

FRUSTRACION DE UNA CHANCE
POR ERROR EN EL DIAGNOSTICO

1. El fallo anotado	63
2. La chance o probabilidad de obtener un beneficio o evitar un perjuicio, a mitad de camino entre el daño cierto y el incierto	70
3. La reparabilidad de la pérdida de chances	72
4. La probabilidad de lograr un empleo o trabajo como chance indemnizable	73
5. El error de diagnóstico como acto médico culpable	74
6. El <i>quantum</i> de la indemnización	77

FRUSTRACION DE UNA CHANCE POR ERROR EN EL DIAGNOSTICO

SUMARIO: 1. El fallo anotado. 2. La chance o probabilidad de obtener un beneficio o evitar un perjuicio, a mitad de camino entre el daño cierto y el incierto. 3. La reparabilidad de la pérdida de chances. 4. La probabilidad de lograr un empleo o trabajo como chance indemnizable. 5. El error de diagnóstico como acto médico culpable. 6. El *quantum* de la indemnización.

1. EL FALLO ANOTADO

CNCiv., Sala G, 21 de diciembre de 1981. Almonacid, Miguel Humberto c. Debora S.R.L. Centro Médico y/o Laboratorios Roux Ocefa s. daños y perjuicios.

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los veintiún días del mes de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala "G" de la Exema. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: "Almonacid Miguel Humberto c/ Debora S.R.L. Centro Médico y/o Laboratorios Roux Ocefa s/ Daños y perjuicios", con respecto de la sentencia de fojas 204/205, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es justa la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara doctores Armando J. Fernández del Casal, Leopoldo Montes de Oca, Ricardo L. Burnichon.

A la cuestión planteada el señor Juez de Cámara doctor *Armando J. Fernández del Casal* dijo:

I. La sentencia de la anterior instancia admitió la defensa de falta de legitimación para obrar y desestimó la acción, imponiendo las costas al accionante. Es-

te, disconforme con el decisorio lo apeló y virtió sus agravios a través del escrito de fojas 237/242, que no fue contestado.

II. El argumento desarrollado por el *a quo* como fundamento de su fallo fue el de que no *existió vínculo jurídico que ligase a actor y demandada*. Sin embargo y pese a que ello es así, se le achaca a la accionada una conducta culpable que produjo un daño que debe reparar en orden a lo dispuesto por el artículo 1109 del Código Civil; es decir, que se sitúa la cuestión en el campo de la responsabilidad extracontractual. Y en dicho campo es preciso que quien la aduce demuestre dicha culpa.

Me apresuro a adelantar mi convicción en el sentido de que en autos se ha acreditado, de modo fehaciente, la culpa de la demandada por el error en el examen a que fue sometido el actor.

En efecto, la pericia médica de fojas 170/1, no impugnada por la parte demandada, considera que en la revisión médica del 28 de octubre de 1978 erróse en su apreciación pues no ha valorado los estudios complementarios, fundando el rechazo en un síntoma que a juicio del experto no era objetivo sino subjetivo de quien lo examinó (“creyó oír aquello que el actor no presentara”), agregando luego a modo de conclusión, “que del estudio de las constancias del examen clínico efectuado al actor surge que el mismo nunca ha tenido padecimientos agudos evolutivos durante el examen preocupacional ni en los 15 días subsiguientes como así tampoco a los dos meses subsiguientes ya que “el informe de la Clínica Sáenz Peña considera ‘apto’ al actor para el ingreso. El síntoma invocado es un “signo semiológico de frote pleural con frémito que

“quien lo auscultó creyó oírlo y no pudo haber existido “por cuanto los estudios radiográficos y complementarios efectuados son normales, lo que descalifica el “pretendido hallazgo”. Es decir que detectados esos síntomas, el responsable debió compararlos con el resultado de los análisis de laboratorio y radiográficos, que también se hicieron, para establecer en definitiva si aquella impresión que el experto califica como subjetiva, aparecía reflejada de manera objetiva. Y al no haber así procedido la entidad demandada se configura claramente la noción de culpa.

