



NEUQUÉN, 30 de Agosto de 2022

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "**M. R. B. Y OTRO C/ Toledo Sandra Elizabeth Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO PROFESIONAL (MALA PRAXIS)**", (JNQC16 EXP N°508010/2015), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los vocales Marcelo Juan **MEDORI** y Cecilia **PAMPHILE**, por recusación del vocal Fernando Ghisini, con la presencia de la Secretaria actuante, Lucía **ITURRIETA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado, el Juez **MEDORI**, dijo:

I.-Por presentación del 28.04.2021 (fs.952/961) los actores fundan el recurso de apelación deducido contra la sentencia definitiva de fecha 12.11.2020 que rechazó la demanda (fs.908/926), piden se la revoque con costas.-

En fecha 18.11.2020 (fs.951/952) el perito psicólogo ... apela por bajos sus honorarios y lo propio realiza el médico traumatólogo ... (24.11.2020 -fs. 937/938), y por la misma razón lo hacen los letrados ... y ..., representantes de la codemandada Carolina Lami (24.11.2020 - fs.939-).-

A.-Expresión de agravios de los actores.-

Califican de arbitraria e incongruente la sentencia por cuanto se aparta de la prueba rendida en autos que, según entienden, acredita la violación del plexo normativo invocado en la pretensión y de los que surge la responsabilidad de las accionadas y su transgresión a las Leyes 25.929, 26.485.-

Criticán que pese a tenerse por comprobados los múltiples y manifiestas omisiones, actos culposos en que incurrieron las profesionales, se concluya que ellos no son suficientes para acreditar la relación de causalidad y la procedencia del reclamo indemnizatorio.-



Cuestionan que no se ponderara que las profesionales incurrieron en mala praxis y violencia obstétrica al suministrarle a la madre la medicación isoxuprina, cuando así fue dictaminado por el perito médico; que se afirme que el parto no fue prolongado cuando ello surge del documento "atención al recién nacido" acompañado por la Clínica Pasteur, con el que además se demuestra que existió riesgo de muerte para el niño; y que se reste valor a lo dictaminado de que la cesárea habría evitado los daños a la integridad física del nacido. -

Reprochan que se haya resuelto que la suscripción del consentimiento informado con posterioridad al acto médico fue sólo una irregularidad o desprolijidad de los profesionales, y que no acredita el nexo de causalidad con el daño, señalando que tal documento es una obligación legal que denota que la persona fue informada en forma previa a la práctica que se realiza; que en el caso, su presentación extemporánea o deficiente refleja aún más la conducta negligente y violatoria de la legislación del equipo médico.-

Destacan que se ha omitido valorar los hechos introducidos por las codemandadas y analizados en profundidad por el perito médico oficial y que, pese a tenerse por acreditadas las irregularidades y faltas médicas graves, no se las condena, todo lo cual refleja una transgresión al principio procesal de congruencia.-

En segundo término, critican que no se valorara la adulteración de la historia clínica como elemento fundante de la responsabilidad médica; destacan que hasta el momento de interponer la demanda se desconocía que durante el transcurso del parto se había producido distocia de hombros del niño; que ello no fue informado ni consignado en la historia clínica; que tal omisión deliberada y antijurídica constituye



una presunción iuris et de iure que compromete la responsabilidad de la codemandadas; que tal circunstancia la introducen estas últimas en su contestación y fue confirmada por el perito médico oficial; que queda claro que las médicas falsearon los datos de la historia clínica/partograma al no describir la ocurrencia del accidente grave en el período de expulsivo y concluye que tal elemento de prueba resulta nulo para eximir las de responsabilidad.-

Denuncian que se prescinde de la aplicación de la carga dinámica de las pruebas.-

Por último, señalan que el fallo carece de perspectiva de género al no ser analizado de conformidad las leyes nacionales de Parto Humanizado (Ley 25.929) y de Protección Integral de las Mujeres (Ley 26.485) y al haberse acreditado con la prueba rendida en estas actuaciones el trato deshumanizado, irritante y violento que brindaron las accionadas a la madre, tanto en el momento del parto como con posterioridad; cuestionan que se resolviera que el suministro de la medicación isoxuprina a la actora no constituyó un abuso y transgresión a la Ley 25.929; que no se valoró la falta de información acerca de las circunstancias que podían acontecer durante el parto, respecto de su estado de salud y del hijo e identidad de las profesionales; que no se le brindaran opciones de alumbramiento y que se infantilizara a la paciente anulando todas sus posibilidades de tomar decisiones sobre su salud sexual y reproductiva; formulan reserva del caso federal.-

Sustanciado el recurso, es contestado por las coaccionadas (01.06.2021 -fs.964/966- y 07.06.2021 -fs.971/978-); Clínica Pasteur (01.06.2021 -fs.968/974-) y Prudencia Compañía de Seguros Generales S.A (07.06.2021 -fs.979/984).-



II .-Mediante sentencia definitiva de fecha 12.11.2020 (fs.908/928) se rechazó la demanda interpuesta por la señora R.B.M. y G.R.C. por sí y en representación de su hijo C.V.C.M., contra las médicas Sandra Elizabeth Toledo y Carolina Lami, Clínica Pasteur, Prudencia Compañía de Seguros Generales S.A y Seguros Médicos S.A..-

Luego de realizar consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de la obligación que asumen las galenas, concluyó que al ser de medios siempre se cuenta con un margen de imprevisibilidad (alea), lo que determina la importancia de evaluar prudente y estrictamente su actuar, siendo carga de quien reclama la demostración de la negligencia en la atención médica como factor para la determinación de la responsabilidad imputada a las demandadas, la existencia del daño y la relación de causalidad entre el cumplimiento y el daño experimentado.-

Destaca haber quedado improbadamente cuestionamiento de los accionantes centrados en la omisión de practicar una cesárea, que la decisión de realizar el parto vaginal constituyó una negligencia o culpa médica y de la existencia de relación causal entre la decisión/acto médico, los medicamentos suministrados durante el trabajo de parto y las lesiones que afectan al niño.-

A tal fin, la sentenciante otorga pleno valor probatorio al dictamen del especialista en ginecología obstetricia, en punto a que se desconocían las razones por las que se suministró isoxuprina a la actora, cuando según el reporte médico la dinámica uterina era normal; sin embargo, entendió que el experto no había dictaminado que tal indicación implicara error, negligencia, contraria a la ciencia médica o que incidiera en el modo o forma en que se desarrolló el parto; agregando que los incidentes se



produjeron recién con el acto expulsivo del niño con distocia de hombros, que fue calificado como accidente grave.-

En punto al deber de prevención y al reproche dirigido las accionadas por no haber realizado la cesárea, en la sentencia se sostiene que no se acreditó que la edad y peso de la gestante, tamaño y peso del niño, extensión del trabajo de parto, y cansancio de la madre, constituyeran riesgos y motivos que recomendaran tal intervención y que si bien dicha práctica pudo evitar la lesión en el plexo braquial, ni se dieron certezas sobre ello sino una probabilidad; que a la actora se le realizó un seguimiento en todo el trabajo de parto y que no se advirtieron anomalías en la evolución del nacimiento según surge de la historia clínica y que el tiempo en el que se produjo el parto está dentro de los parámetros normales.-

Concluyó que la prueba pericial médica ginecológica no aportó elementos de convicción que corroboren los factores de riesgos alegados en la demanda, ni tampoco ratifica la postura de los actores en cuanto a que el parto vaginal implicara una mala práctica médica o contraria a las reglas del arte de la medicina y su evolución; que no se demostró que existiesen en el caso, situaciones o datos médicos de la madre o del feto, que desaconsejaran la decisión del parto vaginal.-

En relación a la lesión que afecta a C.V.C.M., tuvo por acreditado que la incapacidad funcional -parálisis- que aqueja al niño surge como consecuencia de la lesión por tracción del plexo braquial provocada en el momento del nacimiento por partodistópico al estirar las raíces nerviosas que dejan de funcionar, de transmitir estímulo; que la distocia de hombros no fue planteada en la demanda sino que se introduce con la contestación y acredita con los puntos de



pericia ofrecidos por las profesionales demandadas; que la distocia es una emergencia impredecible y que no pudo ser advertida sino hasta el momento en que transcurría el período expulsivo del niño.-

En orden al consentimiento informado y al contenido de la historia clínica indicando que tales aspectos no fueron incluidos en la demanda porque recién surgen a partir del informe pericial; que su suscripción con posterioridad al parto implica una irregularidad y desprolijidad inadmisibles por parte de las expertas más ello no puede sustentar la procedencia del reclamo indemnizatorio desde que no se acreditó su incidencia en los acontecimientos ocurridos durante el trabajo de parto y en el parto mismo, que tampoco los actores plantearon la vinculación de la firma del consentimiento con los hechos sucedidos el día 17.02.2011.-

En cuanto a la historia clínica, se afirmó que la misma no constituye prueba tasada; que pese a advertirse que la distocia de hombros, la lesión del plexo braquial del niño, extensión del parto y maniobras realizadas, no fueron consignadas en su partograma, al no ser tales circunstancias hechos constitutivos de la pretensión y no ser planteados en el litigio, no pueden ser valoradas en la instancia decisoria a fin de atribuir responsabilidad a los profesionales y clínica accionadas, ya que de ese modo se vulneraría el ejercicio del derecho de defensa.-

Analizó los hechos conforme a las disposiciones de las leyes 25.929 de Parto Humanizado y Ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres - particularmente en punto a la modalidad de violencia obstétrica- y se indicó que el suministro de isoxuprina no importó un abuso del medicamento; que tampoco se acreditó el pedido de cesárea de la accionante en el momento de trabajo del parto, ni la presencia del



número de personas que se indicaron en la demanda como configuradoras del trato deshumano, ni el ejercicio de violencia obstétrica basadas en categorías prohibidas o sospechosas por parte de la accionadas; que si bien las accionadas no informaron a la madre sobre el estado de salud de C.V.C y lo acontecido durante el periodo expulsivo; que sin embargo el pediatra Cortez informó a los progenitores del niño la lesión en el plexo braquial; por lo que concluyó que con su obrar las accionadas no transgredieron tales disposiciones en atención.-

Finalmente, impuso las costas en el orden causado y reguló los honorarios sobre la base del capital demandado en más intereses desde la interposición de la demanda y hasta el momento en que se practique planilla, en un 3% cada uno a los Dres ... y ... -patrocinantes de la co-demandada Lami-; al perito obstétrico Dr. ...4%; al perito traumatólogo ... 3%; y al perito psicólogo Lic... un 2%.-

A.-Ingresando al tratamiento del recurso, preliminarmente habré de reseñar que en el caso no se encuentra controvertido que la Sra.M., una madre joven de 18 años, cuando estaba cursando la semana 41 del embarazo de su primer hijo, el día 17 de febrero de 2011 fue derivada por su médica tratante a la Clínica Pasteur para inducir y que se produzca el parto, ámbito en el que fue atendida por la Médica Obstetra Dra.Toledo y la Obstetra Lami, aquí demandadas, hasta que luego del nacimiento, se retiró el día 19 del mismo mes y año.-

También llega firme que la lesión incapacitante que afecta al niño C.V.C.M., fue consecuencia de la lesión por tracción del plexo braquial provocada al momento del nacimiento por parto distópico al estirarse las raíces



nerviosas, que por ello dejan de funcional, de transmitir estímulo.-

Los actores demandan a las profesionales y a la clínica pretendiendo la reparación de los daños por la incapacidad psicofísica que sufre el hijo, el extrapatrimonial, además de erogaciones realizada y futuras, señalando que ello está conectado causalmente con la mala praxis incurrido; y los padres por derecho propio, reclaman la indemnización por la afección moral y psicológica derivada del trato recibido, destacando la violencia obstétrica de la que fue víctima la madre.-

Luego, en función de la hipótesis introducida como de defensa por las accionadas al responder la demanda, por el que en ocasión del parto se presentó una complicación consistente en la distocia de hombros en el niño, controvirtiéndose entonces si el procedimiento seguido se adecuó a la lexartis, denunciando aquellas la contribución de la madre en el episodio por falta de colaboración, negando el trato que se les atribuyó y falta de información.-

B.-Sentado lo anterior, anticipo que, a los fines de la tarea interpretativa y de aplicación de las normas para atender los agravios de los actores habré de seguir aquellas argumentaciones de las partes que resulten conducentes y posean relevancia para decidir el caso conforme los puntos capitales de la litis, tal como lo ha establecido el Máximo Tribunal Nacional (CSJN-Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", T° I, pág. 824, Edit. Astrea); así como, que se considerarán aquellos elementos aportados estimados conducentes para la comprobación de los hechos controvertidos, atento a que no es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas,



sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (CSJN- Fallos 274:113; 280:3201; 144:611, autores y obra citados, pag.466).-

A su vez, en la evaluación de los agravios, que requiere recurrir al marco legal aplicable, procede dejar establecido que respecto a los recaudos de la reparación de la responsabilidad civil, se habrán de aplicar las normas que los regulan en el Código Civil vigente a la fecha del episodio a los que se asignó consecuencias perjudiciales, acaecido a partir del día 17.02.2011, tal como lo prevé el art.7 del CCyC; y de corresponder, por tratarse de "las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes", como lo establece la misma norma, a los fines de la cuantificación del daño se aplicarán las vigentes a partir del 01 de agosto de 2015, contenidas en el nuevo ordenamiento (arts. 1746, 1741 s.s. y c.c.).-

C.-Cotejando el primero de los agravios de los actores ("La responsabilidad contractual del equipo médico. La distocia de hombro. Principio de congruencia") se comprueba como de liminar abordaje la crítica que dirigen a la sentencia por no considerar incluida en la pretensión inicial el reclamo por la distocia de hombros sufrida por el hijo en ocasión del parto y por la que se omitió atribuir responsabilidad a las accionadas.-

Tal cuestionamiento suscita dejar establecido los alcances que en la materia impone el principio de congruencia por el que debe mediar correspondencia entre lo hechos invocados por las partes en su presentación, con los que resulten durante la sustanciación del proceso y el decisorio final; y a su respecto el art. 163 del CPCyC, dispone "La sentencia definitiva de primera instancia debe contener: (...) 6. La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad



con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvenición en su caso, en todo o en parte. La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiese sido invocados oportunamente como hechos nuevos”.-

Y sobre el que la doctrina entiende que se le impone a los magistrados:

“(...) una rigurosa adecuación de la sentencia a los sujetos, el objeto y la causa que individualizan a la pretensión y a la oposición.

(...)La relación jurídica procesal no sólo comprende las pretensiones del actor, sino que se integra con la contestación de la demanda, de modo que las afirmaciones, las reservas y las defensas contenidas en ella forman parte integrante de la litis. No se altera, pues, esa relación cuando la sentencia resuelve teniendo en cuenta los hechos introducidos al juicio en la contestación. Respecto de las defensas o excepciones, existen hechos extintivos y condiciones impeditivas o modificativas que pueden ser señaladas de oficio, es decir, que pueden ser tratadas en la sentencia aun cuando no hayan sido afirmadas por a parte demandada, siempre que consten en el proceso”.- (Santiago C. Fassi- César D. Yáñez. Código Procesal Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado. Tomo I. Ed. Astrea).-

Lo cierto es que, en el caso, los actores en su presentación inicial expusieron con precisión que:

“En un momento la Dra. Toledo ordena que llamen con urgencia la obstétrica Lami ... Finalmente la obstétrica llegó, se subió encima de la actora colocó sus dos manos



sobre la panza y en un pujo presionó con toda la fuerza de su cuerpo hacia abajo. ... La Dra. Toledo practicó una episiotomía, logró sacar la cabeza del bebé y luego la obstétrica Lami realizó la maniobra sobre la panza por segunda vez, mientras Toledo tironeaba con fuerza de la cabeza de C. hasta que finalmente lo sacó con un violento y ruidoso tirón. Eran las 22.50 hs. ..." (fs.90 vta).-

Luego, al contestar el traslado de la acción, la Dra. Toledo describe que infiltró a la madre con anestesia para realizar una episiotomía en prevención de desgarros vaginales, y a los 10 minutos se produce el desprendimiento de la cabeza del bebé, y sigue describiendo:

"En ese preciso momento la paciente cierra sus piernas impidiendo completar la maniobra para el desprendimiento de los hombros. Pasaron varios minutos con el bebe en esa posición sin poder realizar la rotación externa de la cabeza y desprendimiento del hombro anterior. ... Lo que hizo la obstetra, teniendo en cuenta que la paciente cerraba sus piernas y estaba totalmente descontrolada, fue tenerle las rodillas a la actora para poder realizar el desprendimiento de hombros. Pero de ninguna manera se le tiró encima ...Finalmente se logra extraer al bebe, con mucha dificultad y deprimido. ... La hemiparesia que presentó el bebe se debió a la dificultad en realizar el desprendimiento de hombros por la mala posición de la madre en la camilla de partos.(fs.185vta/186), para detallar bibliografía referida a la "distocia de hombros y su relación con la parálisis braquial".-

Son dichos términos a los que se remite la Obstétrica Lami al contestar la demanda (fs. 296/298), cuando agregó:



"... Esta parte intervino en la etapa previa al parto propiamente dicho, es decir hasta el momento en que la Dra. Toledo, decide ingresar a la actora a la sala de partos, concretamente se limitó a suministrar los medicamentos dispuestos por la Dra. Toledo, y control de latidos del bebé, más allá de las constantes visitas realizadas a la actora durante todo el día (16 y 17 de febrero de 2011) a fin de realizar diferentes controles. Al momento del parto, ... Quien suscribe estaba atendiendo a otra paciente, hasta el momento que fue llamada por la Dra. Toledo para realizar un maniobra normal y habitual (por indicación de la Dra. Toledo), esto es una presión suprapubiana, moderada sobre el fondo del útero con ambas manos para ayudar a nacer al bebé, de ninguna manera me subí sobre la actora" (fs.297vta).-

1.-Con lo expuesto -y más allá de la evidente falta de coincidencia entre las versiones de las accionadas que se resaltan- quedó fuera de todo cuestionamiento, y tanto los actores como los demandados, entendieron que al momento del parto se presentó una complicación consistente en la distocia de hombros en el niño.-

Que en el postulado inicial los demandantes sólo hayan descripto las maniobras realizadas, se vincula a su vez con otras conductas también reprochadas como generadoras de daño, porque además de haberse omitido consignar datos de la severa complicación en el partograma (historia clínica) ni los medicamentos suministrado, y en contrario, se indicó que: "el parto fue normal" y que fue un "parto dificultoso por falta de colaboración materna", cuando lo cierto es que se había presentado una distocia de hombro del niño, confirmada por dos pericias médicas, la traumatológica (fs.665/671) y la obstétrica (fs.774/781).-



Ello implicó incumplir expresos deberes legales que se les impone a los profesionales de la salud (Ley Ley 26.529) y de equivalente relevancia el requerimiento del consentimiento informado que recién fue obtenido al día siguiente del nacimiento, el 18.02.2011 (fs. 144 y vta) y, ante la lesión del niño, tampoco informaron a los actores acerca de los tratamientos requeridos para asistirlo.-

2.-Cabe atender, de todas formas, que las partes coincidieron en ofrecer y producir prueba relacionada con la distocia de hombro, con lo que quedo garantizado el derecho de defensa, más allá del debate que las propias accionadas introdujeron como hipótesis y argumento de su contestación, con reseñas bibliográficas de la afección, por lo que representaría un despropósito descontextualizarlo del objeto de la litis.-

El lógico y básico análisis que se impone en el punto y por el que los actores quedaron relevados de indicar la caracterización de aquel tipo de "inconveniente" en términos técnicos, resulta suficiente para arribar a la conclusión de que mal podrían hacer aludirlo en la demanda cuando ello no había sido siquiera consignado en el partograma ni en el consentimiento informado.-

3.-Queda sin fundamento el razonamiento que contiene la sentencia por el que la pretensión de los actores haya alterado los términos en que quedó trabada la controversia, cuando no sólo las accionadas resultan responsables de la omisión, sino fundamentalmente, constituiría una gravosa contradicción liberarlas de responsabilidad civil con sustento en ello, porque fue una condición que aquellas generaron o aportaron, y máxime si, como ya se indicó, tal silencio importó incumplir con expresos deberes que la ley pone a su cargo.-



Lo expuesto y analizado satisface de manera suficiente la conclusión de que el episodio de la distocia de hombro y la conducta seguida por las accionadas derivado de ello, integró la relación jurídica procesal, en la evaluación de las consecuencias dañosas generadas al niño que se denunciaron (art.163, inc. 6° CPCyC).-

D.-Sentado lo anterior, frente a la crítica que los actores dirigen a la valoración de los elementos objetivos reveladores de la conducta seguida por las accionadas al momento del parto y la posterior condición de salud del niño, y concretamente sobre el o los actos/procedimientos aplicados, señalados como mala práctica médica, impone atender inicialmente lo relacionado a las consecuencias por omitir brindarles la información que debió proporcionárseles antes, fundamentalmente la que estaban obligadas a registrar lo acontecido, y finalmente, también la que debían conocer por tratarse de pacientes, en respeto a la autonomía de la voluntad y el exacto abordaje de la condición de salud de su hijo recién nacido.-

1.-Y a su respecto, llega sin ser controvertido que el perito médico especialista en ginecología y obstetricia, destacara la inexistencia de todo registro de la complicación en el parto y afección sufrida por el niño, que el experto describe como una contradicción entre lo acontecido y el contenido del partograma:

“La contradicción es en realidad la incorporación de información distinta a la consignada en la partograma, que es el único documento que pude y debe tenderse en cuenta para analizar las circunstancias de ocurrencia del parto” (respuesta al punto 4°fs. 792) así como que “En ninguna parte de la HC consta que se hayan realizado maniobras, las que debieren haber ocurrido, no pudieron este perito imaginar



cuales habrían sido, lo que ya fue aclarado y se reitera que debió consignarse en el partograma para que tenga entidad" (respuesta al punto 6° de fs. 792).-

Y más específicamente en el cuerpo del niño, que:

"en la hoja de Atención del Recién Nacido por neonatología se lee en pag. 17 lesión de piel sí, sin especificar, luego a la vuelta de página en Osteorticular en Miembro superior están marcado el casillero anormal y escrito "lesión de plexo braquial" a su vez (misma página) en "Evolución" se lee miembro superior derecho hipotónico, se realiza RX. Para descartar fractura clavicular, resultado normal impresiona lesión de plexo braquial" "Y en la calilla de Diagnóstico y edad de alta, misma página, se lee: Lesión de plexo braquial derecho... A su vez en pag. 29 vuelta en el informe de Enfermería del día 19/02/11 se lee con respecto al R.N. ... se observa brazo derecho hipotónico y flácido , se informa pediatra de guardia... " (respuesta punto 14, fs. 776).-

Y explicó

"La distocia de hombro debió ser advertida -aunque no se consignó- pero lo realizado por los facultativos derivaron finalmente en el parto, aunque se consignó como "normal".- Se reitera que la HC no contiene elementos que permitan a este perito evaluar conductas" (respuesta 10° fs.792vra),

Agregando:

"He de reiterar que un parto con distocia de hombro no es un parto normal, todo lo contrario, es un accidente obstétrico grave y debe ser resuelto con maniobras adecuadas en un corto lapso de tiempo.- Todo esto debe constar en la HC, no solo las maniobras sino además el tiempo que llevo la resolución de la distocia.-



“La carencia de esta información constituye una deficiencia grave.- ... puede este perito afirma es que el nacimiento ocurrió, que la distocia de hombros existió y que la lesión del plexo braquial, lo fue por las maniobras realizadas para producir el parto. Puede presumirse sí que las maniobra no fueron lo suficientemente efectivas para impedir la lesión” (respuesta 12° fs. 792vta).-

“Obviamente lo expresado en las contestaciones de demanda y otras piezas, no se encuentran respaldadas por las constancias de la HC, en la que debieron haberse consignado.” (respuesta 5° y6° -fs.792vta/793).-

Y sobre el particular, la Dra. Toledo, recién al responder esta acción, admite y describe la existencia de una hemiparesia de hombro, por la que sólo se dispuso realizar una radiografía para descartar una fractura de clavícula.-

Lo cierto es que las omisiones constatadas a deberes expresamente impuestos por la ley no permiten ser concebidas como una mera “irregularidad” o “desprolijidad” de las accionadas, sino que compromete aún más su responsabilidad.-

2.-En correspondencia con la irregularidad analizada en el capítulo anterior (C) y anticipando el análisis del daño derivado del trato dispensado a los actores, especialmente el por la madre por el suministro de isoxuprina (Primer agravio, punto a), el perito obstetra constató que las accionadas dejaron de registrar el tipo de tratamiento seguido, ni justificaron por qué recurrieron a dicha medicación, irregularidad a la que se agrega que tampoco contaban con el previo consentimiento informado.-

Recaudo este último entendido como la información médica que en el caso tenían derecho a recibir los actores en forma clara, suficiente y adecuada a su capacidad de



comprensión y previo a la práctica a concretarse, relacionada con el estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos, así como también respecto a los procedimientos alternativos a aquél que se le ofrece.-

Al respecto el art. 3° de la Ley 26529, define inicialmente a la información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos, que no se acreditó cumplimentada como tampoco el "Consentimiento informado", que en su art. 5° es descripto como "la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados".-

Así, no se comprobó que las accionadas se hubieran ajustado a las exigencias respecto a la anticipación y formalidad prescriptas en los arts. 6° y 7°, como "Obligatoriedad" e "Instrumentación", por tratarse de un parto que exigía que fuera por escrito, que le hubiera



permitido a los actores poder revocarlo o en su caso rechazar los tratamientos, como fue el de suministrar la droga isoxuprina.-

Sostiene la Dra. Kemelmajer de Carlucci: "En punto al consentimiento informado, ello implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual luego de brindársele suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o bien negarse al mismo (Highton Elena I. y Wierzba Sandra M. "La relación médico paciente: el consentimiento informado" Ad. Hoc, Buenos Aires, 2003 2° ed. Actualizada y ampliada).-

Cabe recordar que de las constancias de la causa surge que la madre fue trasladada a la clínica sita en la ciudad de Neuquén desde su residencia en Centenario, para "inducir el parto", admitiéndose que sería del tipo natural, descartándose urgencias o la necesidad de realizar una cesárea.-

En consecuencia, frente al inicial tratamiento de inducción del parto, a través de la oxitocina, las accionadas nunca explicaron o justificaron por qué omitieron dar la información previa exigida por la ley, ni lo relacionado a la posibilidad de suministrarle medicación, y mucho menos de las causas para administrar "isoxuprina", siendo que el consentimiento informado fue presentado a la rúbrica un días después al nacimiento.-

Sobre el particular, el perito en obstetricia y ginecología sostuvo:

"Cuando se induce al trabajo de parto la droga de elección es la oxitocina que se infunde por vía endovenosa, en dosis crecientes, con bomba de infusión, de acuerdo a las



contracción que se logren con el paso de las horas. En muchos lugares la inducción comienza con la aplicación transvaginal, en fondo del saco posterior de la vagina de 25 mg de misoprostol, droga que por sí sola permite lo que llamamos "maduración del cuello uterino" y comienzo de contracción uterinas.

"Con respecto a la droga isoxuprina se la utiliza para "frenar" o disminuir las contracciones uterinas, algunos sostienen que en determinados casos serviría para normalizar las contracciones uterinas, no abolirlas.

En el caso de la sra.M. en el reporte de enfermería (folio28) se aplicaron a las 20 hs con una dilatación de 6 cm (dilatación avanzada) 4 amp. de isoxuprina al suero así que no creo que la isoxuprina pudiese disminuir las contracciones, de hecho no lo hizo, tanto es así que una hora después estaba con 8 cm de dilatación" (respuesta punto 3 f.s 774 y va).-

Agregó que "se desconocen las causa que indujeron a la Dra. Toledo a indicar la administración del fármaco isoxuprina.-

"... Dado el registro del partograma, la dinámica uterina era normal, por lo cual se estima que no era necesaria esa droga, cuyo efecto es disminuir la intensidad y frecuencia de contracciones, lo que no se consignó.

