

NEUQUEN, 2 de noviembre de 2022.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**S. E. A. C. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO PROFESIONAL (MALA PRAXIS)**", (JNQC12 EXP N° 512329/2016), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el juez José I. NOACCO dijo:**

I.- Se dictó sentencia el día 17 de febrero de 2022 (fs. 805/820) haciendo lugar a la demanda, decisión que fue apelada por la provincia de Neuquén; por la parte actora y por el demandado Juan José Aringoli.

a) Mediante la presentación web n° 5571, la señora S. se agravió en primer lugar pues entendió que el monto reconocido en concepto de daño físico es insuficiente, señalando omisiones en relación al porcentaje de incapacidad establecido por la licenciada Davel y las remuneraciones que debieron tenerse en cuenta por su facturación como monotributista.

En relación a sus ingresos, señaló que solo se consideraron los ingresos que percibía por su tarea en CALF, pero se omitieron los servicios de salud que en su carácter de enfermera desempeñaba en distintos centros de las ciudades de Neuquén y Cipolletti.

Expuso que la circunstancia omitida fue probada por la manifestación formulada por uno de los profesionales que requerían dichos servicios y el informe de la AFIP que da cuenta de su inscripción en el ámbito de la locación de servicios vinculados con la salud humana.

Agregó que la Dirección de Rentas de la provincia también informó que la actora tenía ingresos variables por

facturación de servicios médicos que en algunos períodos, inclusive, resultaban superiores a los percibidos en CALF.

Concluyó que los ingresos de la facturación como monotributista fueron reconocidos por el centro de salud donde trabajaba, a través de la prueba informativa y la testimonial de quienes la contrataban como así también por parte de los organismos de recaudación.

En cuanto al porcentaje de incapacidad, se agravió que no se haya considerado el informado por la licenciada Davel en su dictamen psicológico, quien determinó que de conformidad al baremo Altube Rinaldi la actora padecía un 20 % de incapacidad derivada del trastorno depresivo indicado con el código F 43.21 DSM V.

Manifestó que esa incapacidad no fue considerada en ninguno de los rubros indemnizatorios, y que lo concreto es que tiene consecuencias patrimoniales al afectar la potencialidad de ganar dinero a partir de su esfuerzo personal.

Señaló que esa incapacidad también fue expuesta por distintos testigos, y que en definitiva su falta de reconocimiento implica desconocer que el daño psicológico es patente y continuado indefinidamente, afectando sus capacidades laborales no solo desde la limitación funcional sino en el ámbito de su confianza, su rendimiento y la posibilidad de obtener trabajos remunerados.

A continuación, también se agravió por lo que, a su juicio, resultó el reconocimiento de una suma exigua en concepto de tratamientos futuros y farmacia, excluyéndose expresamente tratamientos específicos de traumatología, odontología y oftalmología.

Expuso que más allá de que la sentencia señalara que no se acreditó el precio de los tratamientos o el plazo de duración, no solo que la existencia de los gastos médicos futuros se presume, sino que la pericia médica señaló que requerirá tratamiento osteopático y odontológico permanente.

Se agravió que la sentencia sostuviera que no hubo prueba al respecto, aludiendo allí al testimonio del profesional en osteopatía Julián Ferreyra que describió la patología que sufre y la necesidad del tratamiento, atestiguando que al momento de esa declaración aun la atendía, y esa atención es requerida cada 40 días.

En cuanto al monto, agregó que el mencionado profesional informó que el costo de la sesión, al año 2015, tenía un costo de \$ 400 y la recurrente señala que al día de hoy alcanza a \$ 3.500.

Hizo consideraciones similares en relación al tratamiento odontológico al que vinculó con las complicaciones señaladas por el osteópata, y destacó que obra una factura de Roberto Suleta que da cuenta de un dispositivo destinado a paliar la disfunción denominada ATM, que al año 2015 se valuaba en \$ 2.500.

Argumentó que luego de la intervención y la infección fue derivada a la ciudad de Buenos Aires y debió atenderse allí muy seguido, la falta de visión fue progresiva y culminó con la pérdida de la visión lo que ocasionó que en abril de 2012 se concretara la colocación de la cascarilla no solo por la corrección estética, sino también por la necesidad de minimizar los riesgos de una nueva infección.

Destacó de la historia clínica acompañada por su médico tratante, Fabián Romero el detalle de todas las consultas a lo largo de los años; las dificultades relacionadas con la adaptación de la cascarilla del ojo izquierdo y la necesidad de medicación permanente, no solo para el ojo que sufrió la infección, sino también para el otro a fin de prevenir la aparición de conjuntivitis.

Concluyó que aun cuando no se hayan adjuntado las constancias de todos los gastos realizados a lo largo de los años, sí se probó su necesidad por parte de distintas especialidades, prótesis y medicación, debiendo aplicarse la presunción también a los gastos de traslado que requiere acudir a la ciudad de Buenos Aires a distintos controles.

Se agravió por la falta de reconocimiento de la indemnización de la pérdida de calidad y proyecto de vida y su errónea subsunción en el rubro daño patrimonial.

Reprochó a la sentencia orfandad argumental para su rechazo y expresó que en la pretensión se explicitó claramente que el daño no fue sufrido solo en el aspecto relacionado con la generación de riqueza, sino que debió apuntarse a la protección de la persona humana.

Detalló que el trabajo de la actora requiere la conducción de un vehículo y a raíz de la lesión ya no lo puede hacer limitando su autonomía, a lo que se suman las relacionadas por ejemplo con la práctica de deportes o la motricidad fina.

Citó antecedentes y doctrina en sustento de su postura y manifestó que este daño no fue alegado genéricamente sino que fue probado en forma contundente, destacando el testimonio de Fabián Romero quien refirió la angustiante situación en la que la actora se encuentra expuesta ante la patología que posee en su ojo con visión subsistente ya que al estar afectada por queratocono, probablemente deba ser sometida también a trasplante de córnea en ese ojo.

Señaló que aun cuando estas cuestiones pueden identificarse con el daño moral en el caso concreto apuntan a indemnizar expresiones de daño distintas.

Solicitó que se hiciera lugar al recurso y se modifique la decisión elevando los montos de condena.

b) Mediante la presentación web 5600, la Provincia de Neuquén apeló la decisión en cuanto hiciera lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por Prudencia Compañía de Seguros.

Expuso que la sentencia se hizo eco del argumento de la co-demandada que alegó que la provincia no es la asegurada, pues el

Ministerio de Salud actuó como tomador de las pólizas y el asegurado era el profesional médico demandado.

Argumentó que la vigencia de la póliza no está controvertida, fue contratada por el Ministerio de Salud como póliza colectiva fin de dar cobertura al riesgo de mala praxis en ocasión de prácticas médicas en hospitales públicos.

Según la recurrente, la citada rechazó la cobertura tergiversando los términos del contrato y forzando su interpretación para sostener que la póliza solo daría cobertura a los médicos y excluiría a la provincia, que solo cargaría con las obligaciones del contrato.

Sostuvo que una correcta interpretación debe llevar a concluir que la provincia como tomadora del seguro lo hizo para quedar cubierta por las contingencias ocurridas en ocasión o con motivo de la prestación médica brindada por quienes deben cumplir dos condiciones, en primer término estar enunciado tanto su nombre como su especialidad en la nómina y en segundo término el hecho debía ocurrir en ocasión del ejercicio de sus funciones en un hospital público de la provincia, de modo que la sentencia omitió dar un tratamiento adecuado en función de la real intención de las partes al contratar.

Avanzó señalando que los actos celebrados por el Ministerio de Salud como organismo desconcentrado del Estado provincial, deben reputarse como realizados por el propio Estado y manifestó que surge de la póliza el carácter de beneficiario de éste pues se consignó allí: *"Queda entendido y convenido que cuando se mencionan los vocablos "ASEGURADO" o "TOMADOR" se considerara indistintamente..."* y esa expresión implica reconocer el derecho que le asiste a su parte para citar en garantía a PRUDENCIA S.A.

Relató que el Estado provincial, puntualmente el Ministerio de Salud a través del Banco Provincia de Neuquén como productor, contrató con la empresa de seguros un seguro por

responsabilidad médica consistente en cubrir el riesgo de responsabilidad civil en relación a reclamos de pacientes atendidos por médicos dependientes del Estado provincial especificados en el anexo.

Sostuvo así, que el titular del interés que se asegura es el Estado provincial, y consiste en que la aseguradora cubra la responsabilidad patrimonial que pudiera generarse a favor de terceros que se vieran supuestamente damnificados por una mala práctica médica reprochada a un profesional, en ocasión de cumplir funciones como dependiente del Estado provincial.