Si la culpa, según De Page (citado por A. J. Bueres, *Responsabilidad civil de los médicos*, edit. Abaco, p. 196), consiste en un error de conducta, en aquello que no habría cometido una persona prudente y cuidadosa, preocupada por tener en cuenta las eventualidades desgraciadas que pueden derivarse para otro, y de acuerdo con nuestra ley positiva es la omisión de las diligencias que exigiese la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512, Cód. Civil), fluye fácilmente de la conducta de los médicos de la demandada la omisión, reitero, en controlar los síntomas auscultados en el actor a la luz de las pruebas radiológicas y de laboratorio, para así entregar un diagnóstico correcto y no erróneo como el que emitieron.

III. Establecida la culpa de la demandada, cuadra ahora, meritar la existencia de daño, puesto que si bien culpa y daño son independientes, aquélla no es concebible sin la presencia de éste.

Sabido es que, para ser indemnizable, tanto el daño actual como el futuro requiere que sea cierto. En el daño actual son resarcibles las consecuencias ya suce-

didas; en el daño futuro solamente cabe reparación cuando media una conducta antijurídica cometida y con respecto a la cual se prevén repercusiones aun no acontecidas, pero que se sabe con objetiva seguridad que ocurrirán dentro del curso normal y natural de las cosas. No es resarcible, por el contrario, el perjuicio incierto, o sea, el que no ofrece seguridad objetiva de que acontecerá.

Pero al lado de lo actual y lo futuro, de lo cierto y de lo incierto, se presentan situaciones en que el comportamiento antijurídico ha interferido en el curso normal de los acontecimientos de un modo que no puede saberse si el afectado por dicho comportamiento habría o no obtenido cierta ventaja o evitado cierta pérdida en el caso de no producirse dicho comportamiento, pero cuyas consecuencias están pendientes del riesgo de que puedan o no ocurrir, es decir, que hay al respecto probabilidades a favor y probabilidades en contra. Y se ha considerado que en esta concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes haya indiscutiblemente una consecuencia actual y cierta, y es que, a raíz del acto imputable se ha perdido una "chance", oportunidad o probabilidad, por la que debe reconocerse derecho a exigir su reparación, aconsejando la doctrina formular un razonado balance de perspectivas en pro y en contra y del saldo de las mismas extraer la proporción del resarcimiento (conf. Pedro N. Cazeaux - Félix A. Trigo Represas, *Derecho de las Obligaciones*, t. I, p. 327 y sgts.).

Dentro de esas pautas los supuestos pueden variar en razón de las particularidades de cada caso. Desde la mera posibilidad, más o menos remota, hasta la probabilidad más o menos cierta y fundada. Si la expectativa frustrada era muy general y vaga, no cabría la indemnización por tratarse de un daño puramente eventual

o hipotético (A. Orgaz, *El daño resarcible*, edit. Depalma, p. 70, n° 24; A. Acuña Anzorena, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, edit. Platense, p. 218 y sigts.).

En este sentido, Orgaz (*op. y loc. cit.*) enseña que “cuando el agente de un acto ilícito, mediante su acto, “ha roto o interrumpido un proceso que podía conducir “en favor de otra persona a la obtención de una ganancia o a la evitación de un daño, corresponde establecer si el perjudicado puede reclamar contra el “agente la indemnización de esa ganancia posible y ya “frustrada o de esa pérdida inevitable... Estos supuestos pueden variar, por razón de las circunstancias “particulares, desde la mera posibilidad de la ganancia “hasta la probabilidad más o menos fundada. Cuando “la posibilidad frustrada es muy general y vaga... “ella no es indemnizable como daño material, ya que “se trataría de un daño puramente eventual o hipotético... Cuando la posibilidad, en cambio, de obtener “la ganancia o de evitar la pérdida era bastante fundada, cuando más que posibilidad era una ‘probabilidad’ “suficiente, la frustración de ella debe ser indemnizada “por el responsable; pero esta indemnización es de la “chance misma... la cual por su propia naturaleza, es “siempre problemática en su realización”.