"... No, no es aconsejable y es criterio médico no hacerlo, máxime en este caso que según el partograma tenía 6 cm. de dilatación y borramiento cervical del 90%" (respuesta la pregunta 3° fs.792).-

En el caso particular, este derecho/deber de información merece ser interpretado en consonancia con lo regulado por los art. 2, 3, 4 y sgtes de la Ley 25.929, denominada "Parto Humanizado", el primero de los cuales hace



alusión al derecho que le asiste a toda parturienta en relación con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto, a: "a) A ser informada sobre las distintas intervenciones médicas que pudieren tener lugar durante esos procesos de manera que pueda optar libremente cuando existieren diferentes alternativas; (...) c) A ser considerada, en su situación respecto del proceso de nacimiento, como persona sana, de modo que se facilite su participación como protagonista de su propio parto; (...) d) Al parto natural, respetuoso de los tiempos biológico y psicológico, evitando prácticas invasivas y suministro de medicación que no estén justificados por el estado de salud de la parturienta o de la persona por nacer; e) A ser informada sobre la evolución de su parto, el estado de su hijo o hija y, en general, a que se le haga partícipe de las diferentes actuaciones de los profesionales".-

3.-Equivalente análisis corresponde trasladar respecto al reclamo del niño, desde que el inciso e) del art. 3 de la Ley 25929 prescribe: "Toda persona recién nacida tiene derecho: a) A ser tratada en forma respetuosa y digna; (...) e) A que sus padres reciban adecuado asesoramiento e información sobre los cuidados para su crecimiento y desarrollo, así como de su plan de vacunación".-

Y en el mismo sentido para los progenitores, cuando en su art. 4 dispone: "El padre y la madre de la persona recién nacida en situación de riesgo tienen los siguientes derechos: a) A recibir información comprensible, suficiente y continuada, en un ambiente adecuado, sobre el proceso o evolución de la salud de su hijo o hija, incluyendo diagnóstico, pronóstico y tratamiento; b) A tener acceso continuado a su hijo o hija mientras la situación clínica lo permita, así como a participar en su atención y en la toma de



decisiones relacionadas con su asistencia; (...); e) A recibir asesoramiento e información sobre los cuidados especiales del niño o niña”.-

En función de lo reseñado se advierte, que el cumplimiento de este deber de información, no constituye una mera formalidad de la que puede prescindirse o cumplirse en cualquier momento, sino que por el contrario, representa la más clara manifestación del derecho a la integridad y respeto por la dignidad humana, bienes jurídicos expresamente tutelados por el CCyC (arts. 51, 52 y 55), desde que sólo a partir de la información brindada a las pautas que enuncia el art. 59 del CCyC, la persona podrá decidir si dispone de los derechos personalísimos sobre su cuerpo a través de un acto libre, voluntario y revocable.-

En el caso concreto, la irregularidad quedó comprobada desde que aún cuando el consentimiento informado fue suscripto por la madre de C.V.C.M. con posterioridad al nacimiento, precisamente un día después (18.02.2011 -fs.144-), nada surge ni se indica sobre la emergencia ocurrida durante el parto y exacta condición de salud, diagnóstico y cuidados sobre el niño a adoptarse.-

En particular cuando de la historia clínica analizada, el perito extrae que se registró respecto del cuerpo del niño, que: “en la hoja de Atención del Recién Nacido por neonatología se lee en pag. 17 lesión de piel sí, sin especificar, luego a la vuelta de página en Osteoarticular en Miembro superior están marcado el casillero anormal y escrito “lesión de plexo braquial” a su vez (misma página) en Evolución se lee miembro superior derecho hipotónico, se realiza RX. Para descartar fractura clavicular, resultado normal impresiona lesión de plexo braquial” “Y en la calilla de Diagnóstico y edad de alta, misma página, se lee: Lesión



de plexo braquial derecho... A su vez en pag. 29 vuelta en el informe de Enfermería del día 19/02/11 se lee con respecto al R.N. ... se observa brazo derecho hipotónico y flácido , se informa pediatra de guardia... " (respuesta punto 14, fs. 776).-

Sobre este aspecto, me ha pronunciado señalando que:

"Es decir, que aun cuando el profesional no hubiese incurrido en negligencia o torpeza, puede igualmente generarse responsabilidad por los daños, si el médico hubiese actuado sin el consentimiento informado.

"Desde esta óptica, el concepto de mala praxis médica incluye no sólo la negligencia o la torpeza en la realización del tratamiento, sino también en realizarla sin haber anticipado al paciente los datos suficientes para que éste pudiese prestar su consentimiento informado (conf. CNCom. Sala D 2004/06/02 "G. de A. M. C. Policlínico Central de la Unión Obrera Metalúrgica", Rev. de Responsabilidad civil y seguros año VI N°X nov. 2004 p. 43).-

"Puede decirse entonces que el consentimiento informado constituye un presupuesto y elemento integrante de la lex artis para llevar a cabo la actividad médica. Hoy constituye una exigencia ética y un derecho reconocido por las legislaciones de todos los países".- ("C., S.M. y otro C/V., M. y otros S/ D Y P DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO PROFESIONAL (MALA PRAXIS) (JNQCI2 Expte. N° 512123/2016)".-

4.-Por lo hasta aquí expuesto, encuentro acreditado el obrar culposo de las accionadas como generador de daño extrapatrimonial, en conclusión en la que no procede efectuar distingo en cuanto a la responsabilidad con base en las distinción de roles de una "Médica Obstetra" y "Obstetra",



considerando que su intervención en la asistencia en el parto y nacimiento del niño de la Dra. Toledo y la Obs. Lami se reflejó al rubricar ambas un mismo partograma, sumado a la estrategia común asumida en estas actuaciones (la segunda adhirió a los términos de las respuestas dadas por la primera) y fundamentalmente porque la distribución de tareas sólo emergen de sus propios dichos, sin respaldo en otros datos de la causa.-

5.-La evaluación hasta aquí desarrollada, y ya abordando la queja contenida en el segundo y tercer agravio en relación al procedimiento seguido en el parto y su conexión causal con los daños en la salud del niño, para atribuirseles la responsabilidad a las accionadas, conduce a cotejar el contenido del partograma que, como historia clínica, constituye el documento/registro en el que el médico deja asentado los acontecimientos del acto médico o de la enfermedad del paciente, y cuya confección impone la Ley 26.529, radicando su importancia en que allí se plasma también el cumplimiento del deber de informar que tiene a cargo los profesionales de la salud.-

A su respecto, la doctrina enseña: "La historia clínica es, indudablemente, otra prueba particularmente valiosa, dado que la misma ofrece la posibilidad de calificar los actos médicos conforme a estándares y contribuye para establecer la relación de causalidad, además de ser útil para construir, cuando está mal confeccionada, una presunción hominis de culpa, que podría encerrar una presunción de causalidad (...)" (el subrayado me pertenece). (Enrique Carlos Müller. La responsabilidad médica en el Código Civil y Comercial de la Nación. Responsabilidades de los profesionales. Revista de Derecho de Daños. Año 2016-3. Ed. Rubilzal Culzoni).-



De allí que cuando la historia clínica presenta irregularidades y/o omisiones, como es en el presente caso, queda descalificada como elemento probatorio para dar certeza de su contenido, generando una presunción judicial acerca de la culpabilidad de las responsables de elaborar y controlar dicho instrumento, que invierte la carga de la prueba e impone demostrar la falta de culpa.-

Y como se ha evidenciado, las accionadas no solo omitieron consignar en la historia clínica lo acontecido, sino que lo único registrado fue atribuir a la madre por su "falta de colaboración", y por ello no se requiera de mayores datos ni análisis para advertir la conducta profesional de culparla por lo que estaba aconteciendo, cuando sencillamente lo que sucedía es que el niño se presentaba con una distocia de hombro.-

Lo cierto es que, nada quedaba por hacer a la madre, sin que se pueda relacionar ninguno de sus actos con el desarrollo del parto ni con la condición de salud posterior de su hijo, porque las que debían actuar en el caso, irremediablemente, eran las accionadas, aplicando su saber respecto a aquellos procedimientos que fueron claramente descriptos por el perito obstetra (fs. 779vta y 781), y que serán objeto en desarrollo posterior (punto E).-

De todas formas, sobre esto último, como bien detalla el experto y se insiste, nada registraron sobre lo que efectivamente aplicaron sobre el cuerpo de la madre y su hijo por nacer:

"La contradicción es en realidad la incorporación de información distinta a la consignada en la partograma, que es el único documento que pude y debe tenderse en cuenta para analizar las circunstancias de ocurrencia del parto" (respuesta al punto 4°fs. 792).-



Y que: "En ninguna parte de la HC consta que se hayan realizado maniobras, las que debieren haber ocurrido, no pudieron este perito imaginar cuales habrían sido, lo que ya fue aclarado y se reitera que debió consignarse en el partograma para que tenga entidad" (respuesta al punto 6° de fs. 792).-

Y salvo sus propios dichos, las accionadas nada acreditaron sobre los pasos o actos relacionados con alguno de los métodos admitidos para superar la distocia de hombros, adquiriendo relevancia así la conclusión contenida en el dictamen pericial respecto a que:

"La distocia de hombro debió ser advertida -aunque no se consignó- pero lo realizado por los facultativos derivaron finalmente en el parto, aunque se consignó como "normal".- Se reitera que la HC no contiene elementos que permitan a este perito evaluar conductas" (respuesta 10° fs.792vra).-

"He de reiterar que un parto con distocia de hombro no es un parto normal, todo lo contrario, es un accidente obstétrico grave y debe ser resuelto con maniobras adecuadas en un corto lapso de tiempo.- Todo esto debe constar en la HC, no solo las maniobras sino además el tiempo que llevo la resolución de la distocia.- La carencia de esta información constituye una deficiencia grave.- ... puede este perito afirma es que el nacimiento ocurrió, que la distocia de hombros existió y que la lesión del plexo braquial, lo fue por las maniobras realizadas para producir el parto. Puede presumirse sí que las maniobra no fueron lo suficientemente efectivas para impedir la lesión" (respuesta 12° fs. 792vta).-

Ni siquiera pudieron comprobar aquellos actos que expresaron haber aplicado, aún con el agravante de ser descriptos en sentido contrario:



Porque mientras la Dra. Toledo informó que la Obstetra Lami sólo colaboraba manteniendo separadas las piernas de la madre "Lo que hizo la obstetra, teniendo en cuenta que la paciente cerraba sus piernas y estaba totalmente descontrolada, fue tenerle las rodillas a la actora para poder realizar el desprendimiento de hombros. Pero de ninguna manera se le tiró encima" (ver fs.185 vta/186), la segunda afirmó que "fue llamada por la Dra. Toledo para realizar una maniobra normal y habitual (por indicación de la Dra. Toledo), esto es una presión suprapubiana, moderada sobre el fondo del útero con ambas manos para ayudar a nacer al bebé, de ninguna manera me subí sobre la actora" (fs.297 vta).-

E.- Acerca de la revisión que se pretende los actores relacionada con la prueba del nexo causal entre el procedimiento dispuesto para el parto y la condición de salud del niño derivada de ello, para atribuir responsabilidad a las accionadas, mientras que éstas lo atribuyen al proceder y aportes de la madre (ej. inconducta, mala posición en la camilla de partos y movimientos), impone recurrir al cotejo de de lo datos proporcionados por el experto en obstetricia que, reconociendo la existencia de un parto distócico, dictaminó por presentación agregada a fs.774/781:

1.- Descartar que la denegación de la cesárea haya incidido en el resultado daño, explicando que no estaban dadas las circunstancias para llevar a cabo esta práctica (respuesta al punto 2 de pericia), por estar supeditada a la existencia de riesgo para la vida de la madre y/o la persona por nacer; en particular cuando agrega que no se trató de un parto prolongado, y que el tiempo de duración se encontró dentro del período promedio para supuestos de madres primerizas (entre 12 y 14 horas).-



Ello conduce, desde ya a concluir que el planteo de los actores en punto a las consecuencias de no recurrir a dicha vía (cesárea), debe ser desechado.-

2.-En punto a la falta de justificación para recurrir al medicamento isoxuprina, también se expidió en sentido contrario a la posibilidad de vincularlo con la forma en cómo se produjo la lesión sufrida por el niño.-

3.-De igual forma descarto las causales invocadas en la defensa respecto a la existencia de factores intrauterinos, como son infección por virus neurotrópicos; por bandas amnióticas; malas posiciones fetales, etc. y causas idiopáticas, por no haberse comprobado (respuesta 10 a punto de pericia ofrecido por la co-accionada Sandra Toledo, fs. 776 vta).-

4.-Tampoco que obedeciera alguna anomalía del feto o del niño; así explicó:

“Ninguna” (respuesta al punto 3° de fs.776), “en el caso de marras no acontecieron incidentes p.e. taquicardia y/o bradicardia fetal, distocias de la dinámica uterina, prolapsos de cordón, etc” (respuesta al punto 6° fs.775) y “Según el informe de neonatología (fs.17) habla que el recién nacido tuvo ... Un peso de 3.700 kg., talla 51 cm. perímetro cefálico 38 cm... (Recién nacido con peso adecuado a la edad gestacional) “(respuesta al punto 8° fs.776 vta). -

5.-Ni a la conducta, la posición o movimientos de la madre. Sobre el particular a la pregunta “Si el agotamiento materno es causa para que un feto no nazca y que se deban dañar los hombros del feto por falta de fuerza impulsora” respondió “El agotamiento materno es una condición que pocas veces ocurre y es cuando la madre deja de pujar con las contracciones y además de esto se producen otros cambios en ella como puede ser deterioro del sensorio, no repuesta a



preguntas o indicaciones simples, etc. Distinto es el cansancio materno que puede ocurrir y de hecho se observa pero que no produce los cambios antes referidos. Esta paciente no presentó "agotamiento materno" (punto 13° fs.775vta) y amplió que "Cuando este perito expresó que no hubo agotamiento materno, fue en función a que no existen elementos propios de este estado consignados.-Puede hablarse de cansancio materno, lo que es normal dentro de un trabajo de parto inducido de varias horas de duración" (respuesta al punto 13° fs.792 vta).-

F.-En definitiva, su conclusión respecto a las lesiones que presenta el niño C.V., C.M., fue que se generaron por la tracción aplicada sobre la cabeza del niño para extraerlo ante su falta de paso espontáneo generado por distocia de hombros, expresando:

"Las alteraciones que presenta el menor se deberían a la distocia de hombros con elongación de plexo braquial. (respuesta a punto de pericia 7 de la actora, fs.775).-

"En el caso que nos ocupa, la elongación del plexo braquial y la lesión, ha sido producida necesariamente por las maniobras realizadas para extraer a C., no existiendo en las constancias puestas a consideración que hubiere otra causal" (respuesta punto 7° fs.792 vta).-

Y semejante contexto fáctico conduce a analizarla configuración del incumplimiento contractual y culposo por negligencia atribuidos a las accionadas, conforme lo conceptualizado como doctrina por el Tribunal Superior de Justicia del Neuquén en la causa "C. N.E. C/ B., D. P. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 184- Año 2009 ACUERDO N° 11 de fecha 03 de septiembre de 2012):

Es dable señalar que la responsabilidad médica es la obligación que tiene todo profesional delarte de curar de



responder por las consecuencias nocivas, es decir, por los daños, que ha provocado a través del ejercicio de su profesión (cfr. TRIGO REPRESAS, Félix A., Tratado de la Responsabilidad Civil, Ed. La Ley, T II., pág. 678, Buenos Aires, 2004).-

Ello se encuentra sometido a los principios de la responsabilidad civil en general y surge de la relación médico- paciente que es de naturaleza contractual.-

El médico debe poner a disposición del paciente todos los medios a su alcance, sus conocimientos, habilidades y los cuidados requeridos por el cuadro de la enfermedad, para lograr su curación o mejoría, lo que incluye un diagnóstico correcto y una terapéutica eficaz desde el momento en que se inicia su relación hasta su extinción.-

Sentado lo anterior, cabe señalar que en doctrina se ha instalado una distinción entre obligación de medio y obligación de resultado. Por la primera, se entiende aquella que sólo impone diligencia y aptitud para cumplir las medidas que normalmente conducen a un resultado, pero sin asegurar la obtención de éste. Por la segunda, la obligación que compromete un resultado determinado.-

Así, la culpa de los médicos está gobernada por las reglas generales del artículo 512 del Código Civil, debiendo la Judicatura meritarse en concreto la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Todo ello, a la luz del Art. 902 del Código Civil.-

Estas pautas a su vez deben compararse con el obrar ideal de un médico prudente del tipo al que pertenezca el deudor.-

La obligación que incumbe al médico implica su recurso a los medios que la ciencia pone a disposición en el



día de la prestación o a los que un médico de determinada categoría debe normalmente conocer.-

En este sentido, cabe remarcar, que el médico debe actuar con prudencia y diligencia comunes, pero bien entendido que cuanto mayor sea el deber de actuar de ese modo y con pleno conocimiento de las cosas, mayores serán las consecuencias que resultan de sus hechos. Es decir que, tratándose el demandado de médico especialista, mayor es la responsabilidad que asume, porque dada su aptitud puede estar en mejores condiciones para advertir las consecuencias de un mal y donde exista un peligro potencial, mayores son las precauciones que debe tomar (conf. voto del Dr. Massei).-

Por tal razón, resulta necesario para su configuración: un daño causado, antijuridicidad del obrar médico, relación de causalidad -entre la acción u omisión y el daño- y la presencia de un factor de atribución de dicha responsabilidad.-

Ahora bien, la existencia de culpa es un requisito fundamental para que el daño causado sea susceptible de reparación. Este criterio tiene sustento en la previsibilidad de las consecuencias perjudiciales y se configura cuando no se ha previsto lo que era previsible o cuando previsto no se han tomado las medidas necesarias para impedir el daño o se ha afrontado voluntariamente la posibilidad de que éste se produzca. Su caracterización entonces requiere de la concurrencia de dos presupuestos: a) la posibilidad de previsión y b) la aptitud suficiente para que esa contingencia exista.

En cuanto a la apreciación de la culpa, corresponde su valoración en concreto, sobre la base de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de persona, tiempo y



lugar (Art. 512 del C.C.) (Voto del Dr. Kohon en la misma causa).-

Como también aplicable al caso, el desarrollo doctrinario del Dr. Marcelo Lopez Mesa contenido en su obra "La medicalización de la vida y los dos campos de la medicina - La medicina terapéutica o hipocrática y la medicina embellecedora o perfectiva: obligaciones del médico en cada una y responsabilidades consecuentes" (Publicado en la "Revista Jurídica Internacional", Editorial IJ, Número 2, Fecha: 17-02-2021 - Cita: IJMVIII-14), por el que luego de dejar sentado que el compromiso del médico es "a utilizar todos los medios de que intelectualmente disponga y todos los instrumentos que resulten adecuados para el logro de esa curación, describe lo que comprende dicha "obligación de medios":

"1) la utilización de todos los elementos que conozca la ciencia médica, de acuerdo con las circunstancias y estado de salud de un paciente concreto;

"2) la información al paciente o a los familiares del mismo, del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos de su cuadro;

"3) la continuidad del tratamiento hasta el alta o la atención de su dolor y evolución, si su situación no tuviera curación y

"4) el cumplimiento de la obligación de seguridad, que conlleva diversos deberes conexos, como no exponer al paciente a riesgos innecesarios o desproporcionados con el fin buscado.

Y destaca que la mala praxis no es el único supuesto de responsabilidad médica:

"La responsabilidad civil del galeno ha quedado identificada en el imaginario popular como un caso de mala



praxis, como si se tratara de nociones interdefinibles y el caso es que, en la actualidad, no todo supuesto de responsabilidad médica involucra un problema de mala praxis; puede tratarse perfectamente de un caso de defecto informativo, de violación del deber de secreto, de falta de consentimiento informado, etc. (véase Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente y su modificatoria, Ley N° 26.742).

"La mala praxis implica un ejercicio imperito o inidóneo de una actividad, en este caso médica.

"Normalmente, esa inidoneidad o impericia se traduce, en el ámbito jurídico, en la carencia de diligencia (art. 1725 CCCN), que se plasma en la toma de decisiones inapropiadas a la naturaleza de la prestación debida o inoportunas, lo que hace que el contenido de la praxis no sea conforme o compatible con la obligación asumida por el médico, sino que exhiba un déficit en su actuación, sea por acción u omisión.

Así "... Lo que configura la mala praxis es el obrar desajustado a un deber jurídico emanado de una norma legal o en el deber general de no dañar o a una obligación basada en una estipulación contractual previa.

"Se trata de un caso de antijuridicidad que, al concretarse en un daño en adecuada relación causal con una conducta culpable o negligente amerita un juicio de reproche, lo que da nacimiento a un supuesto de responsabilidad civil.

"... La antijuridicidad del médico que se aparta de la lexartis [41], utilizando procedimientos de su propia inspiración y no aceptados por la praxis médica autorizada oficial o académicamente hace que las obligaciones de quien así obre se transformen ipso iure en obligaciones de resultado, cualquiera fuera su naturaleza inicial.



Claro que, en los tres casos anteriormente expuestos, para imputar responsabilidad al médico, aún faltaría un requisito: debería estar dicha actuación galénica irregular en relación causal adecuada con el daño sufrido por el paciente (arts. 1726 y 1736 CCC), se actúe con o sin consentimiento de la víctima, ya que el consentimiento de ésta ni quita ni pone la relación causal adecuada. ...”(el resaltado me pertenece).-

1.-Sentado el marco conceptual, y si bien a los actores les incumbía la carga de la prueba de la existencia de hechos que conectan causalmente los incumplimientos de las accionadas, su naturaleza culposa y el daño (art. 377 CPCyC), resulta que siendo un caso en que se controvierte la responsabilidad profesional de galenos y un establecimiento asistencial de salud que compromete el interés del Estado en la vida de las personas humanas, son éstos y sus efectores quienes -por sus conocimientos científicos y por la posesión o disponibilidad material de los elementos probatorios indispensables-, se encontraban en mejores condiciones de probar su accionar.-

Es de aplicación al caso el principio de cooperación procesal por el que “...el proceso civil debe ser considerado como una empresa común cuyo feliz resultado (la asignación adecuada de lo debatido) exige la colaboración de ambas partes y también, eventualmente, la de otros sujetos compelidos legalmente a prestar su asistencia para la consecución del mencionado logro” (Peyrano, Jorge W., “El principio de cooperación procesal”, LL, diario del 08/02/2010).-

Concurren así circunstancias debidamente acreditadas que constituyen indicios coherentes que habilitan arribar a presunciones relativas a las conductas de las



accionadas, quienes -en consecuencia- tenían a su cargo poner mayor énfasis en la prueba que les incumbía sobre los hechos sobre los cuales fundaron su defensa, concretamente vinculados con la suficiencia, especialidad e idoneidad en la asistencia a la que estaban obligadas.-

Se debe aclarar que en un caso de responsabilidad médica el juez sólo excepcionalmente puede lograr una certeza absoluta sobre la forma en que ocurrieron los hechos atento a la complejidad de la materia controvertida y las particulares características de cada paciente; por ello, ha de bastar para fundar su decisión haber alcanzado una certeza o convicción moral, debiendo ponderar prudencialmente los aspectos inherentes a la ciencia médica para no desnaturalizar la cuestión (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SAN MIGUEL DE TUCUMAN, TUCUMAN Sala CIVIL Y PENAL (GANDUR - BRITO - AREA MAIDANA) CABRERA DE FERNANDEZ IRMA OLGA c/ SANATORIO DEL NORTE S.R.L. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS SENTENCIA, 939 del 24 DE NOVIEMBRE DE 2003- Identificación SAIJ: V0000438).-

A su respecto, el Código Civil derogado, consagraba de un modo genérico la culpa en el art. 512 (el que se reproduce en el artículo 1721 del CCyC), prescribiendo "La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a la circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".-

Para ello, debía evaluarse en cada caso concreto la conducta de conformidad con lo dispuesto por los arts. 902 y 909 del C.C, según el cual cuanto mayor fuere el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos; y para su estimación, en el caso de los profesionales, habrá de realizarse el examen de las conductas



de acuerdo a la condición especial de los agentes, quienes en el caso son especialistas en obstétrica.-

2.-Precisamente, y retomando lo relacionado con la conducta de las accionadas, fue dentro de su ámbito de la experticia que la pericia obstétrica explicó en qué consiste la distocia de hombro, sus causas y cómo se debe proceder ante tal situación, transcribiéndose la definición que formula la Sociedad Argentina de Obstetricia:

"La distocia de hombros es una verdadera emergencia periparto que generalmente es impredecible y va asociada con una morbimortalidad perinatal. Definición: Se define como la falta de paso espontáneo de los hombros a través de la pelvis, una vez extraída la cabeza.

(...) Cuando esto se produce y en final del período expulsivo, la cabeza ya ha salido al exterior y los hombros no se acomodan en el diámetro antero-posterior del diámetro de la pelvis y se produce en ese momento la distocia de hombros.

La cabeza se encuentra en el exterior, fuera de la vulva, pero el feto no puede respirar por la gran compresión que el canal de parto ejerce sobre su tórax. Esta situación totalmente imprevisible e impredecible obliga actuar al médico con celeridad.

Por consiguiente el profesional que asiste el parto tiene un par de minutos para decidir realizar las maniobras para extraer el feto.".-

Posteriormente, detalló el procedimiento que debe seguirse para lograr la extracción del feto, se indica:

"Manejo de la distocia:

- 1.RECONOCER INMEDIATAMENTE CUANDO SE ORIGINÓ LA DISTOCIA.*
- 2.TOMAR NOTA DE LA HORA EN QUE SE PRESENTÓ LA DISTOCIA.*
- 3.NO TRACCIONAR LA CABEZA.*



4. NO PRESIONAR DEL FONDO UTERINO.

CONDUCTA A SEGUIR:

1. Ampliar la episiotomía.

2. Explorar manualmente detrás de la cabeza para averiguar si el hombro posterior SE HALLA O NO en la cavidad sacra.”.-

A continuación el experto también describe minuciosamente las maniobra recomendadas que deben emplearse -y en qué consiste cada una- para la lograr la salida del niño, entre las que menciona las de Zavanelli, Roberts, Wood Invertida, Presión Suprapúbica, Tracción moderada y constante de la cabeza (fs.779 vta y 781) y aplicables para cada caso particular.-

Finalmente, como ya se anticipara, concluyó que las lesiones que presenta el niño C.V., C.M., se generaron por la tracción que se aplicó sobre la cabeza del niño para extraerlo ante su falta de paso espontáneo generado por distocia de hombros, al expresar:

“Las alteraciones que presenta el menor se deberían a la distocia de hombros con elongación de plexo braquial. (respuesta a punto de pericia 7 de la actora, fs.775).-

“En el caso que nos ocupa, la elongación del plexo braquial y la lesión, ha sido producida necesariamente por las maniobras realizadas para extraer a C., no existiendo en las constancias puestas a consideración que hubiere otra causal” (respuesta punto 7° fs.792 vta).-

En el caso no se proporcionaron en el partograma, ni surge de otro medio de prueba, datos que por su entidad alteren la fundamentación contenida en el dictamen pericial, de tal forma que conforme las reglas de la sana crítica, los principios de la lógica y las reglas de la experiencia (arts. 386 y 476 CPCyC) aquel genera convicción suficiente para concluir que las accionadas recurrieron a un procedimiento



por el que aplicaron tracción en la cabeza del niño que estaba naciendo y a la vez empuje sobre el vientre de la madre apartándose de los procedimientos antes citados, que son recomendados y prescripto por la lex artis a través de la totalidad de la bibliografía relevada (ver antes: **3. NO TRACCIONAR LA CABEZA. 4. NO PRESIONAR DEL FONDO UTERINO**), provocando la lesión derivada de la elongación del plexo braquial.-

Ningún registro o prueba acredita que las accionadas hayan realizado los procedimientos que el experto describe que deben cumplirse en estos casos:

“La conducta médica consiste en realizar maniobras que solucionen dicha distocia, por ejemplo maniobras de Mc Roberts (hiperflexión de muslos sobre abdomen materno, maniobra de Mazzanti (presión suprapúbica para desimpactar hombro anterior, maniobra de Rubin, maniobra de Woods y Wood invertida, desprendimiento del hombro posterior, etc” (respuesta punto 7° de fs. 775).-

Agregando:

“Se reitera que el parto con distocia de hombros no es un parto normal y debieron, de acuerdo a las buenas prácticas consignar en la HC los distintos hechos acontecidos, tan es así que ello habría peritado que en esta instancia judicial determinar las responsabilidades, su extensión y otras circunstancias que han quedado solo en la memoria de quienes actuaron en el parto.-

“En este caso, de un parto distócico, la HC debió contener como mínimo la constatación de la distocia de hombros y su característica, las maniobras que se realizaron para su resolución y el tiempo transcurrido.

“Obviamente la obstetra y al partera pudieron no consignar los eventos ocurridos, pues no lo hicieron, si bien



debieron haber consignado las distintas instancia como ya se ha expresado (repuesta punto 15° fs.793 y vta).-

Y en el caso, aun cuando por su experticia y conocimientos las accionadas estaban en condiciones de acreditar sobre los pasos seguidos a cada momento desde que se presentó la distocia de hombro, y mayor carga probatoria se les imponía por haber omitido todo registro e información sobre la complicación, nada aportaron para arribar a otro resultado en el análisis o conclusión; y mucho menos aquel presupuesto por el que, como principal hipótesis, pretendieron asociarlo a la conducta de la madre, actuando en desmedro de la parte por falta de demostración.-

En este sentido, frente a la complicación de distocia de hombros presentada y que fue ocultada en los registros, no se produjo prueba que desvirtúe haber recurrido al inadecuado procedimiento de tracción de la cabeza del niño con un estiramiento forzado, que es lo que explica el comprobado elongamiento del plexo braquial derecho -descrito por la bibliografía como Síndrome de Duchene-Erb- y sin acreditación de haber cumplido alguna de las al menos cinco maniobras recomendadas, entre ellas la de "Ampliar la episiotomía" y "Explorar manualmente detrás de la cabeza para averiguar si el hombro posterior se hallaba o no en la cavidad sacra".-

Luego, aún cuando ello importe ingresar al daño causado al niño, en el mismo sentido se expidió el perito traumatólogo cuando dictaminó que la limitación funcional en todo el miembro superior derecho encuentra su causa en la lesión del plexo braquial al momento del nacimiento (fs. 665/671).-



Con cita de bibliografía en apoyo de sus consideraciones médicas legales, expuso a continuación sus observaciones:

“Examino todo el miembro derecho y observo una postura característica de la extremidad compatible con parálisis braquial obstétrica (PBO) tipo Erb-Duchenne. Confirmando la limitación funcional del hombro, codo, y muñecas derechos.

“Compruebo la dismetría del miembro afecto y la atrofia muscular de la región deltoidea, presenta el hombro en abducción y rotación interna. Presenta limitación en la elevación de la articulación gleno-humeral con pérdida del equilibrio escapulo-humeral, antebrazo pronado y cierto grado de falta de extensión del codo y levemente de la muñeca izquierda”.-

“(…) la parálisis de la extremidad superior que surge como consecuencia de la lesión por tracción del plexo braquial .

(…) Generalmente ocurre por lesión mecánica del plexo braquial, que tiene lugar en el momento del nacimiento, por lo que al estirar las raíces nerviosas (que forman normalmente una red o plexo para formar después los nervios que inervan los músculos que dan el grado de la extensión del traumatismo. (...).

Este concepto incluye varios aspectos importantes:

1. Se produce un déficit sensitivo- motor, es una parálisis.
2. Se debe a una lesión mecánica: la tracción del plexo braquial.
3. Sólo se produce en el momento del parto, fuera de ese contexto no se considera una PBO.
4. Pueden lesionarse desde una hasta la totalidad de las raíces del plexo braquial.
5. Las lesiones pueden ser desde parciales (neuropraxia) hasta totales (neurotmesis).