Expuso que la nómina de la póliza no implicaba que aquellos fueran los beneficiarios, excluyendo al Estado provincial contratante, sino que evidenciaba cuales eran los médicos dependientes del Estado, cuya actuación impusiera la cobertura asegurativa de la póliza.

Afirmó que entender lo contrario importaría desnaturalizar los términos del contrato, que fue abonado con fondos públicos, y sostener que solo fue previsto en beneficio de los dependientes en perjuicio del propio Estado es una cuestión que atenta contra la buena fe que corresponde para interpretar los contratos.

Aludió a los términos del contrato de seguro como contrato de adhesión, lo que lleva a que el asegurado esté obligado a aceptar sin admitirse una instancia revisora o de negociación.

Se explayó acerca de la buena fe y la necesidad de que los contratos se celebren, interpreten y ejecuten bajo esa pauta, calificando de mala intención la conducta de la citada en garantía al intentar exonerarse deliberadamente de la responsabilidad contractual y legal que le cabe respecto a garantizar al Estado provincial en los términos del contrato.

Señaló que en el caso, se vieron conculcadas sus expectativas al contratar el seguro, las que radicaron en obtener

cobertura asegurativa frente a la mala praxis médica que pudiera imputárseles a sus dependientes.

Insistió que la nómina de empleados que se anexó a la póliza no implicaba establecer beneficiarios sino individualizar cantidad, identidad y especialidad de quienes actuaban como dependientes del Estado, siendo éste quien se encuentra patrimonialmente asegurado por la empresa bajo el seguro contratado.

Destacó que no se trata de una póliza donde el asegurado beneficiario es quien en su condición de titular del interés porta el derecho a percibir la indemnización como propusiera la citada en garantía, sino que el titular del interés es quien contrata la póliza, el Estado provincial.

Refirió antecedentes de este Cuerpo que entendía daban sustento a su postura y solicitó se hiciera lugar al recurso y se revoque la decisión de grado en cuanto hiciera lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva, condenando a Prudencia S.A.

c) Mediante presentación web 5612, el demandado Aringoli expresó agravios y luego de efectuar una breve reseña de los términos de la sentencia, le reprochó el vicio de incongruencia pues entendió que la decisión introdujo una causal de responsabilidad médica que la parte actora no propuso.

Señaló que entre las causas que la demanda expresó como falencias médicas de gravedad, no se encontraba el hecho de que el doctor Aringoli no hubiera realizado las revisiones postquirúrgicas en forma personal y en definitiva la jueza de grado basó su decisión en esa circunstancia.

Expuso que a más de haberse demostrado su participación personal en el control posterior de la cirugía, el hecho médico tomado como incumplimiento no fue apuntado como tal en la demanda, y por esa razón su parte tampoco tuvo la opción de defenderse.

Apuntó que aun estando disputada la cronología y actuación de cada una de las intervenciones médicas posteriores al trasplante, su parte no pudo anticipar que debía defenderse del hecho de no haber realizado en forma personal uno de los controles postquirúrgicos, cuando fuera oportunamente delegado el mismo en una médica oftalmóloga integrante del equipo sanitario del hospital, de modo que tal imputación lo tomó por sorpresa tanto por su falsedad como por su tardía introducción en el pleito.

Expuso que de haber sido reprochada esa cuestión se habría producido prueba que acreditara la conformación del equipo médico; la realidad de división de tareas por las múltiples actividades de la especialidad y la especialización de la doctora Altamirano que llevó a cabo el control postoperatorio de la paciente, insistiendo que aquella circunstancia no fue cuestionada al demandar.

Abundó en las reflexiones de la doctrina y las decisiones jurisprudenciales que descalifican las decisiones que incurren en incongruencia, subrayando que la actora no imputó responsabilidad por mala praxis en base a conductas genéricas, sino puntuales y específicas sobre las que su parte probó la ausencia de culpa, sin embargo la sentencia avanzó y tradujo como cuestionable algo que no había sido mencionado.

En segundo lugar y sosteniendo que se trata de un agravio que se desprende del anterior, expresó que la decisión fue arbitraria y que no medió contradicción entre lo expuesto por su parte y lo señalado por la testigo, pues ésta confirmó que la práctica resultó adecuada y respetuosa de las normas del arte médico.

Expuso en detalle las contradicciones que reprochó en ese aspecto a la sentencia en relación a la reconstrucción que ésta hace de los días posteriores a la cirugía y las conductas desplegadas por su parte y Altamirano para destacar que no es cierto que recién revisó a la paciente el día 31 de octubre, pues lo cierto fue que el

28 de ese mes, un día después de la cirugía cuando él la revisó junto a la mencionada profesional.

Agregó que el día 29 cuando fue revisada solo por Altamirano tampoco presentaba signos de infección pues se constató que la evolución del trasplante de córnea era normal y ello autorizó a que el siguiente control se efectuara el lunes 31 de octubre presentándose, de conformidad a lo que expresaron los peritos síntomas de infección con posterioridad a las 48 horas de la cirugía y a los tres días según expresara Ciccioli que era su pareja en aquel momento.

Destacó a continuación el razonamiento efectuado en la sentencia que llevó a la jueza a concluir que el daño sufrido por la actora fue consecuencia de la mala praxis consistente en la falta de un adecuado control post-quirúrgico, al tener por acreditado que su parte no realizó controles inmediatos y quien sí los hizo no pudo probar que no hubiera signos de infección, apareciendo así el control del 31 de octubre como tardío.

Reiteró que no es cierto que recién hubiera sido controlada a las 48 horas pues a las 24 horas del acto quirúrgico fue controlada por él y por Altamirano, y aquel control inicial fue omitido por la actora en su demanda.

Reiteró las contradicciones de la sentencia y subrayó que además incurrió en el error de considerar que su parte dijo no haber estado presente en el control del día 28 de octubre cuando lo cierto fue que, al contestar la demanda, expresamente señaló que el control de ese día lo hizo personalmente con la doctora Altamirano.

Destacó que la sentencia se erige sobre un dato falso pues tanto la contestación de demanda como la declaración de la doctora Altamirano resultan coincidentes en el relato acerca del modo como se sucedieron los controles postquirúrgicos, de manera que erigir la conclusión sobre una supuesta contradicción que no existió,

es una aplicación irracional e ilógica de las reglas de la sana crítica y ello resulta en un absurdo probatorio.

Insistió que en la declaración de la testigo Altamirano quedó asentado que en los controles, el primero llevado a cabo por él y presenciado por ella y el segundo realizado por sí misma, no había ni secreción ni infección y la córnea estaba transparente y que el testigo Ciccioli también declaró que los síntomas no aparecieron sino hasta dos o tres días de realizada la cirugía, lo cual lleva a concluir que los síntomas aparecieron entre el domingo 30 y el lunes 31 que es cuando Aringoli la revisó por segunda vez en forma personal y por tercera vez el equipo del Hospital Castro Rendon.

Sobre la base de su conclusión acerca de que los síntomas recién pudieron constatarse el lunes 31, destacó que el perito oftalmológico dictaminó que el tratamiento brindado en la operación y luego a raíz de la infección fue correcto, subrayando que los peritos también informaron que la presencia de infección es uno de los riesgos propios e ínsitos de la cirugía.

En relación a la imputación de mala praxis por la falta de incorporación de los controles postquirúrgicos a la historia clínica, afirmó que tampoco constituye un acto antijurídico culpable que revista relación de causalidad adecuada con los daños condenados a resarcir, a la vez que señaló que no solo la actora reconoció los controles sino que están acreditados por las testimoniales

Manifestó que las circunstancias mencionadas hacen caer la conclusión de la sentencia que afirmó que no se realizó un control postquirúrgico adecuado, pues lo cierto es que el mismo resultó correcto, temporáneo y conforme a las reglas del arte médico.

Advirtió que está acreditado que los síntomas aparecieron con posterioridad a las 48 horas de realizada la cirugía y que dentro de esas 48 horas la paciente fue revisada dos veces, tratándose de datos que la sentencia tergiversó pues afirmó que la

primera revisión propiamente dicha ocurrió a los cuatro días de realizada la cirugía.

Sostuvo que correspondería buscar en el fallo el motivo por el cual la sentencia sostuvo que Aringoli debió revisar a la paciente el día 30 a pesar de no presentar síntomas de infección, habiendo sido revisada el día anterior y teniendo cita para el siguiente o consideró que ninguno de los controles previos practicados a la paciente tuvo el valor médico suficiente para establecer como correcto seguimiento de la evolución de la cirugía.

