguez Marín, Medicina satisfactiva, en "La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños por servicios que afectan a la salud y seguridad de las personas", dirigido por Antonio Orti Vallejo, Ed. Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006, Cap. 6, punto IV)" (Marcelo López Mesa "La responsabilidad de clínicas y sanatorios en el Código Civil y Comercial" disponible en https://www.ciencias.org.ar/ acceso 09 de junio de 2023).

El Sanatorio es también responsable por cuanto, junto con el médico cardiólogo tratante tiene la obligación de depósito, custodia y conservación de la historia clínica de conformidad a lo establecido por la ley 26.529, art. 18 "Inviolabilidad. Depositarios. La historia clínica es inviolable. Los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia, asumiendo el carácter de depositarios de aquélla, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas. A los depositarios les son extensivas y aplicables las disposiciones que en materia contractual se establecen en el Libro II, Sección III, del Título XV del Código Civil, 'Del depósito', y normas concordantes(...) La obligación impuesta en el párrafo precedente debe regir durante el plazo mínimo de DIEZ (10) años de prescripción liberatoria de la responsabilidad contractual. Dicho plazo se computa desde la última actuación registrada en la historia clínica y vencido el mismo, el depositario dispondrá de la misma en el modo y forma que determine la reglamentación".

Asimismo, la responsabilidad del Sanatorio demandado se funda sobre una obligación de garantía de la conducta de los dependientes en la ejecución de la prestación o del hecho de las personas que emplea en el cumplimiento de su obligación, existiendo además una obligación implícita de seguridad que consiste en el deber de proporcionar al paciente asistencia médica por medio de los profesionales de su cuerpo médico, respondiendo la entidad por los daños ocasionados por los médicos con relación de dependencia o sin ella por imprudencia o falta de diligencia. "Al respecto, el concepto de dependencia ha ido evolucionando notablemente ampliándose cada vez más su contenido. Desde ya que la relación de dependencia contemplada por el artículo 1113 del Código Civil no queda restringida a la típica relación de dependencia propia del derecho del trabajo. Pero el asunto es determinar hasta dónde se puede extender dicho concepto. Sobre el particular Garrido y Andorno exponen que la idea de relación de dependencia '... ha tomado con el transcurso del tiempo una extensión tal que admite considerar existente a la relación de dependencia aun en supuestos aparentemente dudosos. Por eso nuestra doctrina ha indicado que existe dependencia cuando se da el derecho del civilmente responsable, para dar al autor material órdenes o instrucciones en cuanto a la manera de cumplir las funciones que le ha confiado;que posee las facultades de darle órdenes, un poder de mando' .En líneas generales se puede afirmar que existe dependencia en los términos del artículo 1113 del Código Civil, cuando el principal tiene el poder de impartir órdenes o instrucciones, aunque dicho poder no haya sido ejercido en forma efectiva en el caso concreto. Basta por ello que el "principal tenga algún poder de supervisión sobre los medios y métodos empleados, aunque no concurra una estricta subordinación jerárquica" (Roberto A. Vázquez Ferreyra, ob. Cit., acceso 01 de junio de 2023).

6. Definida la atribución de responsabilidad corresponde ingresar en el capítulo "daño resarcible".

En dicha faena, es preciso señalar que las normas del Código Civil y Comercial deben aplicarse en lo que respecta a la cuantificación del daño, dado que, si bien el hecho dañoso aconteció previo a su entrada en vigencia, lo cierto es que estas disposiciones no se refieren a la constitución de la relación jurídica sino sólo a las consecuencias de ella, y no varían la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima sino que refieren a su liquidación.

La parte actora reclama por el Sr. D. P. en concepto de daños y perjuicios los siguientes rubros: Daños Físicos estimado en $ 2.000.000, por Daño Estético $ 900.000, por Daño Moral $ 4.000.000, por Daño Psicológico $ 2.000.000, por Lucro Cesante $ 4.227.000, por pérdida de Chance $ 1.000.000, Gastos Farmacéuticos- médicos - traslados - fisioterapia - Fonoaudiología $ 150.000, gastos por tratamientos futuros $40.000, Médicos-rehabilitación física - fisio - kinesiología - laborterapia - fonoaudiología (futuros) $ 200.000. Rehabilitación moral y psicológica (futuros) $150.000, atención de terceros $ 5.208.000.

Bajo el título de daños no patrimoniales art. 1747 del CCC, peticiona el daño moral de su esposa, que cuantifica en $ 2.000.000; el de sus hijas en $ 1.500.000 por cada una (son dos) y el daño moral de sus suegros convivientes en $ 800.000 en conjunto. Asimismo, peticiona el resarcimiento del daño psicológico para sus hijas de manera conjunta estimado en $ 1.000.000 y para su esposa $ 1.000.000.