(...) Causas.

El mecanismo del traumatismo es el estiramiento forzado de una o más componentes del plexo braquial por tracción.

(...) En resumen, los factores de riesgo obstétricos de que surjan durante el parto, son peso neonatal grande, trabajo de parto duradero, presentación de nalgas y distocia de hombros.”.-

Finalmente, el perito concluyó que las lesiones que presenta en la actualidad C.V.C se debieron a un parto distócico y le generaron una incapacidad permanente, de grado parcial y definitiva del 56.62%.-

Como anticipara, aun cuando la distocia de hombros constituye una emergencia no deseable, la responsabilidad de las accionadas no se deriva de tal complicación, sino de cómo obraron a partir de ella, y donde radicando la inidoneidad o impericia que en el ámbito jurídico se traduce en la carencia de diligencia correspondiente a la naturaleza de la prestación asistencia profesional asumida, y al faltar a su obligación se coloca en la posición de deudor culpable, particularmente cuando en función de la profesionalidad del obligado resultan su previsibilidad, de conformidad a lo regulado al momento de acaecimiento del episodio en los arts. 512, 901, 902, 904 y 909 del Código Civil.-

Así expuesto, el análisis se corresponde a con la noción de causa eficiente, entendida como aquella que tiene mejor aptitud para producir un resultado, y a tal fin el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti explica:

“Constituye un error suponer que el concepto jurídico de causa es idéntico a la noción física.

El Derecho recurre a la causalidad para resolver un problema de responsabilidad y por lo tanto no interés el



problema filosófico o científico sino el dilema práctico de determinar hasta dónde quiere la ley que los hombres respondan por sus actos.

(...) Los peritos señalan que los resultados dañosos tienen múltiples causas y que la comisión y omisión del galeno puede ser una de ellas pero no hay exactitud sobre este punto. Los jueces, imbuidos de aquella idea aristotélica de buscar una razón suficiente e inmediata, concluyen rechazando la acción. Muchas veces estas sentencias resultan poco persuasivas.

El juez no puede obnubilarse por la ambigüedad que le presenta la pericia pues ella es propia de un dominio específico de lo observable en el mundo físico. Debe practicar un juicio de razonabilidad que contemple no sólo las relaciones causales físicas sino lo efectivamente calculado por el sujeto como agente supercausal.

La razonabilidad de las consecuencias debe determinarse histórica y concretamente y deberá tener en cuenta el estado de las cosas en que la acción fue desplegada, cálculos hechos por el autor, lo que razonablemente debería haber hecho, etc.

Este juicio de razonabilidad se fundamenta en la experiencia jurídica del juez, ampliada por los datos que le suministra la pericia.

(...) Como noción de causa eficiente se alude a la que tiene mejor aptitud para producir el resultado. No basta que un hecho sea antecedente de otro sino que es necesario identificar al que tenga por sí virtualidad de producir semejante resultado, según lo decía Llambías.

(...) Para los expositores de esta teoría no basta que un hecho sea condición de un resultado pues no todas las condiciones se dan en igual medida. Debe analizarse una



pluralidad de hechos para establecer en los mismos una regularidad; no hay causalidad del caso singular.

(...) La teoría encuentra soporte en la noción de previsibilidad, que comparte con la culpabilidad la idea, si se quiere estadística, de regularidad.

Esta teoría parte del distingo entre causas y simples condiciones; no es causa cualquier condición del evento son aquella que es, en general, idónea para determinarlo.

De ello se sigue que el autor responde por las consecuencias que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901, CódCiv. De Vélez Sarsfield; art. 1726 y 1727, CCCN). Hay coincidencia en que se recurre al criterio de normalidad objetiva y que lo inmediato no es la vinculación temporal sino lógica.

Asimismo se responde por las consecuencias mediatas que son las que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto (arts. 901 y 904, Cód.Civ de Vélez Sarsfield; art. 1727, CCCN). Entre el hecho antecedente y el consecuente se interpone otro suceso, y que resulta imputable al autor en tanto sea previsible".- (Ricardo Luis Lorenzetti. Responsabilidad Civil de los Médicos. Segunda edición ampliada y actualizada. Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo II. Ed. Rubinzal Culzoni).-

En un caso análogo al de autos, en el que se presentó como complicación en el parto una distocia de hombros, aunque con un desenlace fatal respecto de la recién nacida, la Sala II de esta Cámara de Apelaciones resolvió:

"(...) Resulta conveniente reseñar que los actores demanda al profesional obstetra, a la clínica donde se produjo el parto, a la obra social y a la empresa encargada del gerenciamiento de las prestaciones asistenciales de la



obra social, persiguiendo la reparación de los daños y perjuicios derivados de la muerte de su hija V., pocas horas después del alumbramiento. Asimismo, las partes son contestes en que durante el parto se presentó una disocia de hombros que enervó la expulsión del feto vía vaginal, y que obligó al médico obstetra a realizar una serie de maniobras para lograr destrabar el feto -atorado en el canal de parto-, lo que finalmente se logró, pero, con serias lesiones para la recién nacida que determinaron su fallecimiento.-

(...) Nunca podría considerarse que el médico se obligue ante su paciente a la obra del nacimiento feliz, sino que se obliga a comportarse diligentemente y de acuerdo con las reglas y directivas de la ciencia médica a fin de lograr un alumbramiento que no comprometa, ni deje secuelas en la salud psicofísica de la madre y el bebé” (in re Sala II de esta Cámara de Apelaciones en autos “CIFUENTES GLORIA ESTELA Y OTRO C/CLÍNICA PASTEUR Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (Expte. N° 283240/2012).-

3.-Tal como analizara en el capítulo D punto 4 - relacionado con el obrar culposo de las accionadas como generador de daño extrapatrimonial- tampoco procede efectuar distinción en cuanto a la responsabilidad por las consecuencias derivadas de las lesiones que sufre el niño con base en las distinción de roles de una “Médica Obstetra” y “Obstetra”, no sólo porque la distribución de tareas sólo emergen de sus propios dichos y sin respaldo en otros datos de la causa, porque lo cierto es que la Obstetra Lami al contestar la demanda (fs. 296/298), admitió que aplicó **“una presión suprapubiana, moderada sobre el fondo del útero con ambas manos para ayudar a nacer al bebé”** (fs.297vta), tratándose de una de las expresas maniobras prohibidas en la especialidad y que por su profesión no podía ignorar.-



Cabe reeditar lo expresamente consignado por el experto sobre el procedimiento que debe seguirse para lograr la extracción del feto, y como "Manejo de la distocia:

1. RECONOCER INMEDIATAMENTE CUANDO SE ORIGINÓ LA DISTOCIA.
2. TOMAR NOTA DE LA HORA EN QUE SE PRESENTÓ LA DISTOCIA.
3. NO TRACCIONAR LA CABEZA.
- 4. NO PRESIONAR DEL FONDO UTERINO.**

Y si la Obstetra Lami adhiere a la estrategia de defensa de la Dra. Toledo y han suscripto un mismo partograma en el que se ocultó que se trataba de una distocia de hombro, constituyen indicios coherentes y concurrentes en el sentido de la acreditación del nexo causal que existe entre la asistencia y procedimiento seguido con las lesiones que sufre el niño, que obstan a la posibilidad de liberar de responsabilidad a la primera, en el sentido de estar en conocimiento de la forma en cómo se estaba produciendo el nacimiento y las previsiones que ello conllevaba.-

Y mucho menos justificado su accionar por haber recibido la orden de la profesional médica (Dra. Toledo), por razones de autoridad o por la circunstancia de estar a cargo de esta última el procedimiento.-

H.- Suscitada la responsabilidad médica de las accionadas como derivación de la obligación que tiene todo profesional del arte de curar de responder por las consecuencias nocivas, es decir, por los daños que ha provocado a través del ejercicio de su profesión (cfr, TRIGO REPESAS, Félix A., Tratado de responsabilidad Civil, Ed. La Ley, TIII., pág. 678, Buenos Aires, 2004), con sustento en la relación médico- paciente que es de naturaleza contractual, también le compete a la Clínica Pasteur S.A., por ser el establecimiento donde fue recibida y asistida la madre,



además del lugar en el nació el niño y fue atendido el progenitor.-

Que independientemente de la responsabilidad directa del médico, existe la obligación de la entidad hospitalaria de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación de seguridad de carácter general y accesoria contra los daños que puedan originarse en la prestación del servicio, siendo responsable dicha entidad no sólo de que el servicio se preste, sino de que se lo haga en condiciones tales que el paciente no sufra daño por deficiencia de la prestación debida (conf. arts. 512, 902 C. Civil, CC0203 LP 110139 RSD-167-8 S 9-10-2008).-

En el mismo sentido, la Corte Nacional ha sostenido que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o irregular ejecución; aún en el supuesto de tratarse de prestaciones de naturaleza médico asistencial (Fallos 185:2); y que, el adecuado funcionamiento del sistema médico asistencial no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de agentes y medios, con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y con relación a cada paciente. Ello es así, porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto fallido en cualquiera de sus partes, sea en la medida que pudiere incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso o más doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor (Fallos 317:1921) y ha reafirmado "el



derecho a la preservación de la salud" comprendido dentro del derecho a la vida, destacando la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas (Fallos 321:1684, 323:3229), conforme lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).-

Así, la responsabilidad del establecimiento asistencial es una obligación tácita de seguridad, que es directa y puede ser subjetiva u objetiva y de resultado según los casos, desde que no basta con aproximar al paciente profesionales habilitados para el ejercicio de la medicina, sino que debe asegurársele una prestación médica diligente idónea, de acuerdo con las circunstancias particulares, lo menos reprochable posible. A estos recursos humanos deben agregarse los medios materiales (instalaciones, instrumentos, medicamentos etc.) en oportunidad, cantidad y calidad adecuadas. (conf. Trigo Represas, Responsabilidad Civil de médicos y establecimientos asistenciales, LL 1981-D-133; Bueres "Responsabilidad Civil de las Clínicas y Establecimientos Médicos" p. 32 y 33).-

En función de lo analizado hasta aquí, de los que resulta en forma coincidente en la deficiente asistencia médica, de información y registro, que se le imponía, estimo suficientemente configurados los presupuestos para que Clínica Pasteur S.A. responda por las consecuencias perjudiciales que se generaron (arts. 512, 1137, 1143, 1145, 1168, 1197, 1198 párrafo 1° del Código Civil).-

III.- Abordando la procedencia de los perjuicios cuya reparación reclaman los actores y su cuantificación, según anticipara, como aquellas "consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes", alcanzados



por las previsiones vigentes a partir del 01 de agosto de 2015 (arts.1746, 1741 s.s. y c.c del CCyC.), se seguirá el orden expositivo seguido por los actores en su demanda, con la salvedad de integrar en un mismo análisis el correspondiente a la reparación del daño psicofísico del niño:

A.-Daño psicofísico del niño C.V.C.M.. :La prueba ya relevada, consistente en el dictamen del perito médico especialista en ortopedia y traumatología, acredita que la lesión del plexo braquial derecho constituye una lesión de carácter permanente que le causa al niño parálisis funcional, a la que se le asignó una minusvalía del 56,62%, y que afectará sucesivamente su vida cotidiana.-

Y que más específicamente, es avalado por el informe del Dr. José Ernesto Sinjovich (fs. 495), médico tratante, que da cuenta de la cirugía que se le practicó y las que requerirá a futuro, indicando:

"3).-El niño C., fue operado una vez una sola vez; y se realizó, una reconstrucción microquirúrgica del plexo braquial, según detalles en la documentación que se acompaña.

"4).-Recordar: que esta cirugía. Fue el primer tiempo de un plan total, de cirugías reparadoras, que deben realizarse habitualmente, a partir de los 2 años, con el objetivo de evitar la progresión de la deformidad, mejorar la función y calidad de vida.

"7).-La lesión es permanente, siempre presentara secuelas graves de una lesión total del plexo braquial, pero las secuelas pueden disminuirse y mejorarse, con la suma de cirugías neuroortopédicas, múltiples y multinivel; acompañadas siempre, por un tratamiento integral de rehabilitación intensivo prolongado".-



Quedó demostrado que el niño se vio expuesto desde el mismo nacimiento a una "discapacidad motora severa" por la lesión total del plexo braquial derecho y parálisis total, con síndrome de Claude Bernard Horner, conforme el informe realizado luego de la primera intervención quirúrgica a los cuatro meses (fs.56) que, en coincidencia a lo antes dictaminado, lo ha dejado y dejará expuesto a requerimientos de "cirugías neuroortopédica funcionales durante su crecimiento, para evitar progresión de deformidad, mejorar función y calidad de vida" (fs. 56), quedando evidenciado tal impacto en su integridad con las fotos obtenidas con pocos meses de vida (fs. 62), mucho más reveladoras en las que aparece jugando con el brazo inmovilizado (fs. 63) y las próximas a la promoción de la demanda, con 4 años, donde se resaltan las alteraciones en hombro y brazo derechos (fs. 64/65).-

El niño ha visto limitado su desarrollo a través de tareas o actividades formativas que son propias de cada período desde que nació, sean en su ámbito familiar o con sus pares, en juegos y deportes, evidenciando en forma elocuente la afectación vital en su "mismidad" o constitución como persona, individual y social, por lo que el resarcimiento del rubro bajo análisis comprenderá el del daño a su integridad psicofísica y a la salud, en tanto repercute en su significación vital, que no excluye atender los incuestionables efectos generados y que se generarán mientras viva como consecuencia de una minusvalía de la gravedad como la descripta, además de verse expuesto sucesivamente a la toma de decisiones respecto a tratamientos, resaltando el dictamen los quirúrgicos, con sus eventuales resultados y restricciones a que ello implica.-



1.-Y sobre el particular procede conceptualizar, tal como es receptado en el art.51 del CCyC, que: "La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad".-

Y a su respecto expresa Gustavo Caramelo que "El artículo en análisis consagra la inviolabilidad de la persona humana. Esta amplia fórmula, por un lado, implica que la integridad de la persona esté expresamente tutelada en todas sus dimensiones, por otro lado, entraña intrínsecamente respeto por su autonomía y, consecuentemente, exige su consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos que esta contempla, como se verá en los artículos siguientes", citando como fuentes el art. 19 del Código Civil del Bajo Canadá, que prevé la inviolabilidad de la persona, el Art. 10 del Código Civil de Quebec, que agrega la noción de "integridad" y Art. 16 del Código Civil francés, que hace referencia a la dignidad, y a la Corte Suprema en "Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar" (06/04/1993): "el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. (Código Civil y Comercial de la República Argentina, comentado, Tomo I Título Preliminar y Libro Primero, infojus, Año 2015).-

A continuación, el art. 52 establece que "La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos,



conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”.-

Y que la indemnización debe ser plena, según el art. 1740 del CCyC que rige la materia, consiste en que se debe restituir la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie, agregando el art. 1738 que ello incluye “especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.-

Acerca de la reparación del daño físico, se comparte el dictamen el Procurador General de la Nación, in re “Nuñez Hugo Fabio c/ SURFILATTI S.A. y otro s/ acción civil” del 18 de julio de 2014, se destacó que “la Corte sostuvo que el valor de la vida humana no resulta apreciable solo sobre la base de criterios exclusivamente materiales, ya que no se trata de mensurar en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres (Fallos 327:3753; cons. 3°; voto de los jueces Maqueda y Belluscio, cons. 6°; y voto de la jueza Highton de Nolasco, cons. 10°. Asimismo, Fallos: 329:473, voto de la jueza Argibay, cons. 7°; y Fallos: 331:570, cons. 5°)”.

El Procurador citó a su vez el precedente “Milone” (Fallos: 327:4607), donde “la Corte sostuvo que debía evaluarse si la indemnización consagraba una reparación



equitativa, o sea, que resguarde el sentido reparador en concreto; al tiempo que, con cita de tratados sobre Derechos Humanos, aseveró que una reparación inadecuada mortifica el marco de libertad constitucionalmente protegido resultante de la autonomía del sujeto alcanzado, usualmente el trabajador y, en su caso, la familia de éste- que experimenta una profunda reformulación de su proyecto de vida (en esp., cons. 5° a 7° y 9°; Fallos: 331:570, cons. 6°, y Fallos: 331:1510; en esp., cons. 2° a 4° y 7°)”.-

En definitiva, la reparación de lesiones a la integridad psicofísica de una persona humana parte de la base de que la vida humana no resulta cuantificable exclusivamente en base a criterios materiales, ni al rédito que pueda otorgar a su portador, o aquéllos que se relacionen con éste. Es más, que cualquier afección que la persona sufra, altera su esfera vital y restringe su ámbito de libertad; razonamiento es útil para acercar de manera exitosa y omnicomprendensiva la lógica de las diferentes generaciones de derechos, al hacer entender que los derechos sociales y económicos se enraízan y repercuten indefectiblemente sobre los derechos de primera generación, más específicamente, sobre el derecho a la libertad.-

Entonces, si bien la utilización de las fórmulas es una referencia, la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida. Por dicha razón es que la Corte Suprema ha reiterado (Fallos: 312: 752, 2412; 315: 2834; 316: 2774; 318: 1715; 320: 1361; 321: 1124; 322: 1792, 2002 y 2658; 325: 1156; 326: 847) que la determinación de la indemnización no se realice solo a



través de fórmulas matemáticas o financieras y, a tal fin, introdujo un nuevo concepto: "proyecto de vida".-

En particular, en el de autos en que se trata de lesiones ocasionadas a un niño al momento de su nacimiento, la indemnización habrá de determinarse en función de la afección a la vida en relación y consecuencias que afecten a la personalidad íntegramente considerada, comprensiva de todos los aspectos de la vida, y a computarse desde aquella misma fecha, al margen que desempeñe o no una actividad productiva, puesto que -como se advirtiera- la integridad de una persona humana tiene en sí un valor reparación, y por vincularse a la garantía receptada en el art. 5° de la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica), con recepción legislativa a través de la Ley N° 23054, adquiriendo la misma jerarquía que las propias cláusulas de la Constitución Nacional por imperio de su art. 75, inc. 22), conforme reforma del año 1994.-

2.-En el caso, como anticipara, la incapacidad a resarcir a título de daño patrimonial excede temporalmente a aquella circunstancias de persona, tiempo y lugar computables para generar ingresos, porque una limitación para realizar actividades útiles de la vida cotidiana con ciertas consecuencias en la integridad psicofísica y salud como la analizada, que involucrar una minusvalía que afecta al niño desde su mismo nacimiento -y que evaluada a los 5 años alcanzó al 56,62% a los 5 años- se corresponde a una insuficiencia material para desenvolverse en los aspectos individual y social desde aquel momento.-

Sobre el particular, en la causa **"CORSINO MAXIMILIANO GABRIEL Y OTROS C/CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION DEL NEQUEN S/D Y P DERIVADOS DE LA RESONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO"** (JNQC14 EXP. 518804/2017) me he



expedido respecto a la reparación del daño patrimonial derivado de la a incapacidad psicofísica que en el 50,50% afectó a un niño de 5 años, expresando:

"C.-Sentado lo anterior, acerca del procedimiento seguido en la cuantificación económica del daño, la parte actora cuestiona que en la sentencia no se informa la fórmula de matemática financiera utilizada, ni que el monto fijado (\$3.800.000) guarde correspondencia con alguna de las conocidas y desarrolladas por la Sala III de la CNAT en las causas "Vuotto c/ AEG Telefunken Argentina"(Sentencia N° 36010) y "Méndez Alejandro Daniel c/ MYLBA S.A. y otros/Accidente " (Sentencia N° 89.654), o su promedio, como la adoptada por los integrantes de las Salas I y II de este Tribunal.-

Esta Sala III, siguiendo las prescripciones del art. 1746 del CCyC, ha adoptado la aplicada en la causa "Méndez Alejandro Daniel c/MYLBA S.A. y otros/Accidente" - Sentencia N° 89.654), donde por Acuerdo N° 20 fechado el 10.12.2019 del Tribunal Superior de Justicia en la "SAMPOÑA PABLO c/ ASOCIART ART. S.A. s/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (Expediente N° JNQCIA 423964 - 2010) se estimo justificado el procedimiento seguido en función de las variables aportadas relacionadas con las circunstancias personales de la víctima, el menoscabo a su integridad humana, la dificultar en sus interrelaciones en el plano familiar, educativo, social, cultural, deportivo, lúdico, sexual, etc., e impedimentos en su relación con las cosas de las que podrá valerse.-

1.-Precisamente, cuando como en el caso, ha quedado demostrado que a raíz del episodio dañoso, la víctima de sólo 5 años experimentó la pérdida de la visión total en su ojo derecho, luego de una mala evolución al tratamiento por el que debió ser intervenido quirúrgicamente, resultando



incuestionables las graves secuelas como son la pérdida de la visión bilateral, el uso de anteojos y prótesis ocular de por vida -que debe ser cambiada cada 2 años- requiriendo invariablemente la aplicación de corticoides y antibióticos, dificultad para desplazarse en diversos ámbitos y guiar rodados en la vía pública (fs.510/511), lesivos de su derecho a la integridad psicofísica, indisociable al de salud, e inescindibles, sin que pueda entenderse uno sin el otro.- ...".-

Y continuando el análisis, con cita de lo decidido en la causa "**CERVERO ROCAMORA ROSER Y OTRO C/HIDALGO CLAUDIO ELIZABETH Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXTE.422.099/10 Sent. 28.06.2016)**", sostuve que:

"En el precitado antecedente, y sin que importe la desnaturalización de las indemnizaciones por la utilización excluyentes de fórmulas matemáticas o comparaciones con el sistema tarifado, al imponerse considerar las circunstancias particulares de la víctima, obviamente, en la medida de los datos objetivos aportados acerca de su edad, estado de salud, y repercusión en la actividad familiar, social, desarrollo educativo y económico, y las consecuencias que las lesiones pueden tener sobre su futuro personal y profesional, estimé que concurría con el prudente arbitrio judicial relacionado con el proceso de cálculo utilizado en la cuantificación, de tal forma que a la vez cuente con una explicación "que la precise y justifique" (Arostegui, Pablo Martín c/Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L. -A. 436. XL.RECURSO DE HECHO).-

Luego, a los fines cuantificar la incapacidad sobreviniente en orden al porcentaje fijado y la necesidad de seguir una base aritmética como lo exige el art.1746 del CCyC, estime ajustado atender a las perspectivas



desarrolladas por el Dr. Ricardo Guiburg en la fórmula de matemática aplicada en la causa "Méndez Alejandro Daniel c/MYLB A S.A. y otro s/Accidente " (Sentencia N° 89.654 - Sala III de la CNAT) explicando que:

"Ante todo es preciso dejar en claro que, si se pretende llevar a cabo un razonamiento cuyo resultado sea un número (por ejemplo, una cantidad de dinero en concepto de resarcimiento monetario), no hay modo alguno de llegar a ese resultado si no es por medio de un cálculo matemático. Este cálculo puede ser explícito, fundado en datos verificados y ordenado mediante un algoritmo previamente establecido y justificado, o bien implícito y subconsciente, a partir de datos vagos y cambiantes y regido por un criterio puramente subjetivo, de contenido total o parcialmente emotivo".-

En la precitada fórmula se incluyeron nuevas variables para mejorar y eliminar las falencias de la aplicada por el mismo tribunal en "Vuotto c/ AEG Telefunken Argentina"(Sentencia N° 36010), que resultaba insuficiente porque no contemplaba la totalidad del daño ocasionado a la víctima, en este caso trabajador, al no incluir la pérdida de la chance, déficit observado y subsanado por la CSJN en el fallo "Arostegui" (28/04/2008), reconociendo la afectación de las relaciones sociales, deportivas, artísticas, además de poder sufrir lo que se llama "posibilidad futura de ascenso en su carrera", que debe estar comprendido en todo valor indemnizable ... ".-

"Precisamente, para satisfacer las necesidades de indemnización actuales de los damnificados por los accidentes laborales, se eleva la vida productiva a 75 años de edad (antes en la fórmula "Vuotto" era de 65 años), además de estimar que la víctima escalará en sus ingresos al menos 3 veces a lo largo de su vida útil, abandonando el criterio



estático de la fórmula anterior, particularmente aplicable en el caso, tratándose de un niño de 5 años al momento de acaecer el daño; asimismo, se reduce la tasa de interés al 4%, cuando antes se justificaba el 6%, porque existían depósitos bancarios a dicha tasa, mirando siempre de mantener el poder adquisitivo; a su vez, se seguirá la pauta contenida en la sentencia respecto a los ingresos periódicos mensuales, adoptando el Salario Mínimo, Vital y móvil vigente al 10 de agosto de 2015, de \$5.588 conforme Res.Nº4/15 del CNEP y SMVyM.-

Luego, trasladando al caso el precitado análisis y atendiendo a los antecedentes validados en la causa: edad a la fecha del accidente, ingresos estimados e incapacidad, aplicados a la fórmula resulta que: $C=a(1-Vn)*1/i$ donde: $Vn = 1/(1+i)^n$; $a =$ salario mensual (\$5.588,00) $\times n(75/$ edad de la víctima $-5) \times 13 \times$ porcentaje de incapacidad (50,5%); $e, i = 4\% = 0,04$, se obtiene la suma de \$10.298.795,10, que es la que procede admitir para reparar la minusvalía.- ...".-*

Y finalmente, en la causa "SAMPOÑA PABLO c/ ASOCIART ART. S.A. s/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (Expediente Nº JNQCI4 423964 - 2010) por Acuerdo Nº 20 del 10.12.2019, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén rechazó el recurso de casación que la demandada interpusiera cuestionando la utilización de fórmula matemática "Mendez" para calcular la indemnización por incapacidad psicofísica sobreviniente del actor.-

3.-*Resultando trasladable al caso el análisis y pautas hasta aquí desarrolladas, justifico fijar la reparación del daño patrimonial derivado de la afectación la integridad psicofísica y salud del niño, que se calcularán en forma directa en el equivalente al 56,62% del Salario Mínimo, Vital y Móvil vigente en cada uno de los meses transcurridos*



entre el mes de febrero de 2011 y el correspondiente a la fecha en que se practique liquidación en la etapa de ejecución, importes que devengarán intereses a la tasa activa del Banco del a Provincia del Neuquén S.A. desde cada período y hasta el efectivo pago, a la que se adicionará la suma que resulte de aplicar la fórmula de matemática financiera "Méndez Alejandro Daniel c/MYLBA S.A. y otro s/Accidente " (Sentencia N° 89.654 - Sala III de la CNAT) utilizando como variables la edad de C.V.C.M.. y el S.M.V. y M. vigente a dicha fecha, conforme el citado porcentaje de incapacidad, crédito que generará accesorios a la misma tasa antes indicada, hasta su efectivo pago.-

B.-Daño no patrimonial del niño C.V.C.M.:

Acreditado el daño psicofísico generado al niño, y sin perjuicio de lo informado por la perita psicóloga, cabe presumir de la misma limitación, la angustia, molestia o dolor susceptible de ser reparada conforme lo reconoce el art. 1738 del CCyC, cuando enumera como integrativo, la lesión a los derechos personalísimos de la víctima, la dignidad, la salud psicofísica, la interferencia al proyecto de vida, entre otros aspectos, mientras el art. 1740 estipula que una indemnización debe ser plena, y ello consiste en que se debe restituir al damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.-

La doctrina enseña "(...)Se trata, en definitiva, de las amplias derivaciones de la lesión de los derechos personalísimos o de la personalidad cuando se afecta la plenitud de la vida, su dignidad (como lo prevén los arts. 51,52 y concs.) o la vida privada (como dice el art. 1770), la integridad corporal o incolumnidad psicofísica, la intimidad, el honor, etcétera. La referencia del texto a las afecciones espirituales legítimas le confiere al daño moral



un contenido amplio, abarcativo de todas las consecuencias no patrimoniales. En ese sentido se ha descendido notoriamente el "piso" o "umbral" a partir del cual las angustias, molestias, inquietudes, zozobras, dolor padecimientos, etcétera, determinan el nacimiento del daño moral, acentuándose la protección de la persona humana. Incluso el eje ha girado desde el inicial "precio del dolor" al actual "precio consuelo", llegándose también a sostener la existencia de "daños morales mínimos", en base a la constitucionalización de la tutela de la persona humana" (Ricardo Luis Lorenzetti. Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Tomo VIII. Ed. Rubinzal).-

En el caso, la pericia psicológica (fs.483/489) informa que el niño: "Es consciente de lo que le pasa y enfrenta con entereza sus consecuencias: la burla de sus compañeros de escuela, la diferencia de menos de los demás compañeros de juegos, es decir, de todos aquellos miles de actos que realizamos inconscientemente pero que dependen de un brazo derecho funcional y que él no lo tiene".-

Agregó el experto en respuesta al punto de pericia vinculado con la repercusión que tiene la parálisis total del plexo braquial del brazo derecho del niño en la esfera social, afectiva, laboral, y familiar de los padres y el menor, el experto contestó: "(...) Señalar cada una de las circunstancias propias de la vida cotidiana en la que se tropieza con el obstáculo que está y estará siempre en medio del transcurso de las vidas de estas tres personas, sería imposible. Y redundante. ¿Por qué?, Porque cada acto lleva esta señal, no importa la naturaleza del acto (social, individual, deportivo, escolar...) es un obstáculo en tanto y en cuanto todo está hecho para las personas que tienen dos brazos...y cuando alguien tiene uno solo (funcional) eso es un



tropiezo, un algo que impide el natural transcurso del acto".(punto de pericia f).-

Luego, de los informes escolares emitido por el centro educativo al que asiste -fs. 490/491 y 767-se observa que: "Es un niño callado, tranquilo y tímido. Habla muy poco. Es muy inseguro y temeroso frente a situaciones nuevas o la exposición en grupo; como cantar o bailar (...) Ingresa como alumno con certificado de JUCAID, debido al problema que tiene en su brazo izquierdo que no le permite total movilidad".-