Estos conceptos son compartidos por Jorge J. Llambías (*Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. I, n° 241, nota 20, p. 267) al expresar que la pérdida de la “chance” es daño actual resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por culpa del responsable, pero que no constituye daño actual cuando presenta una posibilidad muy general y vaga. Y agrega que la apreciación de la entidad y suficiencia de la probabilidad en cuestión es materia dependiente de las características y circunstancias de cada caso, que están libradas a la

prudente estimación judicial; pero que nunca puede identificarse la pérdida de la "chance" con el eventual beneficio frustrado, dado que aquélla siempre se mueve, en mayor o menor medida, en el ámbito de lo conjetural.

El caso de autos encuadra, precisamente, dentro de estos supuestos y demostrado como está, con el testimonio de Francisco Pablo Trotta (fs. 135), Jefe de Personal del laboratorio químico donde se hallaba la vacante a la que postulaba Almonacid, que una vez recibido el informe médico desfavorable el accionante fue eliminado, sólo resta analizar si medió efectivamente la pérdida de una "chance" de acceder al empleo y, en caso afirmativo, cuantificar la indemnización.

Al respecto, cabe destacar que prácticamente la única probanza que ilustra el tema es el ya mencionado testimonio del Jefe de Personal de Roux-Ocefa, empresa vinculada a la demandada, razón por la cual sus dichos deben ser cuidadosamente meritados. Comienza aquél por sostener que el accionante se encontraba registrado en la empresa y que se lo citó para cubrir una vacante (resp. 3ª); que lo recibió personalmente (resp. 4ª); que el candidato conversó con quienes serían sus jefes en la sección Bacteriología (resp. 5ª); y que acordaron el monto de sus emolumentos (resp. 6ª).

De lo dicho se desprende un cierto grado de avance en las tratativas de ingreso del accionante, a quien hasta quizás se le dio alguna seguridad de que aprobado el examen médico sería admitido, puesto que de otra manera no resulta lógica su actitud de dimitir al trabajo que estaba desempeñando (fs. 152). Es cierto que Trotta señala que ningún factor es determinante en sí del ingreso, que se evalúan todos los factores en conjunto y que además Almonacid no era el único postu-

lante, aunque nada aclara acerca del estado de las tratativas con los otros. Y si bien tampoco, por tales razones, pudo responder acerca de si el accionante era el candidato con mayores posibilidades (resp. 3ª repreg.), es mi convicción que Almonacid gozaba de una probabilidad suficiente de alcanzar el empleo y que, por ende, en carácter de pérdida de esa "chance", su frustración debe ser indemnizada.

Por virtud de todo lo expuesto estimo adecuado establecer el monto de dicha indemnización en la suma de \$ 8.000.000.

IV. Las costas de ambas instancias deberá sopor-tarlas la parte demandada, quien resulta vencida (art. 68, Cód. Proc.).

V. En consecuencia, voto porque se revoque la sentencia en recurso y porque se condene a "Debora S.R.L. Centro Médico" a abonar al actor, en el plazo de diez días, la suma de \$ 8.000.000 con más sus intereses del 6% anual desde el 9 de noviembre de 1978 hasta la fecha del efectivo pago y las costas de ambas instancias.

Los señores Jueces de Cámara doctores *Leopoldo Montes de Oca* y *Ricardo L. Burnichon* votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor Fernández del Casal. Con lo que terminó el acto.

Y VISTOS:

Por lo que resulta de la votación de que instruye el Acuerdo que antecede, se revoca la sentencia de fojas 204/205. En consecuencia, se admite la demanda y se condena a "Debora S.R.L. Centro Médico" a pagar al actor, en el plazo de diez días, la suma de Ocho

Millones de pesos con sus intereses desde el nueve de noviembre de 1978 y hasta la fecha del efectivo pago, a la tasa del seis por ciento anual, y las costas de ambas instancias.