De inclinarse por la primera versión, sostuvo, debió tenerse por acreditado que hubo de ser controlada el 30 sin embargo no existe ninguna constancia o indicación médica que sostenga esa recomendación, afirmando que por el contrario lo que se acreditó fue que se realizaron 3 controles en 4 días, lo cual es el procedimiento normal para estas cirugías.

Expresó que en caso de haber considerado que hubo una incorrecta delegación del control evolutivo en una médica integrante del equipo médico del hospital, tampoco habría justificativo, pues importaría imponer a los médicos un seguimiento personal a ultranza de cada paciente.

Situó el absurdo probatorio reprochado en sostener por un lado que se realizó un control a las 48 horas, en el cual la doctora Altamirano no constató síntomas de infección y por ello programó el siguiente para el día 31, para luego sostener que esa decisión médica fue incorrecta.

Sostuvo que no había bases para sospechar la presencia de infección pues se constataron signos de evolución favorable y a partir de ello no cabe calificar de equivocada la decisión de volver a revisarla a las 48 horas todo lo cual, a su juicio, se encuentra respaldado por las pericias médicas que confirman que los pasos dados frente a la infección fueron correctos, aunque resultó imposible revertir las consecuencias de la misma.

Agregó que la sentencia también omitió incorporar la información técnica que brindaron los expertos médicos que calificaron de correcta a su actuación médica y afirmaron que no existieron actos médicos omitidos o medicación que no se hubiera administrado ante la aparición de los síntomas como para aseverar que hubo una falla médica.

Sostuvo que la sentencia se basó en suposiciones, condenándolo ante la eventualidad de que efectivamente hubiera actuado medicamente de un modo diferente, sin perjuicio de que lo que sí se demostró es que cada uno de los actos médicos llevados a cabo fueron los recomendados por la ciencia médica.

Retomó la afirmación de que en realidad no hubo contradicción entre lo que afirmó su parte al demandar y lo declarado por Altamirano e insistió que tanto con esa declaración como con la de Ciccioli se acreditó que la aparición de los síntomas ocurrió luego de las primeras 48 horas, y culminó afirmando que no hay constancias de que puedan ubicarse los mismos fuera del día en los constató él, el 31 de octubre del año 2011.

Argumentó acerca de que el avance de la infección no podía ser prevenido y que al momento de surgir se lo combatió de la manera que prevé la lex artis.

Solicitó que se tenga en cuenta la doctrina judicial que dispone que los médicos y las entidades hospitalarias no deben ser responsabilizadas por las consecuencias derivadas de infecciones intrahospitalarias si se prueba que la actuación en relación a ello fue con diligente.

Agregó, con cita de doctrina, que en el caso de negligencia en la detección de una infección o su tratamiento ya no se discute que la culpa médica responde a los mismos lineamientos de la culpa general, descartándose la existencia de la culpa especial para responsabilizar a los profesionales, no obstante lo cual existe un terreno donde doctrina y jurisprudencia exigen que la culpa sí

revista una entidad superior, y ello es así en el ámbito del denominado error de diagnóstico.

Afirmó que no es cualquier culpa la que compromete la responsabilidad del médico cuando se trata de error de tratamiento y no todo error es configurativo de culpa que obligue a responder, ya que el de diagnóstico o tratamiento debe configurarse con cierta entidad para que se configure la culpa y concluyó que el error de tratamiento para poder considerarlo como factor imputable, debe responder a una apreciación grosera, negligencia o impericia en averiguar la causa de la enfermedad y su remediación.

Citó antecedentes de este Cuerpo y concluyó que su parte no provocó la infección ni tampoco generó los daños reclamados y su actuación fue diligente, por lo que solicitó se hiciera lugar al agravio y se revoque la sentencia.

Subsidiariamente se agravió por la cuantificación del rubro gastos futuros y daño moral, señalando en cuanto al primero que no solo no hubo prueba al respecto sino que la actora reconoció que tiene obra social y no hubo actividad probatoria que pueda permitir concluir que hay tratamientos que aquella no cubra.

En cuanto al daño moral calificó de exorbitante a la suma y solicitó su disminución, considerando para ello que se trata de un rubro estrictamente espiritual que genera la difícil tarea de mensurar el dolor cuestión lo que debe llevar a desplegar un criterio cuidadoso y prudente de parte del juez.

Dijo mantener la reserva de caso federal.

d) Mediante presentación 5657 la actora, en primer término, contestó los agravios del demandado Aringoli, y luego los de la Provincia.

En relación a los del profesional, destacó que el acto médico culpable no sólo es de acción sino también de omisión, y en el caso se verificó la omisión de un control postoperatorio

satisfactorio el cual no fue llevado a cabo por Aringoli que es quien debió efectuarlo y detectar la evolución desfavorable, y tampoco por Altamirano, a quien aquel otorgó instrucciones según el propio demandado reconociera, de modo que ninguno efectuó el diagnóstico de inicio de proceso infeccioso en el ojo.

Expuso que la presencia o no de Aringoli en el consultorio para atender a la paciente no es el disparador de responsabilidad, sino que lo es la incorrecta práctica médica de diagnóstico y tratamiento oportuno, que generó el daño.

Luego de señalar esto, transcribió el apartado de su demanda titulado "*Falta de diagnóstico temprano y tratamiento suministrado*" y afirmó que no es cierto que no se haya destacado inicialmente la falta de control presencial por parte de Aringoli como exteriorización de una conducta culpable, pues expresamente se señaló que en el control de las 48 horas posteriores a la cirugía Aringoli no examinó personalmente a la actora y la delegación de esa tarea en Altamirano no aminora el reproche pues el equipo médico actúa bajo sus instrucciones.

Afirmó que no le asiste razón al demandado en ampararse en un formalismo vacío y alegar un estado de indefensión que no ocurrió, subrayando que el deber médico vulnerado al cual la jueza vinculó la responsabilidad no es la presencialidad estricta de en los controles, sino una serie de omisiones de conducta médica que, en su conjunto, causaron el daño.

En relación al absurdo probatorio, destacó que no hay constancias de un control por parte de Aringoli a las 24 horas, y el control a las 48 horas posteriores no consta en la historia clínica, de modo que no hay posibilidad de saber si la doctora Altamirano constató o no los signos de infección, tratándose de un registro que debió asentarse allí de conformidad a la ley de salud pública.

Agregó que el demandado pretende valerse de la ausencia de historia clínica para avalar su versión de los hechos, incurriendo

en el absurdo al reconocer una omisión culpable de la obligación que pesa sobre él y sostener que los hechos ocurrieron de un modo distinto a lo relatado por la actora y lo que surge del resto de la prueba.

Recordó que no se imputó atribución causal por falta de constancias en la historia clínica sino que se refirió una aplicación de la carga probatoria dinámica con mayor fuerza que la habitual, recayendo en el accionado el deber de probar la existencia de controles, diagnóstico y tratamiento médico.

En cuanto a los agravios de la provincia, expuso que su acogimiento o rechazo no afecta a su parte, sin perjuicio de señalar que la recurrente sólo se agravió por la exclusión de cobertura planteada por la citada en garantía.

Argumentó en relación a la obligación de seguridad que recae sobre la provincia como un deber de resultado, y expresó que la actora no solo recibió prestaciones médicas negligentes sino que contrajo una infección intrahospitalaria seguida de un deficiente tratamiento, diagnóstico, preventivo y de todo ello derivó el daño.

e) Mediante presentación 5685 la provincia contestó los agravios de la actora y sostuvo que se trata de una mera disconformidad que no alcanza a conmovir los fundamentos de la decisión.

f) A su turno, el demandado Aringoli también contestó los agravios de la actora y solicita su rechazo, exponiendo que la sentencia valoró correctamente que la emisión de una factura no implica propiamente un ingreso y por ello no corresponden considerar como ingresos extras los requeridos por la recurrente.

En cuanto a la pretensión de incrementar el porcentaje de incapacidad con el determinado como incapacidad psíquica y la pretendida vinculación con la capacidad laborativa, expuso que la actora prescindió de considerar que debió someterse al trasplante de



córnea por la patología que padecía y que la llevaba a tener prácticamente perdida la visión de ese ojo.

La razón expuesta, sostuvo, le provocó el cuadro de depresión por el que demandó pero ya se encontraba en curso de materialización con carácter previo a la cirugía y además la incapacidad alegada ya estaba considerada en el dictamen del perito médico. Citó jurisprudencia y concluyó que de hacerse lugar al agravio, la actora recibiría una doble indemnización.

En cuanto a los gastos médicos, entendió que está probado que la actora contaba con obra social y tampoco acompañó prueba de prestaciones o costos relacionados con prácticas que no le cubriera la misma.