6.1. Daños reclamados por el Sr. D. P.

Liminarmente deviene oportuno decir que en virtud de las consecuencias dañosas que ha tenido el paciente y los altos porcentuales de incapacidad que fueron determinados por los peritos, sumados a las importantes incapacidades funcionales que sufre el Sr. D. P. en la actualidad para realizar gran cantidad de actos simples de la vida cotidiana, pone en evidencia que estamos frente a un supuesto demostrado considerado como "gran discapacidad" abarcativa tanto de la incapacidad física, también de la psíquica, una incapacidad agravada en la que la "víctima pierde su autonomía personal y económica"(LORENZETI, Ricardo, "La Lesión física a la persona. el cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante", Revista de Derecho Privado y Comunitario" N°. 1 Daños a la persona, p. 116).

Lo cierto es que, más allá de que su porcentaje de incapacidad no sea total, el efectivamente otorgado representa la imposibilidad de la víctima de realizar cualquier tarea remunerativa, requiriendo generalmente de la asistencia de terceros, aún en forma discontinua, para afrontar la satisfacción de las necesidades mínimas (GALDÓS, Jorge Mario, "Daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires", Revista de Derecho de Daños 2004-3 "Determinación Judicial del Daño-I", p. 31.).

Cabe también poner de manifiesto, en esta etapa previa, que nada impide que la cuantificación de los montos indemnizatorios sean fijados por montos superiores a los solicitados en el escrito de demanda, como consecuencia de las probanzas realizadas en estos obrados y, además, por el paso del tiempo entre dicha estimación y el presente Acuerdo. En este idéntico sentido se expresa la Corte cimera al sostener que "... es doctrina de esta Corte Suprema, que una condena judicial no quebranta los términos de la litis ni decide -ultra petita aún cuando exceda el importe indicado en la demanda, si la expresión de este último ha sido seguida de la reserva relativa a lo que en más o en menos resulte de la prueba´. Esto es así por cuanto, en tales condiciones, debe entenderse que la determinación de los daños ha sido dejada a lo que surja de la mencionada prueba." (CSJN, 08/05/2007, "Esinel S.R.L. c. Teyma Abengoa S.A.", L.L. Online AR/JUR/4775/2007; ídem, 31/08/2004, "G., A. R. c. Gorbato, Viviana", Fallos: 327:3560; ídem, 17/11/1994, "Oblita Ramos, Nancy c. Copla Coop. de Prov. de Servicios para Transportistas de Consumo y Crédito Limitada", Fallos 317:1662 disponibles en https://cij.gov.ar).

6.1.1. Daño por incapacidad psicofísica.

6.1.1.1. Incapacidad física.

Definida ésta como la inhabilidad o impedimento o bien la dificultad apreciable en algún grado, para el ejercicio de funciones vitales. Ella "... entraña la pérdida o aminoración de la potencialidad de que gozaba el afectado, teniendo en cuenta de modo predominante sus condiciones personales" (ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, "Daño a las personas. Integridad psicofísica", Hammurabi, Bs. As., 1990, t.2a), p. 289).

Dicha incapacidad se configura cuando el ilícito deja una secuela irreversible que se traduce en disminución total o parcial y permanente como en este caso. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia Nacional ha sostenido que "cuando la víctima resulte disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida ..." (CSJN fallos 308:1109; 312:2412; 327:2722, disponibles en https://cij.gov.ar).

6.1.1.2. Incapacidad psicológica.

El mismo se infiere no sólo de la magnitud del hecho luctuoso acaecido en autos "in re ipsa", sino que ha sido determinado por la perito psiquiátricas como un daño generador de una incapacidad que representa el 70% de su incapacidad psíquica.

En relación con la cuantificación de este rubro autónomo, ya la Sala ha dicho que el mismo se debe cuantificar en la esfera del daño patrimonial como parte integrante de un daño que contempla también al físico; es decir como daño psicofísico.

En este punto ya se ha expedido la Sala al decir que "... el psíquico carece de autonomía indemnizatoria ya que, en tanto daños patrimoniales indirectos, integran el de incapacidad y en cuanto a aspecto extrapatrimonial, el daño moral. Y es que, como fuera expresado, no cabe confundir el bien jurídico afectado, esto es la integridad física y psíquica, con los perjuicios que de ella derivan que sólo pueden comportar daños patrimoniales indirectos -incapacidad- o daño extrapatrimonial -moral- (Zannoni, Eduardo A. "El daño en la responsabilidad civil", 2a.ed., págs. 157/166 y sus múltiples referencias)" (En este sentido esta Sala en auto n° 143 del 31/03/11, "Galatioto, Mónica V. c/ Guma, Alberto F. y otros s/ Daños y perjuicios",expte. N° 134/10), "Gutierrez, Esther y otros c/ Medina, Mario G y otros s/ Daños y Perjuicios"(Expte. n° 416/2014 CUIJ: 21-04956094-7), Ac. nº 422 del 26/12/1)7.