Notifíquese y devuélvase. *Armando J. Fernández del Casal. Leopoldo Montes de Oca. Ricardo L. Burnichon* (Sec.: Ana María Luaces).

2. LA CHANCE A MITAD DE CAMINO ENTRE EL DAÑO CIERTO Y EL INCIERTO

Hemos dicho y repetido que la responsabilidad se edifica partiendo del daño o perjuicio. Es ese y no otro su requisito fundamental, habida cuenta que va sobreentendido que ese detrimento debe derivar de un comportamiento; en relación causal adecuada con el mismo. La antijuridicidad puede existir o no; la culpa lo mismo. Pero el daño debe existir (¹).

La certeza del daño no es un carácter particular del perjuicio, es mas bien su presupuesto. Empero, en el actual estadio de evolución del tema se admite en el daño un cierto margen de aleatoriedad, de incertidumbre. Se piensa que un cierto coeficiente de incertidumbre, probabilidad de existir o no, o bien de continuar existiendo, es compatible con la certeza, desde la óptica jurídica.

Así lo ha entendido de tiempo atrás la doctrina nacional. Orgaz alude a la ruptura del proceso que podía conducir en favor de otra persona a la obtención de una ganancia; de la probabilidad suficiente, juzgada de

(¹) MASSINI, Carlos I., *La reparación civil desde las perspectivas clásica y moderna. Una consideración a partir de la Escuela del Derecho Natural clásico*, en *El Derecho*, 11 de mayo de 1982.

manera objetiva ⁽²⁾. Acuña Anzorena se ocupa del valor de esa pérdida: “problema circunstancial para cuya solución se requiere un examen razonado de las posibilidades que en cada caso pudieron concurrir para tener por acreditado en qué medida la frustración de la chance privó de la probabilidad de evitar un perjuicio o de obtener una ganancia, siendo esa probabilidad lo que se ha perdido y lo que se debe indemnizar” ⁽³⁾.

Para Cazeaux, “el damnificado debe haber sido privado de participar en una disputa, cotejo, sorteo, oportunidad, etc., de resultado incierto, porque precisamente para determinar la certeza del resultado favorable o desfavorable en cuanto al damnificado, habría sido necesaria su participación”. E insistiendo sobre el particular —de especial importancia en el caso que nos ocupa— agrega: “Pero a pesar de esa incertidumbre hay, sí, una cosa cierta e indiscutible, y es que se ha impedido a una persona participar en esa disputa, sorteo, cotejo, o concurso. Esta es la base de la reclamación. La indemnización, entonces, nunca podrá ser igual al monto que estaba sometido a esa ‘chance’, sino la pérdida efectiva de la oportunidad de intervenir en ella, la que deberá ser apreciada y juzgada por los jueces, de acuerdo con las calidades del frustrado pretendiente” ⁽⁴⁾.

Es también la idea que campea en las explicitaciones de Zannoni sobre el tema: “... por daño debe enten-

⁽²⁾ ORGAZ, A., *El daño resarcible*, edit. Omeba. Bs. As., 1960, p. 96, Nº 24.

⁽³⁾ ACUÑA ANZORENA, A., *Responsabilidad del procurador y del abogado por dejar perimir la instancia*, en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, edit. Platense, La Plata, 1963, p. 218.