"Tiene una discapacidad en el brazo derecho lo que está afectando la parte social con sus pares, cuando le preguntan qué le sucede en el brazo o mano no responde, trata de ocultar su mano o brazo, no usa su extremidad superior derecha en los juegos colectivos ni en las actividades escolares. Solicita ayuda de la docente para sacarse y ponerse el guardapolvo, también en ocasiones para cerrar la mochila, la cartuchera, etc".-

A partir de lo expuesto, y con independencia del baremo empleado para determinar el porcentaje de incapacidad, configurados los presupuestos que reconocen la existencia del daño no patrimonial, la cuantificación de su reparación se encuentra sujeto a una prudente ponderación respecto a la que el art. 1741 del CCyC precisa que "debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".-

La regla ha "delimitado la actividad jurisdiccional y acentuado sus funciones reparatorias. Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias a las que se refiere la norma, aluden al denominado "precio del consuelo" que procura "la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las



penurias”; se trata de “proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado”, de permitirle “acceder a gratificaciones viables”; confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena.-

Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar o reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etc., que le permitan a la víctima obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.-

Y pese a que el dinero no cumple una función valorativa exacta debido a que el dolor no puede medirse o tasarse, empero tal dificultad no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justispreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes miedos, padecimientos y tristezas propios de la situación vivida (conf. CERVERO ROCAMORA ROSER Y OTRO C/ HIDALGO CLAUDIA ELIZABETH Y OTRO SOBRE S. Y P. X USO AUTOM C- LESION O MUERTE” (Expte. N°422099/2010-Sent. 28.06.2016).-

De lo reseñado se vislumbra que la limitación funcional que aqueja al niño sin dudas afecta a su autopercepción y vida en relación, generándole inseguridades y menoscabando su derecho a gozar de una infancia y vida plena, comprensivo de la lesión estética, considerando los términos en que se evaluó la incapacidad psicofísica por el perito médico especialista en ortopedia y traumatología.-

En efecto, en C.V.C los quehaceres más habituales y sencillos en los que las personas utilizan sus dos extremidades superiores, para él representan todo un desafío



que debe y deberá sortear en un futuro, con las complicaciones que le acarrearán insertarse en el mercado laboral y las sucesivas intervenciones a las que se sometió y deberá someterse en un futuro a fin de recobrar aunque parcialmente la movilidad en su extremidades superiores derecha.-

De este modo, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho dañoso, como también los padecimientos que experimenta y los tratamientos posteriores a los que deberá someterse, la repercusión anímica comprensible en función del estado del niño, y la responsabilidad que las demandadas en la ocurrencia del daño, encuentro atendible admitir la indemnización del daño no patrimonial en la suma de **\$1.000.000**, que se estima suficiente para proveer satisfacciones sustitutivas y compensatorias del padecimiento, susceptibles de mitigar el impacto a las afecciones legítimas y que podría destinar a realizar un viaje de esparcimiento de al menos 30 días, y fundamentalmente, destinarlo a adquirir bienes para ocupar en sus momentos de recreación y capacitación.-

Se admite el rubro en la suma indicada, a la que se le adicionarán intereses desde la fecha de acaecimiento del evento dañoso (17.02.2011) y hasta su efectivo pago.-

C.-Daño psicológico del niño C.V.C.M.: Integrando el reclamo la reparación del estado de alteración y desequilibrio emocional del niño así como las erogaciones por tratamientos psicológicos futuros, estimo que satisfecho el primero en función de los dos rubros hasta aquí admitidos, en que se proyecta tal afectación.-

Por su parte, si bien del dictamen psicológico (fs. 483/489) no se observan alteraciones en la capacidad



psicológicani la necesidad de someterse a tratamientos futuros en la especialidad, el experto explica que:

“Capítulo aparte es el caso de C. No aconsejaría que sea llevado a psicoterapia en este momento (a menos que lo solicite o presente sintomatología como la que puede darse en alteraciones escolares o de aprendizaje)(...) Es necesario que haya síntomas (malestar) para que tenga sentido para el niño”.-

Y al contestar el pedido de explicaciones de los actores (fs. 651/652), agregó: “Estimo que no es serio pretender dar un número a un capacidad perdida en un niño que está descubriendo cuáles son sus posibilidades de abordaje de una realidad a la que él deberá encontrar sus modos de abordarla y apropiarse.-

Creo que es más adelante cuando podrá hacerse una evaluación de este tipo, por ejemplo en edad de los 15 a 18 años, para poder obtener un resultado serio cierto. Es -a mi juicio- poco serio pretender hacerlo en este momento de su desarrollo. No sabemos qué mecanismos ha de desarrollar para poder hacer frente a sus carencias”.-

Sin embargo, de lo registrado en el certificado que emitió e JUCAID (fs.770), surge que el niño realiza tratamiento psicológico, de tal forma que procede admitir el rubro, como consecuencias inmediatas conectada causalmente con la condición que carga, y cuya cuantificación se estimará atendiendo al período de tres años recomendado, estableciendo de conformidad al art. 165 del CPCyC, requiriendo en tal período una asistencia quincenal, lo que representa 72 sesiones que valoradas a \$500,00 a la fecha del dictamen, representa la suma de \$ 36.000.-



Al precitado importe se le adicionarán intereses desde el 17.02.2011 hasta el efectivo pago a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén.-

D.-Gastos de farmacia, movilidad, asistencia médica, tratamientos de rehabilitación kinesiológica: Sobre la reparación de los rubros reclamados, el art. 1746 del CCyC estipula: "Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad".-

Y en el caso, se encuentra acreditado con la documentación obrante a fs. 46 y 495 que a partir de su cuarto mes de vida, C.V.C.M. fue intervenido quirúrgicamente en la ciudad de Buenos Aires realizándosele una reconstrucción microquirúrgica del plexo braquial; que sus progenitores debieron incurrir en gastos de hospedaje y de traslado; que se le realizó de tratamiento de rehabilitación y kinesiología; que sin perjuicio de que la lesión en su plexo braquial es permanente, a futuro requiere de sucesivas operaciones y tratamientos de rehabilitación a fin de recobrar aunque parcialmente la movilidad en sus extremidades superiores derecha.-

Al respecto el perito especialista en ortopedia y traumatología dictamina recomendó tratamientos en "Neurorehabilitación kinesiológica" (respuesta al punto F-11 de fs.670), y fue acreditado que los recibió en el año 2011 - por 7 meses- con la misma profesional -Dra. Troncoso- que el aplicado a lo largo de 12 meses en el año 2012 a un costo por mes de \$1.028,30 (fs.37).-

Al respecto, el informe del Dr. José Ernesto Sinjovich, médico tratante el niño da cuenta de la cirugía que se le practicó y las que requerirá a futuro "de acuerdo a evolución" y durante su crecimiento, para evitar progresión



deformidad, mejorar función y calidad de vida" (fs.46), refiriendo en su repuesta del 15.11.2017 que "fue operado una sola vez, y se realizó una reconstrucción microquirúrgica del plexo braquial... el resultado de la reconstrucción, lo consideramos bueno, en relación a la magnitud de la lesión. Recordar: que esta cirugía fue el primer tiempo de un plan total, de cirugías reparadoras, que deben realizarse habitualmente, a partir de los dos años. ... Si bien. El pronóstico en base a la lesión, es grave y discapacitante; se puede mejorar mediante varias cirugías neurortopédicas funcionales multinivel; y un tratamiento intensivo y prolongado de rehabilitación, pensando siempre que es un niño en crecimiento, para mejorar cada vez más la función y calidad de vida" (fs. 495).

Resultando acreditados los requerimientos asistenciales, atento lo dictaminado e informado, así como con la documental acompañada lo que debió ser erogado, y sin perjuicio de la inicial asistencia brindada por el Estado Provincial, se admite la procedencia de los rubros, y en función de las atribuciones conferidas por el art. 165 del CPCyC, se cuantificará en la suma de \$150.000, a los que se adicionarán intereses correspondientes a tasa activa del Banco Provincia de Neuquén desde la fecha de la demanda hasta su efectivo pago.-

E.-Daño psicológico y no patrimonial de los progenitores: Sobre el particular, a través de la pericia psicológica se acredita la angustia, desazón, frustración, menoscabo a los sentimientos legítimos que aflige a los progenitores registrándose, además de la preocupación que les genera el presente y futuro del hijo, lo acontecido al momento de la internación como "alternancias entre los juicios médicos acerca de si debía ser cesárea o parto vía



vaginal” y que “Luego de decirse por lo último la madre señala una serie de escenas muy poco saludables y que dicho sea de paso son frecuentes en los partos: **“vas a parir como dice la biblia: con dolor”**. Allí donde este procedimiento acaba de inicia otro de carácter específicamente anímico: la culpabilidad de la madre por no haber reparado, al recibir al bebe, de que éste tenía el brazo colgado, inerte, diferente al otro y al de todos los recién nacidos que continúan con los brazos tal como los tenía dentro de la placenta: con el codo doblado y las manos sobre el pecho. **“No sé como no me di cuenta, cómo no lo vi, me digo que después de tantas horas de inducción y de tantos nervios se me pudo haber pasado”**. Pasado 3 meses de este episodio dramático no se había llegado al diagnóstico actual pues a los padres se les manifestaba que había un “estiramiento”. (fs. 484/485).-

A la evaluación, surgen como caracteres de la madre: Sentimiento de inseguridad y baja autoestima, recursos obsesivos y recurrente de las situaciones históricas de todos los pasos seguidos durante estos años” y por parte del padre “sentimiento de culpabilidad” y “Autoestima devaluada” (fs. 485/486).-

Se informa, de todas formas, que no se encuentran alteradas sus capacidades cognitivas -atención y memoria”, para concluir que: “la pareja Monzón- Ceballos presenta al momento de la evaluación un cuadro clínico correspondiente a “Depresión con angustia”, según Manual de Clasificación Internacional de enfermedades (CIE 10), de la Organización Mundial de la Salud, lo que guarda una relación de adecuada causalidad con los hechos de autos. No se observan rasgo alguno de patología psicótica, como tampoco observo signos de estimulación o sobre estimulación en la evaluación realizada”.-



Respecto al tratamiento psicológico futuro, dictaminó: "Estimo que la pareja debería asistirse, para ello calculo que con 40 horas en tratamiento de pareja (vincular) podrían reorganizar la dinámica propia del grupo familiar que ha devenido sintomática. Pero la profundidad del cambio ha de operarse en el ámbito privado y personal de cada sujeto: ambos padres. Para ellos estimo no menos de 50 horas para cada uno, a valores a dicha fecha (\$500-la sesión), lo que representa \$10.000 y \$25.000 para cada uno, sumas a las que se le adicionarán intereses desde la fecha del dictamen hasta el efectivo pago, a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén.-

Cotejando entonces lo dictaminado con el análisis desarrollado en los puntos II-C-2, 3 y 4, respecto al trato que las accionadas otorgaron al niño y sus progenitores, omitiendo toda información previa a la internación, aún a pesar de las prescripciones legales que se les imponía conforme las Leyes N° 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, y N°25.929 Derechos de los padres y de la persona recién nacida, y prestaciones relacionadas con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto, Parto Humanizado, particularmente sobre el procedimiento derivado de la distocia de hombro, que fue ocultada, el medicamento suministrados sin advertencia previa ni justificación, al igual que las imprecisiones vinculadas con el diagnóstico de egreso del niño, y el reproche injustificado a la conducta de la madre en la ocasión, constituyen incumplimientos graves que se conectan causalmente con la severa afectación a los sentimientos e inquietud espiritual generada a los padres, con desvalorización de su autonomía en un ámbito regido por especialistas.-



1.- Luego, en relación a la madre, y en tanto tales incumplimientos comprometieron expresas prescripciones que obligan a los profesionales de la salud en los términos de los arts. 2, 3, 4 y sgtes de la Ley 25.929, denominada "Parto Humanizado", se fija en la suma de \$150.000 la reparación del daño no patrimonial tal como ya fuera conceptualizado antes, estimado suficiente para proveer satisfacciones sustitutivas y compensatorias del padecimiento, susceptibles de mitigar el impacto a las afecciones legítimas y que podría destinar a realizar un viaje de esparcimiento de al menos 30 días, o, en su caso, destinarlo a adquirir bienes para ocupar en sus momentos de recreación u ocio.-

Al precitado importe se le adicionarán intereses desde el 17.02.2011 hasta el efectivo pago a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén.-

2.- Respecto al progenitor, por las repercusiones subjetivas de la lesión a sus sentimientos, la reparación del daño no patrimonial, se cuantificará en la suma de \$100.000, estimándolo suficiente para mitigar sus afecciones legítimas a través de la realización de un viaje de esparcimiento de al menos 20 días, importe que devengará intereses desde el 17.02.2011 hasta el efectivo pago a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén.-

IV. - Por las consideraciones expuestas, propiciaré al Acuerdo que haciendo lugar al recurso de los actores, se revoque en su totalidad la sentencia de grado, y admitiendo la demanda, condenar Clínica Pasteur S.A, Sandra Elizabeth Toledo y Carolina Lami, extensiva a Prudencia Cia Argentina de Seguros Generales S.A. y Seguros médicos S.A., en la medida de los contratos de seguro, a que dentro del plazo de diez (10) de notificadas abonen al niño C.V.C,N, las sumas que se calcularán conforme lo establecido en el punto III-A-



3, más \$1.186.000 (puntos III-B, C y D), y los importes de \$185.000 y \$135.000 a favor de la Sra. R.B.M. y del Sr. G.R.C., respectivamente, con más los intereses fijados.-

V .-Dejar sin efecto la imposición en costas, las que en función del nuevo pronunciamiento se impone a las condenadas en ambas instancias, en su condición de vencidas (art. 68 CPCyC).-

VI .-Por las mismas razones, dejar sin efecto las regulaciones de honorarios y abstracta la apelación arancelaria, de tal forma que sobre la base del capital de condena más intereses se fijan los honorarios de las letradas ... apoderada y ... patrocinante de los actores, en un 5,10% y 17% respectivamente; de los letrados ... en doble carácter por Clinica Pasteur en un 16,50%; ... patrocinante de la codemandada Toledo en un 9%; ... y ..., apoderado y patrocinante de Prudencia Cia Argentina de Seguros Generales S.A.. en un 2,4% y 6% respectivamente, ya partir de fs. 821 ... en doble por la misma parte en un 6.5%; ... en doble carácter por Seguros Médicos en 5 jus atendiendo al contenido de la contestación e inactividad probatoria; para los Dres... y ... patrocinantes de la codemandada Lami, en un 6% a cada uno (arts.,6,7,10,12,20,21,37,49 L.A.); y sobre la misma base, fijar los honorarios de los peritos médicos ... en un 4%, ... en un 3,5%, Lic. ... en un 3%.

Tal mi voto.-

La jueza Cecilia **PAMPHILE** dijo:

1- En términos generales concuerdo con la solución propuesta. Sin embargo entiendo necesario efectuar algunas consideraciones desde otros vértices de análisis, lo que repercutirá en las sumas que, finalmente, propondré como monto de condena.



A fines de abordar las cuestiones traídas a resolución, cabe aclarar que el proceso presenta ciertas particularidades que no deben ser pasadas por alto.

Tenemos tres actores, que reclaman daños autónomos y reflejos.

Véase que el niño C., representado por sus padres, reclama el daño patrimonial y extrapatrimonial derivado de la lesión que afecta su brazo derecho.

La Sra. M. y el Sr. C., pretenden el resarcimiento del daño moral que en común sufrieron por el hecho y, de manera refleja, por la afectación de su hijo C..

Finalmente, la Sra. M. también pretende el resarcimiento del daño moral sufrido en forma autónoma, con causa en la violencia obstétrica que denuncia.

Así estructurado, comenzaré el análisis por la pretensión del niño.

1.1.- Debiendo juzgar un supuesto de responsabilidad médica, parto por considerar que *«...nos encontramos frente a una obligación de medios y no de resultado: si bien el interés final y que da sentido a la obligación es la curación o mejoría del paciente, el interés primario lo constituye la actividad profesional diligente del galeno, que la cumplirá actuando con la pericia, la ciencia y la técnica requeridas para el caso en cuestión (conf. Calvo Costa, Carlos A., "Daños ocasionados por la prestación médico asistencial", p. 132; Alterini, Jorge H., "Obligaciones de resultado y de medio", Enciclopedia Jurídica Omeba, t. IX, p. 706, punto XI; Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil Obligaciones", t. I, p. 211, n° 171; Acevedo, Rafael A., " El valor probatorio de la historia clínica a la luz de dos recientes pronunciamientos, y la relación adecuada de*



causalidad como presupuesto infranqueable”, Publicado en: RCyS 2012-IV, 211»

Es por ello que este tipo de responsabilidad requiere que el profesional haya actuado con culpa, «...esto es, con negligencia o impericia, cometiendo en su hacer errores que no pueden ser excusados u omitiendo realizar las acciones que debían -también inexcusablemente- ser llevadas a cabo.

Así también se ha indicado que para fundar una sentencia por responsabilidad civil de los médicos, se requiere la existencia de “la culpa del profesional a partir de una acción contraria a las reglas consagradas por la práctica médica de acuerdo al estado de los conocimientos al tiempo de cumplida la prestación, considerando su adecuación a las particularidades del paciente y la manifestación de su enfermedad (lex artis ad hoc), y su directa relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente... el estándar de diligencia exigible es la aplicación de la evidencia científica a la oportunidad terapéutica que cada paciente y las circunstancias que lo rodean, razonablemente permite, en un todo de acuerdo a lo estatuido por el art. 512 de nuestro Código Civil.”

Ello así por cuanto ni la medicina es geometría ni la naturaleza humana es una máquina absolutamente previsible. Dicho de otro modo, la práctica médica tiene sus limitaciones y en el tratamiento de las enfermedades existe siempre un álea que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes y, por ende, obliga a restringir el campo de la responsabilidad, criterio que fijara nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en un antiguo e importante fallo en materia de responsabilidad profesional de los médicos.»



«El criterio de valoración es el de la culpa in concreto y, en ese orden, las circunstancias de tiempo, persona y lugar resultan decisivas al momento de juzgar la actividad galénica» (“RODRÍGUEZ SANDRA BEATRIZ CONTRA BOTTAZZI SILVIO A. Y OTROS D.Y P.-MALA PRAXIS” (EXP N° 398329/2009)- 15 de diciembre de 2015)

1.2.- Sobre esta base, es innegable la trascendencia que en estos casos tiene la labor del perito como auxiliar del juez.

Como regla general, los dictámenes periciales no constituyen prueba legal.

El juez puede disentir guiado por la “sana crítica”, en función de razones serias con fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos, reglas del pensamiento científico o con las máximas de experiencia.

Sin embargo, tratándose de un caso de mala praxis, la posibilidad de apartarse del dictamen exige extrema precaución, en tanto se discute sobre saberes técnicos y científicos que exceden sobradamente los conocimientos de un lego.

Es que *«El experto reúne las características de asesor, colaborador y hasta consejero del juez, de ahí que la pericia en los casos de mala praxis sea un elemento de juicio de vital importancia para él, pues se trata de temas complejos y específicos, respecto de cuestiones de hecho en las cuales hasta los propios especialistas discrepan. La pericia médica tiene indudable importancia en situaciones de esta especie, más debe ser apreciada en función de la competencia de los peritos, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones*



formuladas por los consultores técnicos o los letrados conforme a los artículos 473 y 474 del Código Procesal y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca» (Highton de Nolasco, Elena Inés, Revista de Derecho de Daños - Tomo: 1999 - 5. La prueba del daño - II, La prueba del daño por mala praxis médica), ("MÉNDEZ SILVINA BEATRIZ C/ POLICLÍNICO NEUQUÉN S.A. Y OTRO S/ D. y P. - MALA PRAXIS", EXP N° 395618/2009).

En el supuesto de autos, los peritos dieron adecuada contestación a los distintos puntos propuestos, así como a los pedidos de explicaciones, sin que se adviertan, ni se hayan alegado, razones serias que justifiquen que me aparte de sus conclusiones.

1.3.- Desde estas premisas, entiendo que no asiste razón a la parte actora apelante, cuando insiste en justificar la responsabilidad de las demandadas, en la omisión de realizar una cesárea.

Es cierto que el perito señaló como probable que las lesiones podrían haberse evitado con aquel procedimiento, en tanto no se habría producido la distocia de hombros (hoja 778 pto. 8).

Sin embargo, la actuación de los profesionales médicos no debe analizarse a partir del resultado obtenido; siempre es posible imaginar múltiples líneas de causalidad que pudieron haber evitado el perjuicio, cuando ya se lo conoce.

Nótese que la cesárea es una intervención quirúrgica y, como tal, no está exenta de riesgos: Lo que debe analizarse, es si las reglas consagradas por la práctica médica la hacían aconsejable, con los datos y elementos que las demandadas tenían en el caso concreto.



Lejos de la posición asumida por los actores, la pericia obstétrica es concluyente en punto a que no se presentó ninguno de los factores que pudieran determinar que la cesárea fuera "el obrar diligente y prudente, exigible a las profesionales intervinientes" en las circunstancias del caso.

El perito fue indagado en distintos puntos sobre la necesidad de recurrir a ese procedimiento quirúrgico y, expresamente, señaló que la paciente no tenía un feto de alto peso (punto 2 hoja 774), y que el parto no fue prolongado (hoja 774 vta. punto 4).

Incluso remarcó: *«Repito lo expuesto anteriormente, la paciente no presentaba alto peso, tampoco un trabajo de parto prolongado, según partograma (folio 19 y vuelta) el trabajo de parto comienza a las 10 hs del día 17/02/11 y finaliza ese día a las 23 hs., en total podemos inferir 11 hs. de trabajo de parto, desde que se constató 1 cm de dilatación»* (hoja 774 vta. punto 5).

También aclaró que la Sra. M. no presentó "agotamiento materno" (Hoja 775 vta. punto 13).

Entonces, no hay elementos que permitan afirmar que existió culpa por no haberse practicado una cesárea ni, consecuentemente, responsabilidad derivada de tal omisión.

2.- Ahora bien, despejado este aspecto, debe valorarse la distocia de hombros ocurrida durante el parto, y la solución dada a esa situación.

Tal como lo hizo mi colega preopinante, corresponde analizar si forma parte de los términos en que se trabó la litis y, por lo tanto, puede ser juzgada.

2.1.- La vigencia de la regla de la congruencia procesal, definida como la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen



el objeto del proceso (más la oposición y oposiciones en cuanto delimitan ese objeto), se relaciona con la disponibilidad de los derechos actuados en juicio, en cuanto a que corresponde a las partes -en exclusiva- fijar el objeto del litigio.

Su raíz se encuentra, fundamentalmente, en el derecho a la defensa en juicio o a la no indefensión en el proceso, de tal modo, que el juez no puede introducir cuestiones que no hayan sido traídas por las partes: éstas tienen el monopolio de la iniciativa procesal para promover y concluir un proceso, así como para determinar su contenido.

En su aspecto práctico, se conecta con el principio de contradicción: Es esencial al proceso que ambas partes puedan ser oídas sobre el objeto del pleito, evitando que se condene a quien no ha podido alegar ni probar sus motivos de oposición respecto de cuestiones no planteadas en el mismo.

De esta forma, pretensión procesal y sentencia se encuentran directamente relacionadas sobre el restricto respeto a la defensa en juicio y al principio de contradicción.

2.2.- En este caso, al dictar sentencia, la magistrada sostuvo que *«la distocia de hombros no estuvo planteada en la demanda...»* y que fue introducida por las codemandadas (hoja 921 vta.).

Luego, consideró que *«Lo determinante en este punto - a mi entender-, es que más allá de no haberse planteado en los argumentos de la demanda, la distocia de hombros y su tratamiento médico...»* (hoja 922 tercer párrafo), aparecían como imprevisibles.

Finalmente, y en el marco de su análisis sobre la historia clínica, ponderó que *«el experto indica que (si) puede afirmar, es que el nacimiento ocurrió, que la distocia*



existió y que la lesión del plexo braquial se vincula con las maniobras para producir el parto.

Este aspecto vinculado al contenido de la historia clínica es remarcado en el alegato de los actores, aun cuando -reitero-, no constituyó un hecho constitutivo de la pretensión y por ende no fue planteado dentro del litigio, imposibilitando el ejercicio del derecho de defensa de la parte demandada al respecto» (hoja 923).

2.3.- No concuerdo con tales apreciaciones.

Es cierto que el argumento central de la parte actora radicó en que debió practicarse una cesárea.

Sin embargo, también lo es que, de los escritos postulatorios, surge que las maniobras realizadas durante el parto y las lesiones consecuentes, integraron la causa de la pretensión.

Sin desconocer la existencia de cierta imprecisión en la formulación actoral, lo trascendente es que las accionadas así lo comprendieron, a punto tal, que ejercieron su derecho de defensa, abordando este tópico en su responde.

En efecto, los actores, en su relato de los hechos, dijeron que, en el momento culminante del parto, «la obstétrica llegó, se subió encima de la actora, colocó sus dos manos sobre la panza y en un pujo presionó con toda la fuerza de su cuerpo hacia abajo. La tensión en las caras de quienes estaban en la sala era evidente, lo cual generaba más terror a la actora, que estaba agotada. La Dra. Toledo practicó una episiotomía, logro sacar la cabeza del bebé y luego la obstétrica Lami realizó la maniobra sobre la panza por segunda vez, mientras Toledo tironeaba con fuerza de la cabeza de C. hasta que finalmente lo **sacó con un violento y ruidoso tirón. Eran 22.50 hs. y Lami gritó y dijo "sonó algo en el brazo", la Dra. Toledo lo negó.**» (hoja 90 vta.).



Luego destacaron que, al día siguiente, cuando la Dra. Toledo fue a la habitación a ver cómo estaba la Sra. M., *«No dijo nada respecto de C. y las Maniobras que había realizado para sacarlo del vientre materno. Mucho menos de la posibilidad de que C. tuviera alguna lesión en el plexo braquial, lo cual hubiera ayudado a los padres a saber cómo manejarse con un bebe discapacitado»* (hoja 90 vta.).

Siguieron con su relato, y describieron las distintas consultas médicas y tratamientos, hasta la intervención del Dr. José Ernesto Sinjovich, quien diagnosticó *«"lesión total de plexo braquial derecho". El especialista además les dijo que C. padece "el síndrome de Claude Bernard-Horner" causado por la misma lesión en el nervio simpático de la cara y los ojos (cuando la Dra. Toledo arrancó los nervios de C. al tironearlo en el canal de parto), que se caracteriza por pupilas contraídas y parpado caído. Las condiciones que pueden dañar la fibra nerviosas simpática y causar el síndrome de Horner son entre otras una lesión al recién nacido durante el parto.*

La lesión del plexo braquial es causada por estiramientos excesivos, desgarros u otros traumatismos a una red de nervios que van de la columna vertebral al hombro, el brazo y la mano. Los síntomas pueden incluir un brazo inválido o paralizado, pérdida del control muscular del brazo, la mano o la muñeca y falta de sensibilidad o sensación en el brazo o la mano.»(hoja 91 vta.).

Luego destacaron que *«...el grado de discapacidad que actualmente padece... [C.V.C] de 4 años de vida cuyo porcentaje será estimado por el perito médico legista (especialista en traumatología), ya sea por la lesión total e irreversible del plexo braquial derecho como así también por el síndrome Claude Bernard-Horner, además de otras lesiones neuronales*



producto de la hipoxia perinatal que sufrió el menor, debe ser indemnizado por las demandadas...»

Al contestar la demanda, y en lo que aquí interesa, la codemandada clínica Pasteur negó «*Que la Dra. Toledo haya arrancado los nervios de C., tironeándolo en el canal de parto*» y «*Que exista nexo de causalidad entre el estado del menor, y la asistencia médica prestada por la Dra. Toledo*» (hoja 157 vta.).

En el relato de los hechos, destacó que luego de que se produce el desprendimiento de la cabeza del bebé, «*...la paciente cierra sus piernas, impidiendo completar la maniobra para el desprendimiento de los hombros. Pasaron varios minutos con el bebé en esa posición sin poder realizar la rotación externa de la cabeza y desprendimiento del hombro anterior.*

La paciente estaba descontrolada y no respondía a las indicaciones a pesar de las súplicas de su esposo, quien junto con el resto del personal ayudan a tenerle las piernas y ubicarla en la camilla de partos.

Finalmente se logra extraer al bebé, con mucha dificultad y deprimido» (hoja 158).

Luego, bajo el epígrafe consideraciones médicas, señaló que «*Afirma la actora, que **una** de las razones por las cuales se atribuye responsabilidad por mala praxis a la Dra. Toledo y Lami, es que debió haber practicado una cesárea ya que la paciente era...»* (hoja 159).

Entonces, es claro que comprendió que la responsabilidad endilgada también se derivaba de las maniobras para extraer al niño, y que la omisión de la cesárea era solo uno de los argumentos.

Tal es así que, al reseñar las causas de parálisis braquial en el recién nacido, sostuvo que «*El descontrol*



materno, pudo haber generado una mayor contractura de los músculos de la pelvis y la distocia de hombros, **lo que dificultó las maniobras para corregirlo** (Maniobra de Mc Roberts: separar las piernas y flexionarlas contra el abdomen ampliando los diámetros del canal de parto) y la técnica de Manzontí, aplicar presión supra púbica para después impactar el hombro anterior de la sínfisis del púbica para permitir la extracción del bebe.

No obstante esta parte no descarta, posibles causas intrauterinas (malformación o genéticas) ya que el niño presenta una pliquistosis en riñón» (hoja 160).

La Dra. Toledo, por su parte, negó que «haya tironeado con fuerza de la cabeza del bebé, sacándolo con un violento y ruidoso tirón»; que «el diagnóstico de lesión total de plexo braquial derecho y síndrome de Claude Bernard-Horner, haya sido como consecuencia de que la suscripta haya arrancado los nervios del bebe, "tironeándolo" en el canal de parto»; y que la «discapacidad sea producto de que la suscripta y la obstetra hayan cometido errores al momento del parto» (hojas 183 y 184).

Luego, en el relato de los hechos, brindó la misma descripción que la clínica codemandada, en punto a que la Sra. M. cerró sus piernas, con las dificultades consecuentes, aclarando que no era necesaria la cesárea y que «fue el descontrol de la paciente lo que dificultó la salida del bebe» (hoja 185 vta.).

Posteriormente, también replicó las consideraciones realizadas por la codemandada Clínica Pasteur, en punto a las causas de la parálisis braquial en el recién nacido.

Finalmente, concluyó que «por todo lo que ha sido expuesto hasta aquí, y que será acreditado en la etapa procesal oportuna, el actuar médico de la suscripta se



desarrolló conforme las reglas de lex artis, actuando con la debida diligencia y prudencia, frente a la situación que se le presentó, por lo que la demanda dirigida contra la suscripta deberá ser rechazada en todas sus partes, con costas». (hoja 188 vta.).

La citada en garantía, Prudencia Compañía de Seguros Generales S.A, también realizó consideraciones médicas respecto a la mecánica con que se produce la lesión del plexo braquial (hoja 226 a 227).-

Seguros Médicos S.A, por su parte (Aseguradora de la codemandada Toledo), se refirió a hechos distintos de los aquí tratados, por lo que carece de relevancia su consideración.

Finalmente, la codemandada Lami, luego de las negativas de rigor, adhirió a las afirmaciones de la Dra. Toledo, aclarando que el parto estuvo siempre a cargo de la Dra. Toledo, quien ordenaba y llevaba a cabo todas las acciones correspondientes, y que en el momento del parto fue llamada por la Dra. Toledo para realizar una maniobra normal y habitual, que es la suprapubiana.

2.3.- Me he permitido extenderme respecto a los términos en que se trabó la discusión, en miras a remarcar que, como señalé inicialmente, las circunstancias ocurridas en el parto y la manera en que fueron resueltas por las demandadas, formaron parte de la litis como posible causa de las lesiones sufridas por el niño.

Tal es así que, llegado el momento de alegar, la Clínica Pasteur indicó que *«La actora inicia esta acción por entender que la Dra. Toledo, debido a su proceder médico, ocasionó lesiones al menor C.»* (hoja 898),

Luego, concluyó que «De la HC se desprende que fue un parto dificultoso por el descontrol materno, generando



ello mayor contractura de los músculos pélvicos, dando mayor rigidez al piso de la pelvis, lo que pudo haber generado la distocia de hombros y **dificultar las maniobras para solucionarlo** con la premura que el caso requería» (hoja 900 vta.).

La codemandada Toledo, por su parte, alegó que la litis «...debe ser definida por la determinación de si el comportamiento del profesional médico se ajustó a las normas que indica la *lex artis*, si su comportamiento fue el correcto tanto en la etapa de preparto y parto. **Si la demandada actuó con la debida diligencia y prudencia, frente a la situación que se presentó.**

Asimismo, demostrar que el daño invocado por la actora no debe ser atribuido a la demandada, atento a que cualquier profesional, en la misma situación hubiese actuado de igual forma» (hoja 901 vta.).

En definitiva, las accionadas comprendieron los términos de la pretensión y ejercieron su derecho de defensa.

Al respecto se ha señalado que «sobre el principio de congruencia y lo difusos que pueden resultar los lindes máximo y mínimo de la pretensión y de las peticiones de la actora y de la oposición "lato sensu" del demandado, debe cuidarse de no caer en excesivo rigor formal. El bien jurídico tutelado subyacente es el derecho de defensa en juicio. El principio "ne procedat iudex ex officio" y en "eat iudex ultra petita partium" se desarrollará dentro de un proceso dinámico en el que las partes interactúan y postulan sus afirmaciones bilaterales. Así, los contendientes en el marco del principio dispositivo podrán afirmar hechos primarios y secundarios, podrán negarlos, reconvenir, ofrecer y producir prueba, alegar, apelar y, finalmente, expresar agravios.



La vaguedad y ambigüedad del lenguaje y la riqueza de las acciones humanas que se ventilan en los tribunales, imponen que en caso de duda sobre la extensión de la pretensión deba considerarse si la actividad procesal del demandado contempló la afirmación del hecho por el cual se debe responder. Máxime en casos en que está en juego el deber tácito de seguridad del deudor y/o su responsabilidad por todos los hechos de todos los dependientes o terceros de los que se vale para el cumplimiento de la obligación.

El valor jurídico que se encuentra en juego y por el cual, inexorablemente debe velarse es el derecho de defensa en juicio. Por tanto, debe meritarse la realización efectiva de ese derecho.» (Deber de seguridad. principio de congruencia. litisconsorcio necesario - Álvarez Caches, Javier Ezequiel - Publicado en: DJ 2003-1, 657 -Cita: TR LALEY AR/DOC/11764/2001)

A partir de estas consideraciones, es claro, en mi criterio, que en este caso, el derecho de defensa no fue afectado.

3.- Resuelto lo anterior, es decir que la litis también versa sobre el desempeño de las demandadas durante el parto, como causa de los daños reclamados, es necesario examinar la labor de las profesionales intervinientes en función de la obligación de medios que asumieron.

En este cometido, y conforme ya fue señalado, es de indudable trascendencia la labor pericial.

No se encuentra controvertido que, durante el alumbramiento, se produjo un episodio denominado distocia de hombros, que consiste en «*la falta de paso espontánea de los hombros a través de la pelvis, una vez extraída la cabeza fetal*» (hoja 777). -



El perito es concluyente en punto a que «*La distocia de hombros es un proceso impredecible e imposible de pronosticar*» (punto 4 hojas 780 vta./781).

Esta afirmación es avalada por el “Consenso sobre Distocia de Hombros” formulado por la Sociedad Argentina de Obstetricia (año 2005), que el auxiliar transcribe.

Conforme desarrollé en el punto 1 de la presente, no existieron elementos que hicieran aconsejable una cesárea, por lo que la conducta de las demandadas no es reprochable desde ese vértice.

Es en el proceso de parto, que se produjo esta imprevisible situación, calificada por el perito como «*un accidente obstétrico grave...que **debe ser resuelto con maniobras adecuadas en un corto lapso de tiempo***» (hoja 793 5°y6°).

Esas maniobras varían según se trate de una distocia bilateral o unilateral y, de ahí, que resulte central en su manejo:

«1. Reconocer inmediatamente cuando se originó la distocia.

2. Tomar nota de la hora en que se presentó la distocia.

3. No traccionar la cabeza.

4. No presionar el fondo uterino.

Conducta a seguir:

1. Ampliar la Episectomía.

2. Explorar manualmente detrás de la cabeza para averiguar si el hombro posterior se haya o no en la cavidad sacra» (hoja 779/779 vta.).

Dentro de las conclusiones del “Consenso” ya citado, se espera «*que el profesional sea capaz de 1) Conocer la problemática actual de esta distocia*» y «3) Adquirir los



conocimientos y aprender las maniobras necesarias para resolver esta situación».

En punto a la vinculación de esta situación con la lesión del plexo braquial sufrida por el menor, el perito dictaminó que *«En el caso que nos ocupa, la elongación del plexo braquial y la lesión, ha sido producida necesariamente por las maniobras realizadas para extraer a C., no existiendo en las constancias puestas a consideración que hubiese otra causal»*(hoja 792 vta. punto 7°).

Debe tenerse presente que previo a dar esta respuesta, el auxiliar analizó aspectos abstractos y generales de la distocia de hombros, en particular transcribiendo el consenso ya citado.

En ese marco, explicó los múltiples factores que pueden generar la lesión del plexo braquial e, incluso, dejó constancia de que es posible que la parálisis braquial se produzca sin distocia.

Sin embargo, analizando el caso concreto, y ante el requerimiento para que aclare *«si la alteración que presenta el niño fue producto de la "distocia de hombros" o de las maniobras realizadas por la partera y obstetra para extraer el feto afectado por la distocia...»* (hoja 796), no dudó en afirmar la directa relación de causalidad entre las maniobras y la lesión.

Después dijo que lo que puede afirmar es que *«el nacimiento ocurrió, que la distocia de hombros existió, y que la lesión del plexo braquial, lo fue por las maniobras realizadas para producir el parto. Puede presumirse sí que las maniobras no fueron los suficientemente efectivas para impedir la lesión»* (hoja 792 vta. punto 12°).



También sostuvo que *«la lesión del plexo braquial lo fue por elongación de éste, Síndrome de Duchene - Erb, no advirtiéndose otra causa»* (hoja 793 punto 10°).

Entonces, corresponde tener por acreditada la relación de causalidad entre las maniobras realizadas y los daños sufridos por el niño.

3.1.- Ahora bien, la existencia de relación de causalidad, no dice nada sobre el aspecto subjetivo que debe existir en la responsabilidad que se analiza.

Para tener por acreditada la culpa, es necesario ponderar si las accionadas ajustaron su conducta las reglas consagradas por la práctica médica.

Conforme ya reseñé, el especialista en obstetricia describió las pautas generales para el manejo de la distocia de hombros.

En lo que hace a este caso en concreto, al contestar la demanda y explicar las posibles causas de la lesión, la Dra. Toledo dijo que *«El descontrol de la mamá del bebé, pudo haber generado una mayor contractura de los músculos de la pelvis y la distocia de hombros, lo que dificultó las maniobras para corregirlo (maniobra de Mc. Roberts: separa las piernas y flexionarlas contra el abdomen ampliando los diámetros del canal de partos) y la técnica de Manzonti, aplicar presión supra púbica para permitir la extracción del bebe.*

No obstante ello, no se descarta que hayan existido posibles causas intrauterinas (malformación o genéticas) ya que el niño presenta una poliquistosis en riñón [como ya señalé esa posibilidad es desestimada por el perito].

La conducta obstétrica fue adecuada acorde a las circunstancias»(Hoja 187 vta.).



La Dra. Lami, por su parte, adhirió a los dichos de la antes nombrada, precisando que **fue llamada específicamente «para realizar una maniobra normal y habitual (por indicación de la Dra. Toledo), esto es una presión suprapubiana, moderada sobre el fondo del útero con ambas manos para ayudar a nacer al bebe, de ninguna manera me subí sobre la actora»** (Hoja 297)

Ante la necesidad de constatar si se cumplieron las maniobras en cuestión, y la diligencia con que se practicaron, debo remitirme nuevamente al dictamen del auxiliar experto.

Ya en la respuesta a la pregunta 7 de la parte actora, relativa a si la conducta de las demandadas fue negligente, el galeno destacó las limitaciones vinculadas al hecho de no haber estado presente, aclarando que no surge «...de la historia clínica ninguna consideración en pro o en contra de la conducta» (775 vta.).

Posteriormente, al tratar los puntos propuestos por la codemandada Toledo, señaló que en «Los distintos momentos que se narran en la Historia Clínica no surge ninguna anomalía en el accionar médico (controles de la inducción al parto) ni de la atención del parto, salvo en el período expulsivo y de alumbramiento que en el párrafo "Observaciones" se lee: Terminación: Parto Normal (Parto dificultoso por falta de colaboración materna) (pag. 18).

En la hoja de "Atención del Recién Nacido" en datos relevantes pag. 17: leemos "Expulsivo prolongado" y antes Apgar 4/6»

Seguidamente, y complementando la respuesta anterior, dijo: «...En el periodo expulsivo al cual se refiere en respuesta a la pregunta anterior, se observó una distocia de hombros (dificultad en la expulsión fetal) **en la que se**



realizaron maniobras, no se especifica cuáles ni tampoco el tiempo que llevó la resolución de la distocia, eso explicaría el puntaje de Appgar bajo (4/6) y el pedido de neonatología al ver dificultad en miembro superior derecho (hipotónico, etc.) de radiografías para ver si haya fractura de clavícula que explicara dicha anomalía, el resultado fue normal y entonces se habló de lesión del plexo braquial» (hoja 780, punto 15 y 16).

Más adelante, y ante el pedido de explicaciones, insistió en que «En ninguna parte de la HC consta que se hayan realizado maniobras, las que debieron haber ocurrido, no pudiendo este perito imaginar cuales habrían sido, lo que ya fue aclarado y se reitera que debió consignarse en el partograma para que tenga entidad» (hoja 792 punto 6).

Luego aclaró que «No debe este perito evaluar conductas en forma presuntiva, que por otra parte no constan en la documentación confeccionada durante el proceso de parto. La distocia de hombros debió ser advertida - aunque no se consignó- pero lo realizado por los facultativos derivó finalmente en el parto, aunque se consignó como "normal". Se reitera que la HC no contiene elementos que permitan a este perito evaluar conductas, siendo además incorrecto aventurarse en manifestaciones posteriores al parto y ligadas a un proceso judicial, que tiene que ver con conductas defensivas» (Hoja 792 vta. punto 10).

«He de reiterar que un parto con distocia de hombro no es un parto normal, todo lo contrario, es un accidente obstétrico grave y debe ser resuelto con maniobras adecuadas en un corto lapso de tiempo. **Todo esto debe constar en la HC, no sólo las maniobras, sino además el tiempo que llevó la resolución de la distocia. La creencia de esta información constituye una deficiencia grave.** Este perito no puede



"presumir" si las maniobras médicas fueron o no adecuadas por no constar en la HC y si por ello existe compromiso, lo que si puede este perito afirmar es que el nacimiento ocurrió, que la distocia de hombros existió y que la lesión del plexo braquial, lo fue por las maniobras realizadas para producir el parto. **Puede presumirse que las maniobras no fueron lo suficientemente efectivas para impedir la lesión»**

Finalmente, remarcó que «...la inexistencia de información en el partograma impide argumentar...» sobre las maniobras en cuestión (hoja 793 punto 11°), y que «...de acuerdo a las buenas prácticas...» se debieron «...**consignar en la HC los distintos hechos acontecidos, tan es así que ello habría permitido en esta instancia judicial determinar las responsabilidades, su extensión y otras circunstancias que han quedado sólo en la memoria de quienes actuaron en el parto.**

*En este caso, de un parto distócico, la HC **debió contener como mínimo la constatación de la distocia de hombros y su característica, las maniobras que se realizaron para su resolución y el tiempo transcurrido.***» (hoja 793/793vta. puntos 11° y 15°).

Como puede observarse, existió un grave déficit al consignar los eventos en la historia clínica, lo que obstruye la posibilidad de evaluar la diligencia con que se procedió.

Frente a esto, debe analizarse cuál es la relevancia que tiene esta omisión, y cómo juega con respecto a la valoración de la prueba.

3.2.- En esta dirección, no puede soslayarse que las demandadas no cuestionaron las conclusiones del experto, en punto a las falencias de la historia clínica.

Ante déficits como los señalados, hemos recordado que, «"Precisamente he aquí donde, para uno y otro campo de



análisis de la cuestión, cobra extremo valor la historia clínica como instrumento donde el médico registra toda la labor diagnóstica, terapéutica y de control o seguimiento llevada a cabo para con el paciente; resultando -por tanto y en la inmensa mayoría de los casos- la prueba por excelencia del proceso, toda vez que la pericia médica, de vital importancia, se apoya en las evidencias allí contenidas.

En consecuencia, la confección de una clara, ordenada, actualizada, comprensible, veraz y completa historia clínica no es solo una exigencia del sistema de la seguridad social, o una cuestión de valor a los efectos estadísticos o académicos, sino fundamentalmente un elemento de vital importancia para poder acreditar el diagnóstico, la aplicación de un tratamiento aceptado por la ciencia médica, la adopción de decisiones médicas correctas y oportunas, el control y seguimiento del paciente, y, porque no, eventuales circunstancias que operan como eximentes de responsabilidad, tales como el rechazo terapéutico, abandono de tratamiento, incumplimiento del paciente al tratamiento instituido y/o a los controles clínicos o posquirúrgicos indicados, etc...”

“Ocurre que, así como el profesional puede ampararse en la historia clínica para sostener la defensa en torno a su falta de responsabilidad, correlativamente cargará con las consecuencias de no poder aportar en debida forma al proceso una prueba cuya producción le está legalmente impuesta. Y de allí que desde la óptica de la administración de riesgos nos hemos permitido sostener que la buena praxis del médico empieza por una buena relación médico paciente y por la confección de una correcta historia clínica.

La historia clínica se integra con el correspondiente consentimiento informado, evoluciones e indicaciones médicas, protocolo quirúrgico y anestésico,



estudios de laboratorio, imágenes, planillas de enfermería, indicación y resultados de las interconsultas médicas, si las hubiere, y todo otro registro y práctica médica relacionada al diagnóstico y atención del paciente...” (cfr. Acevedo Rafael A., El valor probatorio de la historia clínica a la luz de dos pronunciamientos, y la relación de causalidad adecuada como presupuesto infranqueable, RC y S 2012-IV, 211).

*En este sentido, la CSJN ha señalado que “La constancia documental que emana de la historia clínica es una prueba sustancial en casos de mala praxis médica, que la convierte en un instrumento de decisiva relevancia para la solución del litigio, pues permite observar la evolución médica del paciente y coopera para establecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y el daño” (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sent. del 4/9/2001, en causa “P., S. R. y otros c. Clínica Bazterrica S.A. y otros”; LA LEY, 2002-A, 73). En similar línea la Suprema Corte Buenos Aires señaló “Incumple el imperativo de obrar con prudencia -conforme el art. 902 del Código Civil- el médico que confeccionó una historia clínica incompleta, o excesivamente breve porque ella debe ser clara, precisa, minuciosa y metódicamente realizada, puesto que **de lo contrario se constituye una presunción en contra de cualquier intento exculpatorio de su parte**” (cfr. SCBA, 2009/10/28 – Di Corso, Ana Filomena c. Clínica Privada San Jorge)». (“Rodríguez Sandra Beatriz contra Bottazzi Silvio A. y Otros D.y P.-mala praxis” Exp N° 398329/2009)*

Trasladando estas consideraciones al caso, entiendo que la omisión de asentar las distintas prácticas realizadas, conforme claramente lo expone el perito, apareja una grave presunción en contra de las demandadas.



En consecuencia, a falta de otros medios de prueba que acrediten la correcta ejecución de la maniobras, esta presunción impone tener por acreditada la negligencia.

En esta línea, la Suprema Corte Buenos Aires, señaló: *"Incumple el imperativo de obrar con prudencia - conforme el art. 902 del Código Civil- el médico que confeccionó una historia clínica incompleta, o excesivamente breve porque ella debe ser clara, precisa, minuciosa y metódicamente realizada, puesto que de lo contrario se constituye una presunción en contra de cualquier intento exculpatorio de su parte"* (cfr. SCBA, 2009/10/28 - Di Corso, Ana Filomena c. Clínica Privada San Jorge) (Conf. "Vidal María Florencia c/ Martínez Gonzalo y otro s/d.y p. - mala praxis"-EXP N° 403695/2009).

3.3.- Recapitulando, los desarrollos hasta aquí efectuados implican que existe responsabilidad médica, derivada del obrar negligente al resolver la distocia de hombros que se presentó en el parto.

No obstante, entiendo que esta conclusión no es aplicable a la situación de la codemandada Lami.

Véase lo siguiente.

Nos encontramos juzgando sobre la reparación de las consecuencias derivadas de las lesiones sufridas por el niño.

A riesgo de ser redundante, esas lesiones tienen relación de causalidad con las maniobras tendientes solucionar la distocia, por lo que temporalmente nos encontramos en el momento del parto.

En ese escenario, las demandadas no desempeñaron la misma función y, por lo tanto, tenían distintas responsabilidades.



Conforme surge de la misma pretensión actoral, se demanda a la médica Sandra Elizabeth Toledo y a la obstétrica Carolina Lami.

Del relato de la actora, surge claro que era la Dra. Toledo quien dirigía el parto y tomaba las decisiones.

Tal es así, que sostuvo que fue ella quien ordenó *«...que llamen con urgencia a la obstétrica Lami»*, quien *«...llegó, se subió encima de la actora, colocó sus dos manos sobre la panza y un pujo presionó con toda la fuerza del cuerpo hacia abajo»*, siendo ante una segunda maniobra similar, mientras la Dra. *«...Toledo tironeaba con fuerza de la cabeza de C...»*, que se produjo el nacimiento (Hoja 90 vta.).

La Clínica Pasteur, no desconoció que la obstétrica Lami fue llamada con posterioridad al comienzo del parto, y dijo que en la sala de partos estaban las personas que debían estar *«Pediatra, enfermera de pediatría, enfermera de partos, la obstetra, el esposo de la actora y la Dra. Toledo»*, aclarando que lo que hizo la obstétrica (Lami) *«fue tenerle las rodillas para poder realizar el desprendimiento de hombros»*(hoja 159).

Es decir, que las maniobras tendientes al desprendimiento las realizó la Dra. Toledo, quien suturó posteriormente la Episectomía.

La Dra. Toledo coincidió con ese relato de los hechos (hoja 185 vta.).

Lami, por su parte, adhirió a la descripción realizada por la Dra. Toledo, aclarando que su intervención se dio en la etapa previa al parto, y *«...que fue llamada por la Dra. Toledo para realizar una maniobra normal y habitual (por indicación de la Dra. Toledo), esto es una presión suprapubiana, moderada sobre el fondo del útero con ambas*



manos para ayudar a nacer al bebe, de ninguna manera me subí sobre la actora» (hoja 297 vta.).

Como puede observarse, no hay controversia sobre la circunstancia de que, el control de la situación, se encontraba en manos de la médico obstetra Toledo.

Esto no podría haber sido de otra manera, en tanto como lo indica el perito, *«La incumbencia profesional de la obstétrica, se extiende desde el ingreso de la paciente el control del trabajo de parto y eventual control de la inducción, que debe estar indicada por el médico obstetra, hasta el parto. El medico obstetra es responsable de la asistencia médica del parto en sus distintos períodos y las maniobras que se realicen durante estos periodos y las indicaciones de medicación si fuere necesario, **relegando a la obstétrica a una tarea de colaboración, sin facultad de ejercer determinaciones, especialmente en caso de partos distócico»** (hoja 781 vta. punto 10).*

Entonces, si las lesiones del niño se vinculan con las maniobras realizadas para solucionar la distocia de hombros, y esas maniobras eran decididas por la médica obstetra Toledo, no encuentro razones para responsabilizar a la obstétrica Lami, quien cumplió sólo con un rol de colaboración.

Incluso, y desde ese vértice, nótese que los datos omitidos en el partograma, que habrían permitido evaluar la diligencia con que se realizó la intervención, debieron ser consignados por la Dra. Toledo (hoja 136).

Véase que es ella quien suscribe la información relativa al periodo expulsivo y de alumbramiento, mientras que la obstétrica firma en las observaciones relacionadas al postalumbramiento.



Entonces, no existen elementos para concluir que la Obstétrica Lami haya procedido de manera negligente y, de ahí, que en lo que respecta a las lesiones físicas del niño, no pueda ser condenada como responsable.

4.- En este punto, y previo a ingresar en la cuantificación de los daños, resta analizar un aspecto que no es menor.

Aun cuando se tenga por probada la negligencia de la Dra. Toledo, no puede asegurarse que el resultado lesivo se hubiera evitado en un 100%, de haber actuado diligentemente.

La Dra. Kemelmajer de Carlucci, en su voto, en la causa "Marchena", luego de analizar las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre la responsabilidad médica, concluyó que es posible *«...afirmar la existencia del llamado "daño intermedio". Me parece evidente que, a veces, la culpa médica (por omisión, o por comisión) está en relación causal con un daño que no es la muerte ni la invalidez en sí misma, sino las chances ciertas de prolongar una vida útil. En estos casos, cuando el paciente se encuentra en una situación en que el ejército de los malos, las fuerzas de la enfermedad de las que habla Luis González Morán, tienen posibilidades de ganar la guerra, pero las fuerzas de la salud también tienen altas probabilidades de prolongar la vida útil del paciente, posibilidades que se pierden por la culpa médica, no reconocer este daño puede conducir a una solución injusta, cualquiera sea las alternativas por las que se opte:*

- Si no se indemniza, el ordenamiento no da respuesta a un verdadero daño, culposamente causado; así, el médico que culposamente no detecta un cáncer en su estadio inicial, priva al paciente de chances de sobrevivir o de



vivir con una incapacidad menor. ¿Cuál es la razón por la que no debe responder?.

- Si se condena al médico a indemnizar la muerte o la incapacidad, se repara un porcentaje superior al daño efectivamente causado, pues lo cierto es que esas fuerzas del mal también tienen su propia capacidad de reacción; por esta vía, la de la indemnización integral de la muerte o la invalidez, se camina decididamente a la teoría de la indiferencia de la concausa, o a la teoría de la *condictio sine qua non*, ambas de resultado injusto.

2. Ahora bien, ese daño "intermedio" exige los mismos presupuestos que el daño que provoca la muerte, la invalidez, etc. Por eso, debe quedar claro que la teoría de las chances de curación no puede constituir un subterfugio para reparar daños sin causalidad adecuada.

O sea, en principio, la víctima debe probar la culpa del galeno y la relación de causalidad entre esa culpa y la privación de las chances, sin perjuicio que el demandado, por estar normalmente en mejores situaciones de probar, no debe cruzarse de brazos, sino que debe aportar al expediente toda la prueba que permita convencer al tribunal que este daño intermedio, no obstante su culpa, no debe serle atribuido.

Admito pues, con Bueres, que en muchas ocasiones, las propias circunstancias del caso permiten al juzgador aliviar el rigor de la carga probatoria de la relación causal. No obstante, destaco que dado que este daño intermedio se enfrenta con concausas endógenas al enfermo, el juez debe extremar su prudencia, pues de lo contrario, se acerca peligrosamente a la situación que mereció la crítica de Savatier a las primeras sentencias de la Casación francesa.



3. *Los datos estadísticos pueden ser un elemento útil a valorar por el juez, por lo que normalmente, la pericia debería hacer referencia a ellos.»* (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I (SCMendoza) (SalaI)- Fecha: 23/06/2003 - Partes: Marchena, Jorge E. c. Dimensión S.A. y otros - Publicado en: RCyS2004, 683 - LLGran Cuyo2003 (diciembre), 876 - Cita: TR LALEY AR/JUR/3865/2003).

4.1.- A partir de estos desarrollos, resultan trasladables similares consideraciones que las que formulé en el precedente "Merino".

Conforme allí se señalara, «...estamos ante una chance cuando existe la oportunidad, con visos de razonabilidad o fundabilidad, de lograr una ventaja o evitar una pérdida. Y por supuesto que la frustración de esa probabilidad, imputable a otro, engendra un perjuicio resarcible. Vale decir, que hay algo actual, cierto e indiscutible; y ello es la efectiva pérdida de la oportunidad de lograr un beneficio», Ahora «...la pérdida de chance no genera la obligación de indemnizar cuando se trata de la frustración de meras posibilidades o expectativas; es decir, cuando éstas son muy vagas o generales, pues en tales casos el daño que se invoca sería puramente eventual o hipotético, y es sabido que resulta improcedente conceder indemnizaciones de las meras conjeturas. De ahí que esa posibilidad perdida – para dar nacimiento a la obligación de indemnizar– tiene que tener una intensidad tal de modo que se erija en una probabilidad suficiente; o sea, que es necesario que la pérdida se encuentre debidamente fundada a través de la certeza de la probabilidad del perjuicio.

La segunda precisión a efectuar en materia de chance es que –cuando lo truncado es una probabilidad



suficiente— lo que se indemniza es la chance misma y no la ganancia o pérdida que era objeto de aquélla, a cuyo efecto el juez ha de evaluar la mayor o menor probabilidad de que esa chance se convierta en cierta. Esto significa, desde luego, que el resarcimiento a disponer en ningún supuesto ha de tener el alcance que lo identifique con el beneficio perdido, pues —si mediara tal identificación— se estaría indemnizando específicamente la ganancia frustrada o la pérdida generada, y no la probabilidad de lograrla o de evitarla, que hace a la esencia de la chance...».

«La cuantificación de este daño no es sencilla, porque el médico no afectó la salud con su actuación, sino que no contribuyó a preservarla, pues la salud, por lo general, al momento de la consulta ya se encuentra quebrantada.

En síntesis, la pérdida de chance es un daño autónomo, cuya reparación exige los mismos presupuestos que el daño derivado de la causación del "resultado final". Se trata de un daño cierto y actual, cuya probabilidad debe presentar suficiente certeza para ser resarcible. No basta considerar que existió un erróneo diagnóstico por parte del médico —como en el supuesto en estudio— para dar por acreditada la existencia de un perjuicio, sino que debe encontrarse probado que la víctima se vio privada de la posibilidad de sobrevida o curación por el negligente accionar del galeno" (Voto del Dr. Kohon, in re "Campano", ya citado).

Sobre estas bases, entonces, habrá de fijarse una indemnización por la pérdida de chance misma... Ello en tanto, como se ha dicho, el resarcimiento a disponer en el supuesto de pérdida de chance en ningún supuesto ha de tener el alcance que lo identifique con el beneficio perdido, pues si



mediara tal identificación, se estaría indemnizando específicamente la ganancia frustrada o la pérdida generada y no la probabilidad de lograrla o evitarla, que hace a la esencia de la chance».

Y agregaba: «Como explica Zavala de González: "como las chances se encuentran en un nivel inferior al lucro cesante, es aplicable la regla según la cual puede concederse menos de lo pedido si reviste la misma naturaleza básica; es cuestión de medida, y no de conceder un rubro sustancialmente distinto. Así, en el lucro cesante la pérdida versa sobre ventajas reales (aunque casi nunca seguras), y en esa frustración de chance se priva la oportunidad de lograrlas: hay menor certeza, pero no una disparidad esencial" (aut. cit, Perjuicios económicos por muerte, TII, Ed. Astrea, p. 313).» ("Merino Crispino Moises y otros contra Provincia Del Neuquen y otros S/D.Y P. - mala praxis" Exp N° 383014/2008).

4.2.- Aplicando las consideraciones precedentes al caso, entiendo necesario poner en claro que, conforme lo hasta aquí resuelto, se encuentra acreditado el daño sufrido por el niño, y su relación de causalidad con las maniobras realizadas por la Dra. Toledo para superar la distocia de hombros ocurrida durante el parto.

Con respecto al aspecto subjetivo (culpa), se tiene por acreditado a partir de la grave presunción en su contra, que nace de los déficits en que incurrió al asentar en la historia clínica los distintos sucesos ocurridos durante el parto.

Resta determinar entonces, cuáles son las chances de las que se vio privado el niño, como consecuencia del negligente accionar.



En esa dirección, tenemos que no hubo negligencia al optar por el parto vaginal, en tanto no existían circunstancias que hicieran aconsejable la cesárea.

Luego, el procedimiento de inducción seguido, aun cuando presentó cierta anomalía (volveré después sobre ello), no tuvo incidencia sobre la emergencia que luego se presentó.

Entonces, llegado el momento de la expulsión, se produce la distocia de hombros, definida por el perito como *«un accidente obstétrico grave...»* que *«debe ser resuelto en un corto plazo de tiempo»* (hoja 792vta.).

Debo remarcar aquí que, conforme surge del Consenso sobre Distocia de Hombros citado por el perito, *«Esta situación del neonato, que se encuentra parcialmente expulsado, pero imposible de nacer, constituye, como dije al principio, uno de los hechos más catastróficos que nos puede ocurrir como obstetras»* (hoja 777 vta.).

Agregándose luego que *«La cabeza se encuentra en el exterior, fuera de la vulva, pero el feto no puede respirar por la gran compresión que el canal de parto ejerce sobre su tórax. Esta Situación totalmente imprevisible e impredecible obliga a actuar al médico con celeridad.»*

Por consiguiente, el profesional que asiste el parto **tiene un par de minutos para decidir y realizar las maniobras para extraer el feto.**

No hay una maniobra que tenga una mayor eficacia o menor riesgo que otra. Para las/los obstetras, la distocia de hombro es una complicación en la asistencia de un parto, porque se produce cuando el parto, estando la cabeza afuera parece que ya ha terminado y ese momento aparece la gran dificultad **y sabe que aun realizando todo bien y en tiempo, el resultado puede no ser óptimo»** (Hoja 778).



En este escenario de emergencia, el consenso citado brinda otro dato de intereses a fines de evaluar las chances frustradas.

Explica «que muchos casos de parálisis de Erb pueden deberse a las presiones que sufre el feto en el útero antes de comenzar el trabajo de parto. Aunque la parálisis está asociada con la distocia de hombros puede ser independiente de la fuerza de tracción realizada por el obstetra» (hoja 778vta.).

Agregando luego que «Gorrk y col. Compararon las fuerzas endógenas y exógenas asociadas con la distocia de hombros con un modelo matemático realizado por ellos. La presión originada por la fuerza materna y la fuerza del útero, esta última resultó ser 4 a 9 veces mayor que la generada por el médico asistente al parto para solucionar la distocia.

A medida que más estudios basado en evidencias científicas se hagan nos presentan nuevos panoramas para esta complicación.

El mito de que la parálisis braquial es el resultado de un exceso de tracción aplicado por el obstetra va desapareciendo y en su lugar parece que la etiología de la parálisis braquial es multifactorial y resulta de los hechos anteriores al nacimiento; la impactación el hombro las fuerzan inherentes en el proceso normal del parto, por el encaje del brazo posterior fetal contra el promotorio sacro» (Hoja 778vta.).

Ahora bien, con lo aquí transcripto no pretendo poner en duda la relación de causalidad.

Sin embargo, no puede soslayarse que, en el episodio (emergencia no provocada por la médica), además de



la realizada por la Dra. Toledo, existieron otras fuerzas de tracción derivadas del propio proceso del nacimiento.

Por otro lado, pese a los múltiples factores en juego, tampoco puede pasarse por alto que el consenso ya citado, entre las distintas investigaciones que cita, de cuenta de un estudio en el que *«Se identificaron 40 casos de parálisis de Erb con una incidencia del 4.4 por mil casos de partos naturales. De los 40 casos, 23 estaban asociados con distocia de hombros. El Riesgo de parálisis de Erb fue del 18,3%, y de parálisis permanente del 1.6%.*

*Por otra parte, la parálisis de Erb en los neonatos sin distocia fue más prolongada y presentaba menos probabilidad de resolverse antes del primer año de vida. Los autores destacan la mayor tasa de persistencia de la parálisis de Erb. Entre pacientes sin distocia de hombros. En este grupo **la proporción de parálisis que persiste al año del parto fue del 41%, es decir una tasa muy superior a la esperada (1 al 5%) que se presentaba cuando se ha producido la distocia de hombro**».*

Conforme a esta estadística, la posibilidad de sufrir una lesión de la gravedad de la ocurrida en el caso, es muy baja en los supuestos en que ha existido distocia de hombros.

Entonces, y conforme las máximas de la experiencia, debo concluir que el proceder de la Dra. Toledo ha sido determinante en la producción el daño.

Por lo expuesto, considerando la emergencia que implica la distocia de hombros, la celeridad con que se debió actuar para evitar la muerte de C., el carácter multifactorial de la lesión, pero con una gravedad en el caso que no se condice con lo que ocurre en la generalidad de



supuestos similares, es que entiendo prudente fijar la responsabilidad de la nombrada en un **75%**.

5.- Sobre esta base, y ante la necesidad de cuantificar la indemnización por incapacidad física, entiendo necesario efectuar una serie de consideraciones en punto a la fórmula que emplearé, y los parámetros con que he de completarla.

Tal como lo hemos señalado en anteriores oportunidades, el alcance del resarcimiento, la determinación del "cuánto" apropiado a fin de procurar el restablecimiento del perjudicado, es uno de los aspectos de mayor complejidad en la labor judicial.

Así, el análisis resarcitorio necesariamente habrá de partir de la siguiente idea rectora: la reparación del daño debe ser "*integral*", es decir, debe procurar dejar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad a que se le lesionaran sus derechos.

En tal línea, hemos destacado la importancia de la utilización de las fórmulas matemáticas financieras.

Ese uso, nacido a la luz del Código Civil Velezano, fue redimensionado a partir de la vigencia del CCC y de la posterior jurisprudencia de la CSJN.

5.1. En efecto, tal como lo señala Picasso «*El razonamiento de la Corte en "Grippe" comienza –como en los restantes precedentes ya citados– por enunciar la idea según la cual toda persona tiene derecho a una reparación integral de los daños sufridos, y recuerda que ese principio tiene carácter constitucional y "está expresamente reconocido por el plexo convencional incorporado al artículo 75, inciso 22, de la Ley Fundamental"*».

Esto permite a la Corte federal ingresar en el análisis de la forma en que la cámara evaluó los daños, pues



"dicha reparación integral no se logra si el resarcimiento que se admite como modo de reparar los daños ocasionados se concreta en valores económicos insignificantes en relación con la entidad del daño que pretende resarcirse"

Hasta aquí, no hay nada nuevo bajo el sol. Pero unos párrafos más adelante el tribunal añade que es preciso considerar "criterios objetivos" para determinar la suma indemnizatoria en cada caso, de modo de evitar "valoraciones sumamente dispares respecto de un mismo daño sin motivos razonables y/o de entidad que lo justifiquen".

Añade que esos criterios objetivos se relacionan, asimismo, con la seguridad jurídica, "que también cuenta con jerarquía constitucional (...) dadas las diferentes posturas que se observan al momento de cuantificar los mismos ítems indemnizatorios –incapacidad y valor vida– en los distintos fueros que integran el Poder Judicial de la Nación".

La pregunta que queda planteada es, entonces, cuáles serían esos "criterios objetivos". La Corte responde con dos pautas fundamentales:

a) se debe acudir –aunque más no sea, como criterio orientador– a fórmulas matemáticas, elaboradas a partir del porcentaje de incapacidad laboral determinado en cada caso, y

b) en cualquier caso, las sumas que, para la clase de daño de que se trate, resultan de la aplicación de la Ley de Riesgos del Trabajo, constituyen un "piso" mínimo del que los jueces no pueden –en principio– apartarse, cuando evalúan esa misma clase de daños desde la óptica del derecho común.

Si esto último ya había sido adelantado en la causa "Ontiveros" –según se ha reseñado supra–, lo primero es una verdadera novedad, e implica un importante cambio de postura del máximo tribunal federal respecto del empleo de cálculos matemáticos para cuantificar esta clase de perjuicios.



En efecto, aunque el tribunal empieza sosteniendo que –como norma– no cabe recurrir a "criterios matemáticos", ni "aplicar las fórmulas utilizadas por la ley de accidentes de trabajo", inmediatamente relativiza esa idea, al afirmar que esos criterios son "una pauta genérica de referencia que no debe ser desatendida por quienes tienen a su cargo la tarea de cuantificar los daños".

De modo que, a partir del precedente "Grippe", los jueces no pueden soslayar la aplicación de criterios matemáticos para evaluar las indemnizaciones por muerte e incapacidad sobreviniente, aunque –en palabras de la Corte– el cálculo resultante sea solo una "pauta orientadora"...» (cfr. (cfr. Picasso, Sebastián, *La Corte Suprema y las cuentas matemáticas para cuantificar la incapacidad sobreviniente. Una relación tortuosa con final feliz*, Publicado en: La Ley 18/10/2021, 1• RCyS 2021-VI, 22. En igual sentido, ver Alferillo, Pascual E, *La cuantificación del daño a la persona en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La trascendencia del caso "Grippe, Guillermo Óscar"*. Publicado en: LA LEY 02/11/2021, 9 • RCyS 2021-VI, 34).

5.2. Estas ideas no son extrañas al razonamiento que esta Cámara viene aplicando.

Sin embargo, una revisión de este tema, reconduce a la reformulación de los métodos empleados y al reemplazo de las fórmulas Vuoto y Méndez anteriormente utilizadas por la suscripta, por la propuesta por Acciarri, la que entiendo permite un mejor ajuste a las circunstancias de cada caso.

Es que «las fórmulas matemáticas de ningún modo implican desatender las "particularidades del caso". Los jueces deben determinar, en cada situación, los "insumos" que compondrán cada una de las variables de la fórmula, lo que



exige tener en consideración –de forma mucho más particularizada que los criterios llamados "cualitativos"– todas las circunstancias relevantes del expediente (edad de la víctima, grado de incapacidad genérica y específica, ingresos del damnificado, edad máxima a tener en cuenta, etc.).

Bien explica Carestia que el empleo de esta clase de fórmulas "no significa convertir al cálculo indemnizatorio en una fría fórmula matemática ni reducir a la persona a ser parte de una estadística rígida e inmutable. Todos los componentes a los que recurren los jueces en su prudente arbitrio pueden ser volcados sin inconvenientes a una fórmula. Por ejemplo, las circunstancias particulares de la víctima (su edad, sexo, estado civil o condición social y económica), las tareas que excedan lo meramente laboral o productivo pero que sean económicamente valorables, etcétera".

Finalmente, y para volver a conectar esta cuestión con el precedente "Grippo", debe destacarse que el empleo de fórmulas matemáticas en modo alguno significa considerar únicamente lo que la víctima efectivamente ganaba. El art. 1746 del Código Civil y Comercial manda computar "la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables", con lo que no tiene en cuenta únicamente la "incapacidad laboral" (aptitud productiva del sujeto) sino también la denominada "incapacidad vital", representada –como ya se ha explicado– por las actividades de la vida social que son económicamente mensurables, tales como las tareas domésticas, o las actividades sociales que determinan posibilidades de obtención o mejora de ingresos...» (idéntica cita).



5.3. A partir de estas consideraciones, tal como lo señalara, entiendo que corresponde efectuar una revisión de los métodos empleados.

Es que, como indica Hugo Acciarri, «una enorme cantidad de juzgados y tribunales que cuantificaban indemnizaciones por incapacidad sin expresar su razonamiento mediante fórmulas matemáticas pasó a emplearlas. Quienes ya lo hacían, por su parte, frecuentemente pasaron a computar más refinadamente.

Ambas tendencias, confluyentes y deseablemente complementarias, tienden a una discusión más precisa y más profunda, que permite concentrarse seriamente en los aspectos claves en este género de casos, que resultan indistinguibles si el cálculo no se expresa detalladamente.

Por ejemplo, cuestiones concernientes a cantidades monetarias nominales y sus equivalencias reales, la tasa de descuento, el valor asignado a la capacidad para cada período, quedaban ocultos en aquella modalidad de determinación rudimentaria y "de un solo golpe", que va quedando atrás y, al contrario, resaltan con claridad y pueden discutirse con honestidad democrática cuando se formalizan en cifras parciales y en relaciones definidas.

Esa misma claridad permite advertir, con la mayor precisión posible -y corregir-, consecuencias socialmente indeseables, como sesgos sistemáticos de edad o de género, resultado de la reiteración irreflexiva de prácticas viciosas...» (cfr. Acciarri, Hugo A. Cuantificación de incapacidades desde la vigencia del Código Civil y Comercial, RC D 386/2021, a quien seguiré en los desarrollos subsiguientes).



5.4. Teniendo en cuenta la incapacidad determinada (sobre lo que después volveré), debe tenerse claro que lo que se indemniza son las consecuencias de los daños.

Con respecto a cuáles son esas consecuencias, el artículo 1746 del Código Civil y Comercial, se presenta como pauta de interpretación (dada la fecha del accidente) que indudablemente se debe seguir, en tanto vino a plasmar la evolución de la doctrina y jurisprudencia hasta el momento de su sanción.

Entonces, nos encontramos con que en el campo patrimonial los daños se traducen en dos dimensiones: a) La disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas y/o b) económicamente valorables.

Por lo tanto,

a) Para la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas: se debe determinar cuál sería el equivalente monetario de aquellas capacidades de la víctima que, periódicamente, redundarían en su sustento: "producirían". En palabras sencillas, sus ingresos: aquello que, en su vida, recibe de otros, sea del Estado o del mercado, por sueldo, honorarios, derechos, etcétera.

b) Para indemnizar lo referente a las actividades económicamente valorables: corresponde encontrar el costo de sustitución, el "precio sombra" de esas actividades por las cuales, cuando se realizan, no se percibe dinero, pero sí hay que pagarlo si no podemos hacerlas y debemos contratarlas de terceros. Se trata, en síntesis, del costo de servicios tales como limpieza y cuidado, transporte, mantenimiento, etcétera, que la víctima realizaba para sí y su grupo de personas significativas, y que ahora deberá sustituir por contrataciones ordinarias de mercado, total o parcialmente.

También corresponderá aquí contemplar la pérdida de un valor relevante para progresar en la actividad laboral (conocido como networking); por ejemplo, considerar si de haber podido continuar realizando actividades sociales, hubiera sido probable que su curva de ingresos hubiera sido más elevada.

5.5. Sentado lo que se indemnizará, las fórmulas matemáticas nos permiten determinar un capital (indemnización por incapacidad), cuyas rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades patrimonialmente valorables. Ese capital, debe agotarse en el término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades (Este método recibió consagración legislativa en el art. 1746 del C.C.C.).

Ahora bien, los parámetros indicados dan cuenta del hecho de que el damnificado cobra anticipadamente los que iban a ser sus ingresos venideros (frustrados por el evento dañoso).

Por eso, las fórmulas generalmente utilizadas, consignan una tasa de descuento, mediante la cual se busca disminuir su monto para compensar el cobro anticipado (sobre su determinación volveré más adelante).

Pero lo cierto es que, en la generalidad de los casos, al momento en que se realiza el cálculo de la indemnización (es decir, a la fecha de la sentencia) una parte del tiempo en que se generó ese daño ya ha transcurrido, por lo que el pago de las sumas que se determinen adeudadas por esta etapa, no implica adelantamiento alguno; antes bien devengan intereses a favor de la parte reclamante.

De allí que, comparto la posición de quienes desdoblán el cálculo indemnizatorio en dos tramos:



a) el primero desde la fecha del hecho y hasta la sentencia que determina la indemnización, y

b) el segundo, desde la sentencia y hacia el futuro.

Sólo este último tramo se verá afectado por la tasa de descuento.

Abordaré en primer término el desarrollo del segundo tramo.

5.6. Segundo tramo (fórmula de valor presente de renta futura no perpetua):

La utilización de la fórmula Acciarri, nos exigirá determinar las siguientes variables:

a) Edad inicial para el cómputo y vida productiva.

a.1) En principio se toma en cuenta la edad actual de la víctima correspondiente a la fecha en que se dicte la sentencia que efectúe el cómputo.

Sin embargo, y conforme explicaré en oportunidad de abordar los ingresos que deben considerarse (punto b), corresponde determinar el momento a partir del cual puede entenderse que las consecuencias patrimoniales aquí analizadas comienzan a producirse.

a.2) El fin de la vida productiva, estimo que, salvo prueba en contrario, debe establecerse en la edad de 75 años teniendo en cuenta la expectativa de vida actual y la capacidad vital.

Es que tal como indican Marcellino y Sappia:

«Nos parece más preciso reputar, antes que el tiempo de expectativa de vida, los años en que presumiblemente se estima que una persona puede realizar válidamente las actividades económicamente valorables a las que refiere el concepto de incapacidad vital.»



Ello es preferible si se advierte que menores de muy corta de edad normalmente no desarrollan estas tareas cotidianas dependiendo de terceros, principalmente sus padres, para cumplirlas al menos durante un tiempo, con lo cual no cabría presumir la pérdida de ese beneficio económico en este caso durante un periodo temporal.

Mientras que, en el caso de los adultos mayores, aun carentes de potencialidad productiva laboral, normalmente continúan realizando estas actividades con contenido patrimonial hasta el final de su existencia, ello es lo que debe presumirse por ser lo que ordinariamente ocurre, debiéndose tomar en cuenta a dichos fines entonces el cálculo de expectativa de vida en la actual sociedad (ej. 75 años).

Las presunciones referidas anteriormente son susceptibles de ser desvirtuadas por prueba en contrario, si se acredita efectivamente la no realización de estos actos cotidianos útiles no remunerados por el pretense damnificado...» (cfr. Marcellino, Leonardo y Sappia, María Candelaria La cuantificación de la "incapacidad vital", Publicado en: RCCyC 2020 (abril), 23 • RCyS 2020-VI, 17).

b) Ingresos considerados:

b.1. Este aspecto, nos impone discernir a qué fecha corresponde tomar el ingreso base, lo que se reconduce en dilucidar la naturaleza de la obligación.

Conforme la doctrina de la SCBA «los jueces se hallan facultados para fijar el quantum indemnizatorio tanto a la fecha del hecho como al momento de dictar sentencia y aún diferirlo a las resultas del procedimiento que considere pertinente -art. 165, C.P.C.C.-, todo a fin de lograr una mejor reparación del daño causado» (causas 44.415, 117.926)

En igual línea, otros tribunales han sostenido que «...el momento al cual corresponde realizar la



cuantificación del daño, es el más cercano al efectivo pago resultando aplicable a esta decisión el art.1083 de la ley 340 (modificada por ley 17.711), similar al art. 1740 del CCyC que prevé además la reparación "plena", en coincidencia con el art.772 del mismo ordenamiento» (cfr. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda de Mar del Plata, "RUIZ DIAZ, José Aurelio c. KREYMEYER, Iván y otra s/ Daños y perjuicios", 18/08/2016, Expediente n° 161.169-Juzgado n°12).

Tal lo adelantado, vemos como estos razonamientos nos conducen -implícita o explícitamente- a abordar la naturaleza de las deudas involucradas, en otros términos, a determinar si las sumas destinadas a reparar daños constituyen deudas de valor, en el sentido reconocido por la doctrina y que encuentra actual recepción normativa en el art.772 del Código Civil y Comercial.

Y parece claro que estamos frente a deudas de valor.

Como sostiene Pizarro y Vallespinos «...Obligación de valor es aquella que tiene por objeto un valor abstracto o una utilidad, constituido por bienes, que habrá de medirse necesariamente en dinero en el momento del pago. Lo adeudado no es una suma de dinero sino un cierto valor, que necesariamente habrá de medirse en dinero al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda (art. 772). Como ejemplos de obligaciones de valor se mencionan la indemnización de daños y perjuicios, tanto en la responsabilidad por incumplimiento obligacional (contractual) como en la que deriva de hechos ilícitos en sentido estricto (extracontractual); la obligación proveniente del enriquecimiento sin causa; la indemnización por expropiación; la deuda por medianería; la obligación de alimentos; las



recompensas en la sociedad conyugal; la obligación de colacionar, etcétera. El dinero no aparece en estas deudas in obligatione (lo debido no es dinero sino un valor) sino in solutione (dicho valor debe traducirse en dinero y ser pagado en dinero). Se debe un valor pero se paga con dinero...» (cfr. Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos Carlos Gustavo- Tratado de Obligaciones Tomo I).

Como siempre acontece, el abordaje dependerá de los términos en los que la cuestión sea sometida a juzgamiento.

b.2. En punto a la cuantificación de esos ingresos, en la generalidad de los casos hemos de partir de los acreditados en el trámite; no pudiendo soslayarse que no se trata de un dato estático, ni tampoco se reduce a los ingresos normales obtenidos de la actividad productiva de la víctima.

Ahora bien, cuando «...el que reclama por incapacidad es un menor de edad, el que aún no ha accedido a su primer trabajo y donde tampoco se encuentra definido todavía el campo en el que se desempeñará, el resarcimiento tiene en mira no la disminución para realizar determinado trabajo sino la de sus posibilidades genéricas que podrán verse disminuidas en el futuro, al intentar ingresar al mercado laboral. Al igual que en la indemnización por pérdida de chance, se trata de indemnizar una posibilidad suficientemente fundada, casi una probabilidad, lo que convierte el daño en cierto (CCC Mar del Plata in re: "Campos de Mediavilla, Flora Enriqueta C/D'Aloia, Daniel Edgardo" s/indemnización de daños y perjuicios; Cc0101 Mp 107578 Rsd-65-99 S; 18/03/1999; Juez: De Carli (sd); Mag. Votantes: De Carli-Font; LD, íd., n° 16)» (citado en "Sánchez, Juan Pablo



c/Ticket Neuquén S.R.L. s/Daños y perjuicios”, sentencia del 29/04/10).

Luego, ante la imposibilidad de acreditar ingresos y la ausencia de otros parámetros, corresponde optar como valor de la variable al Salario Mínimo Vital y Móvil.

Claro está, considerando que con este valor se pondera el daño vinculado a las actividades productivas, es decir, las que son afectadas por la incapacidad laboral, corresponde determinar el momento a partir del cual se debe computar esta afectación.

A falta de alegaciones y prueba en contrario, entiendo que ese daño debe considerarse a partir de los 18 años, cuando se adquiere la mayoría de edad (art.25 CCyC) y la capacidad para celebrar contratos de trabajo sin necesidad de la autorización o consentimiento de terceros (art. 32 LCT).

Ahora bien, en punto a la ponderación de las actividades económicamente valorables, corresponde realizar ciertas precisiones.

A fines de precisar que actividades quedan englobadas en el concepto, Zabala de González comienza por *«...delimitarlas por exclusión:*

(i) no son productivas: no son retribuidas, no generan ganancias;

(ii) tampoco son extrapatrimoniales: no son las recreativas, las que se realizan por placer, con un objetivo gratificante, para despejarse o para relacionarse con otras personas. Aquí entran actividades como éstas: hacer gimnasia, practicar deportes, juntarse con amigos, ir al club, ver un espectáculo, salir a bailar, viajar, asistir a misa, realizar tareas de bien común, tener otros hobbies. Dejar de hacer



esto no genera daño patrimonial, ni siquiera en sentido amplio.

Segundo, puede caracterizárselas diciendo que, si bien no remuneradas y no productoras ganancias, sí reportan utilidades (para quien las despliega y para su grupo familiar). Esto se comprueba al advertir que hay que pagarlas si se pretende que otro las realice en nuestro beneficio.

Tercero, cabe una enumeración ejemplificativa: limpiar, cocinar, lavar la ropa, plancharla, arreglar los desperfectos del hogar, cortar el césped, hacer las compras en el supermercado, llevar y retirar a los niños del colegio, transportarlos a sus múltiples actividades, ir al banco, pagar impuestos y servicios, administrar la economía doméstica.» (Matilde Zavala De González-Rodolfo González Zavala -La responsabilidad civil en el nuevo Código).

Conforme se deduce de estos lineamientos, es razonable considerar que un adulto desarrolla actividades económicamente valorables hasta finalizar su vida pero, como ya adelanté, no podría concluirse que una persona realiza estas actividades desde su nacimiento.

Durante los primeros años de vida, cualquier niño, aun cuando no haya sufrido una lesión incapacitante, sólo es objeto de cuidados.

Luego, comienza con su desarrollo intelectual y físico, que va de la mano de la escolaridad, asumiendo mayores responsabilidades, que se irán incrementando hasta su vida adulta.

Véase por ejemplo, que un niño puede comenzar realizando tareas de orden en su cuarto, vestirse sólo; más adelante, realizar compras, ayudar en el cuidado de sus hermanos, y continuar luego esa progresión, desarrollando así actividades que no se vinculan con lo recreativo, ni



tienen una finalidad gratificante, y que son económicamente valorables.

Es por ello que, debiendo fijar el momento a partir del cual contemplar este tipo de afectación patrimonial, concluyo que los 13 años constituyen una edad razonable para que comience a desarrollar actividades del tenor de las descriptas.

Tengo en cuenta las máximas de la experiencia, y que el Código Civil y Comercial, fija ese momento como un punto de inflexión en el desarrollo de las personas, en tanto, a partir de esa edad, presume que se cuenta con la madurez suficiente para decidir por sí sobre ciertas cuestiones (art. 26 CCyC).

Con respecto a su cuantificación, y ante la falta de mayores elementos, he de fijarla en el 20% del Salario Mínimo Vital y Móvil.

Pasando en limpio lo expuesto, a fines de valorar las consecuencias patrimoniales, como las aquí analizadas, salvo alegaciones y prueba en contrario, se considerará que una persona comienza a realizar actividades económicamente valorables a partir de los 13 años, y actividades productivas desde los 18 años.

En ambos casos, esas actividades se prolongaran hasta la edad de 75 años.

b.3. Asimismo, entiendo que corresponde ponderar que esas remuneraciones varían:

Como es sabido, la formula "Méndez" fue un reajuste de la formula "Vuoto", en respuesta a las críticas que la Corte Suprema de Justicia realizó en el fallo "Arostegui" (8/4/2008).

Uno de esos cuestionamientos, era que no se consideraban las posibles variaciones en los ingresos.



Es por ello que la formula "Méndez", «En vez de reproducir la remuneración de la víctima al momento del hecho, multiplica esa remuneración por 60 y la divide por la edad de la víctima al tiempo de sufrir las consecuencias dañosas (con un tope superior de 60, es decir que si el hecho afecta a una persona de 66 o más años de edad, el divisor será en todos los casos 60).

La intuición subyacente parece fácil de inferir: según lo que sabemos de lo que regularmente sucede en el mundo (hechos notorios), el tope de remuneración para una misma persona se suele alcanzar más cerca de su edad madura que de su temprana juventud. Por supuesto que hay sectores (modelos, deportistas profesionales, etc.) donde esta progresión difiere, pero en lo que normalmente sucede, sería bastante razonable asumir lo primero.

Si esto es así, se infiere que, para el caso general, la remuneración de una persona de 20 años estará más lejana al tope de su productividad que la de esa misma persona a los 40, y así sucesivamente hasta el punto máximo. Luego, si una persona resulta damnificada a sus 20, cristalizar su ingreso (como expresión de su capacidad) a esa edad, subvaluaría su productividad y, consiguientemente, el monto indemnizatorio a su favor. Esa subfórmula, empleada en Méndez, en definitiva, es un modo de calcular el punto máximo de la curva de ingreso esperable para una persona, realizada a partir de su ingreso a una cierta edad y algunas asunciones (razonables) de sentido común.

El problema, como lo expuse con anterioridad, es que al introducir ese valor en la fórmula Vuoto, ella calculará todos los períodos implicados de acuerdo con ese valor máximo. La razón de esa uniformidad es estructural: como sabemos, la fórmula Vuoto sólo calcula el valor presente



de una renta constante. Ese efecto es el cuestionable. Una cosa es decir que, por lo que sabemos de las regularidades del mundo, es esperable que un joven de 20 vaya a ganar a sus 60 el triple de su ingreso inicial (eso es lo que resulta de multiplicar el ingreso de sus 20 años por 60 y dividirlo por 20). Otra muy diferente, que ese ingreso máximo deba ser considerado, uniformemente, como su remuneración o el valor de su capacidad, desde sus 20 años hasta el fin de su vida estadística. Mientras que lo primero es una cuestión de hecho, contingente y como tal, materia de opinión, lo segundo no guarda consistencia con las bases del problema.»
(Acciarri, Hugo A. - Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad - Publicado en: SJA 11/10/2017, 11/10/2017, 106 - Cita: TR LaLey AR/DOC/4178/2017).

El inconveniente descripto surge palmario cuando se lo grafica en un ejemplo. En función de la sub fórmula utilizada en "Méndez", los ingresos de un joven de 20 años se triplicarían ($60/20=3$) para todo el periodo indemnizado.

Como bien señala Acciarri, es razonable pensar que los ingresos de ese joven se van a incrementar hasta su edad madura, y tomarse como fin de esa progresión los 60 años.

El problema es que, en el método Méndez, se triplican los ingresos que serán tomados como base para todos los periodos, incluso los actuales y más próximos. Es decir, si ese joven acreditó que gana actualmente \$ 1000, la formula efectuara el cálculo considerando como base un ingreso de \$3000, sin ajustarse a ningún incremento progresivo.