Ello es así, sin dejar de reconocer que en lo que hace a la prueba de la existencia de uno y otro los elementos que le son exigibles no son los mismos, no obstante su existencia conllevan una única reparación que debe reconocer como límite de incapacidad en conjunto (80% y 70%) el 100%.

6.1.1.3. En cuanto atañe a la cuantificación del rubro, en un precedente de esta Sala se ha aplicado una fórmula polinómica específica (Ac. N° 366 del 05/12/19, en "Bojanich, Martín E. c/ Corti, Mario H. s/ Daños y perjuicios", CUIJ 21-05016350-1), criterio que fue reiterado en pronunciamientos posteriores, en los que el resultado obtenido fue -incluso- cotejado con aquellos a los que se podría arribar en caso de aplicarse otras de las conocidas fórmulas polinómicas como lo son: "Méndez" y "Vuotto" (v. Ac. N° 395 del 27/12/19, en "Lonegro, Gustavo c/ Peimu S.A. s/ Daños y perjuicios", CUIJ 21-04943663-4, primer voto del suscripto).

En ese orden de ideas, si bien se ha propiciado la fórmula utilizada para calcular la renta dejada de percibir como consecuencia de la incapacidad (art. 1746, CCC), corresponde considerar luego que -a los fines de tutelar la integridad funcional de las personas- devino necesario efectuar ciertos ajustes sobre la postura anteriormente seguida, en pos de obtener una indemnización que cristalice con mayor esmero (o, al menos, lo intente) el principio matriz de la reparación plena o integral sobre el cual se estructura todo el sistema de daños (art. 1740, CCC), de modo tal que se comprenda no sólo la incapacidad de la víctima para generar ingresos, es decir, la disminución para realizar "actividades productivas" -diferenciando aquí entre el daño ya acaecido y el daño futuro- sino también la incidencia negativa que el evento dañoso tenga sobre las "actividades económicamente valorables" que pudiere desarrollar el damnificado en su vida cotidiana y que vea frustradas como consecuencia de aquél, esto incluye todas las tareas onerosas que deba encargar a otros (labores del hogar, cuidado, higiene, trámites, etc), ya sea que las realice para sí mismo o para otros. En este sentido me he pronunciado en recientes precedentes (v. "Torres, Juan Carlos c/ CNA ART SA y otros s/ Daños y Perjuicios", CUIJ Nº 21-01472638-9, Ac. n° 306 del 14/10/22 y su aclaratoria). En el caso de marras se observa que el demandado ha solicitado expresamente que este daño sea cuantificado (v. fs. 34 vta. "atención de terceros").

El criterio propuesto, se encuentra en plena concordancia con la postura adoptada por varios de nuestros pares de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Santa Fe, en sus fallos más recientes, en los que han profundizado minuciosamente el estudio relativo a la cuantificación de la incapacidad sobreviniente (v. fallo dictado CACCSFe, Sala 1a., "Neyret, Camila Stefanía c/ Rolón, Horacio Domingo y Otros s/ Daños y perjuicios", Expte. CUIJ 21-10716433-9, primer voto del Dr. Fabiano; también puede verse el Acuerdo N° 437 del 29/09/20, en "Tapparo, Ana María c/ Nessier, Hugo O. y otros s/ Ordinario", entre otros).

Siguiendo este razonamiento, con respaldo en la jurisprudencia de la Corte nacional, tanto el referido tribunal santafesino como los vocales de esta Sala, hemos destacado que: "Lo que se tutela es la integridad de la persona, su plenitud, por lo que en caso de incapacidad permanente, la indemnización es procedente aunque la víctima siga trabajando, y a la inversa, aunque no desarrolle en concreto tareas remuneradas o productora de bienes (ancianos, discapacitados, niños, desocupados al momento del hecho, etc.)" (CSJN, 10/08/17, "Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART SA y otros s/ Accidente - inc. y cas", Fallos 340:1038, LL Online: AR/JUR/50672/2017).

A) Ingresando entonces en la cuantificación del daño patrimonial, cabe efectuar una serie de precisiones que conllevan de modo concluyente a fijar el monto de la indemnización por incapacidad sobreviniente, tal como lo pretende el damnificado.

En orden a clarificar la cuestión, ante todo, es necesario distinguir -como criterio general-, por un lado, el daño producido desde el acaecimiento del hecho hasta la fecha de la cuantificación (en el caso, la fecha del presente acuerdo) y, por el otro, el perjuicio que el damnificado pudiese sufrir desde allí en adelante.

En ambos casos, es indispensable ponderar los siguientes datos, para cuantificar los rubros: a) el ingreso de la víctima que se vio afectado; b) la edad de la misma; c) la incapacidad resultante del hecho dañoso; d) la cantidad de períodos devengados desde la producción del evento dañoso, debiendo no sólo computarse los 12 meses de remuneraciones mensuales sino también otro período más en concepto de SAC por cada año transcurrido.