⁽⁴⁾ CAZEUX, Néstor P., *Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance*, en la obra colectiva de homenaje a Augusto M. Morello, *Temas de responsabilidad civil*, edit. Platense, La Plata, 1981, p. 28.

derse el menoscabo a todo interés que integra la esfera del actuar lícito de una persona, a consecuencia del cual ella sufre la privación de un bien procurado a través de ese actuar. La chance es la posibilidad de un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privar de esa esperanza al sujeto conlleva daño, aun cuando pueda ser dificultoso estimar la medida de ese daño, porque lo perdido, lo frustrado, es realidad, es la chance y no el beneficio esperado, como tal". Y concluye: "En cuanto a esto último, sería inútil proponer pautas rígidas" ⁽⁵⁾. Por nuestra parte, sostuvimos la necesidad de distinguir entre el daño futuro hipotético o eventual y el futuro virtual o potencial ⁽⁶⁾. Las fronteras entre una especie y otra, entre el que merece reparación y el que no la merece, son fluidas. En palabras de Le Tourneau: "Sus contornos son inciertos y se pasa insensiblemente del uno al otro" ⁽⁷⁾. Para Geneviève Viney la diferencia es de matices, más que de naturaleza; ella está esencialmente ligada a la importancia del área que afecta el daño ⁽⁸⁾.

3. LA RESPONSABILIDAD DE LA PERDIDA DE CHANCES

La reparabilidad, admitida por doctrina y jurisprudencia ⁽⁹⁾, es específica de la "chance" y no del hecho sometido a ella; se indemniza la pérdida de la probabilidad de ganar un pleito y no el "daño positivo"

⁽⁵⁾ ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, edit. Astrea, Bs. As., 1982, obra de particular importancia en la materia.

⁽⁶⁾ MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por daños*, edit. Ediar. T. I, Parte General, Bs. As., 1971, p. 155.

⁽⁷⁾ LE TOURNEAU, P., *La responsabilité civile*, 2ª edic., Nº 407 y ss.

⁽⁸⁾ VINEY, G., *La responsabilité: conditions*, en *Traité de Droit Civil*, L.G.D.J., París, 1982, p. 338.

⁽⁹⁾ La jurisprudencia nacional acompaña armónicamente a la doctrina en esta materia. Los casos líderes: "Padilla Ltda. c/Palacios, J.C.", CNac. Civ. Sala D, con nota de COLOMBO, L., en *La Ley*, t. 107-16; "Delmoro

que significa perder el pleito. Recordemos lo dicho acerca del coeficiente de certidumbre que convive con uno de incertidumbre. De donde, para decirlo en fórmula matemática, hay que restar de la estimación pecuniaria del daño cierto el margen de incertidumbre...

4. LA PROBABILIDAD DE LOGRAR UN EMPLEO O TRABAJO COMO CHANCE INDEMNIZABLE

El caso que comentamos reconoce precedentes en la temática de las "chances". Se trata de la frustración de las expectativas lógicas y razonables de lograr un empleo, por parte de uno de los candidatos o postulantes. Empero, con particular acierto, la Sala G examina las circunstancias del caso, de las cuales se desprende que no se trataba de un candidato cualquiera, entre muchos, sino de uno con probabilidad cierta de ser designado; al punto que "acordaron el monto de sus emolumentos" y, con base en esa certeza, el actor renuncia al empleo en el cual se desempeñaba ⁽¹⁰⁾.

Ocurre que la chance perdida debe ser "real y seria"; no una posibilidad remota o lejana; no una mera esperanza. El Tribunal tiene muy en cuenta tales extre-

c/ Pagliella", CNCiv., sala B, en *La Ley* 72-70, ambos sobre responsabilidad profesional de los profesionales del derecho. "Minuta c/ Administración de la Lotería de la Provincia de Buenos Aires", fallo de la SCBA, en *La Ley*, t. 119 - 194 y ss.; caso del error que impidió adquirir el billete que luego resultó premiado. "Roche c/ Fotti", resuelto por la Cámara de Apelaciones de Jujín, caso del jugador del Prode cuya tarjeta no llegó a la Lotería Nacional por negligencia del agenciero, en J. A., 1980-III-117. Y "Gianitelli c/ Consorcio Cangallo 1670", resuelto por la CNCiv., sala F, en *El Derecho*, 78-378, en el cual se reclamaba la indemnización por las posibilidades de ganancia de un negocio, cerrado a consecuencia de filtraciones de caños del edificio.