Solicitó se rechace el agravio que reclamara la incorporación del rubro pérdida de calidad y proyecto de vida, pues de conformidad a lo señalado al contestar la demanda el cuerpo normativo aplicable es el Código Civil y por ello la pretensión fundada en un rubro recogido por el Código Civil y Comercial, es improcedente.

Igualmente agregó que el rubro tampoco procedería pues lo pretendido se subsume en la suma reconocida por daño moral, de modo que si la actora lo que pretendió es que se desdoble el daño moral y la pérdida de calidad y proyecto de vida, entonces debería dividirse el monto establecido en la sentencia y asignar la porción correspondiente a cada uno de ellos.

g) Mediante la presentación web 5702 Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A contestó los agravios de la actora y por la presentación 99699 los de la provincia, solicitando en ambos casos su rechazo y la confirmación de la sentencia.

II.- Reseñados los agravios, y teniendo en cuenta que el demandado Aringoli cuestionó la determinación de responsabilidad a la que se arribó en la sentencia, cabe abordar dicho cuestionamiento y recién en caso de no prosperar, lo que conduciría a confirmar

aquella determinación, atender al recurso de la parte actora que centró su embate en los montos de la indemnización y los de la provincia en cuanto se rechazó la citación en garantía que formulara.

Sentado lo anterior, el demandado cuestionó la decisión en primer lugar argumentando que al resolver del modo que lo hizo, la sentencia incurrió en el vicio de incongruencia y luego le reprochó absurdo probatorio.

En tal sentido, de la lectura de los términos de la demanda, la contestación y luego la sentencia, entiendo que no le asiste razón al demandado en cuanto al primer reproche.

Cabe recordar que el recurrente señaló que la decisión se basó en un hecho que su parte no pudo anticipar, afirmando que la sentencia le endilgó no haber realizado en forma personal uno de los controles post-operatorios y delegar el siguiente en otra profesional del equipo médico cuestiones éstas que, de haber sido oportunamente planteadas, lo hubieran llevado a probar la existencia de división de tareas dentro del equipo como así también la especialización de la profesional que realizó el control en su lugar.

Ahora bien, a fs. 121 se lee: *"JUAN JOSE ARINGOLI resulta legitimado pasivo, al ser el médico oftalmólogo tratante de la suscripta, antes y después de la cirugía de trasplante de córnea, decidiendo con su criterio profesional la oportunidad y conveniencia de la utilización del órgano remitido por el INCUCAI, y ser cirujano jefe de equipo médico que practica la operación en fecha 20/10/2011.*

"En los términos del art. 1749 del CodCivyCom, resulta responsable directo del daño ocasionado, con factor de atribución subjetivo a título de culpa profesional. Se reprocha al demandado, Jefe de Servicio de Oftalmología del Hospital Castro Rendón, la falta de criterio médico al decidir la implantación en la paciente de un órgano evaluado con condición de regular, la práctica de la cirugía sin adoptar los recaudos de asepsia del quirófano que dieron lugar al contagio de infección intrahospitalaria con pseudonoma aurogenosa

multiresistente, la falta de control postoperatorio y diagnóstico precoz para la adopción de medidas oportunas para contener la infección, y la adulteración de la Historia Clínica de la paciente."

A continuación la actora desarrolló en detalle su versión de los hechos que constituyen la causa de la pretensión, y en el capítulo titulado "RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DEMANDADOS" enumeró y relató "a) *Falta de prudencia y pleno conocimiento para decidir la realización de la cirugía ... b) Infección intrahospitalaria... c) Falla en el diagnóstico temprano y tratamiento suministrado"*

En este último acápite: "*Como dijéramos, la infección presentó a las pocas horas de la cirugía síntomas propios como dificultad de la visión, úlceras de córnea y dolor. La cita para control postoperatoria se informa para 48 horas después de la intervención; para ese momento, la actora ya presentaba "secreción en ojo izquierdo de color amarillento, mal olor, acompañado de vómitos"*.

Luego, y de la lectura de la contestación de demanda, de distintos pasajes de la misma es posible concluir que el hecho del diagnóstico precoz de la infección formó parte de la defensa del demandado, pues no solo se refirió a los antecedentes de la cirugía sino que sostuvo haber realizado un control en forma personal junto a Altamirano el día 28 de octubre y que la mencionada profesional realizó un nuevo control el día sábado 29 de octubre, resultando la conclusión de ambos que no había síntomas de infección o rechazo del trasplante.

Ahora bien, sin perjuicio del análisis que he de abordar a continuación, en cuanto al absurdo probatorio reprochado, no puedo menos que rechazar el relativo a la incongruencia reprochada pues si bien se lee, lo que se consideró para responsabilizar al demandado no solo fue la falta de control que le imputó la paciente a él, sino que la jueza consideró que tampoco se pudo acreditar que el realizado por la Dra. Altamirano hubiera arrojado un estado saludable del ojo de la

actora y ello lleva a otorgar razón a la versión que brindara ésta última.

En este aspecto me interesa destacar que tratándose de un trasplante de córnea la práctica de la cirugía no puede desvincularse de los controles previos y los posteriores a la misma, formando todo el proceso una circunstancia que cabe analizar integralmente.

En ese análisis integral, el modo en que fue introducida la cuestión del reproche acerca de la falta de una detección precoz y un tratamiento inmediato se encuentra planteada desde el inicio del proceso, tanto en el escrito de demanda y como luego en la contestación del accionado, sin que por ello pueda afirmarse la vulneración del derecho de defensa en los términos que alegara el recurrente.

Esto es, no resulta razonable abordar la plataforma fáctica de la pretensión desvinculando las distintas etapas y de allí extraer, con un rigor propio de actos absolutamente independientes, que la cuestión del diagnóstico precoz y su tratamiento inmediato no estuvo planteada.

Sentado lo que antecede, es preciso ingresar en el segundo agravio que el apelante abordó a partir del concepto de absurdo probatorio.

Es verdad que la sentencia incurre en un error al considerar que hay contradicción entre lo dicho por la testigo Altamirano y lo afirmado por el demandado, pues en orden a describir la cronología de los controles ambos coinciden en señalar que el primer control lo realizaron conjuntamente y el segundo lo realizó la testigo por sí, comunicándole al demandado que el ojo se encontraba sin síntomas de infección ni de rechazo.

Ahora bien, la sentencia también hace mérito de la ausencia de registro en la historia clínica acerca de ambos controles y es allí donde encuentro que, aun reconociendo que no hay

contradicción entre lo señalado por Aringoli y lo declarado por Altamirano, cuestión que en un primer análisis podría poner en crisis la decisión de grado, el examen de la prueba y las conclusiones que corresponden establecer considerando la cuestión de la historia clínica y las pericias, me llevan a confirmar la responsabilidad del demandado.

La problemática que plantean las omisiones de la historia clínica se vincula necesariamente con la prueba de la veracidad de los dichos de los profesionales, pues ante la controversia entre lo dicho por la paciente y lo sostenido por aquellos, es el profesional quien debe asumir la carga de probar el cumplimiento adecuado de su desempeño a fin de considerar correctamente cumplida su obligación.

En la historia clínica no figuran asentados los controles que tanto Aringoli al contestar la demanda como la testigo Altamirano dijeron haber llevado a cabo, a lo que cabe agregar que ambos también afirmaron que no asentaron los mismos pues no contaban con la historia clínica en ese momento.

A fin de dar explicación acerca de por qué no contaba con ese instrumento, señalaron que dicha pieza tardaba alrededor de dos días en llegar a los consultorios externos donde se practicaban los controles.

Sin embargo, aun de ser cierta esa circunstancia, ello no dispensa de la carga de probar al demandado pues la dificultad señalada no deja de ser una cuestión de índole administrativa interna del hospital, que no lo exime en el marco del presente proceso de la presunción que implica no haber asentado los controles que afirmó que se llevaron a cabo, en la mencionada documentación.

Así: *"En el plano de la actividad médica el documento más importante a través del cual se logra la reconstrucción de los hechos y la determinación de la relación causal es la historia clínica. Este es un instrumento de gran valor probatorio, pues*



proporciona la evidencia documentada de cómo se fueron produciendo los hechos en forma cronológica, permitiendo su reconstrucción; desde la primera entrevista con el paciente, su diagnóstico, la planificación del accionar médico, el tratamiento profesional, la evolución del paciente" ("El adecuado cumplimiento del deber de información y la responsabilidad profesional" -Graciela Lovece- RCyS 2014-VIII, 61).

"...la historia clínica se erige primordialmente en un documento informativo y probatorio, que debe ser llevado correcta y detalladamente debido a que de la misma se extraerán datos que sirven tanto para reprochar culpa médica como para que el profesional asegure su defensa. Una historia clínica que fuera llevada en forma desordenada, desprolija o ilegible, ante la presencia de un daño cierto, constituye presunción de culpa; en tanto que, de resultar incompleta, los demandados tienen la carga probatoria en primer lugar, de los hechos que no constan en la misma y a partir de los mismos, que prestaron la atención médica adecuada.