A su vez, dependiendo del tramo del cálculo que se trate, procede o no liquidar los intereses moratorios devengados. Así pues, debe computarse una tasa de interés sobre el daño pasado, o bien, una tasa de descuento (por el adelanto del capital) sobre el daño futuro, la cual -conforme el criterio que ha venido sosteniendo reiteradamente esta Sala- debe tratarse de una tasa pura, de modo que no contenga componentes inflacionarios, cuando se realiza el cálculo a valores actuales del capital que se toma de base.

Al respecto, resulta razonable tomar como parámetro el SMVM (ya que el actor, si bien quedó probado que realizaba tareas de manera independiente no acreditó la categoría de monotributo a la cual se encontraba inscrito a la fecha de la intervención quirúrgica causa de sus secuelas incapacitantes -v. fs. 435-) que rige a la fecha del presente . En este orden de ideas, debe tomarse en cuenta la del Consejo Nacional de Empleo, la Productividad y el Salario mínimo, vital y móvil, del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, que dispuso que, a partir del 02 de mayo de 2023, será de pesos ochenta y siete mil novecientos ochenta y siete ($87.987) para todos los trabajadores mensualizados.

De acuerdo con esas premisas, entiendo que lo que corresponde es efectuar el cálculo aritmético a valores actuales, usando a tal fin el SMVM a mayo de 2023, por ser el más próximo a la fecha del presente acuerdo.

B) Partiendo de esos parámetros, el primer tramo corresponde así al daño actual o pasado y para su cuantificación matemática, basta realizar la sumatoria lineal de los períodos transcurridos entre el día de la atención médica que originó los daños (09 de octubre de 2014), y el día de su cuantificación, junio 2023 (fecha del presente fallo), acotada -por supuesto- por el porcentaje de discapacidad dictaminada (80% -v. fs. 389-).

Siguiendo este esquema, en el caso se devengaron 112 períodos (a razón de 13 salarios anuales durante 8 años y 8 meses), valorizados a razón del 100 % del SMVM lo cual arroja un total de $ 9.913.202.-.

Asimismo, sobre este importe se debe adicionar un interés moratorio desde la fecha del hecho y hasta la cuantificación (o sea, desde octubre de 2014 la fecha del presente acuerdo -junio de 2023-), tomando a tal fin una tasa pura del 6 % anual no capitalizable ($ 594.762,12 x 8 años = $ 4.758.336,96 más el proporcional por 8 meses; $396.508,08), con lo cual se asciende a un total de intereses equivalente a $5.154.845,04.-. de manera que por daño por incapacidad física corresponde una indemnización actual de $15.068.047,04, a la que deberá adicionarse desde la fecha del presente acuerdo y hasta su efectivo pago a la tasa activa capitalizada que aplica el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos a 30 días.

C) Para el segundo tramo, el daño futuro considero que, en el presente caso, corresponde diferenciar entre las actividades productivas y las actividades económicamente valorables, por cuanto es posible afirmar que el actor tiene complicaciones funcionales derivadas de las secuelas neuronales producto del ACV y, por lo tanto, corresponde computar este segundo tramo del rubro en la extensión que he considerado en otros casos, en los que se constataron limitaciones físico-funcionales con clara incidencia en la vida productiva y cotidiana del damnificado.

Por ello, a fin de cuantificar la incapacidad dictaminada, en el supuesto de autos es razonable fijar como tope la edad de 65 años, tomando en consideración la edad jubilatoria.

D) Sobre tales bases, el cálculo habrá de realizarse siguiendo el esquema de la fórmula polinómica que se expresa del siguiente modo: C = A [(1 + i)n - 1] / i (1 + i)n, donde "C" resulta el capital productor de rentas a determinar, "A" la frustración de ingreso experimentado en cada período, "i" la tasa de descuento a devengarse durante el período de extracción considerado, expresada en decimales, y "n", el número de períodos restantes hasta el límite de edad considerado en el caso concreto (65 años).

Bajo estos parámetros, se entiende que "A" es el monto de $ 87.987.- multiplicado por trece salarios por cada período (que incluye tanto a los haberes mensuales como al S.A.C., considerados a razón del 100 % del SMVM), lo que asciende al importe anual de $1.143.831.-, "i" es la tasa de descuento que juzgo en un cuatro por ciento (4%) y "n", equivale a 18 períodos estimados entre la edad que tiene aproximadamente la actora a la fecha de la presente sentencia (es decir, unos 47 años) y hasta la edad jubilatoria promedio de 65 años. En función de ese razonamiento matemático, el resultado que se obtiene para esta porción del rubro es un monto de: $ 14.474.404,56, a la que deberá adicionarse desde la fecha del presente acuerdo y hasta su efectivo pago a la tasa activa capitalizada que aplica el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos a 30 días.