⁽¹⁰⁾ Los tribunales franceses se han ocupado en casos plurales y reiterados acerca de la mera posibilidad de presentarse a un examen o concurso, o de la esperanza de lograr una actividad remunerada o de abrazar una carrera determinada. Pueden consultarse en VINEY, *ob. cit.*, p. 343.

mos para juzgar acerca de si el postulante en un concurso aún no definido, era un candidato con probabilidades o uno de tantos ⁽¹¹⁾.

5. EL ERROR DE DIAGNOSTICO COMO ACTO MEDICO CULPABLE

Otro aspecto de sumo interés en el caso que comentamos está dado por la admisión de la culpa médica originada en un error técnico o científico: el diagnóstico equivocado ⁽¹²⁾.

El diagnóstico es el resultado de un juicio ⁽¹³⁾. Como tal puede ser erróneo si el juzgamiento es equivocado. Un diagnóstico, afirma Penneau se establece progresivamente, en sucesivos pasos y correcciones; la cuestión, agrega, no es tanto la de saber si un médico puesto al día —*avisé*— ha cometido un error, sino la de precisar de qué medios dispone la medicina actualizada para asegurar un diagnóstico exacto y si en el caso tales medios han sido empleados o no; y, en la negativa, por qué no han sido empleados ⁽¹⁴⁾. Tales apreciaciones son de relevancia en el caso examinado.

Empero, reiteramos, la trascendencia de la deci-

⁽¹¹⁾ Enfatiza acerca de: a) que las tratativas de ingreso en el empleo se encontraban en marcha; b) que su estado era avanzado, al punto que sólo faltaba el examen médico; c) que el postulante se había colocado en condiciones de aceptar la designación.

⁽¹²⁾ En la doctrina francesa, últimamente, PENNEAU, Jean, *La responsabilité médicale*, edit. Sirey, París, 1977, la sección destinada a "la faute médicale o de technique médicale", p. 70 y ss.; BOYER - CHAMMARD ET MONZEIN, *La responsabilité médicale*, París, 1974. En la doctrina nacional, las obras de BUERES, A. J., *Responsabilidad civil de los médicos*, edit. Abaco, Bs. As., 1979, y la nuestra: MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad civil del médico*, edit. Astrea, Bs. As., 1979; en la doctrina italiana, d'ORSI, V., *La responsabilità civile del Professionista*, edit. Giuffrè, Milano, 1981, Capítulo IX, p. 169 y ss.

⁽¹³⁾ PENNEAU, *ob. cit.*, N° 62, p. 72.

⁽¹⁴⁾ PENNEAU, *ob. cit.*, p. 72 y ss.

sión, en esta parte, está dada por el reconocimiento, sin hesitación alguna, acerca de que el error de diagnóstico constituye, él mismo, una culpa profesional, una negligencia o impericia médica, por la cual se debe responder.

En nuestra obra recordábamos la denominada tesis de la responsabilidad eufemística, cuyas ideas claves eran:

- a) Que todo el quehacer médico puede ser objeto de discusiones científicas; y,
- b) que la culpa comienza donde terminan las discusiones científicas.

Afirma esta tesis rotundamente que los errores en el diagnóstico... quedan en principio fuera del control judicial, por ser cuestiones conjeturables, opinables. La excepción la constituyen los errores gruesos, inexcusables, evidentes. Y agregábamos: “por este camino, desgraciadamente muy transitado, poca seguridad o garantía pueden tener los pacientes que se someten al servicio de salud” ⁽¹⁵⁾.