" La falta de indicaciones terapéuticas, estudios, características y evolución del cuadro del paciente compromete sin duda la responsabilidad del médico porque sus falencias o déficit hacen que se pierda, por ejemplo, una posibilidad clara de calificar si los actos médicos responden a protocolos o estándares aceptables".

"... la historia clínica -documento que retiene toda la información sobre lo hallado, lo pensado y lo hecho-, fue adquiriendo como instrumento integrante de la prueba de la buena o mala atención médica, una importancia significativa. Por ello, los profesionales de la medicina poseen el derecho de ampararse en una historia clínica, veraz, completa y también deben soportar las consecuencias adversas que pueden extraerse en caso de resultar la misma deficiente, por cuanto las omisiones detectadas pueden aparecer como un eventual intento de proteger su propia posición ante las falencias o defectos del diagnóstico, tratamiento o del acto practicado; correspondiendo asimismo, que las historias clínicas sean bien redactadas, completas

y exactas.” (“Errores en la historia clínica y relación de causalidad” -Juan Facundo Dominoni-L.L. 2013-F,1).

A lo dicho cabe agregar que la urgencia en la realización del trasplante se encuentra justificada justamente por la necesidad de mantener la integridad del material a trasplantar, sin embargo nada se dijo acerca de que en los controles hubiera mediado alguna circunstancia específicamente relacionada con la urgencia de una atención médica, que hubiera obstado a asentar las circunstancias de los mismos en la documentación, solo se alegó la cuestión administrativa antes referida.

Lorenzetti afirma: *“La jurisprudencia ha sido muy estricta, señalando por ejemplo “la historia clínica no es el simple relato, la descripción de una enfermedad aislada: comprende además el comentario, las consideraciones del médico al terminar de analizar al enfermo, y valorar los datos recogidos según su criterio; debe ser clara, precisa, completa y metódicamente realizada. Y su confección incompleta constituye presunción en contra de la pretensión eximitoria del profesional”* (“Responsabilidad de los médicos” Tomo II Rubinzal Culzoni Editores pág. 375).

Es preciso también tener en cuenta que las constancias de la historia clínica revisten una gran importancia pues en casos como el presente, la realización de la pericia posterior no solo se concreta con un examen de la paciente, sino fundamentalmente en una opinión crítica y fundada científicamente acerca de los concretos pasos médicos que se desempeñaron en los controles post quirúrgicos, atento a que ello guarda una vinculación esencial al momento de evaluar la conducta desplegada por el médico a cargo.

La afirmación precedente se ve sostenida por lo señalado por el perito Ficicchia que especificó: *“En el acto quirúrgico se colocaron antibióticos (gentamicina inyectable intraoperatoria) y es de práctica habitual indicar antibióticos y corticoides tópicos. Respecto a lo prescripto los días 28 y 29 de octubre de 2011 por la*

Dra. Altamirano, se desconoce de manera exacta...”, y el origen de ese desconocimiento es que dicha información no surgía de la historia clínica.

Hasta aquí tenemos que por un lado la actora, manifiesta haber puesto en conocimiento de la Dra. Altamirano, delegada por Aringoli para el control del sábado, la presencia de dolor, molestia y fiebre y frente a ello no hay constancias en la historia clínica que recojan la inexistencia de esos síntomas, ni tampoco el estado que la doctora Altamirano dijo haber observado y afirmó haber puesto en conocimiento del demandado, circunstancia ésta última que tampoco consta en la historia clínica.

De este modo, encuentro que los síntomas que la actora manifiesta haber puesto en conocimiento de la profesional son compatibles con un cuadro de infección, y a ello cabe agregar que la detección precoz de la infección es una circunstancia favorable a una mejor evolución, razón que me lleva a concluir que efectivamente medió una conducta negligente en ese control, lo que atentó contra las chances de curación de la actora, pues una detección temprana hubiera mejorado las posibilidades de curar la infección a tiempo o que sus efectos no hubieran sido tan gravosos.

Por todo lo expuesto, es posible señalar que hubo un error de diagnóstico oportuno, pues al no poder tener por acreditado que en los controles, ya sea del viernes o del sábado, los médicos advirtieron una evolución no compatible con síntomas de infección, cobra potencia la versión de la actora acerca de haber manifestado concretamente la presencia de dolor y síntomas febriles, los cuales son ciertamente compatibles con la existencia de una infección.

El diagnóstico es la fijación de un criterio sobre el que se definirá el tratamiento y se preverá el pronóstico: “... Se basa en el análisis de las características anatómicas, funcionales y patológicas de una persona mediante la recopilación de datos de antecedentes y síntomas, mediante la anamnesis o interrogatorio y de

signos, mediante el examen... Trigo Represas y López Mesa nos dicen que "el diagnóstico es la observación crítica y reflexiva del conjunto de signos y síntomas que guían al médico en el proceso de determinación de la naturaleza de la enfermedad". ("El acto médico en el derecho civil actual" Sebastián Dantur L.L 2012-E, 546).

En este punto, es posible reconstruir que la conducta desplegada a partir del lunes pudo haberlo sido con anterioridad, pues ante los síntomas que la actora dijo haber informado en el control del sábado, tanto la conducta en concreto que luego desplegó Aringoli como la que describiera en la testimonial la doctora Altamirano, consistente en la toma de una muestra y la indicación de antibióticos, se habría llevado a cabo el sábado ganándole a la infección 48 horas de evolución.

Por otra parte, no hay controversia en calificar la responsabilidad imputada en el ámbito de la obligación de medios que le impone al médico poner sus conocimientos, experiencia y técnica derivadas de las reglas de su arte a fin de brindar al paciente las mayores posibilidades de cura, sin por ello asumir la carga de garantizar los resultados, pues el médico se compromete a poner saber y diligencia en procurar el restablecimiento de la salud, no pudiendo exigirle -reitero- ese resultado.

En el caso concreto, cabe preguntarse entonces qué comportamiento se esperaba por parte del demandado tendiente a posibilitar que el daño no se produjera o se minimizara, partiendo en principio de asumir que no pudo evitarse la infección pues esa causa no fue probada, sin embargo lo que sí entiendo está acreditado es que la falta del diagnóstico oportuno ante la manifestación de los síntomas que la actora dijo haber informado, privó a la accionante de concretas chances de curación, agravando un cuadro infeccioso respecto del cual existe consenso en describirlo como de muy rápido avance.

Asimismo, teniendo en cuenta que la posibilidad de infección es algo tan habitual luego de la cirugía, ello también lleva a concluir que el profesional deba extremar los cuidados en dejar asentado que en los controles no existen síntomas compatibles con una infección de modo que la ausencia de tomar muestras o indicar cierto tipo de antibióticos, no sean actividades cuya omisión se les pueda reprochar.

De conformidad al análisis que antecede tampoco puedo otorgarle razón al recurrente cuando señaló que fundar la decisión en la ausencia de un diagnóstico precoz resulta equivocado pues se contradice con lo expuesto por su parte al contestar la demanda y los dichos de la doctora Altamirano.

En relación a lo primero, lo cierto es que la afirmación del demandado en su defensa no vale por sí misma si no encuentra sustento en pruebas concretas y la cuestión del adecuado control es justamente uno de los aspectos controvertidos que revistió una relevancia concreta para resolver y ello -reitero- no puede tenerse por cierto con los dichos de su parte.

En relación al testimonio de la Dra. Altamirano tampoco puede otorgársele el carácter que le confiere el demandado, pues tratándose de una testigo fuertemente afectada por las generales de la ley, su testimonio debió encontrar sustento en otra prueba que le confiriera verosimilitud a sus afirmaciones y en ese aspecto es que adquieren relevancia las circunstancias que debieron constar en la historia clínica.

Por otra parte y en relación a que es preciso demostrar la relación de causalidad entre la falta de incorporación de los controles post quirúrgicos y los daños, lo cierto es que la ausencia de incorporación de esos datos en este caso concreto acarrea es que la carga probatoria recae en el demandado, pues no hay un daño autónomo que se vincule con la omisión de los registros.

Lo dicho también da respuesta al argumento del recurrente acerca de que los síntomas aparecieron con posterioridad a las 48 horas de realizada la cirugía, pues ante la afirmación de la actora de que el día sábado se los manifestó a la doctora Altamirano, la ausencia de registros en la historia clínica que contradigan esa versión, echa por tierra la defensa del demandado que busca fincarse en que al momento del control no hubo manifestaciones de la actora indicando que tenía dolor, fiebre y vómitos.