E) Valga poner de resalto que, al monto obtenido hasta aquí debe adicionarse otro importe más en concepto de actividades económicamente valorables (que incluye la asistencia de terceros peticionada dentro de los rubros indemnizartorios), las se propone determinar -en los que casos en los que correspondiere- conforme a la fórmula propuesta, pero sobre una base inferior del SMVM (conforme lo señalado anteriormente) y hasta el límite dado por la esperanza de vida para los hombres que se sitúa en un promedio de 75 años (según la edad fijada por la OMS en su estadística sanitaria mundial 2022 como expectativa de vida promedio -v. World Health Statistics 2022- y la informada por el INDEC, disponible en https://www.indec.gob.ar).

En función de ello, para esta parte del segundo tramo corresponde computar la fórmula de igual modo, pero modificando dos de sus variables, a saber: "A" que debe ser reducida en un 50% proporcional del salario tomado como base del cómputo anterior es decir ($ 1.143.831 / 2: $571.915,5 ); y "n", que en este caso equivale a 10 períodos anuales (con lo cual el resultado de la aplicación de la fórmula arroja un monto de: $ 4.652.871,86, a la que deberá adicionarse desde la fecha del presente acuerdo y hasta su efectivo pago a la tasa activa capitalizada que aplica el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos a 30 días.

F) De la sumatoria de todos los importes resultantes de los cálculos precedentes (puntos B y D), se obtiene una indemnización total por daño patrimonial, igual a: $34.195.323,42.

6.1.2. Daño estético.

Como se ha sostenido en otros pronunciamientos, tanto el daño estético como el psíquico, carecen de autonomía indemnizatoria ya que, en tanto daños patrimoniales indirectos, integran el de incapacidad y en cuanto a aspecto extrapatrimonial, el daño moral. Y es que, como fuera expresado, no cabe confundir el bien jurídico afectado, esto es la integridad física y psíquica, con los perjuicios que de ella derivan que sólo pueden comportar daños patrimoniales indirectos -incapacidad- o daño extrapatrimonial -moral- (Eduardo A. Zannoni, "El daño en la responsabilidad civil", 2a.ed., págs. 157/166 y sus múltiples referencias).

En función de este contexto teórico, queda claro que el daño estético probado en autos, se proyecta en lesiones tanto al ámbito material como al moral y tendrá incidencia entonces en la cuantificación de los mismos y no de manera autónoma por lo cual la cuantificación no ser hará de manera independiente.

6.1.3. Pérdida de chance.

Valga recordar que la noción de chance cohonesta tanto certidumbre y previsibilidad del daño y su cuantificación es la chance en sí misma y no la totalidad de la ganancia frustrada.

"La pérdida de chance tiene relación con la posibilidad frustrada de una ganancia. En principio, la pérdida de chance es un daño cierto y resarcible y su reparación depende del grado de posibilidad de obtener la ganancia, pero la indemnización no es el beneficio supuestamente dejado de percibir sino la de la propia chance o probabilidad de obtenerlo, lo que debe determinar el juez con arreglo a las circunstancias de cada caso. Tal pérdida de chance debe admitirse cuando la posibilidad de obtener la ganancia era bastante fundada, tratándose de una probabilidad suficiente más que de una simple posibilidad" (CCC. Mar del Plata, Sala II, 27/07/2004, "Roffi, María T. y otro c/ Empresa Hotelera Americana", LLBA 2004-1140, siguiendo la opinión de Zavala de Gonzalez).

Ya más recientemente sentó el mismo tribunal: "El resarcimiento por 'pérdida de chance' comprende aquellas situaciones en las que el comportamiento antijurídico ha interferido en el curso normal de los acontecimientos de un modo tal que no puede saberse si el afectado habría o no obtenido cierta ventaja o evitado cierta pérdida, generándose de tal modo la incertidumbre de saber si el beneficio se habría producido efectivamente; en dicha medida, se ha cercenado una expectativa, la probabilidad de una ventaja. La pérdida de chance se ubica en una zona intermedia entre el daño efectivo y el puramente conjetural, pues la certeza radica en la oportunidad cierta de un beneficio, malograda por un hecho lesivo, la 'chance' misma es sólo una probabilidad, pero para que su frustración sea indemnizable, tal probabilidad debe ser cierta e inequívoca" (CCC. Mar del Plata, Sala II, 01/12/2016, "González, Elisa S. c/ Chevrolet S.A. de Ahorro para Fines Determinados y otr. S/ Daños y perjuicios por incumplimiento contractual", JUBA, sum. B5025434, en Revista de Derecho de Daños, 2017-3: Cuantificación del daño, dirigida por Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, 1° ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 598. En idéntico sentido, Trigo Represas, Félix Alberto, Reparación de daños por mala praxis médica, Hammurabi, p. 241).