Penneau recuerda esa etapa, sobre la base de decisiones de los tribunales franceses, caracterizadas por afirmaciones tales como: “el médico es el dueño de su diagnóstico”; “no hay culpa posible por error en el diagnóstico”; “un error semejante no constituye jamás culpa profesional” ⁽¹⁶⁾. Bueres trae el recuerdo de decisiones semejantes de los tribunales franceses y argentinos; entre otras: “el diagnóstico fallido no es tampoco imputable cuando se tomaron las precauciones necesarias para evitarlo y no se puso de relieve la ignorancia en la materia”; o bien: “no puede pretenderse del pro-

⁽¹⁵⁾ MOSSET ITURRASPE, *ob. cit.*, p. 28.

⁽¹⁶⁾ PENNEAU, *ob. cit.*, p. 73.

fesional el empleo de una técnica perfecta, sino de aquella que revela un mínimo de conocimiento y que se pone en ejecución mediante la observancia de las reglas prescriptas por la experiencia universal y por el buen sentido" (17).

Por nuestra parte hemos puesto mucho énfasis en destacar "los deberes anteriores al tratamiento o intervención quirúrgica; concomitantes y posteriores. Las dificultades en el diagnóstico. La necesidad de recurrir a las pruebas de laboratorio, etc., etc."; y, muy en particular, el "deber que tiene todo médico de asegurarse la verdad del diagnóstico, sea especialista o no. El deber de recurrir a pruebas, situándose a la altura de las exigencias del caso" (18).

Concretamente hemos sostenido que "deben extremarse los medios para llegar a formular un diagnóstico cierto. Deben agotarse los análisis y demás recursos de la medicina actual"; y, por tanto, si ello no se hace o se hace a medias, se incurre en responsabilidad profesional (19).

En el caso que comentamos quedó demostrado que "no se valoraron estudios complementarios"; que el médico, habiendo detectado lo que a su juicio era un sín-

(17) BUERES, *ob. cit.*, p. 237. Concluye, el distinguido jurista, afirmando su criterio propio: "el médico será responsable, por razón de su culpa, en caso de que cometa un error objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. Pero si el equívoco es de apreciación subjetiva por el carácter discutible u opinable del tema o materia, el juez no tendrá, en principio, elementos suficientes para inferir la culpa de que informa el art. 512".

(18) MOSSET ITURRASPE, J., *ob. cit.*, Capítulo V, párrafos 2 y 3, p. 124 y ss.

(19) MOSSET ITURRASPE, J., *ob. cit.*, p. 125; en la obra aludida efectuamos un análisis detenido de una serie de decisiones de nuestros tribunales que evidencian cómo el criterio de severidad respecto de los errores de diagnóstico se va afirmando en la doctrina y jurisprudencia nacionales, dejando de lado la tesis eufemística o "proteccionista".

toma, no efectuó comparaciones “con el resultado de los análisis de laboratorio y radiográficos”. De allí su responsabilidad, bien declarada por el Tribunal.

6. EL “QUANTUM” DE LA INDEMNIZACION

Hemos manifestado nuestra coincidencia con una reparación de equidad, muy atenta a las particularidades de cada caso y, en especial, a la seriedad y porcentaje de probabilidad de cada chance. Empero, no nos parece bien, dicho esto en términos generales, que se acoja la indemnización de tal o cual chance frustrada, por un lado, y, por el otro, se concrete la reparación en una suma irrisoria.

Esto equivale a dar y no dar; a reconocer, en lo meramente formal o declarativo y a negar en el terreno de lo operativo o conducente.

La decisión que comentamos, sin dar mayores explicaciones —quizás es más correcto decir ninguna— establece el monto de la indemnización en la suma de ocho millones de pesos, a diciembre de 1981. No hay una referencia al sueldo que el trabajo al cual se optaba devengaba; a lo que el actor hubiera cobrado de no mediar el error que desencadena la pérdida de la chance de ser empleado. Ni referencias al sueldo del trabajo abandonado para atender a este otro. Ni al tiempo que quedó sin ocupación rentable, etc., etc.

Tal vez la indemnización, que es el aspecto que concreta la responsabilidad, en el cual la misma se corona o culmina, y no uno cualquiera —puesto que no se trata de condenas simbólicas—, debió ser más generosa...