Es cierto que los peritos médicos expresaron que el tratamiento posterior a la infección fue adecuado, pero esa afirmación no contradice el hecho de que pudo haberse proporcionado precozmente, lo cual también señalaron mejora las probabilidades de combatirla, y en esto último no solo coincidieron los peritos médicos sino la propia bibliografía médica acompañada al contestar la demanda, resultando por otra parte una conclusión que se impone a partir de una interpretación razonable de lo que habitualmente es la evolución de cualquier tipo de infección.

Así, a fs. 212 vta. se lee: *"Las infecciones corneales representan un serio riesgo para la visión del paciente y necesitan ser tratadas con rapidez y eficiencia. Debido a la enorme variedad de posibles agentes etiológicos, el apoyo del laboratorio es muy importante para poder dirigir acotadamente el tratamiento. Está ampliamente demostrado que la demora en instaurar un tratamiento médico adecuado aumenta considerablemente la posibilidad de falla del mismo. En vista de eso, debe ponerse el mayor esfuerzo para obtener una muestra representativa y procesarla correcta y exhaustivamente, brindando así las mayores chances de alcanzar el diagnóstico etiológico"*

Determinado lo que antecede y aun reconociendo que la actora no enfocó su reclamo bajo el concepto de pérdida de chance, entiendo que en este caso proponer la modificación de la condena ordenando la indemnización bajo ese rubro no vulnera el principio de congruencia.

La actora reclamó indemnización por incapacidad física; gastos futuros de tratamiento y farmacia; indemnización de pérdida de calidad y proyecto de vida- afectación a la integridad física y psicológica y daño moral.

Sin embargo también es cierto que, como señalara al inicio al tratar el reproche de incongruencia planteado por el demandado, la pretensión radicaba en distintos hechos, de los cuales sólo se acreditó la cuestión de la ausencia de diagnóstico precoz.

En ese sentido, a partir de la posibilidad cierta de infecciones luego de la cirugía, como así también que ese hecho fue puesto en conocimiento de la actora pues en su declaración confesional reconoció haber firmado el consentimiento informado, aun cuando la pretensión se haya calificado de otra manera, en la medida que el tema se haya tratado y se encuentre acreditado, es posible que la indemnización se otorgue a título de pérdida de chance pues es esa la circunstancia que está probada.

La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha señalado al respecto: *"... Si bien la pérdida de chance -del francés: ocasión o posibilidad- como tal, no se encuentra estrictamente solicitada en autos, es la idea que cabe aplicar en el caso (...). Ello, ante la facultad para la aplicación de las normas le es otorgada al sentenciante por aplicación del principio contenido en el aforismo iura novit curia: el conflicto debe ser resuelto según correspondiere por ley (art. 153, inc. 6° del CPCCN)(...) En ese orden de ideas, la amplitud de poderes de los magistrados, permite seleccionar de entre varias soluciones posibles, la que se estima más adecuada a la realidad juzgada; todo juez tiene el deber de conocer el derecho que ha de aplicar para la solución del conflicto, con base en los hechos expuestos como litigiosos; y con prescindencia de la denominación o encuadramiento jurídico dado por los litigantes a sus pretensiones"* (CNCom, Sala A, "Epet S.A. c. Banco de Crédito Argentino", fallo del 27/12/2007, La Ley Online). En el mismo sentido: *"La fijación de una reparación en concepto de 'pérdida de*



chance de ganancia´ pese a haber el actor solicitado otra reparación -en el caso, lucro cesante-, no afecta el principio de congruencia, pues a los jueces le incumbe la determinación del derecho aún prescindiendo de las articulaciones jurídicas hechas por las partes" (CNCiv. Com. Fed., Sala II, "Hawk Air S.A. c. Estado Nacional", fallo del 26/10/2000, La Ley Online). Concordemente, ha dicho el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba: "No resulta lesiva al principio de congruencia la sentencia que por aplicación del principio ´iura novit curia´ proyecta una alteración del nomen juris, en tanto no afecta los términos de la litis, por cuanto modifica la indemnización del rubro lucro cesante pretendida por el actor, por la reparación de la pérdida de chance económica" (TSCórdoba, Sala civil y comercial, "Poratti, Ana M. c. Gianre, Héctor L. Y otro s/rec. de casación", fallo del 16/9/2004, LLC, 2005-170). (voto del Dr. Li Rossi en T., A. R. y otro c. Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y Aux. • 11/05/2012 CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA A-AR/JUR/25171/2012).

A fin de determinar ese porcentaje he de considerar lo expuesto por el perito Ficicchia quien a fs. 556 expusiera: "La *pseudonoma aeruginosa* es una bacteria saprófita con una capacidad de resistencia y de mutación extremadamente alta, lo cual determina que es muy difícil de erradicar. Como ejemplo dicha bacteria puede crecer dentro de los combustibles. Los efectos que produce dicha bacteria al ingreso al organismo por lo general son devastadores, por su capacidad de reproducirse en casi cualquier medio. El tiempo de desarrollo depende de las condiciones de los tejidos involucrados."; "El porcentaje de infecciones intrahospitalarias con esta bacteria es alto, sobre todo en pacientes quemados, inmunosuprimidos o con mucho tiempo de internación. Dicha bacteria afortunadamente es bastante infrecuente en pacientes con cirugía ocular y la bacteria puede desarrollar resistencia a los antibióticos regulares, lo cual la hace tremendamente agresiva"; "El día 3/11/11 se le aplicó inipem inyectable intraocular quirúrgicamente. Este último es el antibiótico



al que la pseudonoma aeruginosa es sensible.. Dicho antibiótico es de uso hospitalario exclusivo, restringido bajo indicación de infectólogos porque es la última arma que tienen para los pacientes internados por lo cual su uso es restringido. Puede presentar contraindicaciones sistémicas que desaconsejan su uso rutinario como así también el uso rutinario podría hacer que la pseudonoma se vuelva resistente a este antibiótico. En rigor la prescripción de este antibiótico no es habitual ni aconsejable hasta tanto se constate que es imprescindible”.

El perito agregaba “La práctica médica indica que ante un cuadro de infección postoperatoria, debe tomarse una muestra de la secreción, su envío al laboratorio para su determinación y comienzo de tratamiento empírico con los antibióticos de amplio espectro para los gérmenes más habituales. De persistir la sintomatología y según el análisis de laboratorio, aplicar los antibióticos específicos y realizar toilette quirúrgico de las lesiones” -fs. 557-.

Al referirse a la bacteria señaló: “...Se encuentra ampliamente difundida en la naturaleza en íntima asociación con ambientes húmedos, ello se debe a que los requerimientos nutritivos del germen son mínimos hasta el extremo de que es capaz de multiplicarse en agua destilada o nafta. Soporta además una gama muy variada de condiciones ambientales adversas como temperaturas elevadas o el cloro...” -fs. 559-.

Asimismo sostuvo: “El tratamiento empírico instaurado inicialmente para el cuadro infeccioso fue vancomicina amikacina en colirio fortificado y amoxicilina clavulánico vía oral. Des de la confirmación del rescate de germen por el laboratorio se comienza tratamiento con meroprem según sensibilidad y criterio infectológico. Ambos fueron adecuados para el caso.”

Así tengo acreditado que la posibilidad de una infección resulta inevitable y que la bacteria específica que atacó a la actora es muy virulenta, de modo que tampoco es posible afirmar con un 100 %

de certeza que de haberse iniciado el tratamiento -sobre el cual los peritos acuerdan que fue correcto- con anterioridad el resultado final se habría evitado, por ello entiendo que cabe considerar la chance de curación un 60 %.

Establecido el porcentaje que antecede y siendo que vinieron cuestionados los montos sobre los cuales prosperó la indemnización, es preciso abordar esos agravios.

En primer término se agravió que la suma por incapacidad física contempló de una manera insuficiente el monto de sus ingresos, al considerar únicamente el sueldo que recibía de CALF al momento de la cirugía.

En tal sentido, y con respecto a la suma que debe tenerse en cuenta como "salario" en el cálculo de la fórmula matemático financiera, es cierto que la falta de consideración de los servicios que la actora expresó desempeñar en forma autónoma no fue considerada de ningún modo.

En ese sentido, de la observación de las audiencias del doctor Sánchez Sierra -15 de febrero de 2019- como así también del Dr. Lavergne -15 de marzo de 2019- es posible tener por acreditadas esas tareas, lo cual no quiere decir otorgarles el valor que propone la actora.

Al respecto, ambos testigos coincidieron en reconocer la calidad de las tareas de la actora, sin embargo también afirmaron que las mismas se realizaban en forma esporádica.