En definitiva, y como lo indica la doctrina, una pérdida de "chance" es un daño cierto y actual que requiere causalidad probada entre el hecho del profesional y un perjuicio que no es el daño integral sino la oportunidad de éxito remanente que tenía el paciente (Tanzi, Silvia, "La responsabilidad de la pérdida de la 'chance' ", en obra colectiva La responsabilidad, libro homenaje al profesor Isidoro Goldenberg, p. 330).

En la pérdida de chances lo que se frustra es la probabilidad o expectativa de ganancias futuras, en las que lo que se indemniza no es todo el beneficio esperado (caso del lucro cesante) sino de la oportunidad perdida. El monto o cuantía de la chance indemnizable no es el equivalente a todo el beneficio esperado como en el lucro cesante. En la chance frustrada lo indemnizable no es la ventaja misma sino la probabilidad de obtener el beneficio, el que siempre será más reducido o más bajo que la totalidad de la ventaja. La indemnización consiste en el valor de la posibilidad, por lo que la indemnización será necesariamente menor que el resarcimiento. Lo reparable no es el beneficio esperado sino la probabilidad perdida, lo que, en el fondo, trasunta un criterio cuantitativo y no cualitativo de ponderación.

En el caso considero que resulta procedente la pérdida de chance reclamada, toda vez que se frustró la mera probabilidad de lograr lo que razonablemente hubiese tenido el actor (provecho económico y espiritual), de continuar con su emprendimiento en la venta de productos de pet shop desde que se desempeñaba de manera autónoma y se proyectaba en ese sentido.

En relación con la cuantificación del presente rubro estimo, de acuerdo a la edad de la víctima del hecho luctuoso, las condiciones físicas afectadas como esenciales para el desarrollo de su actividad y los demás elementos de prueba vinculados con ello, que corresponde definirla en $2.000.000.- con más los intereses devengados desde la fecha del hecho y hasta el dictado del acuerdo a la tasa pura del 6 % anual, y desde entonces y hasta su efectivo pago a la tasa activa capitalizada que aplica el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos a 30 días, por el mismo argumento dado al establecer la tasa de interés en el rubro anterior.

6.1.4. Gastos farmacéuticos, médicos, traslados y erogaciones varias pasados y futuros (conforme detalle indicado al inicio).

6.1.4.1. Para los reclamados como ya ocurridos, si bien el monto total que peticiona no se encuentra documentado, se advierte que en función de los hechos probados, la gran incapacidad y la coherencia del mismo en el tramo que se presume no fuera absorbido por la obra social con la que cuenta el Sr. D. P., corresponde hacer lugar al reclamo por la cantidad de $100.000 cuantificados al momento de la interposición de la demanda y desde entonces y hasta su efectivo pago a la tasa activa capitalizada que aplica el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos a 30 días, por el mismo argumento dado al establecer la tasa de interés en el rubro anterior.

6.1.4.2. Ahora bien, con relación a los gastos y tratamientos futuros, siguiendo la misma línea argumental y en función de la vasta prueba que da cuenta de que el Sr. D. P. debe consumir medicamentos relacionados con su incapacidad de manera diaria, realizar un abordaje interdisciplinario en función de su condición que requiere rehabilitación labor terapia y muchas especialidades más, corresponde acoger (teniendo en cuenta todos esos parámetros la edad del paciente, la proyección y cantidad de tratamientos, el pago adelantado del dinero (tasa de descuento) y el porcentaje que la obra social pueda absorber sobre cada uno de ellos, es posible cuantificar el rubro en $ 700.000.-, cantidad a la que deberá adicionarse, desde la fecha del presente acuerdo y hasta su efectivo pago, la que resulte de aplicar la tasa activa capitalizada del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos a 30 días.

6.1.5. Daño moral.

En cuanto atañe al daño moral, la doctrina ha sostenido: "Si los hechos hablan por sí mismos y extendemos la elocuencia a los hechos jurídicos debemos necesariamente concluir que el daño moral normalmente se desprende de los mismos in re ipsa. No es posible argumentar en contra de los hechos" (Jorge Mosset Iturraspe, Aída Kemelmajer de Carlucci, "Responsabilidad Civil", Hammurabi, Bs. As., 1992, p. 236). Así, la necesidad de prueba del daño encuentra una clara flexibilización cuando de los mismos hechos surge la afección. Como lo indica Pizarro: "A partir de la acreditación del evento lesivo y del carácter de legitimado activo del actor, puede operar la prueba de indicios o la prueba presuncional, e inferirse la existencia del daño moral" (Ramón D. Pizarro, "Daño moral", Bs. As., 1996, ps. 559 y ss.).

En ese entendimiento, atendiendo a la importancia de los elementales derechos en juego (vida, salud e integridad física), en el caso de autos no existe duda alguna en torno a la admisibilidad de este rubro relativo a la esfera no patrimonial.

No hay dudas como sostuvo la jurisprudencia que "La falta de información acerca de las características y los riesgos de los actos médicos a los que fue sometida la paciente, constituye un daño moral en sí mismo indemnizable, en cuanto supone la veneración de un interés lícito extrapatrimonial consistente en no haber contado con esa información y, por ende, no haber estado en condiciones de tomar una decisión libre e informada, como tiene la prerrogativa de hacerlo una paciente adulta, lúcida y en pleno uso de su discernimiento" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L o 09/09/2021 o Sartori, Lidia Susana c. Obra Social de Seguros y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.", disponible en La Ley Online o TR LALEY AR/JUR/137393/2021).

Como lo ha establecido la jurisprudencia: "La reparación del daño moral, librada al prudente arbitrio judicial, está destinada a compensar el 'pretium doloris', causado por la fractura de valores espirituales y de orden superior, las lesiones a los sentimientos íntimos de los individuos que determinan dolor y sufrimiento en legitimas afecciones" (CNCiv, Sala j, marzo 4-997 "T.,E.A. y otros c/ F., L. S", La Ley 1997-F,638). En la misma línea, la Corte IDH ha establecido que el daño moral proviene de los efectos psíquicos sufridos como consecuencia de la violación de derechos y libertades; de ahí que sea una suerte de pretium doloris. Es preciso probar ese daño, salvo cuando resulte evidente, tomando en cuenta la naturaleza de las lesiones infligidas (CIDH, caso Aloeboetoe, Reparaciones, párr. 52º).

Con base en las premisas que anteceden y considerando que este rubro es de dificultosa determinación, ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, o sea, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, por lo que considero que los montos estimados en función de las pruebas aportadas sí lucen justos más aún, reconociendo, tal como se adelantara, que los mismos se hallan sujetos a la discrecionalidad del sentenciante. Lo cierto es que la suma peticionada en el escrito de demanda luce apropiada, es acorde con los elementos de pruebas aportados en autos, de todo el tiempo transcurrido y las diversas vicisitudes que rodean el caso, sirven de pauta para su cuantificación en esta instancia del siguiente modo: para el D. P. en la suma de $ 3.000.000.-, para la Sra. E. C. $ 2.500.000, para la Srta. S. P. $1.700.000 y para la Srta. M. P. $ 1.700.000, con más los intereses devengados desde la fecha del hecho y hasta el dictado del acuerdo a la tasa pura del 6 % anual, y desde entonces y hasta su efectivo pago a la tasa activa capitalizada que aplica el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos a 30 días, por el mismo argumento dado al establecer la tasa de interés en el rubro anterior.

6.2.6. Daño psicológico.

6.2.6.1. Liminarmente cabe ponder de manifiesto que el presente daño Psicológico ha sido solicitado dentro de la órbita del daño no patrimonial, pero apenas se ingresa en el análisis de sus fundamentos se advierte que lo peticionado representa un daño patrimonial y como como consecuencia del principio iura novit curia, y con la convicción de que ello no viola el principio de congruencia, por no alterar el sustrato fáctico sobre el cual los sujetos procesales desplegaron su actividad acusatoria y defensiva se ha resuleto su tratamiento y cuantificación como integrante de la incapacidad psicofísica.

Dicho lo anterior cabe efectuar la siguiente disquisición: el daño psiquico del Sr. D. P., como consecuencia de la particularidad que representa en orden a su extensión, permanencia en el tiempo y real abordaje interdisciplinario el mismo ha sido tratado y cuantificado al punto 6.1.2 de este acuerdo.

6.2.6.2. De otro modo, con relación al daño peticionado por la esposa, las hijas y los suegros del Sr. D. P., en tanto se advierte que en función de que ninguno ha sido sometido, por las diversas razones que explica la perito, a tratamiento psicológico que determine si la incapacidad puede ser revertida o no, cuanto tiempo de tratamiento se aconseja para éstos y finalmente una estimación de los constos, surge que la tarea de fijar el valor de la indemnización resulta dificultosa. Por lo tanto, corresponde ordenar su cuantificación mediante la sustanciación de un procedimiento sumarísimo de cognición, que reviste todas las seguridades inherentes a la bilateralidad en el reclamo, contestación, prueba y audiencia. Además de las alternativas del art. 245 del CPCC, por vía jurisprudencial se ha aceptado que la determinación del monto del daño se sustancie y resuelva por la vía sumarísima, solución que si bien no surge directamente de la norma antes citada puede entenderse implícitamente comprendida dentro del ejercicio de la potestad discrecional concedida a los jueces (v. jurisprudencia citada en ALVARADO VELLOSO, A., Estudio del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Análisis crítico de su jurisprudencia, explicación de la doctrina procesal y recopilación bibliográfica de sus temas, Fundación para el desarrollo de las ciencias jurídicas, Rosario, 2014, t. 3, pp. 1990/1992).