Esta es una de las razones por las que, como ya señalé, entiendo que corresponde inclinarnos por la aplicación de la formula "Acciarri", en tanto nos permite



calcular el valor presente de una renta variable, con mayor precisión y justificación de los parámetros adoptados.

Ahora bien, ante esta opción, en principio recae sobre las partes argumentar y probar sobre la posible evolución de esos ingresos.

Pero, a falta de prueba y en tanto no se anula la premisa relativa a que los ingresos varían (según las máximas de la experiencia), corresponde determinar cómo se calculará esa evolución.

Con ese fin, entiendo prudente considerar los Estudios y Estadísticas Laborales publicados por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en tanto nos brindan datos objetivos.

En su página oficial (<https://www.trabajo.gob.ar/estadisticas/Bel/ingresos.asp>), podemos encontrar cuatro estadísticas referidas a los ingresos y salarios efectivos de los principales aglomerados urbanos.

Esas estadísticas distinguen distintas situaciones, según se trate de asalariados, asalariados plenos, ocupados y ocupados plenos.

En lo que aquí interesa, nos brindan información sobre el ingreso medio de los asalariados y ocupados, plenos y no plenos, distinguiendo entre distintas franjas etarias.

Dado que esos informes contemplan distintas variables, entiendo prudente promediar sus resultados, para luego extraer conclusiones sobre la evolución de los ingresos. Tomo como base a los datos existentes a partir de segundo trimestre del año 2016.

De esta operación obtengo que

a) Hasta 24 años, no considerare variación en los ingresos previamente percibidos.



b) Entre 25 y 34 años, el ingreso se incrementará en un 45,66% en relación a los anteriores.

c) Entre 35 y 49 años, el incremento es de 22,81% sobre los anteriores

d) Entre 50 y 59 años, es de 4.25% sobre los anteriores

e) A partir de los 60 años el ingreso se mantiene estable (la variación en menos no es significativa).

Esta será la evolución que será plasmada en la planilla practicarse.

**Asimismo, cabe considerar que «Si asumimos que es previsible que en el futuro fuera a incrementarse ese ingreso, ¿cómo deberíamos considerar ese incremento previsible?, ¿cómo daño cierto o como chance de progreso?... En definitiva, para quien entienda que, en el marco normal de los casos de indemnización por incapacidad, todo lo que indemnizamos debe caer en la categoría de daño cierto, simplemente consideraremos que todo lo que calculemos, es decir, el valor presente de las sumas vigentes al momento del hecho y las futuras -superiores o inferiores-, va a integrar dicha categoría. Es decir, aplicaremos a las sumas que consideremos representativas de la capacidad perdida una probabilidad del 100%. Esto no significa la ilusión de ninguna certeza, sino que si pensamos que alguien que viene ganando \$ 100 puede llegar a ganar, en un cierto período, entre \$ 100 y \$ 200, con igual probabilidad usaremos el valor 150, porque ya descontamos la probabilidad en nuestra evaluación. Este modo de pensar (primero pensamos en las probabilidades y llegamos a una cantidad que ya las descuento) es lo más natural para nuestro modo de decidir cotidiano. Por eso, la alternativa de no usar, explícitamente, una probabilidad inferior al 100% no es una*



exageración de fe en nuestras predicciones, sino un recurso para captar, del mejor modo posible, la forma en que decidimos. Pero, nuevamente, eso no es un problema matemático. Quien asuma que es preferible distinguir los valores vigentes al momento del hecho y su hipotética reproducción hasta el agotamiento de la capacidad y encuadrarlos como daño cierto, y que deben considerarse las variaciones futuras respecto de tal valor como chance, o acaso también como daño cierto, pero prefiera dejar claro el rango de probabilidades que evaluó, simplemente debe asignar a los montos que estime como tales (aquellos que representen el valor de la capacidad para cada período y difieran respecto del vigente al momento del hecho) una probabilidad superior a 0% e inferior al 100%...» (Hugo Acciarri - Cuantificación de incapacidades desde la vigencia del Código Civil y Comercial Revista de Derecho de Daños. Tomo 2021-I - Cuantificación del daño. Hojas 65 y 67).

Salvo prueba en contrario o máximas de la experiencia, se entenderá que nos encontramos en el campo del daño cierto.

c) Tasa de descuento

La fórmula utilizada es de valor presente, y de allí que, como dijera más arriba, una de sus variables sea la tasa de descuento, «...que es una tasa de interés que busca reducir la indemnización, para dar cuenta del hecho de que con ella, el damnificado estará cobrando anticipadamente los que iban a ser sus ingresos venideros (frustrados por el evento dañoso): con este mecanismo se restan los intereses que el capital que percibe el damnificado generará a futuro».

Y así, la tasa de descuento «...es una tasa anual, pura (es decir, sin incidencia de inflación), que se va a descontar simplemente por el adelanto de sumas futuras, y



representa la rentabilidad por cada período que la víctima podría obtener si invirtiese el dinero que percibe. Es importante tener esto presente porque la alícuota que se seleccione para cada caso concreto implica asumir que la víctima puede invertir su capital y obtener como mínimo ese retorno por encima de la inflación. Luego, se debe tener en cuenta que a mayor tasa, menor será el quantum indemnizatorio que arroje la fórmula y viceversa. En la práctica jurisprudencial local se utilizan usualmente tasas de entre el 4% y el 6%; guarismos mayores a éstos son calificados de excesivos por la doctrina más especializada...» (cfr. Arturo Audano- Baremos y fórmulas matemáticas: Cuantificación del daño por incapacidad a través del análisis económico del derecho - pág. 77 y ss).

Tenemos entonces que, en términos generales, la tasa de descuento que se ha utilizado en las tradicionales fórmulas rondaba entre el 4% (Méndez) y 6% (Vuoto).

Pero, como indican Pita y Depetris «No obstante, la doctrina autorizada propicia una reducción porque en un contexto inflacionario como el que suele presentar el país y en el que nos encontramos en los últimos años, se estaría reduciendo sustancialmente la cuantía indemnizatoria a contracorriente de la realidad económica que muestra dificultades o ya imposibilidad de que el damnificado disponga de mecanismos de inversión a moneda estable y le permitan una rentabilidad equivalente; ello, cuando las tasas internacionales de interés en monedas estables no suelen superar el 2% anual (Pizarro y Vallespinos, 2017:782-783)...» (cfr. Pita, Enrique Máximo Depetris, Carlos E. - La cuantificación de los daños por incapacidad y extrapatrimoniales en el código civil y comercial de la



nación (a propósito de los cinco años de su vigencia)-
Publicado en: RCCyC 2021 (febrero), 149 • RCyS 2021-II, 33).

En el contexto actual, estimo entonces que la misma debe establecerse en el 2%.

Estas entonces serán, lo parámetros para la utilización de las principales variables de la formula.

5.7. Primer tramo (desde la fecha del hecho y hasta la fecha de la determinación de la indemnización).

Como dijera en el inicio de este punto, por regla general, al momento en que se realiza el cálculo de la indemnización (es decir, a la fecha de la sentencia) una parte del tiempo en que se generó el daño ya ha transcurrido, por lo que el pago de las sumas correspondientes a esta etapa no implica adelantamiento alguno.

Por lo tanto, para este periodo, la metodología será similar, pero la tasa de descuento será del 0%.

Los resultados que arroje el cálculo de cada tramo se sumarán, devengando intereses desde la fecha del evento dañoso (art. 1748 del CCC).

5.8. Aplicación de las consideraciones anteriores al caso analizado.

Sobre las bases anteriores, se procederá a efectuar el cálculo de la indemnización, a partir de la planilla Acciarri 2015 (<https://www.derechouns.com.ar/formula-y-planilla-de-calculo-de-indemnizacion-por-incapacidad-art-1746-ccyc/>).

Tomaré como parámetros a los siguientes:

Edad al momento del infortunio: 0 años

Edad al momento de la sentencia que determina la incapacidad: 11 años.

Ingreso a considerar: Conforme ya señalé, nos encontramos ante una deuda de valor, cuyo abordaje en estos



términos se encuentra subordinado a la manera en que la cuestión fue introducida.

Es por ello que no puede pasarse por alto que, la parte actora, solicitó en concepto de daño emergente de C. la suma \$450.000 más intereses pero, para el caso de que se recurriera a la formula matemático financiera, dijo que *«bien podría tomarse el SMVM al momento del dictado de la sentencia»* (hoja 95vta.).

Tal solicitud, es concordante con la efectuada en el objeto de la demanda, en el que se solicitó expresamente *«la fijación de los valores vigentes al tiempo de la sentencia, que contemple las oscilaciones de nivel de precios ocasionadas por el deterioro del poder adquisitivo de la moneda, contemplando así la reparación integral de rehabilitación y tratamientos quirúrgicos del menor»* (hoja 89vta.).

Entonces, en función de los solicitado, he de tomar el salario mínimo vital y móvil a la fecha de la cuantificación, esto es la sentencia de primera instancia.

De acuerdo con lo hasta aquí explicado, tomaré las suma de \$3780 (20% SMVyM) desde la edad de 13 años y hasta los 18. A partir de ese momento \$ 22680 (\$ 18.900 + 20%), a lo que se adicionará las variaciones ya establecidas por franja etaria.

Para la determinación anual, al igual que en las fórmulas Vuoto y Méndez, el ingreso mensual se multiplica por 13.

Tasa de descuento: Primer tramo 0%, Segundo tramo 2%.

Incapacidad determinada: 56.62%

Sobre esta incapacidad, me remito a lo ya expuesto sobre la trascendencia del dictamen pericial, y las



limitaciones que existen sobre la posibilidad de apartarse de la opinión del experto.

En el caso, el perito especialista en ortopedia y traumatología, dictaminó una incapacidad del 56,62% brindando las explicaciones de cómo llegó a ese porcentaje (Hoja 669).

Los actores cuestionaron la omisión de indicar incapacidad por el Síndrome Bernard Horner, a lo que el perito contestó que resulta inverosímil traducirlo a incapacidad, puesto que el Baremo Civil no lo categoriza en el apartado neurología.

Ante esta circunstancia, se lo contemplará en el daño moral.

Seguros Médicos S.A por su parte, cuestionó el porcentaje asignado en el entendimiento de que es elevado (hoja 689).

Arribó a esa conclusión, ensayando una suerte de división aritmética y proporcional del cuerpo humano, que la lleva a considerar que un solo miembro no podría superar el 25%.

Tal ponderación se asienta en una interpretación propia de la impugnante.

Sobre este cuestionamiento, debo hacer notar que ante la necesidad de medir o determinar la incapacidad física resultante, es necesario contar con patrones para objetivar los resultados obtenidos en los distintos casos que se presentan.

Es así que los baremos se constituyen mediante tablas, en las que se indican cifras orientativas de incapacidad para diversas patologías y secuelas.

En el caso, el perito se sirvió del baremo Altube - Rinaldi, comúnmente utilizado en el fuero civil.



La impugnante no planteó que el baremo se haya aplicado incorrectamente, sino que trasluce una disconformidad con las pautas de ese baremo.

Esa disconformidad no resulta atendible, en tanto no es razonable pensar que, la incapacidad, pueda medirse en términos aritméticos y proporcionales al tamaño del parte sector del cuerpo afectado.

A modo de ejemplo, no provoca las mismas limitaciones una lesión en un dedo de la mano, que una en un dedo del pie.

Estas diferencias son contempladas en los baremos, permitiendo contar con reglas coherentes y concordantes.

Entonces, como vengo diciendo, la mera disconformidad, sin analizar todos estos aspectos, resulta insuficiente y debe ser rechazada.

Aplicación de los parámetros definidos.

De conformidad a lo hasta aquí expuesto, obtengo los siguientes resultados:

A) PRIMER TRAMO (desde la fecha del hecho y hasta la fecha de la determinación de la indemnización).

Considerando la edad del niño a la fecha de la sentencia (nueve años), no corresponde fijar suma alguna por este rubro en tanto, como ya señalé, no puede presumirse que haya realizado actividades económicamente valorables.

Aclaro que las consecuencias extrapatrimoniales deben ser analizadas bajo un análisis distinto.

b) SEGUNDO TRAMO (fórmula de valor presente de renta futura no perpetua):



Edad inicial para el cómputo	13
Porcentaje de incapacidad	56,62%
Tasa de descuento	2,00%
Indemnización VP ingreso inicial constante	\$983.618,91
Indemnización VP incrementos probables	\$7.353.611,23
Indemnización (Ingr const + incr probables)	\$8.337.230,13

Desde/Hasta	Períodos anuales	IAP (Ingr Anual Proyectado)	PROB Incr	IVE Valor Esperado Ingr IVE = IAP x Prob	II Ingreso Implicado II = IVE x Incapacidad
13					
18	5	49.140,00	100%	49.140,00	27.823,07
24	6	294.840,00	100%	294.840,00	166.938,41
34	10	429.463,94	100%	429.463,94	243.162,49
49	15	527.424,67	100%	527.424,67	298.627,85
59	10	549.840,22	100%	549.840,22	311.319,53
75	16	549.840,22	100%	549.840,22	311.319,53

Conforme resulta de la planilla precedente, fijada en valores a la fecha de la sentencia primera instancia, la suma por el rubro incapacidad física asciende a \$ 8.337.230,13, de cuyo importe las condenadas deberán responder por el 75% (responsabilidad atribuida), esto es **\$6.252.922,60**.

Esta suma devengará un intereses equivalente a una tasa pura del 8% hasta el 12/11/2020 (sentencia), y a partir de allí la tasa activa informada por el BPN.

Aclaro aquí, que "...cuando el monto indemnizatorio ha sido fijado a valores actuales, como en el caso, dado que la tasa activa admitida por el plenario incluye un componente inflacionario, de aplicarse durante el lapso corriente entre la producción del daño y la determinación de ese valor actual se duplicaría injustificadamente la indemnización "en la medida de la desvalorización monetaria" por lo que en estos supuestos se produciría la alteración del contenido económico de la sentencia, que genera un enriquecimiento indebido.

"Por tal razón ha resuelto esta Sala reiteradamente que cuando se trata de deudas de valor y la indemnización se establece conforme los valores vigentes a la fecha del decisorio, desde la mora hasta la sentencia corresponde aplicar la tasa pura de interés del 8% anual..." (Cámara



Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M "Mazzurco, Alejandra Beatriz c. Cencosud S.A. Supermercados Jumbo y otros/daños y perjuicios" 23/04/2012 Publicado en: RCyS 2012-VII, 163 DJ 03/10/2012, 81 Cita on line: AR/JUR/ 13091/2012)

6. Con respecto a la valoración del daño extrapatrimonial (daño moral), se ha expresado que el análisis de este rubro refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales.

Esto es así, pues cuando se dice que el daño moral no requiere de acreditación, sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y, como consecuencia de ello, se dota de eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acordes con las reglas de la experiencia.

Pero ello no obsta a que el daño moral tenga que estar íntimamente relacionado con los daños, padecimientos o sufrimientos ocasionados, directa o indirectamente, por el hecho motivo de la causa.

Justamente, por esta razón, la índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral y se sostiene que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación al dolor sufrido (cfr. Zavala de González, Matilde, Daños a las personas, Integridad Psicofísica, Hammurabi, 1990, pág. 486/487).

Pueden puntualizarse así, tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho en sí, es decir, lo que le aconteció a la víctima en el momento mismo del hecho; 2) los sufrimientos y molestias del período posterior (curación y tratamiento) y 3) las secuelas últimas que tengan relación con el daño (incapacidad). (cfr. Zavala de González, ob. cit. Pág. 466).



Siguiendo los lineamientos propiciados por el Doctor Mosset Iturraspe, con miras a una justa ponderación del daño moral, podemos afirmar que: *"Hay que descartar la posibilidad de su tarifación en proporción del daño material, debiendo atenernos a las particularidades de la víctima y del victimario, la armonización de las reparaciones en casos semejantes, a los placeres compensatorios y a las sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y el general 'standard de vida'. Entre los factores que pueden incidir en la cuantía, se admite 'la índole del hecho generador' en función del factor de atribución (culpa, dolo, responsabilidad objetiva o refleja -arg. arts. 1069 y 502 del C. Civ.)"*. OBS. DEL SUMARIO: P.S. 1998 -I- 98/104, SALA II. CC0002 NQ, CA 736 RSD-98-98 S 19-2-98, Juez OSTI DE ESQUIVEL (SD) RUIZ DE MUÑOZ OLGA LAURA c/PROVINCIA DEL NEUQUÉN s/DAÑOS Y PERJUICIOS. MAG. VOTANTES: GIGENA BASOMBRIÓ-OSTI DE ESQUIVEL.

En el caso, aun cuando resulta difícil imaginar los sentimientos de C. en el mismo momento del hecho, el proceso posterior, y el que aún resta, cuenta con indudables connotaciones traumáticas.

El niño resultó afectado por una lesión en el brazo derecho, consistente en una parálisis braquial obstétrica (PBO) tipo Eerv-Duchenne que, en concreto, implica una limitación funcional del hombro, codo y muñeca.

Este padecimiento, provoca una incapacidad del 56,62% (conf. hoja 667), que no sólo tiene connotaciones funcionales, sino también estéticas, en tanto provocó que sus brazos sean asimétricos, habiendo el perito comprobado disimetría en el miembro y atrofia muscular de la región deltoidea (hoja 667).



A ello se agrega la presencia del síndrome de Claude Bernard Horner, respecto del que no se dictaminó incapacidad por no estar nomenclado, pero esta situación sólo obsta a su consideración en la faz patrimonial.

Debe tenerse presente también que, conforme lo informado por el Dr. José Ernesto Sinjovich (hoja 495), debió ser sometido a una operación consistente en la reconstrucción microquirúrgica del plexo braquial.

Indicó que el resultado fue bueno, en relación al grado de la lesión, pero *«Esta cirugía, fue el primer tiempo de un plan total, de cirugías reparadoras que deben realizarse habitualmente, a partir de los dos años, **con el objetivo de evitar la progresión de la deformidad, mejorar la función y la calidad de vida**»*

«Si bien, el pronóstico en base a la lesión es grave y discapacitantes; se puede mejorar mediante varias cirugías neuroortopedicas funcionales multinivel; y un tratamiento intensivo y prolongado de rehabilitación, pensando siempre que es un niño en crecimiento, para mejorar cada vez más la función y calidad de vida» (Hoja 495).

Con base en estas limitaciones, el perito psicólogo, con absoluto sentido común, señaló que es imposible mencionar cada una de las circunstancias propias de la vida común con las que tropezara el menor, aclarando luego que también sería redundante, *«Porque cada acto lleva esta señal, no importa la naturaleza del acto (social, individual, deportivo, escolar...) es un obstáculo en tanto y en cuanto todo está hecho para las personas que tienen dos brazos... y cuando alguien tiene uno sólo (funcional) eso es un tropiezo, un algo que impide el natural transcurso del acto» (Hoja 448).*



En ese marco, y en orden a graficar esos obstáculos, resultan ilustrativos los informes escolares presentados.

En ellos se da cuenta de que *«Tiene una discapacidad en el brazo derecho lo que está afectando la parte social con sus pares, cuando le preguntan que le sucede en el brazo o mano no responde, trata de ocultar su mano o brazo, no lo usa en los juegos colectivos ni en las actividades escolares. Por momentos se lo observa ausente de donde está»* (hoja 745 - 21/12/2018).

«Solicita ayuda de la docente para sacarse y ponerse el guardapolvo, también en ocasiones para cerrar la mochila, la cartuchera, etc.» (hoja 767 - 25/03/2019.).

La testigo C., quien cuidó en sus primeros años, dijo que *«el brazo derecho prácticamente no lo utiliza, tiene muchos problemas con ese brazo, a la hora de comer yo al estar al cuidado de él, tuve que ayudarlo en el tema de la comida, al cambiarlo también, al moverse hay que estar cuidándolo y observándolo, porque al principio no tenía movilidad en el bracito, eso lo notaba yo porque, es como si lo tuviera muerto, al contacto del calor el no reaccionaba, al cambiarlo notaba su brazo frío...»*

Agregando luego que *«Hay que ayudarlo un montón»*.

También señaló que, en oportunidades, aún lo cuida, precisando que *«él siempre tiene problemas, quiere jugar y hacer lo que los demás niños hacen y él no puede, y se aísla cuando no puede hacer un juego, ponele subirse a algo, mi nene tiene su play y no puede jugar a la play porque no tiene el bracito derecho, eso lo pone mal, hasta a veces llora, y en la escuela también yo me he enterado y él me ha comentado que sufre de bullying sería, se burlan de él, se aísla, no quiere ir a la escuela por este motivo.»*



EL testigo León, por su parte, dio cuenta de que *«En un corte de tiempo que estuvimos ahí, le agregó al padre que tendría que llevarlo al médico para que le digan a los médicos que le corten el bracito porque no lo necesita»*

6.1. Todas estas circunstancias, deben ser ponderadas, teniendo claro que *-«La doctrina del resarcimiento del daño moral, que claramente recepta nuestra legislación (tanto la anterior, arts. 522 y 1078, Cód. Civil derogado, como la hoy vigente, art. 1741, Cód. Civ. y Com.) distingue con precisión la diferente función que cumple el dinero en los casos de reparación del daño patrimonial y moral. En aquel supuesto asume un rol de equivalencia, que permite, con mayor o menor exactitud, según los casos, restablecer el equilibrio patrimonial preexistente, alterado por el menoscabo. El daño se determina, liquida y resarce sobre parámetros objetivos, cumpliendo el dinero una función de equivalencia o corrección del ya mencionado desequilibrio. En cambio, en materia de daño moral, la situación es distinta, pues el dinero tiene una función satisfactoria para la víctima. No se trata de prostituir el dolor, poniéndole un precio, ni de degradar sentimientos excelsos por dicha vía, sino de brindar, desde la óptica jurídica, una respuesta razonable a través de una compensación».* (Cuantificación judicial de la indemnización del daño moral. Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias - Pizarro, Ramón D. - Publicado en: LA LEY 23/09/2020).

Es por ello que, con base en estas premisas, y considerando la gravedad de los padecimientos, he de fijar por este rubro la suma de \$ 3.000.000 ponderados a la fecha de la sentencia, aclarando que las condenadas deberán responder por el 75%, esto es **\$ 2.250.000.**



A ese importe se adicionará la tasa de interés pura desde el hecho hasta la sentencia y, a partir de allí, la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén (art. 165 CPCyC).

7.- En lo que respecta al daño psicológico del menor, como he recordado en otras oportunidades, *«debo inicialmente señalar que, como explica Matilde Zavala de González, el daño requiere "algo" susceptible de menoscabo: así, el daño patrimonial repercute sobre lo que el sujeto tiene (empobrecimiento o pérdida de enriquecimiento pecuniario, comprendiendo menoscabo de aptitudes útiles para la vida práctica, aun en tareas no remuneradas) y el tradicionalmente denominado como moral incide sobre lo que la persona es, como defecto existencial en comparación con el estado precedente al hecho.*

Las nociones sobre daño-lesión y daño-consecuencia se complementan, con tal que se acepte (según doctrina absolutamente mayoritaria) que la cuantificación se decide por los efectos nocivos, no por la pura lesión a un interés.

Siempre que se enfoque la responsabilidad en su función de reparación y, por eso, necesariamente traducida en una obligación resarcitoria, tendremos que: la indemnización es la consecuencia jurídica -en el sentido de efecto de derecho- de una consecuencia fáctica, la cual precisamente versa sobre un daño resarcible. (cfr. Zavala de González Matilde, Relevancia cuantitativa del daño, RCyS 2012-II,95).

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).*

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", EXP N° 395793/9. Ver también criterio de esta Sala en "PARRA", EXP N° 411950/10, "BARAVALLE", EXP N° 351035/7 y "JARA", EXP N° 321577/5).

Desde esta perspectiva, la pretensión de que se indemnice el daño psíquico en forma autónoma no puede prosperar» ("Soto Natali Alejandra Gisella C/ Barhen Marcelo Javier Y Otro S/d y p derivados del uso de automotores "JNQCI2 EXP 471182/2012).

En el caso, a las consideraciones precedentes, se suma que no hay prueba alguna que dé cuenta de una patología de orden psicológico en el menor.

7.1.-Luego, en punto a los gastos derivados por el tratamiento psicológico, concuerdo con el análisis del Dr. Medori, sin perjuicio de que corresponde limitarlos en función de la responsabilidad atribuida a las demandadas (75%) y señalar que los intereses deben correr desde la fecha del dictamen pericial.



Al respecto, hemos dicho recientemente que «Si bien el criterio de esta Sala ha sido que "los intereses de gastos por tratamientos futuros deberán computarse a partir de la sentencia y no desde la fecha del hecho. Ello, por cuanto el dinero no ha salido del patrimonio de actor, por lo cual, no hay daño actual", (Sala II, en autos, "LÓPEZ CARLOS ANTONIO C/ BELMAR BELMAR DOMINGA MIRIAM Y OTROS S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESIÓN O MUERTE", EXP N° 476036/2013, Sala I, "SALAMANCA PEDRO RUBÉN C/ LÓPEZ JOSÉ ONOFRE S/DAÑOS Y PERJUICIOS", JNQCII1 EXP 335908/2006), en este caso, y en suerte de revisión, creo pertinente realizar una precisión: aquí la necesidad de que la actora efectúe tratamiento psicológico existía ya en el momento en que se realizó la pericia, y por ende, la pretensión del recurrente de aplicar intereses desde esa fecha no aparece desacertada.

En la responsabilidad civil "rige el principio de reparación plena o integral para lo cual los intereses al ser accesorios de la obligación principal (reparación del daño) constituyen su expresión más concreta, pues tienden a preservar la integridad de la indemnización a que tiene derecho la víctima. Surge entonces la necesidad de reparar todos los rubros que componen la obligación principal, con su correspondiente interés" (TSJ Cba., Sala Penal, Sent. N° 18 del 09/03/05). Sin embargo, la fuente de los intereses moratorios es distinta a la de la reparación a la que accede; mientras que los ítems resarcitorios se deben por causa del daño derivado del hecho lesivo primario, la obligación de pago de intereses moratorios responde a otro hecho dañoso, claramente distinto, cual es el no cumplimiento oportuno de la obligación de reparar el daño.

Los intereses indemnizatorios o resarcitorios son también moratorios, pues al responsable se le impone la



obligación de reparar el daño causado a partir del momento mismo de su producción, operando la mora automáticamente desde ese instante" (cfr. PIZARRO, Ramón D., *Los intereses en la responsabilidad extracontractual*, Sup.Esp. Intereses 02/07/2004, 75 *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales* 01/01/2007, 1553; íb. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde MORENO, Graciela Melania, *Los intereses en la responsabilidad civil*, JA, 1985IV713; entre otros).

En este caso, la valoración del rubro señalado, no puede desconocer dos cuestiones: a) que el daño reflejado en la necesidad de realizar tratamiento psicológico no coincide temporalmente con el hecho que la engendró (en el caso, los incumplimientos de la constructora) y b) que el costo de la sesión determinado en la pericia, no representa el valor actual del tratamiento, atento el tiempo transcurrido entre la presentación del dictamen pericial y el dictado de la sentencia (sobre la improcedencia de tomar los valores históricos informados por los peritos, desconociendo el proceso inflacionario sufrido en nuestro país, los valores actuales y el equilibrio de las prestaciones, puede verse el fallo reciente de la Corte Suprema, en autos "Di Cunzolo, María Concepción c. Robert, Rubén Enrique s/ nulidad de acto jurídico", 19/02/2019, Cita Online: AR/JUR/90/2019I).

No debe olvidarse que la tasa de interés activa, según criterio de nuestro TSJ, no solo compensa la falta de uso del dinero, sino que también contempla la expectativa inflacionaria (Ac. N° 1590 en autos "ALOCILLA", expte. n° 1701/06), de modo que permitir su cómputo desde el momento en que el daño fue mensurado económicamente y en el que ya se constataba la necesidad de realizar tratamiento psicoterapéutico, como aquí se solicita, resulta un criterio adecuado a las circunstancias del caso.



Así, se ha dicho: "... a la suma mandada a pagar corresponde adicionar la tasa de interés mandada a pagar por el a quo pero desde la fecha en que fue presentada la pericia, momento éste en el que fue mensurado económicamente el perjuicio. Va de suyo entonces que no resulta de recibo lo peticionado en la expresión de agravios en cuanto a que los intereses principien su curso desde el dictado de la sentencia, ya que la precisión del daño y su mensuración fue hecha en la pericia. A partir de ese momento estuvo claro para el dañador el monto que debía abonar a fin de reparar el perjuicio" (Cáma. 5a Apel. Civ. Com. de Cba, "Airasca, Henry Juan José y Otro c. Aguas Cordobesas S.A. s/ ordinario", 24/06/2016, Cita Online: AR/JUR/47362/2016)"» ("DIOMEDI MARTA INES C/ FORTALEZA DEL VALLE CONSTRUCCIONES SRL S/CUMPLIMIENTO DE CONTRATO", JNQC15 EXP 506309/2014).

Consecuentemente, propongo al acuerdo que los gastos en análisis devenguen intereses conforme la tasa activa del B.P.N., desde la fecha de presentación del dictamen y hasta el efectivo pago.

8.- También adhiero a la decisión de mi colega sobre los gastos de farmacia, movilidad, asistencia médica y tratamientos de rehabilitación, así como a lo resuelto sobre la responsabilidad de la Codemandada Clínica Pasteur (limitando los importes al 75%).

9.- Habiendo resuelto el resarcimiento de los daños sufridos por el niño, corresponde abordar a ahora los reclamados por sus padres.

Este análisis tiene un aspecto común, y otro propio de la Sra. Monzón, relacionado con la violencia obstétrica padecida.

Dentro del aspecto común a la Sra. M. y al Sr. C., nos encontramos con el daño moral producido por la situación



vivida, y el reflejo de la Sra. M. y el Sr. C., derivado de las lesiones con las que resultó su hijo C.

Sobre este último aspecto, la Sala I «... con diferente composición, sostuvo: "No cabe duda de que si se admite que existe un derecho constitucional a la reparación, el mismo no puede ser desnaturalizado en su contenido esencial por la ley que lo reglamente, a riesgo de traspasarse el límite que el constituyente pone al legislador por medio del art. 28. Y, más allá de que puede ser discutible el alcance que pueda darse a la legitimación activa para reclamar el resarcimiento del daño moral, dada su intangibilidad y que, tanto en su efectiva producción como en su cuantificación, depende de la discrecionalidad de los jueces (lo que hace que sea lógico que el legislador no quiera que a criterio de los mismos quede librada la determinación de los legitimados por sus imprevisibles consecuencias), lo cierto es que, cuando el damnificado directo ha sufrido lesiones incapacitantes que obligan a sus padres a atenderlo de por vida, tal aniquilación de la esencia del derecho se produce con toda evidencia. Por consiguiente, propongo que se declare inconstitucional el art. 1078 del C.C. en cuanto limita la legitimación activa para el reclamo del daño moral a los damnificados directos." c0001 Me 110669 Rsd-177-7 S. 12/06/2007. Juez: Ibarlucia (sd) Acevedo, Hilda y Ots. C/ Hospital Municipal M. Y L. De La Vega y Ots. S/Daños y Perjuicios. Mag. Votantes: Ibarlucía-Sanchez", (CUEVAS JARA EVELYN CARMEN CONTRA PROVINCIA DEL NEUQUÉN Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS", Expte. N° 311570/4).

Además, se ha sostenido que "Puede afirmarse que el art. 1078 siempre es inconstitucional, en supuestos puntuales, cuando excluye a legitimados activos en los que la existencia y procedencia del daño extrapatrimonial es



evidente, notoria y presumible: el caso de los padres o de los hijos por los daños físicos y psíquicos gravemente incapacitantes de sus descendientes o de sus progenitores, la muerte o gran discapacidad de los convivientes en supuestos equiparables al matrimonio. En estos ejemplos media presunción de inconstitucionalidad por la notoriedad del daño presumido (vgr., la inmensidad del dolor del padre por la discapacidad del hijo que sobrevive)", (Galdós, Jorge, La legitimación de padres y hermanos por daño moral en importante precedente, Información legal, AR/DOC/1173/2014).

En este sentido, el Código Civil y Comercial, en su art. 1741 señala que: "Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible." ("Candia Carlos David Alejandro y otro c/ Indalo S.A. y otro s/d y p derivados del uso de automotores (con lesión o muerte)" (JNQCI1 EXP 511184/2015) y su acumulado "Cares Lema Marianela c/ Indalo S.A. y otros s/d y p derivados del uso de automotores (con lesión o muerte)" (511485/2016).

En el caso, debo remitirme a las distintas circunstancias descriptas al analizar el daño moral sufrido por el niño, poniendo en evidencia que son sus padres quienes deben presenciar, y en muchos casos solucionar, las dificultades que se le presentan día a día.

Véase que, de los informes escolares, resulta que Ciro debe pedir asistencia para tareas tan simples como cerrar su mochila. Tareas de igual tenor se multiplican en el



ámbito de su hogar, donde son sus padres quienes tienen que lidiar con sus limitaciones y frustraciones.

Son también ellos quienes lo acompañan, y seguirán haciéndolo, en los distintos tratamientos a los que debe someterse, incluso quirúrgicos.

Estos tratamientos no sólo implican la práctica médica, sino también aspectos administrativos y burocráticos que deben ser superados, con todo el tiempo que debe invertirse en ello.

En lo que respecta a la pericia psicológica, me remito a lo expuesto por mi colega preopinante.

Ante la necesidad de justipreciar este rubro, no es un dato menor la falta de información a la que fueron sometidos la Sra. M. y el Sr.C., con respecto a la lesión sufrida por el niño.

La ley 26.529 (Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud), establece como uno de los derechos esenciales del paciente, el de recibir *«Información Sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información.»* (art. 2 inc.f)

Entendiéndose por información sanitaria *«...aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y **la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos**»*(art.3).

En el mismo sentido, la Ley N° 25.929 de Parto Humanizado establece que *«El padre y la madre de la persona recién nacida en situación de riesgo...»* tienen derecho a *«recibir información comprensible, suficiente y continuada,*



en un ambiente adecuado, sobre el proceso o evolución de la salud de su hijo o hija, incluyendo diagnóstico, pronóstico y tratamiento», así como también «A recibir asesoramiento e información sobre los cuidados especiales del niño o niña.» (art. 4)

Lejos del proceder normado, la historia clínica presenta graves déficits que ya han sido reseñados, pero que resumidamente implican no sólo la omisión de consignar que se trató de un parto distócico y las maniobras realizadas (hoja 795 vta.), sino también la incorporación de información distinta a la consignada en el partograma (hoja 792, punto 4).

Esto es sumamente relevante, en tanto como lo señaló el Dr. Sinjovich, el padecimiento del niño *«es una verdadera emergencia que debe ser operada en los primeros meses»* (hoja 496).

9.1.-Esta falta de claridad en la información brindada, no se presentó solamente en lo relacionado a las lesiones del menor, sino también en la etapa previa al alumbramiento.

Cabe analizar aquí, la denuncia de violencia obstétrica que realiza la Sra. M.

El término "violencia obstétrica" ha sido acuñado por la ley 25.929 de Parto Respetado, y posteriormente reforzado por la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Sobre esta problemática, se ha señalado que *«Las violencias en la atención de la salud suelen ser de las naturalizadas con mayor intensidad en nuestra sociedad. Varios factores contribuyen a que, tanto la violencia*



obstétrica como la violencia contra la libertad reproductiva, sean de aquellas olvidadas dentro del imaginario social y estatal.»

*«La expropiación del parto por parte de profesionales de salud –más específicamente, del campo de la ginecología y obstetricia– como proceso natural que históricamente tuvo como protagonistas a las propias parturientas y a otras mujeres que rodeaban con sus saberes ancestrales femeninos estos momentos, se dio a consecuencia de la implementación de políticas públicas de institucionalización de este evento obstétrico, con la finalidad de disminuir la mortalidad materna. Y si bien esta estrategia impactó de manera favorable en las cifras sanitarias de morbilidad, no es menos cierto que la medicalización innecesaria y el trato deshumanizado provocaron la necesidad del reconocimiento legal de la violencia obstétrica y antes que ello, de la regulación especial de una forma de parto "respetado".» (Título: *Violencia obstétrica y poderes biomédicos: dúo dinámico*- Autor: Deza, Soledad - Publicado en: RDF 2021-V, 12/10/2021, 133 -Cita: TR LA LEY AR/DOC/2367/2021).*

La ya citada Ley 26.485, define a la violencia obstétrica como una de las modalidades en las que se manifiesta la violencia contra la mujer.

Consiste en *«aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929.» (art. 6 inc.e).*

El trato deshumanizado engloba *«el trato cruel, deshonroso, descalificador, humillante o amenazante ejercido por el personal de salud en el contexto de la atención del*



embarazo, parto y postparto, ya sea a la mujer o al/la recién nacido/a, así como en la atención de complicaciones de abortos naturales o provocados, sean punibles o no. Por otra parte, las mujeres que se atienden en las referidas instituciones tienen el derecho a negarse a la realización de las prácticas propuestas por el personal de salud y que las instituciones del ámbito de la salud pública, privada y de la seguridad social deben exponer gráficamente, en forma visible y en lenguaje claro y accesible para todas las usuarias, los derechos consagrados en la ley que se reglamenta –art. 6º, inc. e)–. Y con relación a la medicalización o abuso de patologización de los procesos naturales, remite a la ley 25.929, en tanto define derechos que le corresponden a la mujer como al recién nacido en el acto de parir.

El parto humanizado, también llamado respetado, es un derecho de las mujeres. Entre otras cosas, un parto respetado y sin violencia obstétrica, demanda garantizar a toda persona la soberanía sobre su propio proceso reproductivo y para ello, el derecho a ser informadas sobre las distintas intervenciones médicas potenciales y actuales dentro de cada etapa del proceso de embarazo, parto y puerperio, de forma tal, de que pueda optar libremente ante diferentes alternativas. Quien va a parir tiene derecho ser tratada con respeto y de modo individual y personalizado que garantice la intimidad durante el proceso asistencial y en consideración a sus pautas culturales. Es necesario que sea considerada, en su situación respecto del proceso de nacimiento, como persona sana, de modo que se facilite su participación como protagonista de su propio parto.

El derecho a un parto natural, respetuoso de los tiempos biológicos y psicológicos de quien gesta, pretende evitar prácticas sanitarias invasivas y suministro de



medicación no justificada terapéuticamente por la anamnesis de la persona que va a parir. El derecho a recibir información sobre la evolución del proceso gestacional y el parto, el estado de salud fetal y, en general, la prerrogativa de que se le haga partícipe de las diferentes actuaciones de los profesionales es parte de lo que la ley 25.929 ha considerado un "parto humanizado» (Ibídem).

9.2.- *Trasladando estas consideraciones al caso, entiendo que existen dos circunstancias que acreditan que en el caso existió violencia obstétrica.*

Conforme vengo desarrollando a lo largo de este voto, la falta de información, se presentó como una constante a lo largo de todo el procedimiento médico.

Ya me expedí sobre la trascendencia de los datos omitidos, y el hecho de que se consignaron datos distintos de los ocurridos. Me remito a las consideraciones ya realizadas.

En este punto trascendente dar cuenta de la omisión de haber requerido el consentimiento informado de manera previa a realizar la práctica.

Kemelmajer de Carlucci explica que el consentimiento informado «"implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual luego de brindársele suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o bien negarse al mismo (Highton Elena I. y Wierzba Sandra M. "La relación médico paciente: el consentimiento informado" Ad Hoc, Buenos Aires, 2003 2ª ed. actualizada y ampliada).

Se entiende que ya que es el paciente quien debe sufrir las consecuencias y soportar los gastos de un tratamiento médico determinado, un principio de



esclarecimiento es fundamental y, en consecuencia, se requiere que pueda conocer cuáles son los riesgos que encierra el tratamiento propuesto, cuales son las alternativas posibles y cuantas y cuales, las probabilidades relativas al éxito.

El consentimiento libre informado de la persona al acto médico es calificado en el derecho internacional como "manifestación del derecho a la integridad de la persona", el que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 3.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea Niza 7/12/2000 Citado por García Garnica "El consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales (su tratamiento en el ordenamiento jurídico Español). En Rev. De Responsabilidad Civil y Seguros 2003 p. 30).»

En nuestro derecho se afirma que "el origen de la doctrina del consentimiento informado está (...) en una idea de libertad: en el derecho del paciente de ejercer su control sobre su propio cuerpo para decidir por sí mismo si someterse o no a una terapia en particular". Bajo esta doctrina "se puede llegar a cuestionar a un médico en circunstancias en las cuales se halle libre de negligencia en el tratamiento del paciente, más habiendo actuado sin el consentimiento del enfermo, o más allá del consentimiento dado; o cuando actuara no habiendo informado al paciente acerca de los riesgos de un tratamiento en particular, de tal manera que éste pudiera decidir si quería someterse al mismo" (Highton y Wierzba ob. cit p. 14/16).

Es decir, que aun cuando el profesional no hubiese incurrido en negligencia o torpeza, puede igualmente generarse responsabilidad por los daños, si el médico hubiese actuado sin el consentimiento informado. Desde esta óptica,



el concepto de mala praxis médica incluye no sólo la negligencia o la torpeza en la realización del tratamiento o práctica, sino también en realizarla sin haber anticipado al paciente los datos suficientes para que éste pudiese prestar su consentimiento informado (CNCom., Sala D 2004/06/02 "G. de A. M. c. Policlínico Central de la Unión Obrera Metalúrgica", Rev. de Responsabilidad civil y seguros año VI N° X nov. 2004 p. 43).

Puede decirse entonces que el consentimiento informado constituye un presupuesto y elemento integrante de la lex artis para llevar a cabo la actividad médica. Hoy constituye una exigencia ética y un derecho reconocido por las legislaciones de todos los países. El mismo abarca tanto el deber médico de brindar información completa y adecuada respecto del tratamiento que se prescribe previamente al paciente y también el deber de obtener el consentimiento de éste antes de iniciar el tratamiento o la intervención quirúrgica. ("Responsabilidad Médica por ausencia de consentimiento informado" Tallone Federico LLC junio 2003, 531)..." (cfr. : Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, Fecha: 31/03/2008, Partes: R. D. S. S. M. del H.. Publicado en: LLGran Cuyo 2008 (junio), 460 - RCyS 2008, 535, con nota de Marcelo Hersalis).» ("Rodríguez Sandra Beatriz Contra Bottazzi Silvio A. y otros d.y p.-mala praxis" EXP N° 398329/2009)

Esta omisión no puede ser soslayada a la hora de evaluar si existió violencia obstétrica.

Véase que «...en materia de lineamientos de calidad de atención del parto, el Informe de la Relatora de Violencia contra las Mujeres indicó ya en 2019 entre otros puntos, la importancia de la información y el consentimiento también al momento de gestar y parir. En esa línea señaló que "[e]l



consentimiento informado para el tratamiento médico relacionado con los servicios de salud reproductiva y el parto es un derecho humano fundamental. Las mujeres tienen derecho a recibir toda la información sobre los tratamientos recomendados a fin de que puedan pensar y adoptar decisiones bien informadas. La International Federation of Gynecology and Obstetrics reconoce que la obtención del consentimiento informado es una obligación, aun cuando pueda ser difícil y llevar tiempo (...). El consentimiento informado es un proceso de comunicación e interacción continua entre el paciente y el personal sanitario, y una firma por sí sola no es una indicación de consentimiento informado. El personal sanitario debe adoptar una actitud proactiva a la hora de facilitar la información. Para que el consentimiento sea válido, debe ser voluntario, y la persona debe contar con toda la información. El consentimiento del paciente es necesario independientemente del procedimiento, y la persona puede retirar su consentimiento en cualquier momento según el principio de una atención centrada en el paciente. La información debe proporcionarse de un modo y en un idioma que sea comprensible, accesible y adecuado para las necesidades de la persona que debe adoptar la decisión. El nivel de formación, la discapacidad física o intelectual y la edad de la persona deben tenerse en cuenta a la hora de determinar la manera en que debe proporcionarse tal asesoramiento e información, y deben respetarse las necesidades y las preferencias de dicha persona. Las personas con discapacidad deben recibir todo el apoyo necesario para adoptar sus decisiones. Debe ejercerse una cautela extrema, sobre todo en el caso de las personas que tienen dificultades para hacerse entender, para asegurar que las decisiones que vayan a adoptarse mediante el proceso de apoyo en dicha toma de



decisiones no se conviertan en decisiones de sustitución" » (Ibídem).

En el caso pese a las distintas afirmaciones de las codemandadas Toledo y Clínica Pasteur, no han aportado elementos que den cuenta de que la Sra. M. recibió información adecuada sobre el procedimiento al que iba a ser sometida.

Luego, y una vez superado el parto, tampoco resulta acreditado que se la haya dado la información suficiente sobre la gravedad de lo ocurrido, sus consecuencia, y caminos posibles para abordar el daños sufrido por C.

A ello se agrega que, durante la inducción del parto, se le aplicó un medicamento cuya necesidad no ha sido acreditada.

Por el contrario, el perito dice que *«con respecto a la droga isoxuprina se la utiliza para "frenar" o disminuir las contracciones uterinas, algunos sostienen que en determinados casos servirá para normalizar las contracciones uterinas, no abolirlas.*

En el caso de la Sra. M. en el reporte de enfermería (folio 28) se aplicaron a las 20 hs. con una dilatación de 6 cm (dilatación avanzada) 4 amp. de isoxuprina al suero así que no creo que la isoxuprina pudiese disminuir las contracciones, de hecho no lo hizo, tato es así que una hora después estaba con 8 cm de dilatación» (hoja 774 vta.).

Desde premisa, y aun cuando no se pudiese tener por acreditada cada una de las afirmaciones de la actora relativas a la violencia verbal y psicológica a la fue sometida, los elementos precedentes son suficientes para tener por acreditada la existencia de violencia obstétrica.

Claro está, al igual que se analizó en oportunidad de valorar la responsabilidad por la maniobras tendientes a



superar la distocia, no advierto que existan elementos para condenar a la codemandada Lami, en tanto cumplió un rol de colaboración, sin injerencia sobre los aspectos que motivan la condena propiciada en este punto.

Con base en estas consideraciones, y atendiendo al distinto grado de afectación extrapatrimonial sufrida, entiendo que corresponde establecer por este rubro la suma de \$ 600.000 en favor de R.B.M., y la de \$ 400.000 para G.R.C., con más los intereses a la tasa pura del 8% desde el hecho y hasta la sentencia de grado y, a partir de allí, la tasa activa del BPN.

A todo evento, aclaro que las sumas determinadas son las finales, en tanto ya he ponderado la limitación del 75 % de la responsabilidad.

He entendido prudente hacerlo así, con el objeto de evitar confusiones, en tanto el daño extrapatrimonial de los nombrados se vincula en parte con la lesión de su hijo, pero en gran parte también con la falta de información, y la violencia obstétrica sufrida por la Sra. M., que fueron sufridas de manera directa y no refleja.

10.- Concuerdo también con mi colega, con respecto al reconocimiento del tratamiento psicológico, dictaminado por el perito (limitado en el 75%).

No soslayo que en la entrevista psicológica se volcaron circunstancias que sólo tienen sustento en los dichos de los peritados pero, dada la innegable trascendencia que tiene para los padres la afectación de un hijo, no hay razones para discrepar sobre relación de causalidad de los padecimientos psicológicos con la situación del niño.

Luego, en punto a los intereses, me remito a lo ya expuesto respecto de su devengamiento desde el dictamen pericial.



11.- En resumidas cuentas, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso.

Por las razones expuestas en los considerandos, se confirma el rechazo de la demanda respecto de Carolina Lami.

En lo demás, se revoca la sentencia condenando a las codemandadas Sandra Elizabeth Toledo y Clínica Pasteur S.A., y a las citadas en garantía, Prudencia Compañía Argentina De Seguros Generales S.A. y a Seguros Médicos S.A., éstas últimas dos en la medida del seguro, a abonar las sumas que a continuación se disponen:

a) Para el niño C.V.C.N:

1) En concepto de Daño a la integridad psicofísica la suma de \$ 6.252.922,60, con más los intereses que se calcularán al 8% desde el 17/02/2011 y hasta la fecha del pronunciamiento de primera instancia (12/11/2020); desde dicha fecha y hasta el efectivo pago, los intereses se calcularán a la tasa activa del BPN.

2) En concepto de daño moral, la suma de \$2.250.000 con más los intereses que se calcularán al 8% desde el 17/02/2011 y hasta la fecha del pronunciamiento de primera instancia (12/11/2020); desde dicha fecha y hasta el efectivo pago, los intereses se calcularán a la tasa activa del BPN.

3) En concepto de gastos de tratamiento psicológico, la suma de \$27.000, con más los intereses que se calcularán a la tasa activa del BPN, desde la fecha del dictamen (19/12/2017)

4) En concepto de gastos de farmacia, movilidad, asistencia médica, tratamientos de rehabilitación quinesiológica, la suma de \$112.500 con más sus intereses calculados a la tasa activa del BPN, desde la fecha de la demanda (29/05/2015) y hasta el efectivo pago.

b) Para la Sra.R.B.M.:



1) En concepto de daño moral, la suma de \$600.000, con más los intereses que se calcularán al 8% desde el 17/02/2011 y hasta la fecha del pronunciamiento de primera instancia (12/11/2020); desde dicha fecha y hasta el efectivo pago, los intereses se calcularán a la tasa activa del BPN.

2) La suma de \$26.250 en concepto de gastos por tratamiento psicológico, con más los intereses que se calcularán a la tasa activa del BPN, desde la fecha del dictamen.

c) Para el Sr.G.R.C.:

1) En concepto de daño moral, la suma de \$400.000, con más los intereses que se calcularán al 8% desde el 17/02/2011 y hasta la fecha del pronunciamiento de primera instancia (12/11/2020); desde dicha fecha y hasta el efectivo pago, los intereses se calcularán a la tasa activa del BPN.

2) La suma de \$26.250 en concepto de gastos por tratamiento psicológico, con más los intereses que se calcularán a la tasa activa del BPN, desde la fecha del dictamen.

d) Alcance de la condena con relación a las citadas en garantía.

Con respecto a las aseguradoras, responderán con los alcances previstos en las respectivas pólizas. Los aspectos vinculados a límite de cobertura de las citadas en garantía, deberán dilucidarse durante la etapa de ejecución.

12.- En función del resultado obtenido, las costas de ambas instancias, incluidas las correspondientes a la codemandada Carolina Lami, se imponen a las demandadas vencidas (art. 68 CPCyC).

En punto a la situación de la codemandada Lami, resultan trasladables similares consideraciones a la formuladas en autos "Araya Alicia Elizabeth Y Otro C/



I.S.S.N. " S/D Y P derivados del uso de automotores (con lesión o muerte)" (JNQC12 EXP 475319/2013).

Conforme allí se señaló, en «...supuestos como el presente, en los que se acumulan acciones resarcitorias contra varios posibles responsables y uno, o varios de ellos, resultan absueltos, surge el interrogante sobre quién debe soportar las costas atinentes a las acciones desestimadas.

Entre las distintas tesis propuestas para dar solución a este interrogante, adherimos, siguiendo a Matilde Zabala de González, "a la tesitura que impone las costas integrales del juicio de daños al único al único codemandado vencido.

Ello procede en general, y salvo que el actor hubiese procedido abusivamente o con ligereza al intentar las acciones rechazadas, o no hubiere desistido de éstas al tomar conocimiento de su no fundabilidad, en cuyo caso debe él soportar las costas anexas. No cabe, en cambio, distribuir tales costas por el orden causado.

En efecto, el codemandado victorioso no tiene por qué asumir las erogaciones que ha debido realizar, ya que ha sido traído al proceso en virtud de una pretensión que, aunque pudo estar dotada de razón aparente, al cabo se comprueba que no es viable. Es injusto que dicho sujeto, quien ha logrado apartar la personal responsabilidad, asuma siquiera costas parciales (las propias), en tanto y en cuanto éstas han sido mediatamente generadas por un hecho- fuente de responsabilidad para otro (en conjunción con la decisión de la víctima de entablar la demanda contra los posibles obligados).

Por otra parte, el actor que no obró injustificadamente al deducir las varias acciones, tampoco



tiene por qué soportar las costas del codemandado ganancioso, y ni siquiera las propias”.

Considerando que, la imposición en costas, tiene por objeto resarcir los gastos de quien ha debido servirse del proceso para obtener el reconocimiento de su derecho, la autora citada destaca que “la correcta expresión técnica del problema es la siguiente: si en la relación jurídico procesal entre el actor y el codemandado victorioso las costas se distribuyeran por el orden causado (de haber mérito para no imponerlas al primero), les asistiría después un derecho de repetición contra el codemandado vencido, porque éste determinó la sustanciación del proceso, al no haber reconocido extrajudicialmente una pretensión que ha venido a demostrarse fundada a su respecto”.

Agrega que la conclusión también queda respaldada en los principios de causalidad, puesto que “constituye una consecuencia perfectamente previsible la de que, si el deudor no satisface su deber indemnizatorio cuando es exigible, el damnificado verá constreñido a dirigir su pretensión contra todos los posibles obligados, al efecto de esclarecer las respectivas responsabilidades.” (Matilde Zabala de González-Resarcimiento de daños- Tomo 3- Pág. 429/431).

Esta misma línea es seguida por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, al señalar que “frente a un evento dañoso con múltiples partícipes donde -de antemano- no es posible conocer razonablemente la mecánica del accidente, ni identificar el verdadero responsable del daño- las costas generadas a raíz de la intervención en el pleito de un codemandado finalmente absuelto han de cargarse al coaccionado que resultó condenado por ser el responsable de los perjuicios cuya reparación se demanda”.



"Sin perjuicio de lo solución asumida como correcta, y a los fines de evitar futuros conflictos interpretativos de la misma, es dable destacar que la regla sentada, como toda norma jurídica, no es absoluta, admitiendo -según las circunstancias- ponderaciones distintas según las particularidades del caso concreto sometido a juzgamiento.- Así, a modo ejemplificativo y sin intención de agotar los supuestos donde no sería aplicable la solución propugnada, es dable destacar que la regla cedería en aquellos casos en los que la víctima conocía, o pudo conocer -de un modo razonable-, que no había razón válida ni plausible para demandar a los sujetos que finalmente resultaron absueltos. Es decir, las costas deberán ser soportadas por la actora cuando sea evidente o fácilmente desentrañable la responsabilidad exclusiva de quien a la postre resultó condenado.- Igualmente, la demandante deberá cargar con los gastos causídicos si la acción finalmente rechazada fue impetrada sin prudencia ni razonabilidad, sin fundamento verosímil o con abuso o exceso; o bien si, una vez intentada la acción, no se desistió de la misma oportunamente, cuando los datos aportados a la causa patenticen la inexistencia de la responsabilidad originariamente imputada." ("GASTALDI DANIEL HORACIO Y OTROS C/ SUCESTORES DE VIVIANA NOEMÍ DE JORGE Y OTRO - ORDINARIO - DAÑOS Y PERJUICIOS - ACCIDENTES DE TRÁNSITO - RECURSO DE CASACIÓN - EXPTE G - 22/10)".»

En el caso, la complejidad propia de la situación en que se produjo el daño, hizo que, sin haber transcurrido este proceso, no fuera evidente para los coactores la falta de responsabilidad de la codemandada Lami.

Luego, conforme el resultado propuesto, se ha concluido que la nombrada no tuvo responsabilidad, por lo que



costas de su intervención deben ser soportadas por los únicos responsables.

13.- Con respecto a los honorarios, con base en el monto de condena y los intereses devengados (art. 20 Ley 1594), y considerando la limitación que impone el art. 12 LA, propongo regular los honorarios de la siguiente manera: Para ... apoderada y ... patrocinante de los actores, en un 6,4% y 16 % respectivamente; para..., en el doble carácter por Clinica Pasteur, en un 6.30% ; para ..., patrocinante de la codemandada Toledo, en un 4.50%; Respecto de ... y ..., apoderado y patrocinante de Prudencia Cia Argentina de Seguros Generales S.A., en un 1,20% y 2.9% respectivamente, y a ... en el doble carácter por la misma parte en un 2.10%; para ..., en doble carácter por Seguros Medicos, el mínimo de 10 Jus, (coincidiendo con la observación dada en la instancia de grado en punto al contenido de su contestación e inactividad probatoria); Para ... y ..., patrocinantes de la codemandada Lami, un 4.5% en conjunto (arts., 6, 7, 10, 12, 20, 21, 37, 49 L.A.). Sobre la misma base, fijo los honorarios de los peritos médicos ..., ... y el Lic. ... en un 3% para cada uno.

En función de lo resuelto, devienen abstractos los recursos arancelarios. **TAL MI VOTO.**

Existiendo disidencia en los votos que anteceden, se integra Sala con la jueza **Patricia CLERICI**, quien manifiesta:

Teniendo que dirimir la disidencia planteada entre los señores Vocales que me han precedido en orden de votación, adhiero al voto de la jueza Pamphile, aunque entiendo pertinente señalar, en lo que refiere a la valoración de la indemnización por daño patrimonial para el niño C., que hasta el momento vengo utilizando a tales



efectos la fórmula Méndez, habiendo sostenido que para aplicar la fórmula Acciarri es preciso que las partes aporten los elementos probatorios necesarios a tal fin.

Sin embargo, en el caso de autos y dada la corta edad de la víctima, no resulta posible requerir la aportación de elementos probatorios para conformar la fórmula utilizada por el voto al que adhiero ya que, siempre y en todo caso, se trataría de hipótesis y presunciones. Consecuentemente, no tengo reparos en la fórmula utilizada y los elementos considerados.

Por todo ello, **la SALA III POR MAYORÍA,**

RESUELVE:

1.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación y, en consecuencia: A) Condenar a las demandadas Sandra Elizabeth Toledo y Clínica Pasteur S.A. al pago de las sumas establecidas en el considerando 11 del voto de la Jueza Cecilia Pamphile, conforme beneficiarios, montos y cómputo de intereses allí consignados (incisos a, b y c); las citadas en garantía, Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. y Seguros Médicos S.A. responderán con los alcances previstos en las respectivas pólizas. Los aspectos vinculados a límite de cobertura deberán dilucidarse durante la etapa de ejecución (inciso d); B) Confirmar el rechazo de la demanda contra la Sra. Carolina Lami, por las razones dadas en el considerando 3.3 de dicho voto.

2.- En función del resultado obtenido, las costas de ambas instancias, incluidas las correspondientes a la codemandada Carolina Lami, se imponen a las demandadas vencidas (art. 68 CPCyC, considerando 12 del voto de Cecilia Pamphile).-

3.- Regular los honorarios para la Dra.... apoderada y ... patrocinante de los actores, en un 6,4% y 16%



respectivamente; para..., en el doble carácter por Clinica Pasteur, en un 6.30% ; para..., patrocinante de la codemandada Toledo, en un 4.50%; respecto de ... y ..., apoderado y patrocinante de Prudencia Cia Argentina de Seguros Generales S.A., en un 1,20% y 2.9% respectivamente, y a ... en el doble por la misma parte en un 2.10%; para ..., en doble carácter por Seguros Médicos, el mínimo de 10 Jus,; para ... y ..., patrocinantes de la codemandada Lami, un 4.5% en conjunto (arts., 6, 7, 10, 12, 20, 21, 37, 49 L.A.) y para los peritos médicos ...,... y el Lic.... en un 3% para cada uno de ellos.-

4.-Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente, devuélvase al juzgado de origen.-

Dr. Marcelo Juan Medori- Dra. Cecilia Pamphile- Dra. Patricia Clerici-

Dra. Lucía Iturrieta SECRETARIA