A fs. 656 Sánchez Sierra informó que la actora percibía una suma mensual de \$ 10.500 pero ello no fue respaldado con ninguna documentación concreta y como ya señalara, al momento de su declaración testimonial afirmó que las tareas eran puntuales y a partir de contratos que se celebraban con empresas que requerían esos servicios, los cuales puntualizó en relación a capacitaciones de RCP o vacunación.

Por su parte Lavergne declaró en un sentido similar expresando que realizaba charlas y capacitaciones de enfermería en el ámbito de la Sociedad de Medicina del Trabajo, institución que el testigo describe como una sociedad científica sin fines de lucro, que pagaba por cada prestación que se efectuaba de distintas maneras, tanto en efectivo como en alojamientos o pasajes.

De esta manera, encuentro preciso corregir el factor ingreso de la fórmula matemático financiera incorporando un porcentaje que refleje que efectivamente la actora contaba con un ingreso adicional al de su trabajo en relación de dependencia con CALF, pues de no hacerlo ello arrojaría un resultado que no se compadece con las circunstancias descriptas y que considero probadas, proponiendo por ello elevar en un 30 % la suma considerada.

También se agravió que no se haya incluido en el cálculo de la incapacidad física, la informada por la perito psicóloga Davel, vinculando dicha circunstancia con el concepto de daño psíquico que, según señaló, quedaría sin indemnizar para el caso de no corregirse aquel guarismo.

Al respecto y en relación a la inclusión del daño psicológico, encuentro esclarecedoras las palabras del Dr. Sebastián Picasso: *"Ante todo, cabe señalar que el daño, en sentido jurídico, no se identifica con la lesión a un bien (las cosas, el cuerpo, la salud, etc.), sino, en todo caso, con la lesión a un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, que produce consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales (Calvo Costa, Carlos A., Daño resarcible; Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 97). En puridad, son estas consecuencias las que deben ser objeto de reparación (Pizarro, Ramón D. -Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t.2, p. 640), lo que lleva a concluir la falta de autonomía de todo supuesto perjuicio que pretenda identificarse en función del bien sobre el que recae la lesión (la psiquis, la estética, la vida de relación, el cuerpo, la salud, etc). En todos estos casos, habrá que atender a las consecuencias que esas lesiones*

provocan en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima, que serán, por lo tanto subsumibles dentro de alguna de las dos amplias categorías de perjuicios previstas en nuestro derecho: el daño patrimonial y el moral.

La lesión en la psiquis de los actores, entonces, no constituye un perjuicio autónomo y distinto de la incapacidad sobreviniente. Se trata, en todos los casos, de lesiones -causadas en la psiquis o el cuerpo de la víctima -que producen una merma en la capacidad del sujeto para realizar actividades patrimonialmente valorables. Es esta merma, que resulta en una disminución patrimonial (un lucro cesante) lo que en definitiva constituye el daño resarcible.” (“T., A. R. y Otro c. Clínica Bessone y Otros s/ daños y Perjuicios” L.L 2012-E-546).

En sentido similar, esta Sala: “... emplazar un daño psíquico, estético u otro biológico como resarcible per se, con abstracción de secuelas vitales, conduciría a automatizar las indemnizaciones, que se fijarían sin más, según la gravedad intrínseca de la patología, pero ignorando indebidamente como incide en la situación concreta de la víctima... (cfr. ZAVALA de GONZÁLEZ Matilde, Relevancia cuantitativa del daño, RCyS 2012-II,95)”. (cfr. MONSALVEZ GABRIELA ELIZABETH C/ SANTAMARINA RAUL HORACIO Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE”, EXP N° 395793/9. Ver también criterio de esta Sala en “PARRA MATIAS c. VICTORIA ZAMORA ESTEBAN s/ D.Y P.”, EXP N° 411950/10, “BARAVALLE MIGUEL c. DELGADO ACUÑA JORGE S/ D. y P., EXP N° 351035/7, “JARA JAIME c. NAVARRO RUBEN S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL” (EXP N° 321577/5).

Como se observa, la comprensión del tema exige recurrir a una distinción: la lesión -en el caso, detrimento psicológico- y sus consecuencias, patrimoniales o morales. Estas últimas configuran, propiamente, el daño resarcible y sus especies. Debe discriminarse la materia afectada por el hecho y la materia sobre la cual versa el resarcimiento, la cual consiste en un resultado de aquélla (cfr., ob. cit., p. 257).

En esta línea, como ha señalado la Sala II: "el daño psíquico y otros cuya autonomía parte de la doctrina reclama -los daños estéticos, sexuales "al proyecto de vida"- encuentran adecuada proyección al ámbito de lo patrimonial o de lo moral, sin que para su justa compensación se requiera su conceptualización autónoma.

Así: "La pretendida autonomía de estas categorías deviene (en nuestra opinión) de una incorrecta valoración del concepto de daño, ya que apunta a la entidad de los bienes menoscabados más que a los intereses conculcados y, especialmente, a las consecuencias que genera la lesión" ("Daño Moral" Ramón Daniel Pizarro- Hammurabi- pág. 71)..." (cfr. autos "Defrini" 19/08/2008).

Es por lo expuesto, que insisto en el criterio de esta Sala en cuanto a considerar que no corresponde incorporar el guarismo informado por la licenciada Davel como incapacidad psicológica al cálculo de la fórmula escogida para determinar la incapacidad sobreviniente.

Las consideraciones que anteceden resultan extensivas al agravio que la actora expresó en el capítulo pérdida de calidad y proyecto de vida.

Sin embargo, y sin que resulte contradictorio con la reflexión formulada respecto a la incapacidad psicológica y el daño al proyecto de vida los cuales firmemente considero que no corresponde se incluyan en el ámbito pretendido por la actora, es cierto que atento a la trascendencia de los mismos no encuentro que se hayan reflejado adecuadamente en el importe reconocido por daño moral.

De esta manera y aun cuando no se haya mencionado en forma expresa un capítulo como "daño moral", toda la construcción de ambos reproches -incapacidad psicológica y daño al proyecto de vida- se sostiene concretamente en que no se reconocieron en el ámbito extrapatrimonial -el daño moral- ni tampoco en el patrimonial.

Es el daño moral el que refleja la mortificación, el padecimiento y la angustia de la que dan cuenta la pericia de la licenciada Davel y en ese aspecto, cabe señalar siguiendo a Orgaz que: *"... el dinero no desempeña en la reparación de los daños morales el mismo papel que en la indemnización de los daños materiales: en estos últimos puede aceptarse que su finalidad es la de establecer una equivalencia, más o menos completa, entre el daño y al reparación. Con respecto al daño moral, en cambio, la indemnización representa un papel diferente, no de equivalencia sino de compensación o satisfacción: no se trata en efecto de poner "precio" al dolor o los sentimientos, pues nada de esto puede tener equivalencia en dinero, sino de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas."* (-"El daño resarcible"; Bibliográfica OMEBA 1960-pág. 226).

En el presente caso surge tanto de las testimoniales como de la pericia psicológica que la concreta circunstancia de la pérdida del ojo ha impactado fuertemente en la vida de una persona joven, que si bien ha convivido desde temprana edad con dificultades relacionadas con la vista pasó de contar con la esperanza de solución a una parte de su problema, a tener que dejar de lado una posibilidad muy concreta de ello.

Esta circunstancia me lleva a que en la medida apuntada el importe de daño moral también aparece cuestionado y ello unido a la concepción jurídica que de los daños sostengo, me lleva a proponer elevar el monto de ese rubro a la suma de \$ 700.000 a fin de resguardar la reparación integral de los bienes afectados.

Sentadas las pautas que anteceden y por aplicación de la fórmula matemático financiera, la cual según criterio de esta Sala es la denominada Méndez, elevando el salario en un 30 % se obtiene la suma de \$ 1.913 sumado al ingreso por su trabajo en CALF, el importe de ingresos a considerar se establece en \$8.287.

Efectuado el cálculo de conformidad a la corrección propuesta el monto por incapacidad física se establece en la suma de \$ 2.156.297.

En relación a los gastos médicos y de farmacia estimo que también corresponde elevarlos, siendo central el testimonio del licenciado Ferreyra que describió con detalle los requerimientos concretos de la actora a raíz de las consecuencias que más allá de la pérdida del ojo se le presentan, tratándose de prácticas que las obras sociales no cubren en su totalidad.

A lo dicho cabe agregar que tanto la cuestión de los controles permanentes, como los traslados a la ciudad de Buenos Aires, requieren de gastos que van más allá de lo que cubren las obras sociales y en ese sentido existe una certeza de que los mismos no solo se reconocen por el período anterior sino que se proyectarán en el tiempo, por lo que he de proponer elevarlos a la suma de \$ 400.000.