7. Respecto de los intereses, más allá de que han sido ya determinados en los acápites precedentes, cabe aclarar que esta Sala ha expresado reiteradamente que cuando los daños son calculados al momento de la sentencia, corresponderá aplicar intereses desde el hecho hasta ese momento una tasa pura y recién a partir de entonces fijar otras tasas, que aquí se establece en la tasa activa capitalizada que cobra el Banco Nación para sus operaciones de descuento de documentos (salvo para la determinación de la incapacidad psicofísica actual en donde ya se ha estimado dicho concepto).

Asimismo, en su actual composición y a partir del Acuerdo n° 143, dictado el 31/03/11 en autos "Galatioto, Mónica V. c. Guma Alberto F y otros - Daños y Perjuicios" esta Sala ha establecido que cuando se está ante deudas de valor que son calculadas al momento de la sentencia se les debe adicionar sólo una tasa pura desde el momento del hecho y no la tasa que se aplica a las obligaciones de dar sumas de dinero, que contemplan además el fenómeno inflacionario ocurrido desde que aquellas sumas fueron desembolsadas por el acreedor y el momento de su restitución.

El art. 772 del Código Civil y Comercial, al tratar las deudas de dinero y referirse a la necesidad de cuantificación de un valor expresa: "Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección". De su redacción surge como clara consecuencia que si el sentenciante tomó como un monto como "valor real" al tiempo de la sentencia, consecuentemente a ese exacto momento "el valor es cuantificado en dinero" y justo a partir de allí "se le aplican las disposiciones de esta Sección" (es decir, la de las "obligaciones de dar dinero"), y en virtud de este efecto, corresponde aunar desde la sentencia en adelante la tasa aplicable tanto para las deudas de dar dinero como para las que eran de valor y se convirtieron en dinerarias.

8. Con relación a las costas causídicas de esta instancia, se imponen totalmente a la perdidosa -e igualmente las de primera instancia- con específica aplicación del principio de reparación integral o plena (arts. 251 CPCCSF).

Voto, pues, por la negativa.

Sobre la misma cuestión, el doctor Puccinelli dijo: Por los mismos argumentos invocados por el doctor Muñoz, voto en idéntico sentido a esta cuestión.

Sobre la misma cuestión, el doctor Ariza dijo: Me remito a lo expresado al tratar la cuestión anterior.

Sobre la tercera cuestión, el doctor Gerardo F. Muñoz dijo:

Atento al resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde revocar parcialmente la sentencia de primera instancia. Rechazar la demanda incoada contra el director médico C. L. y el médico anestesista M. V. R.. Las costas de ambas instancias respecto de los mismos se imponen por su orden (art. 250 CPCC). Hacer lugar al recurso de apelación de la recurrente y condenar por daños y perjuicios al resto de los codemandados, quienes deberán pagar a la parte actora la suma que surja de la planilla que deberá practicarse conforme las indicaciones de los considerandos respectivos, con más los intereses fijados en el presente. Asimismo, se deberá agregar la suma que se cuantifique en juicio sumarísimo a tenor del art. 245 del CPCC, por acogimiento del daño Psicológico. La condena se hará extensiva a la citada en garantía, en los términos y la medida del seguro. Las costas de ambas instancias deberán ser impuestas a las codemandadas perdidosas- (art. 251 CPCC y 1740 CCC).

Así voto.

Sobre la misma cuestión, el doctor Puccinelli expresó: El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el doctor Muñoz. Así voto.

Sobre la misma cuestión, el doctor Ariza dijo: Me remito a lo expresado al tratar la primera cuestión.

En mérito de los fundamentos del Acuerdo que antecede, la Sala Segunda -integrada- de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, con la abstención del doctor Ariza, RESUELVE: 1) Desestimar el recurso de nulidad; 2) Revocar parcialmente la sentencia de primera instancia y en su lugar, confirmar el rechazo de la demanda incoada contra el director médico C. L. y el médico anestesista M. V. R.. Las costas de ambas instancias por su actuación procesal se imponen por su orden (art. 250 CPCC); 3) Hacer lugar al recurso de apelación de la recurrente y condenar por daños y perjuicios al resto de los codemandados, quienes deberán pagar a la parte actora las sumas que surgen del considerando respectivo, con más los intereses fijados en la presente con más la que resulte de la cuantificación del rubro Daño Psicológico que será determinada en juicio sumarísimo a tenor del art. 245 del CPCC; 4) Hacer extensiva la condena a la citada en garantía, en los términos y la medida del seguro. Las costas deberán ser impuestas a las codemandadas condenadas precedentemente, en ambas instancias (arts. 251 CPCC y 1740 CCC); 5) Regular los honorarios de segunda instancia en el 50% de los que correspondieren a la primera.

Insértese, agréguese copia y hágase saber (autos: "P., D. A. Y OTROS C/ SANATORIO PARQUE SA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", CUIJ 21-02880588-5)

GERARDO F. MUÑOZ

OSCAR R. PUCCINELLI ARIEL C. ARIZA

(art. 26, ley 10.160)

ALFREDO R. FARÍAS