Ahora bien, como ya señalara la imputación de responsabilidad es a partir de reconocer la pérdida de chance que supuso el diagnóstico tardío: *"Así, ya establecido que existió una frustración de la probabilidad, y que ella guarda relación de causalidad con la culpa médica, el cálculo del monto que habrá de determinarse por este concepto constituye una de las mayores problemáticas del instituto. En casos como el presente, la chance perdida recae sobre la evitación de un perjuicio futuro. En consecuencia, mientras que cuando se frustra la obtención de una ganancia la cuantificación de la pérdida de chance partirá del monto de ese beneficio pretendido, al perderse la oportunidad de evitar un perjuicio la valuación de la probabilidad estará determinada por el valor del resultado final que efectivamente se produjo. Respecto de dicho valor se determinará el resarcimiento correspondiente por la frustración de la chance (Chabas, François, "La pérdida de chance en el derecho francés", JA-IV-928). Deberá aplicarse un procedimiento consistente en, primeramente, valuar el resultado final y, luego,*

establecer cuál era el porcentaje de chances de evitar dicho menoscabo. Por último, deberá aplicarse el porcentual de chances con las que contaba el sujeto al valor del "resultado final" (Sáenz, Luis R. J., "Algunas consideraciones acerca de la pérdida de chance como daño resarcible", Revista crítica de derecho privado, Carlos Álvarez, Montevideo, 2008, n° 5, ps. 603 y ss.).

Así las cosas, esa operación deberá practicarse respecto de cada uno de los rubros reclamados por los actores en concepto de "daño final", pues si bien, como queda dicho, la pérdida de chance es un daño autónomo, su valuación debe hacerse partiendo del monto del resultado final, respecto del cual se calculan las chances. En ese sentido, ha dicho la Corte de Casación francesa que: "la culpa del médico ha hecho perder al paciente la chance de escapar de una lesión a su integridad física, el daño que resulta para éste está en función de la gravedad de su estado real y de todas las consecuencias que resultan de él: (...) su reparación no se limita al daño moral, sino que corresponde a una fracción de los diferentes rubros de daños que ha sufrido" (Corte de Casación, primera Sala Civil, fallo del 29/6/2009, con nota de Zhouvenin. Vid. asimismo esta cámara, Sala B, 5/6/2009, "De Innocentis, Norma c. Unidad Coronaria Móvil Quilmes S.A.", RCyS, diciembre de 2009, p. 134, con nota de Roberto A. Meneghini; ídem, 12/9/2011, "S. V. de N. y otros c. OSDIC y otros"). (ant. ya citado de la Cám. Nac. Civ. Sala A) .

Por ello, sobre cada uno de los rubros reconocidos corresponderá aplicar el porcentaje establecido a fin de determinar la indemnización correspondiente a la actora, de manera tal que la suma de condena, teniendo en cuenta la corrección efectuada en la incapacidad sobreviniente, los gastos de farmacia y tratamiento, y el incremento en el daño moral, se establece en la suma de \$ 1.953.779.

Resta abordar ahora el agravio de la provincia en relación al progreso de la excepción de falta de legitimación pasiva.

El aspecto reprochado ha sido abordado en el precedente de la Sala III que menciona la recurrente en un análisis que el suscripto comparte.

Señalaba Marcelo Medori en "FENOSA JUAN JOSÉ Y OTRO CONTRA PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO PROFESIONAL (MALA PRAXIS)" (Expte. 501.153/2014) del 5 de agosto del 2020, haciendo suyo el análisis que había expresado su colega de sala Fernando Ghisini: *"Que, ateniéndome concretamente a la defensa expuesta por la citada en garantía, he de citar el antecedente de esta Sala, que con el voto del Dr. Fernando Ghisini en los autos "Ercole Claudio Rubén y otro C/Donnelly Patricio E. y otro s/ Daños y Perjuicios Responsabilidad Contractual del Estado (Expte. N° 428024- Sent. 22.03.2016) se resolvió en idéntico sentido luego de cotejar los términos de la contratación:*

"...En efecto, del documento mencionado anteriormente, surge que la Provincia, a través del Ministerio de Salud y Seguridad Social del Neuquén, contrató una póliza médica colectiva a fin de mantener indemne al asegurado, entre los que no se encuentra solamente el médico prestador del servicio como se interpreta la sentencia, sino también la propia tomadora del seguro, es decir, la Provincia, para cubrir las contingencias de índole médica que ocurran en ocasión o con motivo de la prestación del servicio médico público, otorgado por la misma.

Ello surge de los términos del propio contrato, ya que al ser la propia Provincia, a través del Ministerio de Salud y Seguridad Social, la tomadora del contrato de seguro para quedar cubierta por las contingencias ocurridas en ocasión o con motivo de la presentación médica de los profesionales que se enuncian en la nómina "seguro colectivo", su interés resulta patente, pues con ello lo que se pretende garantizar es la indemnidad patrimonial del Estado Provincial con motivo de los juicios por mala praxis de sus dependientes.

Precisamente en este punto, considero que le asiste razón al recurrente, pues qué sentido tendría dar cobertura asegurativa a los médicos, si no lo es con alcance de indemnidad del Estado Provincial, en tanto dichos galenos, incluidos en la nómina, sólo activaran la aplicabilidad de la cobertura en la medida que la reclamación de que se trate, resulte de un hecho reprochado en ocasión de la función pública para la que han sido contratados.

Por otra parte, cabe resaltar que la Provincia ha actuado como contratante del seguro médico colectivo a través del Ministerio de Salud y Seguridad Social, lo cual, de manera alguna habilita a tenerla ajena como parte del contrato de seguro médico celebrado con la aseguradora...

De lo contrario, las erogaciones en el pago de la póliza, como así también el ámbito de cobertura del contrato de seguro hubiera sido más extenso y no se limitaría al actuar de los médicos detallados en la nómina y en ejercicio de la prestación del servicio público de salud.

Por estas consideraciones, y al tener en cuenta los términos y modalidades de la cobertura contratada, como asimismo el interés asegurable, juzgo que la Provincia del Neuquén resulta alcanzada por la cobertura de seguro, conforme póliza N° 490169-0, por lo que propondré al Acuerdo que se haga lugar a la apelación y en consecuencia se revoque la excepción de falta de legitimación interpuesta por la Aseguradora ..., con costas su cargo.-..."

Tal criterio fue mantenido en "BARRIA CYNTIA CARINA C/PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. - MALA PRAXIS" (Expte. N° 428514/2010-Sent. 09.03.2017).

Es por ello que he de proponer hacer lugar al recurso de la provincia y rechazar la defensa de falta de legitimación pasiva introducida por la aseguradora Prudencia Compañía de Seguros Generales S.A., la que responderá a tenor de la cobertura contratada

mediante Póliza colectiva contratada por el Ministerio de Salud y agregada a fs. 329/336.

III.- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso del demandado Aringoli; hacer lugar a los recursos de la parte actora y de la Provincia y, por ello, modificar la sentencia dictada el día 17 de febrero del 2022 -fs. 805/820 vta.-, y en consecuencia: 1) confirmar la determinación de responsabilidad del demandado de conformidad a los términos que surgen de los Considerandos; 2) elevar la suma de condena a \$ 1.953.779; 3) revocar el acogimiento de la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por PRUDENCIA Cía. de Seguros Generales S.A y en consecuencia condenarla en la medida del seguro a garantizar la responsabilidad de la Provincia y condenarla al pago del 50 % de los honorarios de los letrados de la provincia por su actuación en ambas instancias; 4) imponer las costas de Alzada a los demandados, atento su calidad de vencidos (art. 68, CPCyC), con la salvedad mencionada en cuanto a los letrados de la provincia y el porcentaje que deberá afrontar PRUDENCIA Cía. de Seguros Generales S.A.; 5) regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada en el 30% de la suma que les corresponda a cada uno por la labor desarrollada en la instancia de grado (art. 15 de la ley 1594).

Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia dictada el día 17 de febrero del 2022 -fs. 805/820 vta.-, elevando la suma de condena a \$ 1.953.779 y revocar el acogimiento de la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por PRUDENCIA Cía. de Seguros Generales S.A.; confirmándosela en lo demás y que ha sido motivo de agravio.



II.- Imponer las costas de Alzada a los demandados, atento su calidad de vencidos (art. 68, CPCyC), con la salvedad mencionada en cuanto a los letrados de la Provincia y el porcentaje que deberá afrontar PRUDENCIA Cía. de Seguros Generales S.A.

III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada en el 30% de la suma que les corresponda a cada uno por la labor desarrollada en la instancia de grado (art. 15 de la ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria