En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil quince, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Silvia Noemí Alonso, y asistencia del señor juez de cámara Dr. Fernando Nahuelanca y de la señora jueza de cámara Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"S., O. E. y otra c/ B., V. y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expte. nro. 430/13**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 1221/05), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 1248) y autos de fs. 1277/1278, correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Fernando Nahuelanca y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 1158/1170vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

1. El fallo apelado:

El juez de grado hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por O. E. S. y J. C., por su propio derecho y en representación de su hijo menor A. A. S. y condenó a V. E. B. y C. L. a abonarles la suma de pesos veinticinco mil ($25.000), y la suma de pesos trescientos mil ($300.000) respectivamente, con más intereses. Hizo extensiva la condena a F. P. S. S.A.;

impuso las costas del proceso a los demandados vencidos y reguló honorarios.

2.Los recursos. Sus fundamentos:

2.a. Los demandados y la citada en garantía apelaron a fs. 1174 y los actores a fs. 1178; los recursos fueron concedidos a fs. 1183; fundados a 1209/1219 y fs. 1196/1203 respectivamente. Los agravios de la demandada fueron contestados a fs. 1221/1229; los de la actora a fs. 1232/1235 (codemandados B. y L.); a fs. 1236/1237 (A. De O. S.) y 1238/1245 (C. d. V. SRL).

2.a. Los agravios de los codemandados B., L.y la citada en garantía.

Los recurrentes sostienen que el juez de grado ha cometido numerosos errores, empleando en la elaboración del fallo una técnica deficiente al no establecer correctamente la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio. Agregan que no las ha relacionado concretamente con el material probatorio, respecto de lo cual efectúa inventario preliminar pero omitiendo analizar conforme el criterio de la sana crítica, como lo exige el artículo 481 del CPr., Ley XII N° 5 anexo A antes Ley 2203; y que tampoco las relaciona con los hechos controvertidos. Sostienen que, en definitiva, la decisión es

propia del **GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara** perimido sistema de libres convicciones contrario al régimen legal vigente.

Destacan que, en función de esa convicción de culpa médica, se establece una obligación de resultado a la que se anuda presunción de culpa. Añaden que, pacíficamente, doctrina y jurisprudencia concuerdan que el médico asume, frente al paciente, una obligación de medios y que esta distinción se proyecta sobre el régimen de prueba.

En ese orden de ideas, manifiesta que es esencial valorar la pericia médica y que en el caso, tal presupuesto se ha omitido. Señalan que tal omisión es relevante puesto que la debida ponderación de la experticia demuestra que en el caso no existió culpa o negligencia de los médicos oftalmólogos V.B. y C.L.

Agregan que es también grave la falta de valoración de la conducta de los actores, quienes no obstante la indicación clínica de suministrar ambulatoriamente antibióticos contrariaron la directiva y omitieron su realización, como lo demuestran en forma concordante la declaración de Mansilla Jara (fs. 709), la deposición de Rita Mansilla (fs. 712), la historia clínica y la pericia médica rendida.

En definitiva, se agravian porque la sentencia condena a B. y L. afirmando dogmáticamente que no aplicaron la debida diligencia que en el caso justificaba para evitar una complicación que pudiera derivar en este tipo de operaciones. Ergo, afirman que no han sido demostrados los presupuestos de la responsabilidad civil para fundar una condena.

Respecto a la valoración de la prueba, insisten en que el juez ha incurrido en arbitrariedad, contradicción y exceso ritual. También que el juez ha afirmado dogmáticamente que la práctica quirúrgica indicada para tratar la patología de estrabismo convergente de naturaleza congénita contraria a lo dictaminado en la pericia médica, sin razón o motivo suficiente.

Argumentan que es errónea la atribución a los médicos de falta de control del paciente, ya que los registros de las historia clínicas demuestran exactamente lo contrario. Aducen, nuevamente omisión en la valoración de prueba esencial.

Concluyen sosteniendo que le genera agravio la concesión de una reparación indemnizatoria sin acreditación de los requisitos indispensables de la responsabilidad civil contractual. Tachan el monto indemnizatorio como desproporcionado ya que se basa en criterios generales de gran amplitud que desvirtúan la finalidad indemnizatoria.

2.b. Los agravios de los actores:

La parte actora cuestiona la falta de atribución de responsabilidad a la clínica demandada y a la obra social.

Respecto de la primera, señala el carácter de propietaria de los ámbitos utilizados en la prestación asistencial: el quirófano, su sala adyacente y las de internación. Manifiesta que hay dos cuestiones puntuales relevantes (culpa y causalidad) que deben destacarse además de la de orden pecuniario consistente en el lucro de la Clínica por el uso de sus instalaciones. Agrega que este aspecto ha sido omitido en el razonamiento judicial y que constituye, también, una obligación accesoria de seguridad, de naturaleza objetiva, que acompaña el acto médico, porque está ínsita en la relación de locación o uso de esos medios hospitalarios.

GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara

Agrega que poner en cabeza de los padres la prueba de la “culpa”, nada menos, por el origen posible de una infección hospitalaria, es imputar a la parte débil de la relación jurídica una prueba tan imposible como diabólica que, en todo caso, aún en la poca ocurrencia de casos, es un “defecto” propio del “negocio”. Aduce que esta externalización del daño, aceptada por el magistrado, contradice el principio general del derecho civil acerca de la causalidad (arts. 901 a 909, CC),

como contradice otro que es propio del derecho civil y del derecho de la empresa (derecho de consumo).

Insiste que el negocio –lícito por cierto- que implica alquilar, ceder el uso o permitirlo por terceros que lo hacen en su provecho, no es un acto de desprendimiento o altruismo, sino que persigue el lucro natural que constituye el objeto de la prestación hospitalaria. Agrega que la sociedad de responsabilidad limitada C.d. V. tiene actividad "comercial", no sólo por su forma societaria, sino por su objeto; por lo tanto, afirma que no es "graciosa" la concesión del uso de sus instalaciones, sino que forma parte del lucro esperado por la inversión efectuada.

La crítica a la falta de atribución de responsabilidad a la obra social ADOS parte del análisis del encaje constitucional que tiene el derecho a la salud en la relación de consumo (art. 43, CN). Manifiesta que no requiere más que eso para hacer derivar la responsabilidad de las consecuencias de los hechos penosos y daños padecidos por mis mandantes al patrimonio de la obra social ADOS. Invoca, la doctrina de la Corte Federal, conforme a la cual el deber de prestación de las clínicas, obras sociales y empresas de medicina prepaga, no se constriñen a las prestaciones definidas de antemano, cita como ejemplo las prácticas de fecundación asistida, no previstas en las cartillas médicas; son y seguirán siendo impuestas a los entes de salud, más allá de sus previsiones contractuales. Manifiesta que la salud tiene, en la relación de consumo, soporte constitucional y el riesgo de empresa atrapa las prestaciones que sean necesarias para lograr el objeto de su institución, desde la óptica del individuo.

Agrega que la obra social demandada, asumió una responsabilidad directa y personal a partir de su clara y declarada exigencia de que no se obligaba por las prestaciones de médicos que no estuvieran en su cartilla como prestadores, pero que adelantó el pago de los honorarios exigidos.

Luego impugna el monto de la indemnización concedida al menor porque desconoce los precedentes que, en igual situación, privilegian los daños sufridos por trabajadores. Sostiene que no es admisible que el menor, con no menos de sesenta (60) años de vida probable por delante, deba limitar su supervivencia a las magras cuantías indemnizatorias reconocidas. Agrega que más allá de la tremenda alteración de su proyecto vital que, en estos jóvenes años, su "defecto" le impondrá sufrimientos añadidos, debe considerarse que se presentará al mercado laboral

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

con una incapacidad que habrá de impedir su acceso a un número considerable de actividades, entre las mejores remuneradas.

Manifiesta que, en la demanda se había pedido considerar las incapacidades laborativas resultante de la pérdida del órgano, como modo de conciliar una justa indemnización, teniendo en cuenta aquí el extenso plazo de vida probable a que debe abastecerse la indemnización que se acuerde. Aduce que, según la Tabla de Sená, utilizada por la ART, vigente en la nueva Ley 26773 como en la anterior para los casos acaecidos durante su vigencia, la pérdida el globo ocular (enucleación), padecimiento actual de su representado, constituye una incapacidad parcial y permanente del cuarenta y cinco por ciento (45%). Sin perjuicio de la utilidad de las fórmulas de matemática financiera (fórmula "Vuotto" o

similares), con cálculo sencillo y prudente, sobre la base de un salario mínimo de $2.800 pesos en 60 años de vida probable (720 meses y sin añadir los aguinaldos), con una incapacidad del 45%, la reparación resultante habría de ser de novecientos siete mil doscientos pesos ($907.200), solo en concepto de daño patrimonial (lucro cesante). Por todo concepto, se le ha otorgado al menor de edad una indemnización de trescientos mil pesos ($300.000), lo que viola de modo notorio el principio de reparación integral que, como ha dicho la Corte Federal, tiene sustento constitucional.

Respecto al daño moral de los padres ha sido desatendido con una mera referencia normativa, que omite otra sustancial como es la de los arts. 5, 11 de la Convención ADH, que tiene rango constitucional (art. 75 inc. 22, CN; SC Buenos Aires, ED 164-356). El art. 1078, CC vigente, con clara desigualdad ante la ley, veda la reparación del daño moral a los damnificados indirectos, que concede el art. 1079, CC, respecto del daño patrimonial; los padres lo son, respecto del daño material, más no los son respecto de los padecimientos que como padres sufren al ver la minusvalía de su hijo y las consecuencias negativas en su personalidad, en su desarrollo, en su estructura psíquica y en su vida de relación, que se le genera al menor cada día de su frustrada infancia feliz y de una pubertad que sumará complicaciones.

Finalmente impugna la tasa de interés tal como se ordenó aplicar porque considera que la activa del Banco de la Nación no resarce la pérdida del valor de la moneda. Funda tal aserto en que, a partir de octubre de 2003, se mantiene estable en 18,6% anual y la tasa de inflación anual es hoy del 30% anual mientras que la de financiación de compras con tarjetas de crédito supera

el 54% nominal anual, más moratorios, llegando a más de un 80% anual. Señala que, al tiempo de la demanda se solicitó la capitalización de los intereses como modo de asegurar la existencia de una renta pura, que en la jurisdicción, en épocas de la indexación –luego prohibida por la Ley 23928-, era del 10% anual. Agrega que esa capitalización, en cuantía no inferior a tres (3) meses, es aceptada por los arts. 770 a 772 del Proyecto de CC unificado de 2012, y se computa desde la fecha de interposición de la demanda. Así lo deja pedido.

3. Síntesis del caso juzgado.

Previo a dar tratamiento a los agravios, estimo conveniente efectuar una breve

síntesis del **GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara** caso juzgado.

El niño D. A. S., desde su nacimiento, padecía estrabismo y a la edad de dos años y siete meses fue operado por el Dr. B. y la Dra. L., médicos oftalmólogos de esta ciudad.

La síntesis de lo actuado fue efectuada por el médico tratante, previo al traslado del niño a la ciudad de Buenos Aires. Concretamente en el documento titulado: “Resumen de Historia Clínica” que obra a fs. 7/8, se lee:

“Paciente de 2 años y siete meses que consulta por Desviación de los ojos desde el nacimiento.

AP: Parto normal Peso Nacimiento 3.650 kg.

Antec. Patológicos Previos: Presentó una Anemia Preoperatoria que fue tratada por el Pediatra con Hierro y Acido Fólico, 1 mes antes de la cirugía, recuperando fórmula normal.

Examen Oftalmológico Inicial

Biomicroscopía: Conjuntivas s/p. Corneas transparentes, cristalinos s/p, vítreo anterior claro.

Motilidad Ocular Externa: Esotropía bilateral con limitación de la abducción de 60 dioptrías.

Fondo de ojo: Normal en ambos ojos.

Esquiascopía: (A.O.) + 1

Se indica doble retroceso de ambos rectos internos de 6mm más resección del recto lateral de ojo derecho de 7mm.

Foja operatoria: el día 24/09/03 bajo anestesia general se realiza corrección quirúrgica del Estrabismo.

Técnica:

Se indica Tobramicina + Dexametasona con colirio postoperatoria 5 veces por día.

A las 24 h de la cirugía se realiza el primer control, presentado una quemosis moderada de ambos ojos, con una buena alineación, sin secreciones, solo se había colocado 2 gtas. de colirio.

A las 48 h presenta gran quemosis en ojo derecho y leve en el izquierdo, sin secreciones, solo se colocaron 3 gtas. de colirio.

A las 72 h el cuadro permanece estable y al 4to. día de la cirugía el paciente presenta una Quemosis intensa con membrana pupilar intensa e hipopión. Se lo interna e indica con asistencia de los pediatras Antibióticos terapia intravenosa (Ceftazidina + amikacina) y en horas de la noche se ingresa a quirófano con diagnóstico presuntivo de Endofalmitis de ojo derecho.

Se realiza lavado y aspiración de material para examen directo con Gram y cultivo. Se realiza una iridectomía periférica y lavado de cámara con

Vancomicina. También se realiza una inyección intravítrea con Vancomicina según dilución y por último se aplica Dexametasona subconjuntival.

Se realiza examen hematológico completo (debido a la anemia preoperatoria) y los resultados son normales.

GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara

El examen directo de la muestra fue negativo, como así también el cultivo.

A las 48 h el ojo presenta mejoría de la quemosis, al 3er. día la membrana comenzaba a disolverse lentamente y a ceder la quemosis. Permaneció 8 días internado con antibióticos. E.V.. Se da de alta médica transitoria con controles por consultorio externo diarios. Presentado una midriasis interna fija, una catarata evidente, reabsorción total de la membrana pupilar, ligera exotropía de ojo derecho. Durante el período de internación fue medicado localmente con colirio fortificado, atropina, fenilefrina y ciprofloxacina más prednefrin forte.

Desde el alta hospitalaria se indican corticoides orales (Deltisona B 4 mg) en un plan de 10 días. Se realizan controles diarios con un cuadro sin mayores variaciones. El 11/10/03 se realiza ecografía en la que se aprecia reacción vítrea moderada, con engrosamiento retinal difuso, la tonicidad del ojo era buena. El 15/10/03 se realiza examen oftalmológico bajo anestesia general, encontrando un ojo extremadamente hipotónico, la córnea transparente, midriasis intermedia y catarata densa.

Se intenta oftalmoscopía binocular indirecta, pero es imposible la visualización directa. El 16/10/03 se realiza una segunda ecografía en la que se aprecia la

disminución del diámetro anteroposterior, colapso vítreo y aparente desprendimiento de la retina.

Se solicita evaluación actual de paciente e instauración de terapia más conveniente. Fdo. V. E. B.”.

El paciente fue efectivamente tratado en Buenos Aires y los informes profesionales fueron acompañados por la parte actora.

Así, obra a fs. 14, el informe del Dr. E. M. D., Enfermedades Vítreo Retinales y Uveítis, expedido en la ciudad de Buenos Aires, el 23 de octubre de 2003, que textualmente reza:

“Historia Clínica

Paciente: A. S.

En el día de la fecha se ha examinado al niño A. S. quien consulta por un desprendimiento de retina en su ojo derecho.

Tiene antecedentes de cirugía de estrabismo realizada en Comodoro Rivadavia que se complicó posteriormente con endoftalmitis que fuera tratada adecuadamente con inyección de antibióticos intraoculares lográndose controlar la infección.

Sin embargo desarrolla posteriormente una complicación en su ojo derecho que es la presencia de un desprendimiento de retina total por lo que debe ser intervenido en forma urgente, ya que lleva varios días de evolución y es sabido que el pronóstico de recuperación visual es peor cuanto más se demore la intervención.

De no realizarse la intervención del ojo se perderá. La cornea se encuentra clara y la cámara anterior limpia, no pudiendo visualizarse el fondo de ojos por la presencia de una membrana blanquecina. Fdo. Dr. E. M. D.”.

También del Dr. D. B., expedido el 20/1/2004, el que transcribo: "El niño S. A. consultó por primera vez el 22/10/03 por su OD presentando preptisis catarata y por ecografía desprendimiento total de retina y proliferación vítreo retinal. Se operó el 30/10 confirmándose el diagnóstico preventivo se realizó vitrectomía, peeling de membranas aceite de silicona perflorurocarbono, se extrajo la catarata y se hizo vitrectomía inferior. Con Muy buen resultado post operatorio, pero evolucionó a una nueva proliferación con desprendimiento

total de **GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara** retina. Fecha de última consulta 20/01/04. Fdo. D. B.".

4. Tratamiento de los agravios.

En forma liminar he de realizar una breve consideración respecto a un tema que ha merecido especiales referencias en los escritos recursivos; concretamente me refiero a la distinción entre obligaciones de medios o de resultado.

Resulta innecesario entrar en consideraciones doctrinarias acerca de la mentada clasificación porque lo que manda es la realidad del caso y las conclusiones deben adoptarse teniendo en cuenta que el resultado no es ajeno a la obligación como señala la parte actora, aunque debemos agregar que en algunos casos se los garantiza y en otros no (*cf.* Zannoni, Eduardo La obligación -concepto, contenido y objeto de la relación jurídica obligatoria-, Rev. Jurídica de San Isidro, dic. 1983).

Su discutida vigencia, como nos ha advertido la Dra. A. K. d. C., hace más de dos décadas, en forma lenta y progresiva se evoluciona a favor del abandono de esta clasificación dicotómica (summa divisio) entre obligaciones de medios y de resultado ("Últimas

tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica", JA 1992-II-815), es un extremo que nos obliga a centrar el análisis en la atención prestada al niño por los profesionales médicos.

4.a. Los agravios de los médicos codemandados:

El eje central de la revisión pretendida es la falta de prueba de la culpa médica.

El juez de grado ha efectuado una excelente síntesis de la atención médica que respeta la secuencia del tratamiento médico; no obstante ello, asiste razón a los recurrentes cuando sostienen que no ha analizado la participación de cada uno de ellos en las prácticas médicas reseñadas, extremo relevante en orden a la atribución de responsabilidad.

Es que para que se genere la responsabilidad del médico, no basta que exista relación de causalidad material entre su actuación profesional y el daño al paciente. Es necesario, además, que aquél hubiere actuado con imprudencia o negligencia, sea a través de un diagnóstico inexcusable equivocado, sea por no haber tomado las previsiones que el caso requería.

Entonces, más allá del modo en que ha planteado la demanda lo cierto es que la prueba colectada obliga a diferenciar las distintas etapas de actuación profesional para efectuar su concreto análisis de la conducta médica debida a los efectos de una atribución de responsabilidad fundada.

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

Ergo la conducta de cada médico debe ser analizada retrospectivamente, conforme los hechos probados de la causa.

En ese orden de ideas, es imposible soslayar que el médico oftalmólogo tratante del niño fue el Dr. V. B. Dicho profesional es el que, consultado por el

problema de desviación de los ojos del niño, aconsejó la práctica quirúrgica, realizó la operación y efectuó los controles médicos diarios posteriores a la intervención quirúrgica a las 24, 48 y 72 horas posteriores. Todo ello conforme resulta de la documental que en copia certificada obra a fs. 122 y 138/141 agregada por el mencionado profesional y expresamente reconocida en su autenticidad por la parte actora, conforme consta a fs. 270 (punto II del escrito) y reitera a fs. 300 (punto II del escrito).

-La cirugía de niños en el estrabismo como práctica médica adecuada.

El recurrente sostiene que, en el fallo, se ha cuestionado la indicación terapéutica de la intervención quirúrgica en sí misma, prescindiendo de las conclusiones de la experticia médica.

He de señalar que la crítica es procedente; el cuestionamiento aunque implícito existe y efectivamente implica un apartamiento de las constancias colectadas en la causa.

Lo cierto es que tanto en el peritaje médico practicado en la anterior instancia como en el que se solicitó en esta instancia, la opinión técnica es coincidente. La cirugía temprana en casos como el que nos ocupa –estrabismo congénito con limitación bilateral de la abducción- es el tratamiento médico adecuado –fs. 1049 y 1067/1069-; opinión corroborada por el Cuerpo Médico Forense cuya intervención se solicitó en esta instancia y que, concretamente, ha informado que la técnica es aconsejada para mejorar la probabilidad de restaurar o promover una visión binocular normal –fs. 1255 vta..

Las observaciones del magistrado respecto a la pericia debieron ser superadas en la instancia de grado.

Si bien es imposible desconocer que el perito médico ha contestado los puntos de pericia en forma breve y concisa sin dar mayores explicaciones, es claro también que el juez es el director del proceso y no un espectador; de modo tal que estaba plenamente facultado para solicitar las ampliaciones pertinentes e incluso de oficio solicitar otro peritaje. Huelga señalar que lo deseable era que lo hiciera en la etapa probatoria y no después del llamado de autos, pero aun después frente a la complejidad del caso podría haberlo realizado.

- La cirugía del día 24/9/2003.

Las escuetas anotaciones de la cirugía efectuada en la planilla de internación de la C. d. V. dan cuenta del día de la operación quirúrgica (24/9/2003), de la duración de la internación (de 10 a 14 horas), del médico tratante –Dr. B.-, del motivo de ingreso –estrabismo- de los antecedentes personales –anemia previa tratada- y actuales –post operatorio de cirugía de estrabismo-, conforme consta a fs. 122. Estas constancias deben necesariamente ser complementadas con la foja quirúrgica que obra a fs. 141. Huelga señalar que la autenticidad de estos documentos fue expresamente reconocida por la parte actora conforme ya he señalado.

De la foja operatoria resultan los siguientes datos que textualmente transcribo: “Paciente …..pomada antibiótica”.

En definitiva, la foja operatoria, da cuenta que se ha cumplido con la evaluación pediátrica previa a la cirugía; que se han tomado medidas concretas de profilaxis antibiótica (lavado del campo operatorio con Pervinox, aplicación de pomada antibiótica); además de identificarse, en forma puntual, los músculos externos operados de los dos ojos;

especificarse las mediciones realizadas y las herramientas utilizadas (tijera de Wescott, gancho de estrabismo Vicryl 6-0 con aguja espatulada); como así también de asentarse la técnica de sutura (mioescleral no perforante).

La descripción efectuada es la que avala una ejecución técnica que no merece reproches desde el punto de vista de la ley del arte, conforme lo han dictaminado los peritos médicos actuantes en esta –fs. 1256 vta. y en la otra instancia –fs. 1049 y 1067-.Por lo tanto, concluyo que en esta etapa de la atención médica, el Dr. B. ha logrado probar que actuó con la debida diligencia.

- Los controles postoperatorios:

El médico tratante ha dejado asentado en la historia clínica ambulatoria que –reitero- fue reconocida por la parte actora, que se realizaron controles postoperatorios a las 24, 48 y 72 horas posteriores a la intervención quirúrgica.

En el primer control, efectuado a las 24 horas, se realizó una curación, se verificó una quemosis moderada y se dejo constancia del cumplimiento parcial de la instrucción antibiótica dada (aplicación Tobramicina + Dexametasona con colirio 5 veces por día).

En el segundo día se verificaron escasas secreciones, gran quemosis en el ojo derecho y leve en el izquierdo. Se adicionó cefalexina en jarabe.

A las 96 horas, se sospechó de endoftalmitis, fue internado por la Dra. L. –fs. 479- a las 13,30 horas con ese diagnóstico –fs. 479-.

La secuencia temporal descripta excluye la falta de diligencia que se le endilga al galeno, se ha efectuado un riguroso seguimiento posoperatorio, con controles diarios que permitieron diagnosticar la

endoftalmitis conforme el cuadro que presentaba el paciente al cuarto día de la cirugía en el que aparece el hipopion. Repárese que los estudios específicos revelan que en la mayoría de los pacientes son diagnosticados de endoftalmitis en el período comprendido entre los 3 a 10 días después de la intervención quirúrgica.

- Tratamiento de la endoftalmitis

El tratamiento de la urgencia infecciosa fue ejecutado por al Dra. L. –única actuación exclusiva de la profesional- conforme consta a fs. 483 y consistió en el lavado de la cámara anterior, iridectomía e intravítreo de vancomicina y dexametasona, conforme consta a fs. 483.

Los peritos médicos sostienen que el tratamiento fue adecuado y eficaz, también se pronuncia en el mismo sentido el médico tratante de la ciudad de Buenos Aires –Dr. D.-.

El Dr. B. si bien no participó en la cirugía tuvo a su cargo el seguimiento del paciente tal como consta en la historia clínica fs. 479/482.

Las secuencias descriptas y las referencias efectuadas a la prueba colectada permiten concluir que no se ha acreditado culpa en la atención médica prestada; el profesional tratante –Dr. B.- ha utilizado los medios de diagnóstico y tratamiento habituales y adecuados a la enfermedad del niño. Lo mismo respecto a actuación de la Dra. L., circunscripta a la emergencia,. No hay prueba concreta que demuestre que existan actos u omisiones del profesional configurativos de una actividad negligente o imprudente, o falta de la pericia necesaria. Es decir, no hay defecto de conducta profesional.

GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara

Huelga remarcar que, desde ya, el resultado no es el esperado pero no compromete responsabilidad alguna porque la conducta considerada reprochable no está probada suficientemente, conforme lo expuesto.

Por las razones expuestas, propongo el acogimiento del agravio y la consecuente revocación de la condena contra el Dr. B. y la Dra. L.

4.b. Los agravios de la parte actora.

- La responsabilidad de la clínica.

Conforme resulta de la reseña efectuada luego de la operación de estrabismo, el niño padeció una endoftalmitis aguda de origen infeccioso.

El juez de grado, con cita doctrinaria y jurisprudencial ha encuadrado la cuestión relativa a la responsabilidad de las clínicas como subjetiva y, por lo tanto susceptible de ser eximida acreditando la ausencia de culpa, actividad consistente en demostrar que se ha cumplido con las normas de asepsia que impone la Ley del arte. (v. Vazquez Ferreyra, "Daños y Perjuicios en el ejercicio de la medicina", pág. 151; C. Nac. Civ., Sala D, 16/7/01, "Frenkel, A. c. Centro de ortopedia y traumatología s/ daños y perjuicios, J.A. 2001-IV, 580).

En tal orden de ideas, ha sostenido que no se ha acreditado que la infección en el ojo del menor haya sido consecuencia de su paso por la clínica demandada o que su génesis tuviera lugar en dicho establecimiento.

No puedo compartir esta afirmación porque existen presunciones concretas relacionadas con el tiempo de manifestación de la infección y deducibles de las características propias de la endoftalmitis infecciosa que la desautorizan.

Así, en general, se ha establecido como criterio médico la presunción de que la infección es hospitalaria

si se manifiesta luego de las setenta y dos horas de la internación, siempre que el paciente no hubiese tenido evidencias de incubación previa.

En el caso concreto la infección se manifestó exactamente a las 96 horas de la operación quirúrgica y además conforme las características propias de la endoftalmitis infecciosa, esta según la vía de acceso al interior del globo ocular es exógena por inoculación directa desde el exterior del organismo en el 90% de lo casos. Mientras que en los restantes es endógena por embolización vía el torrente sanguíneo desde el propio organismo (Díaz-Cascajosa J., Vela-Segarra JI. Endoftalmitis postraumáticas, dentro de: Vilaplana D, Poposki V, Quintana R *et al*. Tipos deendoftalmitis. Ann Oftalmol. 2008; 16: 294-316).

Por lo demás, no existen pruebas concretas aportadas por la clínica demandada tendientes a demostrar el cumplimiento de

su obligación de **GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara** medios en el caso concreto, es decir, la diligente, prudente y experta prevención del riesgo.

En efecto, los testigos que han declarado, como bien señala el magistrado, ilustran acerca de una metodología general, pero no alcanzan a demostrar el cumplimiento de los procesos de esterilización y asepsia en el caso concreto. En efecto, ninguna prueba documental se ha aportado que registre el cumplimiento de tales procesos, por ejemplo los libros y/o planillas de registro en los que se encuentren agregados los pertinentes indicadores, exigibles conforme previsiones de las normas sanitarias específicas.

En definitiva, no hay demostración por parte del establecimiento del cumplimiento, en el caso concreto, de las normas internas de seguridad e higiene internas

ni de las impuestas por la autoridad sanitaria nacional o local. Las referencias testimoniales son genéricas. Ergo, este déficit permite el reproche subjetivo por falta de acreditación de asepsia, esterilización, higiene en las instalaciones empleadas en la prestación del servicio. Huelga señalar que es el establecimiento médico el que se encuentra en condiciones de aportar estos extremos.

- El monto de condena:

El monto indemnizatorio otorgado a favor del niño y en concepto de daño material ha sido impugnado por los actores; concretamente proponen su elevación teniendo en cuenta las fórmulas aplicadas a los supuestos de incapacidades laborales.

Se propone una nueva metodología de cuantificación que difiere de la adoptada al promover la demanda; es decir se realiza un nuevo planteo de cuantificación que no fue puesto a consideración del juez de grado.

Sin perjuicio de lo expuesto, no puedo dejar de señalar que la cuantificación del daño material es exigua atendiendo a la entidad de la lesión a la integridad física sufrida por el menor de edad efectivamente acreditada y su innegable influencia en su futuro laboral y relaciona.

En función de lo expuesto no encuentro motivos para apartarme de la cuantificación contenida en la demanda. Si bien el cálculo se sujetó a la prueba a producirse lo cierto es que la prueba colectada no aporta variantes significantes que autoricen a fijar montos mayores o menores a los solicitados.

Por las razones expuestas, propongo determinar el monto de daño patrimonial del niño en la suma de pesos trescientos sesenta mil.

- El monto del daño moral:

La impugnación del monto fijado en concepto de daño moral es manifiestamente insuficiente. Los argumentos tan solo demuestran una mera disconformidad pero no alcanzan a constituir una crítica concreta y razonada. Por tal razón corresponde su rechazo.

- La procedencia del daño moral de los padres:

Resta por último el análisis de la procedencia de la indemnización por daño moral reclamada por los padres que al promover la demanda han vinculado su cuantía al costo de un tratamiento psicológico.

La concepción moderna del daño y los derechos y garantías por los que brega nuestra Constitución Nacional, permiten sostener que en el caso concreto el artículo 1078 del Código Civil es inconstitucional y así lo declaro.

Es indiscutible que, en el caso, han sido los padres del niño de dos años quienes decidieron realizar su operación quirúrgica en la clínica referenciada, también que han visto lesionado su

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

interés frente al daño a la integridad física sufrida por su hijo menor de edad, teniendo en cuenta su corta edad y la entidad de la lesión.

En casos similares se han indemnizado las afecciones personales de los padres de un menor de edad por amputación de una pierna. (Cám. Nac. Com., Sala C, 23/06/2006, "Alí, J. P. c. H. A.”). Incluso, en otros se recurrió al encuadre contractual de la relación jurídica para admitir el daño moral de los padres además del que sufrió la menor discapacitada (Cám. Nac. Civ, Sala C, LA LEY, 1998-A, 405, entre otros).

Se decidió entonces que cuando los progenitores contratan con un médico o clínica no lo hacen

exclusivamente a nombre o representación de éste último, sino por un interés propio, por lo que la relación es contractual y corresponde indemnizar el daño moral.

En función de lo expuesto es que corresponde admitir el reclamo y a los fines de su cuantificación he de estar a los montos reclamados al promover la acción ($7.850 para cada progenitor), conforme metodología de cálculo adoptada.

- Los intereses. Su capitalización:

La revisión pretendida se ciñe exclusivamente a la capitalización de los intereses. En efecto, no se ha impugnado la tasa utilizada (activa del Banco Nación), de modo tal que he de pronunciarme en tal encuadre funcional.

El art. 623 del Código Civil, en su actual redacción, consagra una prohibición relativa de capitalización de los intereses. Ello por cuanto permite la capitalización de los accesorios en los supuestos de excepción mencionados en la norma. Esto son: existencia de pacto entre las partes y existencia de mora en los supuestos liquidación judicial aprobada con intereses devengados por el capital debido.

Ergo, fuera de los limitados supuestos previstos legalmente, la capitalización no esta permitida. La restricción denota que la Ley ha seguido en este tema un criterio estricto evitando efectuar aplicaciones con sentido genérico.

En el caso particular de autos no concurre ninguno de los supuestos de excepción previstos por la normativa vigente, para que resulte admisible el tratamiento de la capitalización de intereses pretendida por la parte actora, por tal razón corresponde el rechazo de la pretensión.

- La responsabilidad de la obra social.

Los actores cuestionan el rechazo de la condena a la obra social, con base en el encaje constitucional de la salud como una relación de consumo y en la existencia de una relación directa entre los médicos y la obra social.

La mera referencia al encuadre jurídico de la cuestión es insuficiente para fundar una solución diferente por cuanto no se ha acreditado como y porqué tal encuadre ha sido vulnerado.

En efecto, el juez de grado ha descripto la modalidad de la contratación y tales consideraciones no solo tienen sustento fáctico y jurídico (fs. 478; arts. 1137, 1197, 1195, 1198 y 1199,

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

Código Civil y 384, C.P.C.C.), sino que además dan fundamento suficiente a la decisión adoptada.

Repárese que no se ha postulado –tampoco acreditado- que la obra social haya brindado la cobertura directa a través de su propia capacidad médico-asistencial instalada exclusivamente, o que haya ceñido la cobertura a un cuadro asimilable a éste, semicerrado. Por el contrario ha existido, en el caso, un claro ejercicio de la facultad de elección del médico tratante. Ello, a punto tal que en los documentos médicos en los que se documento el inicio del tratamiento se ha dejado constancia de que era el propio paciente quien cubría los gastos –fs. 478-.

En definitiva, la acreditación de la libre elección del médico tratante, en su más amplio contenido, por parte del paciente obsta a la posibilidad de condenar a la obra social demandada.

Ergo, no es aplicable al caso bajo exagente la doctrina elaborada en atención a supuestos de obras

sociales cerradas que es la que pretende el recurrente.

En este orden de ideas, calificada doctrina ha sostenido que cuando se acuerda al beneficiario la posibilidad de elegir el galeno con total amplitud el deber de la obra social se limita a reparar las consecuencias dañosas derivadas de la omisión o denegatoria del servicio, que por supuesto no es el caso de autos (Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos", págs. 81 y 82, puntos b y c, ed. Ábaco, 1981).

Por las razones expuestas no estamos ante un supuesto en el que corresponda extender la responsabilidad a la obras social por la ineficiencia ora del galeno que no se ha comprobado ora de la clínica y corresponde por lo tanto el rechazo del recurso.

5. En conclusión, propongo:

5.a. El acogimiento de los agravios de los codemandados V. E. B. y M. C. L. y el consecuente rechazo de la demanda interpuesta en su contra.

5.b. El acogimiento parcial de los agravios de la parte actora, la consecuente admisión de la demanda contra C. d. V. SRL, por las suma de pesos cuatrocientos sesenta mil y cuarenta mil setecientos pesos.

5.c. La confirmación del rechazo de la acción interpuesta contra ADOS.

6. Costas y honorarios:

Las costas de ambas instancias se imponen cargo de la codemandada C. d. V. en virtud de la aplicación principio objetivo de la derrota.

Las costas de ambas instancias se imponen a la actora vencida respecto de la acción promovida contra los codemandados B. y L.

Las costas de esta instancia respecto a la codemandada obra social ADOS se imponen a la actora vencida.

Los honorarios de primera instancia se regularán conforme las pautas contenidas en el artículo 5 de la Ley arancelaria y por aplicación de las escalas específicas de cada instancia (art. 7 y 13 de la ley arancelaria).

A la segunda cuestión, la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por los codemandados Sr. V. E. B. y Sra. M. C. L.

2) Revocar el punto de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia rechazar la demanda promovida por los Sres. O. E. S. y J. C., por su propio derecho y en representación de su hijo menor A. A. S. contra V. E. B. y C. L.

3) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora.

4) Revocar el rechazo de la demanda promovida por los Sres. O. E. S. y J. C., por su propio derecho y en representación de su hijo menor A. A. S. contra C. d. V. SRL; condenándola a abonarles a los primeros la suma de cuarenta mil setecientos pesos ($40.700) y al niño la suma de pesos cuatrocientos sesenta mil ($460.000) con más los intereses fijados en la instancia de grado.

5) Confirmar el rechazo de la demanda promovida contra ADOS.

6) Las costas de ambas instancias se imponen a la actora vencida, respecto de la acción promovida contra los codemandados B. y L.

7) Las costas de esta instancia respecto a la codemandada obra social ADOS se imponen a la actora vencida.

8) Las costas de ambas instancias se imponen en un 50% a cargo de la codemandada C. d. V. vencida por la admisión de la acción y en un 50% a cargo de la actora.

9) Regular los honorarios en el momento del acuerdo.

10) Tener presente las reservas del caso federal efectuadas a fs. 1202; fs. 1219 y fs. 1245.

A la primera cuestión, el Dr. Fernando Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 1158/1170vta., por la que prospera parcialmente la demanda de los actores O. E. S. y J. C., propio derecho y por su hijo A. A. S., contra los demandados V. E. B. y C. L., condenando a éstos a pagar en 10 días, la suma de $25.000 y $300.000, con mas los intereses previstos. Hace extensiva la condena a la F. P. de S. S.A. Impone las costas del proceso a los demandados y regula honorarios. Rechaza la demanda de los actores señalados por derecho propio y representación del hijo, contra las demandadas C. d. V. S.R.L. y A. d. O. S. Impone las costas del rechazo y regula honorarios.

Apelan por la participación acordada: A fs. 1174, V. M. C. A., abogado, por sus representados los demandados y la F P. A fs. 1178, los actores y por la representación del hijo, los recursos se conceden a fs. 1183.

A fs. 1196/1203, se agregan los agravios de los accionantes con representación letrada. Aprueba en principio el análisis de los hechos, pero se agravio en cuanto a la responsabilidad de los titulares por los ámbitos de las prestaciones. Controvierte la conclusión de la sentencia y sostiene que las consecuencias devenidas por el uso del quirófano y de las

instalaciones hospitalarias y hoteleras que presta la Clínica fruto de su actividad empresaria, constituye un riesgo que la obliga a las consecuencias normales, corrientes, no extraordinarias aunque no fueren habituales; que entonces yerra el magistrado a imponer a su parte la prueba de la culpa; por cuanto en las condiciones de higiene el perito médico informó que no son suficientes los mismos elementos que utilización casera, en tanto tener que probar los afectados las condiciones de asepsia es una prueba diabólica y exonera al que es el creador del riesgo (riesgo provecho). Considera adecuada las imposiciones probatorias que derivan de la Ley 24.240 respecto a la responsabilidad objetiva, respecto al servicio de quirófano e instalaciones de hospital, en definitiva solicita que de mantenerse el criterio jurisdiccional, se le exima de las costas, considerando quienes son los dueños de la actividad. Se agravia en segundo enfoque de la liberación de la Obra Social (ADOS), como contraria a la previsión constitucional del art. 43 del derecho a la salud, que requiere que los hechos penosos padecidos por sus mandantes recaigan sobre el patrimonio de la misma; desde que la salud tiene, en la relación de consumo soporte constitucional, el riesgo de empresa atrapa todas las prestaciones que sean necesarias para

lograr el objeto de su institución, que se justifican tanto de los principios previsionales que surgen de la Organización Mundial de la Salud, con entronque en los derechos humanos, pero además, como política de Estado, caso por ej., de las normas destinadas a la reproducción humana asistida de la Ley 26.862 y su Dec. Reglam.956/2013). Sostiene que la obra social ADOS asumió la responsabilidad directa y

personal, desde su declarada exigencia que no se obligaba por las prestaciones de médicos que no estuvieran en la cartilla como prestadores, pero que adelantó el pago de los honorarios exigidos. Cita jurisprudencia, entre otro, J.A. 1997-III-455., y agrega que tal reconocimiento es creador de efectos jurídicos obligacionales; que la asistencia fue reiterada incluso fuera de la ciudad, captando los efectos jurídicos conforme con los arts, entre otros, 718, 721 y concords. del C.C., como el art. 3989 con su nota con el reconocimiento tácito. Se agravia en tercer lugar por la indemnización concedida, estableciendo contrastes respecto al futuro del niño discapacitado de tan pocos años que deberá con su "defecto" concurrir en su oportunidad al mercado laboral, algunos de cuyo sectores le resultarán prohibitivos. Extrae conclusiones a partir de la L.R.T., que para tal incapacidad ocular establece el 45% de disminución de la total obrera, con lo que con el salario que señala a una vida probable de 60 años, debería recibir solo en concepto de daño patrimonial (lucro cesante), la suma de 907.200 pesos, habiendo el sentenciante otorgado $300.000. Impugna asimismo la indemnización por daño moral, mas allá de las

dificultades para su determinación. Critica la simple negativa del daño moral de los padres, cuya necesidad de reparar ha ingresado a normas de convenciones supranacionales, por lo que no puede desconocerse los padecimientos de los padres al ver la minusvalía de su hijo. Cita numerosa jurisprudencia y el proyecto de CC de 1995, que amplía el núcleo familiar merecedor del reconocimiento por daño moral. Pide de conformidad la extensión del daño moral a los padres. Impugna la tasa de interés del Banco Nación del 18,6 % anual y sostiene que no resarce la pérdida del valor de la moneda, señalando la existencia de una inflación anual actual del 30%. Señala que solicitó la capitalización de intereses como modo de asegurar la existencia de una renta pura. Sostiene que la Ley 23.928 no veda la capitalización, desde que dejó afuera los medios indirectos de la potenciación. Sostiene que el modo del fallo, estableciendo los intereses sin capitalizar, consume y seguirá consumiendo la reparación asignada. Cita fallo de la Cám.Apelac. de Trelew, relativa al significado de la tasa de interés en tanto el capital ha resultado indisponible, que el acreedor judicial no es libre de prestar su dinero, retenido por el deudor, por lo que condenar a éste en los intereses solo a la tasa pasiva, equivaldría a usar el dinero ajeno sin compensar la pérdida la pérdida de la libertad económica, en tanto el primero pudo disponerlo en mejores condiciones formula el petitorio y reserva el caso federal.

A fs. 1209/1218vta., expresan agravios los codemandados V. B., C. L. y F. P. d. S. S.A. Las quejas salientes estriban en que la sentencia omite deliberadamente la prueba rendida, especialmente la pericial médica (fs. 1048 (1058) y 1067/1069 (1076/1078)

y la declaración de los testigos. Sostiene que el fallo establece una obligación de resultado y que respecto a la .pericial médica la omite valorar en toda su extensión y la conducta d e los actores, que violaron las funciones de la patria potestad, con abandono del tratamiento postquirúrgico aconsejado por el Dr. B. y L.. Critica que se condene a B. y a L., sin determinar la participación

que le cupo a cada uno en los hechos, los que son absolutamente distintos, la Dra. L. era ayudante y en la segunda intervención L. y O. e inexplicablemente se desvincula de la decisión a la obra social. Que abonó los honorarios médicos generadores de la práctica que se atribuye dañosa y a la C. d. V.. Sostienen en el primer agravio, que la sentencia afirma dogmáticamente que no aplicaron la debida diligencia, contrapone que atento la índole de la responsabilidad médica para que proceda el resarcimiento de los daños sufridos debe acreditarse no solo que han existido, sino que la relación de causalidad entre el obrar negligente de aquél a quien se imputa su producción y tales daños. Sostiene respetuosamente que no se dan los presupuestos de responsabilidad civil para el andamiento de la demanda. Entiende confusa la descripción y tortuosa la descripción de los hechos y no advierte que quien interviene quirúgicamente al niño es el Dr. B. y L. es su ayudante con participación inexistente en la práctica y si lo hace dicha galeno en la segunda práctica cuando el cuadro era complejo pero no podía atribuirse en responsabilidad ni al primero ni al segundo en forma plena. De atribuir responsabilidad debió justificar el

grado de participación y entidad dañosa de la misma, hecho improbable a tenor de los colecto verificados en autos que justifican la regularidad de la práctica y una complicación postquirúrgica Los planteos del fallo, si era necesaria la práctica, si efectuada con diligencia y la adecuación a los arts. 512 y 902 CC., solo tienen una imputación concreta pero desprovista de argumento dirimente. Que dice el fallo que los médicos no aplicaron la debida diligencia para evitar la complicación, pero se pregunta la apelante, cual era esa debida diligencia. La necesidad de la práctica se desprende sin hesitación de la experticia médica, cuya descalificación sin otra fundamentación que la voluntad del magistrado no resulta suficiente para su consideración en esta instancia y su puesta en valor a los fines del rechazo de la acción. Alude entonces a la pericia del Dr. A. que dice que de acuerdo a la patología la conducta adoptada frente al estrabismo fue correcta y que la práctica quirúrgica fue realizada con las normas de asepsia e higiene como corresponden al caso. Sostiene la procedencia de tal conclusión al provenir del experto no impugnado ni en persona ni en especialidad por la actora y no puede ser descalificado como lo hace el Juez de Grado, que pese a que fue impugnado no se exigió de parte de la actora explicación alguna o remisión al Cuerpo Médico Forense. Afirma que el Juez no puede apartarse arbitrariamente de la conclusión pericial. En segundo lugar sostiene que la imputación a título de culpa debe generar un daño que tiene que tener vínculo causal, que aquí parece fincar la conclusión del Juez en cuanto entiende la obligación de los dos médicos del cuidado del paciente y entiende que el yerro es grosero y manifiesto; que se exige prevenir adecuadamente cuando el paciente sale de la

órbita del cuidado y supervisión directa de la clínica y los médicos. Señala que estos cumplieron después de la operación con la medicación antibiótica pero que también pero para que el pronóstico resulte es necesaria la mas amplia colaboración, sin reserva, reticencias ni ocultamientos. Cita jurisprudencia. Es la defensa que

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

interpone, si el paciente incumple el plan terapéutico, es precisamente su conducta la causa eficiente del menoscabo (art. 1111 C.C.). Que tales conclusiones se extraen de la historia clínica de fs. 489/506 la que da cuenta que la Dra. L. realizó una práctica correcta con posterioridad a la intervención, pero que además B. había suministrado antibióticos e indicado el cultivo de las secreciones por lo que no se puede endilgar abandono, concordante con el informe profesional del Consultor Oftalmológico E. M. D. Que la testigo M. dice que la madre llamó luego de varios días para ver como se colocaban las gotas lo que revela una negligencia imperdonable y su consecuencia no puede descargarse en los demandados. Que coincide la testigo Mansilla que dice que llamó la madre en relación a la medicación y sostiene que no se le había aplicado la medicina al niño. Señala incongruencias del fallo que en principio reconoce que de la primera intervención quirúrgica no surge complicación alguna y luego contrarresta y dice que es evidente que debido a la misma y los trabajos descritos en ficha técnica acompañada por la demandada y actora fueron los que habilitaron la posibilidad concreta de infección. Incisa a fs. 1212vta. lo que sostiene como incongruencias del fallo, con lo que concluye que los médicos no abandonaron al paciente ni

incumplieron sus obligaciones y la práctica se realizó de acuerdo a las reglas del arte, como lo dictamina el perito oftalmólogo Dr. A.., se tomó material para cultivo y examen directo de gérmenes con resultado negativo como consta en la historia clínica y el desprendimiento de retina es consecuencia de la endoftalmitis, no del tratamiento (fs. 1067/1069 – 1076/1078). El segundo agravio estriba en la exclusión de la prueba decisiva (Historia clínica) en violación al régimen de los arts. 400 y 407 C.Pr. Afirma que la sentencia prescinde de prueba esencial, la Historia Clínica, que no fue objeto de falsedad y de ella se desprende no solo la idoneidad de la práctica sino también las indicaciones antibióticas. Entiende que se incorporó como prueba válida para el esclarecimiento de la verdad, renunciando el magistrado por un excesivo rigor formal. Ello, que sin la pericia médica y sin informes, el juez ha suplantado el conocimiento aportado por expertos, contrariando las conclusiones del Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1995, que para la apreciación de la prueba pericial rigen los principios de la sana crítica. Tercer agravio. Afirmación dogmática relativa a la práctica quirúrgica indicada para tratar la patología estrabismo convergente de naturaleza congénita contraria a lo dictaminado en pericia médica. Arbitrariedad por prescindir y resolver contra lo indicado por prueba pericial médica, sin dar razón o motivo suficiente. Conforme lo inicia el agravio, el agravio fluye de la crítica precedente, advierte cierto fastidio del Juez en razón de las limitaciones de la ciencia médica para tratar la patología al menor intervenido. Rechaza entonces que la práctica realizada por B.y en segundo término por L. pueda ser calificada de ineficaz o generadora de la afección postquirúrgica

que motivara la litis y la afirmación del juez prescinde de la pericia médica y su conclusión que fue adecuada y en su resultado consistente en la buena alineación de los ojos claramente correctivas de la malformación padecida congénitamente por el niño; que lo actuado era lo indicado por la ciencia médica

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

para tratar esta patología y el Juez elabora una conclusión errónea. Agrega valoraciones respecto a la indudable importancia que tiene la pericia a cuyo respecto el Juez no puede apartarse arbitrariamente; que el juez desorbita su función a partir de esa errónea premisa, desprovista de fundamento probatorio, no aplicaron la debida diligencia pero sin explicitar que hicieron mal y que conducta hubieron de desplegar que hubiera podido evitar el proceso infeccioso, el agravamiento de la patología, la práctica de la segunda intervención. Reitera el incumplimiento de la posología y reitera que contra eso no hay práctica profesional ni diligencia que neutralice el riesgo de infección. Que en consecuencia si la práctica quirúrgica, surge de los informes periciales y se retiró del Sanatorio sin presentar un cuadro infeccioso, es improcedente la imputación y la consiguiente responsabilidad; que la infección que se manifestó después de la cirugía practicada y fue correctamente diagnosticada y tratada con éxito, mediante el antibiótico (ATB) específico, que fue suministrado como lo registra la HC de C. d.V., luego de los controles efectuados por los médicos. Sostiene que la existencia de relación causal es el elemento de responsabilidad y sobre ella pueden darse ciertos factores, que interrumpen o fracturan el nexo

causal, que en ambos supuestos la relación de causalidad no llega a producirse, o en lo supuestos de la existencia de una concausa, la ausencia total o parcial de responsabilidad civil (arts. 1111, 113, 2° párr. 2da.parte C.C.). Por último señala que para no dejar de responder a la grave afirmación de omisión de diligencias para evitar o neutralizar la infección, que reitera sin sustento alguno, que si se relaciona con el cuadro de infección aludido en la demanda, tal posibilidad fue desvirtuada con la pericia médica. Cuarto agravio. Errónea atribución a los médicos de falta de control del paciente contradicho por los registros de las historias clínicas. Omisión de valoración de la prueba esencial. Arbitrariedad. Critica que el fallo demuestra con su discurso descalificante una posición parcial e injustificadamente severa al momento de juzgar la conducta médica, con errores de interpretación e inexactitudes con sistemática prescindencia de la prueba esencial; que el incumplimiento las pautas terapéuticas no puede sino perjudicar al paciente y en la especie ello ha nublado la imparcialidad del juez perdiendo el horizonte de la excusa absolutoria. Contradice cuando el Juez afirma que la infección fue originada por la operación, cuando se demostró en contrario y luego no advierte la ruptura del nexo causal. Reitera, en torno a la causalidad adecuada, que tampoco se acreditó por las actoras que la conducta médica hubiera causado el resultado dañoso; que debió advertirse que la primera complicación del riesgo quirúrgico (hematoma e infección) fueron oportunamente detectadas y resueltas, que luego los resultados no arrojaban riesgo postoperatorio con alta ambulatoria, excepción hecha de la omisión de suministrar con la periodicidad y en la forma dispuesta por los galenos la

medicación antibiótica. Quinto agravio. Conceder reparación cuando no se ha acreditado los requisitos indispensables de la responsabilidad civil contractual acordando una indemnización absolutamente desproporcionada, señalando criterios generales de gran amplitud que desvirtúan la finalidad indemnizatoria. Arbitrariedad. Lo sustenta en que no se acreditaron los presupuestos propios de la responsabilidad civil, con lo que no puede bastar con la sola alusión a la razonabilidad y la prudencia, si no existe el basamento para tales valoraciones cardinales. Cita el Fallo de la CSJN sobre la necesidad para determinar el resarcimiento, que se cumplan los presupuestos de atribución de responsabilidad; que la amplitud del criterio invocado no han sido afirmados ni probados por el actor. Impugna las sumas condenadas por gastos médicos por $25.000, daño material por $200.000 y $100.000 por daño moral. Reserva asimismo el caso federal.

La parte actora contesta los agravios precedentes a fs. 1221/1229vta.

A fs. 1232/1235, por la participación acordada de los codemandados V. B., C. L. y aseguradora F. P. de S. S.A., el Dr. V. M. C. A., contesta los agravios de la parte actora.

A fs. 1236/1237vta., el Dr. A. H. B., como apoderado de la A. d. O. S. de Comodoro Rivadavia, contesta los agravios de la parte actora.

GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara

A fs. 1238/1245vta., el Dr. I. F. d. l. C., por la codemandada C. d. Va. S.R.L., contesta los agravios de la parte actora.

Tratamiento de los agravios.

En principio resulta que los recursos interpuestos cuentan con enfoque jurisprudenciales y de doctrina, con premisas generales que rigen la materia, pero también corresponde señalar que si bien la prueba en función de la demanda corresponde al damnificado, por el ejercicio mismo de las profesiones implicadas la carga probatoria se encuentra notablemente transferida a quienes la ejercitan, pues se encuentran en mejores condiciones de probar lo incidido por las presunciones jurídicas según las conductas resultantes.

Por las implicancias pretendidas, corresponde en primer término el tratamiento de los agravios de las partes codemandadas y la citada en garantía, que se dejaron expuestos.

Introdujeron de inicio que existe prueba deliberadamente omitida, la pericial médica del Dr. A. A. y testimoniales (M. J., fs. 709; Heras, fs. 711; M., fs. 712; A., fa.715; M., fs. 718), pero que luego han de reiterar en el curso de los agravios. Así, en el primero, controvierte que se afirma dogmáticamente la falta de la debida diligencia de las partes codemandadas Dr. B. y Dra. L.; que no se advierte que la primer intervención la realiza el Dr. B. y L. es solo su ayudante con participación inexistente en la práctica y ésta solo realiza la segunda cuando el cuadro era complejo pero no podía atribuirse responsabilidad ni al primero ni al segundo, que debió justificarse el grado de participación y entidad dañosa y que se dio una complicación posquirúrgica atribuible al incumplimiento por parte de los responsables tutelares del niño.

Cuando los recurrentes parten de la base que el juez afirma dogmáticamente la falta de debida diligencia, deja omiso el proceso evaluativo del fallo, pues si éste llega a tal conclusión, previamente de

señalar que la prestación del servicio médico ha de comprender el tratamiento, control y posterior evolución/compli-cación de la dolencia del menor, que la historia clínica de fs. 478/488 comprende datos de ingreso, diagnóstico y postoperatorio del día 24/9/03 y la correspondiente al día 28/9/03 por oftalmitis, así como los controles posteriores a dicho tratamiento. Entonces destaca, pero "No existen datos relativos a los controles de los días posteriores a la primera operación (25, 26, 27); en "este contexto –siempre lo dice el fallo (fs. 1164)– el desarrollo de toda la actividad de la prestación médica que comprende diagnóstico, práctica y tratamiento postoperatorio, "permite establecer que a partir de la primera intervención quirúrgica en los ojos del menor, con la participación de ambos profesionales demandados, se generó la posibilidad de gestación infecciosa que devino a posteriori en una segunda intervención que precisamente tenía como génesis dicha infección y conformación de la endoftalmitis".

Las recurrentes no responden puntualmente a la concreta y lógica conclusión jurídica del fallo, ya que la primer intervención es la causa más próxima con entidad para la producción del daño infeccioso y su curso la gestación infecciosa hacia la endoftalmitis.

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

Los interrogantes aparecen así carentes de respaldo, si sigue insistiendo cual es la debida diligencia (fs. 1210vta.), cuando el sentenciante le señala que el proceso integral de la prestación tiene estrecha vinculación con el control y previsibilidad por lo actuado.

Claro que los accionados afirmaron haber efectuado controles en esos días, no los registra en la Historia

Clínica de fs. 478/478vta. Donde no surge el protocolo quirúrgico ni los controles los días 25, 26, y 27 (Doc. Reserv. N° 1907/07), pero los codemandados traen otras constancias, conformadas por el Dr. B.. Control del día 25/9/2003.Curación – Buena alineación. Quemosis moderada? AD. Se indica colirio con …. y Dexametasona, 5 veces x día y. solo colocaron 2 gts. Se insiste en la importancia del antibiótico - …Blo…. Oft Binoc. Indirecto… Vítreo claro y trasparente. 26/09/2003: Escasas secreciones. Con quemosis en ojo derecho y leve en OI. Solo se colocaron 3 gotas de ATB. Adiciono Cep… en jarabe en forma preventiva. 27/09/03. Cuadro estacionario- Continúa con igual medicación. 28/09/03: Quemosis muy intensa con …ipopión y …pupilar – Se dispone internación urgente en la C.d. V. – con interconsulta pediátrica para instauración de terapia antibiótica agresiva, se sospecha
Endoftalmitis.

Frente al cuadro como se fue desarrollando, traer como fundamento decisor la afirmación la pericia del Dr. A. E. A. de fs. 1067/1068 ref.,porque contesta que la práctica quirúrgica fue llevada a cabo de acuerdo a los protocolos habituales (fs. 1047 ref.) carece de predicamento en el sentido pretendido, si en la ampliatoria de fs. 1067 ref., cuando responde por las causas por las que se habría producido la infección postoperatoria, responde que es muy difícil asegurar cual fue la causa exacta de la infección, aún tomando las medidas adecuadas de asepsia.

Frente a lo expuesto, resulta sin sustento la exigencia vinculante que se pretende de la mera afirmación del perito que se cumplió con el protocolo quirúrgico, toda vez que además completa el que es muy

difícil asegurar cual fue la causa de la infección (fs. 1067 ref.).

Nada sustituye entonces el Juez con criterio dogmático, pues frente a ello extrajo la presunción culpatoria. La conclusión se ajusta a derecho, pues en tanto los codemandados pretenden imponerla a supuesta irregularidades de los padres, puestas en plano de igualdad con lo respondido por el Dr. A., la supuesta inconducta de los padres no es prueba certera de la causa de la infección, contra la posible adquirida en el quirófano. Se reitera, el propio perito Dr. A. expone a fs. 1067 que es "…muy difícil asegurar la causa exacta de la infección. Por ello cuadra en la materia los conceptos acuñados en la jurisprudencia, las probabilidades no han de ponerse como eximentes, sin haberse producido prueba exhaustiva, que solo permita concluir que la infección no tuvo origen en el acto quirúrgico y si la causa en los hechos de los padres. Tal la premisa jurisprudencial en la materia, lo que pudo ser no es la prueba misma y las dudas "no pueden acumularse **GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara** en disfavor de la víctima. Por el contrario, las dudas resultantes de los informes acumulados por los prestadores de los servicios médicos, habrán de afirmarse en defensa del damnificado" (*cf*. J.A. 1995-I-509).

Por ello se confirma el criterio jurídico del Juez, la prestación médica y su práctica quirúrgica, permite establecer que a partir de la intervención quirúrgica en los ojos del menor, con la participación de ambos profesionales demandados, se generó la posibilidad de la gestación infecciosa. El concepto tiene sólido apoyo en la materia, cuando se deja sentado que ni la ausencia de prueba científica, ni el desconocimiento preciso del instante y modo de contraer el paciente la infección,

impide al derecho presumir el fenómeno causal infeccioso. El germen, por acción u omisión se instaló en el quirófano y en razón del acto quirúrgico y siguió luego un deficiente seguimiento postoperatorio. No puede explicarse de otra forma "si no fuese por la comisión de tal culpa (C. Nac. Civ., Sala D 9/8/89 – Russo v. Hospital Ramos Mejía – en J.A. 1990-II-89. Es más, en el ámbito de la responsabilidad contractual, la culpa del deudor por el daño inmediato se presume. El daño frente a la causa próxima resulta la prueba del incumplimiento, principio que es válido, salvo situaciones de excepción, en todas las disciplinas jurídicas (*cf*. C.Nac.Civ. y Com. Federal, Sala 1ª., 10/10/89, en J.A.1990-II-310).

En cuanto se pretende que el Tribunal frente a la responsabilidad conjunta asignada, debía establecer en todo caso cual el grado de participación, es postura equivocada dada las obligaciones probatorias señaladas precedentemente. Si las codemandadas pretendían distinguir al respecto, no actuaron en el juicio ni en los hechos con la autonomía pretendida y entretanto, la evidencia es la actuación profesional conjunta de los codemandados, como que la Dra. L. reconoce su actuación como ayudante del Dr. B. en la primera operación del 24/9/2003, en tanto las constancias de la Historia Clínica de la intervención quirúrgica por endoftalmitis efectuada por la Dra. L., se encuentra refrendada por ambos profesionales. El criterio jurisdiccional resulta entonces perfectamente aprehendido, no obstante señalarse en la primera intervención la asistencia de ayudante de la Dra. L., los roles cumplidos demuestran la actuación en

equipo, al punto que la segunda operación es asumida por la Dra. L., pero refrendada por el Dr. B.

No obstante los conceptos que han resultado necesarios para conformar el rechazo a los planteos de las recurrentes respecto a la responsabilidad de los padres, la prueba carece de envergadura. Es la aportada por los propios demandados con las anotaciones sucesivas los días 25, 26, 27 y 28, que en modo alguno justifican la gravedad asignada si solo 24 horas después de la intervención, ello es el día 25/9/03, hasta allí el médico tratante anotaba que eran cinco aplicaciones diarias y hasta allí solo se habían colocado 2 gotas, pero el día no había transcurrido. El día 26, que solo se habían colocado 3 gotas, similar concepto lógico, el día no había transcurrido y aún contó con la prescripción adicional de un medicamento – … en Jarabe en forma preventiva. Conclusión, en todo caso hubo contacto directo del médico tratante en tales días, que supone el contacto y la visión avizora del Profesional y desde esta arista, asimismo resulta inadmisible que la conducta de los padres se constituya en el punto de partida del mal infeccioso. El fallo aseveró que la evaluación del profesional no pudo pasar por alto todas las posibilidades y peligros para eficientizar las posibilidades ciertas de recuperación, evitando el potencial dañoso. Por ello les asigna con justeza que los mayores deberes de prevención pasaban por los propios profesionales, pasibles de las consecuencias de los hechos, cuando mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902 C.C. citado por el fallo a fs. 1164vta.).

Toca ahora la exculpación, pretendida por las testimoniales señaladas a cuyo respecto debe

contraponerse, que en vez de coadyuvar a la tesis defensiva, revelan una pretendida postura de apoyo a los especialistas tratantes, recreando circunstancias que desmienten las constancias documentales de las propias demandadas. Ello, al señalar que el Dr. B. se había ausentado, cuando éste presenta las constancias documentales ya aludidas, respecto al contacto diario posterior a la primer intervención quirúrgica, hasta sospechar el día 27/9/2003 la existencia de una Endoftalmitis. Surge lo expuesto precisamente de las testimoniales invocadas. P. A. M. J., que trabajaba en el consultorio en ese tiempo en la recepción de pacientes, responde sobre un episodio "que comentamos con mi compañera en el cual ella llamó por teléfono, no se si eran tres o cuatro días posteriores a la cirugía, que como hacía para ponerle las gotas al nene por que no se dejaba, las gotas antibióticas, eso fue lo único que no se hizo" (5ta. fs. 709), ello, contra la atestación del médico que señalaba las gotas que se habían colocado al paciente niño. R. M. M. a fs. 712: "…con ellos trataba cuando iban por el mismo problema del nene, como al tercer día llamó la mamá, atendí yo, el Dr. no se encontraba en la zona, diciendo que el ojo estaba muy rojo, que parecía que había comenzado a infectarse y yo le pregunté si le había colocado bien el antibiótico y me contestó la mamá que no le había puesto ninguna gota porque le quiso poner la primera y el nene lloraba y le deba lástima…". (3ra. fs. 712). El especialista recomendó en la primer curación posterior a la intervención, que se había colocado menos gotas y el día 26, reforzó con otro medicamento.

La respuesta posterior de esta testigo es de tanta inseguridad y ajena a los sucesos posteriores al tercer día del llamado que refiere, que torna dudosa tanta

definición de la anterior. Cuando es preguntada, 4ta.de fs. 708, para que diga si los padres del menor concurrieron al consultorio del Dr. B. y en su caso que instrucciones se le impartieron, contesta: "…yo no recuerdo bien tampoco eso cuando ella llamó si nosotros nos comunicamos con el Dr. o si vino al consultorio que médico la vio, después cuando el Dr. se enteró de todo los citó y no vinieron, creo que fue una vez el Sr. A hablar pero no recuerdo si llevó al nene, pero después hay varios turnos que los citaron y no apareció". La respuesta de

Mansilla **GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara** demuestra la total inexactitud con la constancias presentadas por el Dr. B. Sus dichos se encuentran desvirtuado por lo que sucediera en los días señalados.

La valoración de esta testimonial que debe ser integral y ajustarse a las constancias del proceso, queda desairada a este respecto, por lo que carece de entidad probatoria.

Por todo lo expuesto, se rechaza el primer agravio.

Segundo agravio. Exclusión de la prueba de informes decisiva (Historia Clínica) en violación al régimen legal establecido por los arts. 400 y 407 del Código Procesal. Arbitrariedad y contradicción. Exceso ritual.

El agravio constituye un desprendimiento de las cuestiones implicadas en el agravio precedente, donde similares evaluaciones relativas a la historia clínica se encuentran desestimadas, en razón de las omisiones relativas al protocolo quirúrgico y ausencia de anotaciones los días 25,,26 y 27 de setiembre de 2013, con las restantes valoraciones resultantes en consecuencia respecto a la carga de la prueba y consecuencias interpretativas desfavorables.

Corresponde su remisión a lo tratado y por lo que se rechaza el presente agravio.

Tercer agravio. Afirmación dogmática relativa a la práctica quirúrgica indicada para tratar la patología de estrabismo convergente de naturaleza congénita contraria a lo dictaminado en la pericia médica. Arbitrariedad de prescindir y resolver contra lo indicado por prueba pericial médica, sin dar razón o motivo suficiente.

Bien lo señala el recurrente –no porque agobie o fastidie la reiteración de argumentaciones precedentes– sino por que los conceptos implicados a partir del presente agravio, asimismo quedaron revisados como forma integral para resolver las impugnaciones, modo ineludible de cimentar las conclusiones por la notable interrelación en el derecho médico de las relaciones contractuales resultantes, de la relación médico paciente, obligaciones consiguientes y conclusiones jurídicas aplicables en la materia. Con lo tratado queda descartado que la sentencia resolviera por afirmación dogmática, al establecer por una parte todo el *iter* obligacional resultante de la vinculación médico-paciente en todas sus etapas, con la previsibilidad protectora de acuerdo al riesgo del paciente, sin que puede ampararse en el descuido de terceros dadas las exigencias del art. 902 C.C. La violación del deber de previsibilidad y adjudicación de responsabilidad, no se vincula a conclusiones dogmáticas, sino a la potencial capacidad profesional de la evitación del resultado. Lo expuesto en razón de la defensa de los codemandados imputando la responsabilidad a omisión de los padres del paciente, sosteniendo una probabilidad pero sin la prueba exhaustiva que en tales conductas radicaba el origen de la infección. Por el contrario, aplicando los

criterios de raigambre jurisprudencial se contrapuso que las dudas o la mera posibilidad habrán de afirmarse en defensa del damnificado. Son fundamentos complementarios a los del primer agravio, a los que asimismo corresponde remitirse.

Se rechaza en consecuencia el tercer agravio.

GISELA CINTIA MOREJÓN Secretaria de Cámara

Cuarto agravio. Errónea atribución a los médicos de falta de control del paciente, contradicho por los registros de la historia clínicas. Omisión de valoración de la prueba esencial.

A esta altura de los cuestionamientos propuestos y respuestas de los principios jurídicos que rigen la práctica médica, que admiten la confirmación de los principios troncales del fallo respecto a los recurrentes, no puede sostenerse ni severidad en el fallo ni la prescindencia de prueba esencial, la pericia médica precisamente no les otorga eximición por la complejidad infecciosa, en los términos y principios jurisprudenciales que la imponen (art. 512 y 902 C.C.) y la causalidad, con las premisas que las probabilidades en cabeza de la conducta de los padres no son eximentes, o la ausencia de prueba científica o el desconocimiento preciso del instante de contrajo el germen impide presumir la causal infecciosa, sumado a la causa próxima y eficiente para la producción de un resultado.

Critican las recurrentes porque la sentencia parte de los resultados, modo que no puede extrañar, ya que la reconstrucción del acontecimiento fáctico es la premisa desde la que se realiza la labor cognoscitiva del hecho y dada la anormalidad del resultado (*cf.* ”Responsabilidad médica. La doctrina en casación de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires”, de Celia Weingarten y Carlos A. Ghersi, en J.A. 1993-IV66).

En conclusión, la amplitud de los agravios las mismas materias expuestas desde su inicio y que se encuentran examinadas y resueltas, se rechaza por consiguiente el presente agravio.

Quinto agravio: Conceder reparación indemnizatoria cuando no se han acreditado los requisitos indispensables de la responsabilidad contractual acordando una indemnización absolutamente desproporcionada, señalando criterios generales de gran amplitud que desvirtúan la finalidad indemnizatoria. Arbitrariedad.

La lógica remisión de las recurrentes a los "concretos agravios" desarrollados y su resultado, dan respuesta a la carencia de sustentabilidad del presente. En cuanto se agravia por los montos, corresponde posponer su resolución para la resolución conjunta con la trama litigiosa traída a esta alzada.

Se tiene presente la reserva del caso federal.

Los agravios de la parte actora obrantes a fs. 1196/1203:

Resultan definidos como se han incorporado al presente voto, en el punto I y sus ampliatorias a partir III por el rechazo de la acción contra la C. d. V. S.R.L. y luego contra la A. d. O. S., punto 4 de la parte resolutiva del fallo a fs. 1170vta. y montos indemnizatorios.

La sentencia determinó que no le era atribuible al establecimiento sanitario la infección intrahospitalaria, por la casi imposibilidad de tales infecciones y cita fallo de una Cám.Crim. y Correc., de LL 1992-D-284 y que no se ha podido constatar que la infección en el ojo del menor

haya sido GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara consecuencia de su paso por la clínica demandada o que su génesis tuviera lugar en dicho establecimiento.

L. C. d. V. S.R.L. contestó a fs. 1238/1245vta., confirmando y estimando sólida y ajustada a derecho la solución jurisdiccional. Resalta que la argumentación no se conforma a la opuesta al demandar y entretanto la sentencia determina en sus fundamentos y cita de los elementos probatorios la correspondencia con lo fallado. Cita además la pericia del Dr. A. respecto a la dificultad que importa establecer la causa exacta de la infección y los riesgos que de por sí implica. Alude asimismo a la prueba testimonial sobre los procedimientos de asepsia de los quirófanos y elementos utilizados. Sostiene solitaria la cita de apoyo de la agraviada. Cita jurisprudencia excluyente de responsabilidad. Cuestiona asimismo la materia costas y reserva el caso federal.

En principio y en cuanto a las supuestas limitaciones de lo accionado corresponde desestimar dicha defensa, pues los demandantes opusieron los hechos por lo que estimaba responsables a la Clínica, cuando señala que puso a su disposición de los galenos la infraestructura hospitalaria, su quirófano y restantes instalaciones hoteleras y de servicios auxiliares, siendo la judicatura la que imponga el derecho que corresponda.

Corresponde en principio si remitir a los considerandos, fundamentos y principios jurisprudenciales señalados en virtud de los agravios de las partes codemandadas y citada en garantía, por lo que se confirma la responsabilidad profesional de los médicos demandados, que incluían similares defensas en especial la referida a la pericia médica del Dr. A., con

similares conceptos de la misma referentes a la imposibilidad de determinar la exactitud del momento del ingreso de la infección, circunstancias que no eximen por los fundamentos jurisprudenciales aplicados.

En los autos "R.G.R. v. Instituto de las Clínicas Cardiovasculares S.A. y otro" (J.A. 2000-II-587), se fijan los criterios: "Cuando el agente dañoso es un microorganismo de difícil detección, mal puede exigirse a la víctima del contagio que acredite en plenitud que dicho agente fue introducido durante o después de la intervención quirúrgica, dentro del ámbito de actuación del centro médico; por tal motivo en tales supuestos, la prueba indiciaria y sus encadenamientos lleva a presunciones judiciales válidas para establecer, no solo el nexo causal material, sino plasmarlo en un juicio de adecuación causal suficiente para atribuir el daño a la actividad humana antecedente". Por ello, la culpa o negligencia frente al damnificado, se vincula con la cadena causal a partir de la intervención quirúrgica, más los hechos que demuestren una actividad profesional deficiente, sin los requerimientos de la prueba científica, o "calibrada como una imprudencia específica profesional, sino en los términos y con los alcances del art. 512 CC. (*cf*. "Monasterio, Manuel H. y otros c/ Obra Social del

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

Personal de la Industria del Plástico" (C.Nac.Civ., Sala K, 23/10/92, en J.A. 1993 - IV - 252).

En este marco, la jurisprudencia de esta Cámara recepta la responsabilidad hospitalaria. Así, en los autos caratulados: "I., E. M. c/ E., J. C. y otro s/ daños y perjuicios", expte. N° 10.074/98, queda establecido que demostrada la culpa del médico, surge la responsabilidad concurrente del ente asistencial

(art. 1113 C.C.), por obligación de este de prestar asistencia médica y velar por la preservación de las personas cocontratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato (art. 1109 C.C.), vale decir, el incumplimiento del deber tácito de seguridad en oportunidad, cantidad y calidad para obtener una curación o mejoría en la patología del paciente (*cf*. Fallo C.Nac.Civ. y Com. Federal, 9/11/95, en J.A. 1997I-414).

Al respecto asimismo ha quedado sentado, que aunque el personal médico no se encuentre en relación de dependencia técnico-científica, sí en cambio lo está en relación orgánico-funcional y laboral, ejecutando los actos que por sí el ente ideal obviamente no puede practicar, por lo que analógicamente (arts. 15 y 16 CC.), debe considerarse asimilado al caso previsto en el art. 43 CC (*cf*. Cám.Civ. y Com. San Martín, Sala 2ª., 2/4/96 – Gramajo, Juan C. Juan C. y otra c/Clínica San José Obrero", en J.A.1997-II-435). El desempeño en la Clínica y quirófano de la recurrente, de responsabilidad de la C. d. V. S.R.L., titular de la habilitación y de la actividad médica que se cumple dentro de la misma, le importa responder por la culpa de sus sustitutos (*cf*. Sup.Corte, 15/11/94 – Schmit, Alfredo O. v. O.S.P.I. Cruz Médica Sana Fernando – en J.A.1995-III-387). La relación médicopaciente-clínica reviste carácter contractual y el Sanatorio responde en función de los arts. 504/909 y arts. 512/902 del Código Civil (*cf*. "Olsauskas de Argamasilla, Ana María c/ Municipalidad de la Capital", en J.A. 1986-III-131 y ss.).

Por lo expuesto se hace lugar a los agravios de la parte actora, además de señalar que tratándose la disponibilidad hospitalaria de la C. d. V. S.R.L., de proveedora de cosas o servicios y el paciente que

contrata a título oneroso de consumidor final, en el eventual caso de la duda se estará a la interpretación más favorable al consumidor (arts. 1, 2, 3 y concords. Ley 24240).

Se hace lugar al agravio, por la acumulación de las acciones de naturaleza contractual, que incluye a la C. d. V. S.R.L., responde solidariamente frente a las coactoras, en razón de asumir obligación tácita de seguridad objetiva. Las obligaciones son indistintas y concurrentes, pues se da la unidad de acreedor, pluralidad de deudores, unidad de objeto y diversidad de causas fuentes.

Debe tenerse presente la reserva del caso federal interpuesta por esta parte.

En cuanto se agravia en el punto IV, sobre la negativa del fallo a extender la condena a la A. d. O. S. (ADOS), parte de un análisis que denomina de encaje constitucional del derecho a la salud y de la relación de consumo, aludiendo sin necesidad de individualizar los numerosos fallos que imponen por su orden la responsabilidad de las obras sociales, incluso proveniente del rango de las normas supranacionales. Desde otro ángulo, estima que el reconocimiento de la obligación ha resultado determinante, con la misma fuerza obligatoria del contrato, pero sin que deba acreditarse su existencia, desde que no debe confundirse el contrato con obligación, que es su consecuencia y que el reconocimiento acorta los pasos acordando a la relación contenido suficiente (art. 505 C.C.).

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

La A. rechaza los agravios a fs. 1236/1237vta., sosteniendo a todo evento la decisión del magistrado, en razón que la ausencia de relación contractual con la Clínica interviniente, en tanto que la elección de los

facultativos fue de los actores no derivados por ADOS, rechaza por otra parte efectuara pago alguno como reconocimiento de la obligación.

Es en efecto el derrotero de la sentencia, receptando que ni la C. d. V. tenía convenio con ADOS por prestaciones oftalmológicas, ni los médicos pertenecían a la cartilla de la obra social; que la intervención posterior de la ADOS no se debió al accionar de los médicos porque estuvieran comprendidos en el convenio, sino con la intervención por el menor con médico particular a solicitud del afiliado.

En el marco precedente, los agravios de la actora a partir de principios constitucionales e invocando la relación de consumo, pero desestimando la inexistencia de un contrato que obligue a la obra social carece de sustento, pretendiendo erigir un ámbito indemnizatorio a partir de un supuesto reconocimiento de deuda, pero sin respaldo porque la Obra Social resultó ajena a la contratación de la atención del hijo de los actores con una clínica médica e intervención de médicos oftalmólogos no integrantes de la plantilla de la obra social.

En cuanto a la tesis de la recurrente, la afirmación que el reconocimiento de una obligación es productor de efectos jurídicos, con la misma fuerza del contrato y cita el art. 1196 CC., que se cierne sobre si misma cuando es reconocida, pero que no hay que acreditar el contrato en forma previa, desde que no debe confundirse el contrato con la obligación y que el reconocimiento da a la relación contenido suficiente y cita el art. 505 C.C., es toda una construcción que carece de lógica jurídica.

Si existiera el reconocimiento de una obligación civil, no sería sino fundada en el derecho civil y

garantizada por las instituciones civiles, su soporte, como ejemplifica con el reconocimiento de la filiación paterna. Este soporte no existe, ello es, la institución civil por la que debería responder la Obra Social sería un contrato de cobertura médica, como un deber de garantía y con carácter accesorio de la obligación principal, de prestar asistencia médica por intermedio de sus facultativos y establecimientos que contrata, inexistentes en las relaciones exhibidas. Es claro que no debe confundirse el efecto del contrato con el efecto de la obligación, pero en la materia debatida, la obligación no puede sino nacer de los efectos de un contrato, de donde surgirían las facultades previstas en el art. 505 CC., para procurarse aquello a lo que se habría obligado la Obra Social.Se rechaza el punto IV de fs. 1198vta. y confirma la sentencia sobre el punto. **GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara**

Punto V. La indemnización concedida al menor (fs. 1200).

La sentencia se ocupa del punto a fs. 1168vta.; que la actora por los fundamentos que expone peticionó la suma de $360.000 por daño patrimonial y la de $130.000 por daño moral; se funda en la pericia oftalmológica de fs. 1076/1078 (fs. 1067/1069 ref.), que señala que la pérdida del ojo derecho del niño de corta edad hará necesario el implante de prótesis cada año y medio aproximadamente, que habrá de generar molestias e irritación por los bordes de las mismas, con secreciones frecuentes que deben ser tratadas y según el caso con antibióticos tópicos, que habrá de afectar al niño en su vida de relación, en la práctica de deportes y en la actividad laboral, señalando que la incapacidad importa un 40% de la total obrera, con lo que fija una indemnización de $200.000. La recurrente considerando

la incapacidad del 45% según la LRT., el salario que señala de $2800 y 60 años de vida probable, reclama el monto de $907.200 pesos.

Las codemandadas y citada en garantía controvierten a fs. 1218 los montos indemnizatorios fijados en la sentencia, que si bien aluden a la razonabilidad y prudencia, estima desprovistos de fundamento o basamento.

La crítica precedente carece de suficiencia, porque además la sentencia tiene en consideración la pericial médica del Dr. A., cuyos conceptos se han dejado expuestos.

Para la determinación de los montos indemnizatorios, que como guía en el caso tiene como base una incapacidad que importa el 40% de la total obrera, se sigue reiteradamente la Jurisprudencia del Excmo. Suprior Tribunal de Justicia, sus pautas, teniendo presente que se paga de una sola vez y puede considerarse un capital que puesto a una renta mensual, genera en el afectado un restablecimiento como sea posible del equilibrio destruido por el infortunio y colocar a la víctima en situación equivalente a la que se encontraba antes de suceder aquel (Por ej.: ”Irurzum, Elsa María c/ Escobar, Juan Carlos y otro s/daños y perjuicios”, expte. N° 10.074/98).

En consecuencia, considerando los gastos que ha de incurrir la constante atención del niño afectado, su constante proyección repetitiva por el carácter irreversible, mas las incapacidades portantes, considerante que la tasa efectiva mensual de los depósitos a plazo fijo a 30 días de los bancos locales ronda alrededor del 1,90%, el monto fijado por el sentenciante resulta exiguo, ajustándose a derecho el monto demandado por la actora en ocasión de la demanda.

Se fija en consecuencia el daño material del niño A. A. S. en la suma de $360.000.

Las afectaciones por daño moral se encuentran evaluadas por la sentencia a fs. 1169vta., estableciendo que por el daño sufrido en la persona del niño A., en su integridad física proyección del evento en su vida de relación y condiciones afectivas, estima prudente una suma de $100.000.

A lo expuesto corresponde señalar en principio que no es necesario probar que el hijo de los actores ha sufrido un agravio de índole moral, pero el parámetro resultante de la suma otorgada por el sentenciante, en razón de las afectaciones señaladas y próxima a la suma demandada, no permite establecer la insuficiencia sostenida por la recurrente, por lo que se confirma.

VI. Daño moral de los padres (fs. 1200).

La sentencia rechazo la pretensión, sosteniendo que el daño moral por incumplimiento contractual no es indemnizable para los peticionantes, atendiendo a la naturaleza contractual de la

obligación por la **GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara** que se acciona y que si del hecho no resulta la muerte del acreedor, este es el único titular del rubro. Cita jurisprudencia.

En principio, debe señalarse que en su oportunidad me expedí en los autos caratulados: "U.,, J. A. y otras c/ D., S. L. y otros s/ sumario", expte. N° 16.534 del año 2007, extendiendo el criterio interpretativo en torno al art. 1078 CC., conforme con lo trasuntado por el fallo en recurso, atendiendo que el acento en principio y de larga data, recepta la Jurisprudencia que en caso de delitos o cuasidelitos, el daño moral surge *re ipsa*, es decir por la sola comisión del acto antijurídico, surge de los hechos mismos, así en

J.A.2000-II-470 y su remisión entre otros a J.A. 1976-IV-3; JA.1981-IV—329). La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, reafirma tal criterio, se tiene por acreditado por el solo hecho antijurídico y titularidad del accionante, "en función exclusivamente de la conducta antijurídica de la demandada y su repercusión sobre los actores a través de sus derechos o facultades" (Sup.Corte Bs.As., 9/11/82 – "Etcheto, Pedro y otro v. Cooperativa Agropecuaria La Colonia de Juan Bautista Alberdi" – en J.A. 1983-III-pág.500, 1ra.col.). La misma naturaleza del daño moral resulta en cabeza de los padres, como daño autónomo, bien caracterizado en uno de los fallos invocados por la recurrente cuyo extractor señala: "Las consecuencias psíquicas sufridas por la madre de una alumna que fue atropellada a la salida del colegio a causa de una deficiencia en los mecanismos de seguridad de éste último, constituye un daño indemnizable, por su indudable repercusión patrimonial… (C.Nac.Civ. Sala I- nov. 25/1991 – Ibarra Guereño de Atencio, Aurelio c. Parodi Combustibles S.A. y otros s/ sumario, En E.D. 164-359). El comentario a fallo estableciendo la necesidad de reparar el agravio moral que en materia de derecho comparado tiene amplia acogida –también en materia contractual- aceptado como una necesidad de proteger a la persona en lo que ella tiene como lo más digno y superior, su patrimonio moral, tiene como lógico corolario que instalado en la legislación nacional el llamado bloque constitucional, que incorpora entre otros el Pacto de San José de Costa Rica, que deja establecido que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, su honra y el reconocimiento de su dignidad (art. 5), elimina desde tal rango normativo todo valladar resultante del art. 1078 CC. Por lo tanto, ora por devenir la limitación

de la norma común como inconstitucional, ora por la lisa y llana aplicación de la norma constitucional, la negativa de la sentencia debe revocarse. Debe hacerse lugar a la reparación del daño moral de los padres, típico daño en razón del menoscabo a la salud y sufrimiento del hijo, de innecesaria demostración. Conforme el voto que me preceden sobre el punto, procede el daño moral invocado en la demanda por los padres accionantes.

VII. Tasa de interés:

La sentencia ordena a fs. 1169vta./1170, la tasa activa de interés del Banco de la Nación Argentina para las operaciones de descuentos de documentos, sin discurrir respecto a la petición que anota al encabezar los resultandos, que la

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

actora peticiona la tasa activa del Banco de la Provincia del Chubut para el mismo tipo de operatorias, capitalizables por iguales períodos.

Se agravia la actora que la tasa fijada no resarce la pérdida del valor de la moneda, que se mantiene estable al 18,6% anual, frente a una inflación anual muy superior. Reseña las variantes sucedidas en la materia en el curso de los años hasta la aparición de la Ley 23928, prohibiendo todo tipo de mecanismos indexatorios. Afirma que el modo resuelto por la sentencia, sin capitalizar, consume el efectivo reparatorio.

En reciente voto del suscripto, los autos caratulados: “Coicaud, Angelina Gladis c/Municipalidad de Rada Tilly s/ordinario”, expte. N° 827 año 2013, se trataron cuestionamientos similares. Precisamente, con respuesta del Máximo Tribunal Provincial, se dijo entonces: “Con la salvedad que impone el art. 7,

prohibiendo la repotenciación de las deudas cualquiera fuere su causa, las cuestiones señaladas por la recurrente quedaron zanjadas precisamente en materia administrativa, en fallos del Excmo. Superior Tribunal de Justicia. En los autos caratulados: "P., A. y Otros c/ Provincia del Chubut s/ demanda Contencioso Administrativa" (Expte. N° 20.183-P-2005), por sentencia de fecha 24/6/2008, con voto unánime reconocen que las circunstancias de excepción que en la materia establecía la Ley 4167 por adhesión a la Emergencia Económica habían cesado, registrado en la Provincia con el dictado de la Ley 5358, que declaró al 1/7/2005 el cese total del estado de emergencia en materia económica, financiera, administrativa y educativa; que con el tiempo transcurrido, la realidad demostraba la considerable pérdida del poder adquisitivo de los salarios en general y de la remuneración de los agentes públicos en particular, como consecuencia de la desvalorización de la moneda y la inflación consecuente, hechos sobrevinientes alegados por los accionantes que son notorios por la experiencia diaria y de la que tampoco la judicatura puede desentenderse; que tal era el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (Sent. fecha 30/6/2003 *in re* "Flores", en LL.2004-A-350); sin perjuicio de la mayor amplitud del caso señalado, deciden que la liquidación de los intereses serán a la tasa activa para Préstamos Personales del Banco, para la totalidad del período reclamado por los accionantes, desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago. En otro precedente del mismo Superior, autos caratulados: "M., M. A. c/Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa", (expte. N° 19.955-M-2005), con fecha 12/3/2008, aclara, entre otros puntos, que la tasa de

interés comprendida en la condena es la Activa para Préstamos Personales del Banco del Chubut S.A.”.

El cambio de jurisprudencia del Alto Tribunal, expedido en materia administrativa, que en etapas anteriores solo admitía la tasa pasiva, importa el rechazo de la contestación de las accionadas que bregaban por la vigencia de tal temperamento. Los reconocimientos señalados, son realidades de lógica aplicación a la materia civil, por lo que en definitiva debe revocarse la sentencia, e imponerse la tasa de interés activa para las operaciones

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

de descuento a treinta días del Banco del Chubut S.A., desde que cada suma es debida.

Va de suyo que se rechaza la capitalización pretendida, que además de importar un mecanismo contrario al propósito de la Ley 23928, es inadmisible por la aplicación de los artículos 622 y 623 del Código Civil.

Debe revocarse la sentencia sobre el punto, e imponer la tasa de interés de conformidad con los alcances de los fallos citados del máximo tribunal, en lo que prospera el agravio.

Las costas: Desde que el resultado de los recursos importan la ampliación de la condena de primera instancia, que impone las costas a las partes vencidas, corresponde asimismo ampliar la imposición de costas a la parte demandada C.d. V. S.R.L. (art. 69 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico).

En lo que no prospera, comprensivo del recurso interpuesto por la actora, caso de la codemandada A. d. O. S., atento al carácter indemnizatorio de la demanda y principios de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor,

las costas se imponen por su orden (art. 69, 2da. parte Ley XIII, cit.).

Las costas de la alzada, atento al resultado de los recursos, corresponde también imponerlas a las demandadas vencidas, con excepción de la acción contra ADOS, que se imponen por su orden.

Que para regular los honorarios de la primera instancia rigen la ley arancelaria en sus arts. 5, 6, 8, 9, 13 y concords., según las instancias, la importancia de los trabajos cumplidos, la complejidad de la causa y su resultado, difiriendo su determinación al momento del acuerdo.

Voto:

A la segunda cuestión, el Dr. Fernando Nahuelanca dijo:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora O. E. S. y J. C., en propio derecho y representación de su hijo A. A. S., contra los codemandados V. E. B., M. C. L., C. d. V. S.R.L. y la F. P. d. S. S.A., con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente el punto 1° de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 1158/1170vta. y en cuanto al monto de condena de los codemandados, que se establece en la suma de $40.700 y $460.000, respectivamente, con más los intereses a la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco del Chubut S.A., desde cada suma debida, con los restantes alcances del punto.

3) Confirmar el punto 2 de la parte resolutiva de la sentencia aludida, con los alcances del punto precedente.

4) Revocar parcialmente el punto 3 de la parte resolutiva de la sentencia aludida, en cuanto comprende

asimismo en la imposición de costas a la parte demandada C. d. V. S.R.L., y la regulación de honorarios de conformidad con el considerando respectivo.

5) Revocar el punto 4 de la parte resolutiva de la sentencia aludida, el que se deja sin efecto.

6) Revocar en todas sus partes el punto 5) de la parte resolutiva de la sentencia aludida, de conformidad con el punto siguiente.

GISELA CINTIA MOREJÓN Secretaria de Cámara

7) Hacer lugar a la demanda interpuesta contra la parte demandada C. d. V. S.R.L., con los alcances de los puntos 1 y 4 precedentes y confirmar el rechazo de la demanda interpuesta por la parte actora contra la A. d. O. S. (A.), imponiendo las costas por su orden y regular los honorarios de los profesionales actuantes de conformidad con el considerando respectivo.

8) Imponer las costas de la alzada de conformidad con el considerando respectivo y alcances de las costas que resultan de los puntos precedentes y regular los honorarios de los profesionales actuantes conforme lo previsto.

9) Tener presentes las reservas de recursos de fs. 1202, 1219 y 1245.

A la primera y segunda cuestión, la Dra. Nélida Susana Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de la Alzada, razón por la cual a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quienes votan precedentemente la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a las mismas me remito.

I.A) Advierto que ha llegado firme a mi consideración por la mayoría lograda por mis colegas preopinantes, la temática sobre: A) determinar la responsabilidad de la C. d. V. SRL; B) Rechazar la responsabilidad de la O. S. A.; C) Hacer lugar en concepto de daño material y moral del menor y del daño moral de los padres y sus montos, quedando como cuestiones a decidir por la suscripta por falta de concordancia los siguientes agravios: 1) La responsabilidad médica de los Dres. V. E. B. y C. L. y F. P. S. S.A.; 2) la tasa de interés y 3) la imposición de costas de primera y segunda instancia.

Las circunstancias apuntadas hacen que me aboque a la emisión de mi voto sobre el punto individualizado como desacordado en virtud de lo establecido por el art. 271 del CPCCCh, ya que resulta suficiente para adoptar decisión los votos coincidentes de quienes me precedieron, máxime cuando el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de esta provincia ha admitido en sentencia de 01/06/98, mediante voto del Dr. Torrejón, que "La circunstancia que un magistrado haya tratado con mayor relevancia en su voto no significa discordancia, pues los jueces son libres de decidir los elementos que forman la convicción, siempre que se ajusten a los criterios de valoración de las pruebas, establecido en el orden procesal, y a todo evento llegan por distintos caminos a idéntica conclusión, formando así la mayoría legal suficiente para justificar el fallo".

En idéntico criterio se ha expedido autos caratulados: "Vargas Lillo, Enrique c/ Alberto Rosas S.A. s/ Demanda Laboral (Indem. de ley)" (expte. N°

22.419-V-2011 del día 29/11/12, Registrada bajo el N° 12/SRE/2012, el Sr. Ministro Dr. José Luis Pasutti

cuando expresa: ”En la SD N° 4/SRE/2007 sostuve, que la mayoría legal consiste en la coincidencia de opiniones de por lo menos dos de los tres jueces que integran el Tribunal y equivale a unanimidad cuando sólo actúan dos en los casos en que está permitido. Debe producirse respecto de cada cuestión esencial y para lograr coincidencia que forma mayoría, los votos deben arribar a una conclusión idéntica (*cf.*: SD N° 45/95; 26/SRE/99; 30/SRE/99; 04/SRE/04)… Ahora, ello no implica exigir fundamentos iguales. Cada juez puede dar los suyos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros miembros. De otra manera la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido, pues no sería otra cosa que pedir una reiteración de fundamentos de cada miembro del tribunal. La coincidencia hace referencia a que estos no sean contrapuestos, contradictorios, antagónicos, incompatibles o excluyentes entre sí. Es decir, lo que se procura es que estos puedan acumularse …” (*cf.*: Loutayf Ranea, Roberto, “El recurso de apelación en el proceso civil”, pág. 292 y sgtes., Ed. Astrea, Buenos Aires).

I.B-1) Agravios planteados por los codemandados los Dres. V. E. B. y C.Lo. y la citada en garantía F. P. S. S.A,. sobre la decisión del juez *a quo* sobre la responsabilidad médica de los Dres. V. E. B. y C. L. (fs. 1210/1217vta., 1ero. a 4to.).

He de principiar mi voto expresando que es entendimiento de la suscripta, a partir de autos caratulados: "I., E. M. c/ E., J. C. y otro s/ Daños y Perjuicios", expte. No.
10.074/98, 10/02/99 registrada bajo el nro. 05 del año 1999 del libro de sentencias definitivas, así como en autos caratulados: “A., N. C. c/ D. S. y otro s/ Daños

y Perjuicios", expte. nro. 12.673/01, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 485/05) del día 25/09/07 sent. def. nro. 47/2007 siguiendo el criterio la Suprema Corte de Buenos Aires- que la responsabilidad profesional es aquella en la que incurre el que ejerce una profesión al faltar a los deberes especiales que ésta le impone y requiere por lo tanto para su configuración, los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil.

Ello quiere decir que cuando el profesional omite las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación ya sea por impericia, imprudencia o negligencia falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable (art. 512, C.C.).

Abundante es la jurisprudencia que precisa, que constituye parte especial de la responsabilidad profesional y al igual que ésta se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general, siendo erróneo considerar que el médico sólo debe responder en casos de falta notoria de pericia, grave negligencia o imprudencia, ignorancia inexcusable, grosera inadvertencia, graves errores de diagnóstico y tratamiento" (SCBA, Ac 31702 S 22 12 87, autos caratulados: "Rivero y Hornos, Miguel y otra c/ Echde, Norberto y otros s/ Daños y perjuicios" (AyS 1987 V 355 DJBA t. 1988 135 p. 138; SCBA, Ac 38114 S 25 10 88, "Angemi, Sebastián c/ Sanatorio Valentín Alsina S.A. y

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

otro s/ Daños y perjuicios"; AyS 1988 IV 79 DJBA t. 1988 135 p401;SCBA, Ac 45177 S 30 4 91, "Silvanto de Abelleyro, María del Valle c/ Clínica Modelo "Los Cedros" de Horacio Hadad y ot. s/ Daños y perjuicios",

AyS, t. 1991, I, 574; SCBA, Ac 46039 S 4 8 92, "Acosta, Ramón Teófilo y otro c/ Clínica Indarte S.A. y otro s/ Daños y perjuicios", JA t. 1993 IV p. 63; SCBA, Ac 50801 S 21 12 93, "Gauna, Delmira c/ Clínica Privada Pilar y otra s/ Daños y perjuicios", DJBA t. 146 p. 156:SCBA, Ac 58840 S 5 9 95: "Caldarini, César c/ FEMEBA Salud y otros s/ Daños y perjuicios"; SCBA, Ac 55404 S 25 3 97: "Méndez Arévalo J. c/ Municipalidad de Salto y otros s/ Daños y perjuicios": DJBA t. 153 p. 7.).

Respecto al tema sobre a qué parte le recae la carga de la prueba de la culpa, resulta esclarecedora lo expresado por el Dr. Luis Lorenzetti, en su obra "Responsabilidad Civil de los médicos", T.II, págs. 233/234, Ed. Rubinzal - Culzoni, septiembre de 1997, quien después de citar las dos corrientes doctrinarias que se ha suscitado en dicha temática, advierte que: "Ello hace que, en definitiva, el médico deba tener una actitud activa frente a la prueba de la culpa y presentar la mayor explicación posible, de lo contrario, participe de una u otra tesis, el juez buscará la forma de presumir la culpa... Este dato experiencial del Derecho confirma que, desde el punto de vista de las expectativas jurídicas, una vez que el paciente probó la existencia del vínculo contractual o aquiliano, el daño, el nexo causal, el médico deberá intentar mostrar la falta de culpa".

Ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos caratulados: ”Plá, Silvio Roberto c/ Clínica Bazterrica S.A y Otros” (sent. 04/09/01): ”En materia de mala praxis, donde se trata de situaciones complejas que no resultan ser de fácil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de “la carga dinámica de la prueba ” o “prueba compartida", que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar

los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva el deber de hacerlo” y que: ”La constancia documental que emana de la historia clínica se convierte en un instrumento de decisiva relevancia para la solución de un litigio de mala praxis, ya que es un medio de prueba que permite observar la evolución médica del paciente, calificar los actos médicos realizados conforme a estándares y coopera para restablecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y del daño… si la historia clínica… incumple con el deber de información que tiene el médico y que se debe exteriorizar a través del documento, ello no puede ir sino en desmedro de quien estaba obligado a su confección… El carácter incompleto y por tanto irregular de una historia clínica constituye presunción en contra de una pretensión eximitoria de la responsabilidad médica, pues de otro modo el damnificado carecería de la documentación necesaria para concurrir al proceso en igualdad de posibilidades probatorias…”.

Con respecto al valor probatorio de la Historia Clínica, ha sostenido el Dr. Osvaldo Alfredo Gozaíni, en su artículo "La carga de la prueba en la responsabilidad médica" publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Responsabilidad Contractual -II - Tomo 18, págs. 131/146, Ed. Rubinzal - Culzoni, septiembre de 1998 en cuanto a que: "Algunos fallos han

GISELA CINTIA
MOREJÓN Secretaria
de Cámara

resuelto, ante la insuficiencia de la historia clínica, que la carga de la prueba es del actor y al demandado se le atribuye, ante las circunstancias de la causa, un deber de cooperación para su elucidación. El profesional médico no tiene que demostrar su actuar diligente, sino

que ante lo incompleto de la historia clínica debe aportar al proceso los datos faltantes en la misma, toda vez que dependiendo de él, que tuvo en sus manos el tratamiento de la paciente, al no ser arrimados al proceso, crean en su contra una presunción de verdad sobre su conducta antiprofesional, que a él corresponde desvirtuar... Se reafirma así el sentido solidario que tienen las pruebas que deben producirse por mutua cooperación. En el caso, la historia clínica constituye una información que obliga a quien tiene la responsabilidad de informar a diario las pruebas y los controles realizados al paciente. Por eso, toda omisión en el vuelco de la tarea diaria del facultativo, que impida a la víctima tener un elemento de juicio para demostrar la culpa o el actuar impoluto, sólo perjudica a quien tiene la obligación de hacerlo... Las historias clínicas deben tener un contenido de completividad no omitiéndose datos necesarios o no prescindibles, a lo cual se suma que si resulta ineficiente por no reflejar circunstancias que permitan reconstruir con exactitud el cuadro clínico conlleva a una falencia que, adicionada a otros elementos, puede obligar a presumir un obrar negligente".

En este orden de ideas se ha expedido la jurisprudencia cuando dice: "No aparece abundante dejar sentado que el profesional de la medicina tiene el derecho de ampararse en una historia clínica veraz y completa pero, a la vez, debe soportar las consecuencias contrarias que puedan extraerse de una historia clínica deficientemente elaborada y en la cual las omisiones pueden aparecer como un eventual intento de proteger su propia posición ante las falencias o defectos del diagnóstico o del acto quirúrgico practicado" (Cám. Nac. Civil, Sala I, 29-9-94, LL 1995D-553 (CNCiv., Sala E,

"Wasser de Reyes E.M. c/ Hospital Italianos s/ daños y perjuicios", 28-05-97, Ídem, Sala C, "Mikolaszej José c/ Unión Obrera de la
Const. R.A." 23-08-79, LL 1979-D-335; CNCiv. y Com. Fed., Sala 2, "B.E.B.C/ Fuerza Aérea Arg. s/ resp. Médica" 23-02-93, ED 155-43, entre otros).

Los autores Weingarten y Ghersi, entienden que la historia clínica es un registro de actuaciones médicoasistenciales, cuyo autor o autores son profesionales de la medicina, que van determinando el *íter* temporal de secuencia o relación entre la enfermedad o patología y la realización de los actos de los médicos, paramédicos, etc. y los acontecimientos farmacológicos, quirúrgicos, análisis, etc. y que a la hora del proceso judicial son de fundamental importancia. Señalan que hay un deber de custodia de la historia clínica de los organismos públicos y privados y que la falta de pruebas que correspondían, crean una presunción de verdad de las pruebas aportadas por la parte contraria.

Tengo presente, asimismo, que en nuestra provincia rigen para el ejercicio de la medicina la Ley nro. 989 (B.O. 1687 –22/01/73), estableciendo el Dto. Reglamentario nro. 1178 (B.O. 2.578 – 17/09/76) las pautas para la habilitación de Establecimientos y Publicidad Profesional para la rama de las Ciencias Médicas.

De la lectura de dicha ley provincial surge que el

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

art. 2do. considera ejercicio de la medicina: a) anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento, directo o indirecto de uso en el diagnóstico; pronóstico o tratamiento de las

enfermedades de las personas o de la recuperación; conservación y preservación de la salud de la misma... y el art. 18vo. dispone que los que ejerzan la medicina podrán certificar las comprobaciones o constataciones que efectúen en el ejercicio de su profesión, con referencia a estados de salud o enfermedad, o administración, prescripción, indicación, aplicación o control de los procedimientos a que se hace referencia en el art. 2do. precisando identidad del titular, en las condiciones que se reglamenten".

A la luz de dichos entendimientos, y después de un exhaustivo análisis de la documentación adjuntada por el codemandado Dr. V. E. B. en su contestación de demanda – pto.IV, Prueba. Ap.) b) ficha consultorio (doc. Reser. por Secretaría de Cámara bajo el nro. 333 del día 27/08/13 – fs. 134/137) confrontando con la Historia Clínica nro. 57.807 acompañada por la codemandada C. d. V. a fs, 506 (doc. Reser. por Secretaría de Cámara bajo el nro. 3332 del día 27/08/13 –fs. 478/488) observo que no cumplen acabadamente con los requisitos expuestos en los párrafos precedentes. Ello así atento a que la historia clínica es, en definitiva, el documento en el que confluye un conjunto de elementos ordenadamente dispuestos mediante el cual se puede determinar un diagnóstico y efectuar el seguimiento de la evolución del estado del paciente; siendo necesario que en los mismos figure por lo menos la causa de ingreso, el relato del paciente sobre la consulta, antecedentes personales que hacen a la salud o enfermedad del sujeto, diagnóstico presuntivo, diagnóstico definitivo, evolución y tratamiento o indicaciones que la acompañan, estudios complementarios -exámenes de laboratorio, radiológicos, exámenes complejos, etc., revistiendo dicho documento carácter primordial en la dinámica de

la asistencia médica pudiendo enumerarse las siguientes funciones: I) servir como base para la planificación de la atención del paciente y su seguimiento en la evaluación de la condiciones del mismo; 2) proveer evidencia documental del curso de la evaluación; 3) documentar la comunicación entre el profesional responsable por el paciente y todo otro profesional que contribuya a su atención; 4) asistir a la protección legal de los intereses del paciente y del profesional responsable y 5) proporcionar datos utilizables en la educación continua y en la investigación. Constituye además un documento personal debidamente identificado que se

conformó con **GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara** la información verbal aportada por el paciente y el médico tratante.

A ello se suma que la documentación adjuntada por la Dra. C. L. (*cf.* Doc. Reservada por Secretaría de Cámara bajo el nro. 336/13 fs. 530/532, 537/540 pertenece a pacientes de la misma, dos mujeres cuyas edades son de treinta y cinco (35) años, cincuenta y siete (57 a 50) años y una menor de dos (02) años que nada tiene que ver con el menor hijo de la parte actora, razón por la cual y en atención a lo proveído a fs. 443vta./444 correspondía hacerle efectivo el apercibimiento dispuesto en el decreto a fs. 443vta./444 de presunción en contra. A ello se suma que emerge claramente su participación directa en la operación y posterior tratamiento del niño conforme emerge de la propia Historia Clínica (fs. 479-médico tratante y firmas fs. 480 y 483) y de la contestación a la 2da. a 6ta. posición del absolvente codemandado Dr. V. E. B. fs. 630 del pliego de absolución de posiciones efectuado por la parte coactora a fs. 626/628).

Surge también de dicha Historia Clínica que además de la intervención de los codemandados, también y en virtud de la edad y sintomatología previa que presentada el menor, intervinieron los pediatras especialistas en alergia, no demandados en este juicio, Dres. J. L. C. (fs. 480vta.) y Hugo Eduardo Núñez (fs. 481/vta.).

En cuanto a la pericial médica obrante en autos, he de advertir en principio que no es veraz las afirmaciones efectuadas por la codemandada y citada apelante a fs. 1213vta. ya que conforme las constancias de autos tanto la pericia médica efectuada a fs. ref. 1058/1059, como la ampliación efectuada a fs. ref. 1067/1069, fueron impugnadas por la parte coactora a fs. ref. 1066/1067 y observadas a fs. ref. 1077/1078 por dicha parte.

Considero que la valoración efectuada por el juez a fs. 1165 ha sido correcta. Ello en tanto que hay aspectos esenciales de los problemas planteados que, desnaturalizan la labor del perito. En el presente caso se da atento que el dictamen se sustenta en supuestos, incongruencias, hipótesis, eventualidades, contradicciones, arbitrarias afirmaciones y apoyo documental incierto, prueba de ello es lo que surge del escrito que ante la primera impugnación de la parte coactora el mismo perito presenta un escrito a fs. ref.

1062 donde reconoce que para realizar una mejor pericia necesitaba la entrega de la documentación reservada, la que fuera entregada por decreto de fs. ref. 1073, circunstancia ésta demostrativa que no efectuó su primera pericia sobre realidades comprobadas, ausentes en el mismo; como en estas condiciones no es un dictamen técnico, en los términos exigidos por el ordenamiento

procesal (arts. 457, 472 y 474 CPr.), la pericia no reúne los requisitos técnicos serios para ser valorada (Palacio y Alvarado Velloso: op. cit. T 8 p. 517 síntesis de fallo 1ª y 3ª en comentario al art. 473; 1994). Profundizando más la presente cuestión emerge claramente del análisis en que se expidió el experto que opina dando por sentado que el contenido de sus conclusiones es así porque el lo expresa, cuando, en rigor de verdad, debió probarlos dando explicaciones pormenorizadas de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos sustentando su opinión. Es decir, el tribunal y las partes deben saber los efectos concretos en el daño sufrido por el menor conforme la especialidad del perito o sea lo que es y lo que no es no según las figuras de la predicación de la misma, sino lo que es verdadero o es falso en un sentido científico más fundamental sostenido en la realidad y ceñido al andarivel de su especialidad y de los puntos de pericia propuestos, En resumen, como el dictamen no contiene explicación pormenorizada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en los cuales fundó las opiniones, reitera que el juez *a quo* se ha apartado correctamente de dicha pericia entendiendo que la misma carecía de fuerza (Palacio y Alvarado Velloso: op. cit. T 8 p. 517 síntesis de fallo 1ª en comentario al art. 472; p. 525 síntesis de fallo 5ª en comentario al art. 473; 1994).

Asimismo, considero que dada la situación que no se pueda conocer a ciencia cierta cuál fue estrictamente la causa del daño, ello no será obstáculo para que los magistrados, a tenor de los elementos de convicción aportados y las circunstancias del caso, puedan dar por cierta la existencia de la relación causal, ya que por ser en extremo dificultosa su demostración, toca

aligerar o flexibilizar las exigencias probatorias (*in re* "Zeballos Añez, Irma c/ Ministerio de Salud y Acción Social s/ Daños y Perjuicios", del 5/7/95, C. Civil, Sala F; íd.: "Rodríguez Abel sus sucesores c/ Sanatorio San Cristóbal S.A. s/ Sumario", del 28/06/02).

A dicha estimación arribo, ya que no cabe restringir el alcance de los ordenamientos particulares que atañen a los profesionales del arte de curar, ni privarlos de toda relevancia jurídica, sino que se impone garantizarles un respeto sustancial, para evitar la deshumanización del arte de curar particularmente cuando de la confrontación de los hechos y de las exigencias de la conducta profesional así reglada, podría eventualmente surgir un juicio de reproche con entidad para comprometer la responsabilidad de los interesados.

En cuanto a la relación médico-paciente, "si bien es cierto que excede las posibilidades humanas prometer la salud o la curación total, también lo es que el vínculo se acuerda en la inteligencia de un resultado que puede o no darse- pero que se incluye en las previsiones precontractuales" (del voto de la Dra. Estévez Brasa, de la C.Nac.Civ., Sala K, 30/11/92, en JA 1993-IV-410 y ss.).

En cuanto a la crítica sobre la valoración testimonial efectuada por la codemandada y citada apelante a fs. 1209 y 1212vta, he de precisar, asimismo, que es criterio de la suscripta a partir de los autos caratulados: "R., M. A. c/ M., E. s/ Sumario (Daños y Perjuicios)", expte. Nro. 10.805/98, Sent. Def. Nro. 52 del 14/12/99, que la elección de la prueba es facultad privativa del juzgador, quien puede seleccionar aquellas que estime relevantes y decidirse por una descartando otras que considere inconducente o inoperantes por ser

suficiente a tal efecto que haga referencia a las que han servido más decididamente a la conclusión, lo cual no supone ni permite afirmar que no hayan sido computadas. La preferencia del juez por unas pruebas respecto de las otras no viola las leyes que rigen su valoración con lo cual el fallo puede apoyarse en determinados testimonios pruebas

corroborantes de **GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara** las que éstos resulten y presunciones con prescindencia de otras pruebas (*cf*. SCBA, Ac. y Sent., 1977, v.I, p.344).

Se ha expedido la Sala A de esta Cámara de Apelaciones cuando expresa: "La jurisprudencia se inclina por mantener, de acuerdo con la legislación vigente, los principios tradicionales en materia probatoria: salvo los casos expresamente previstos por la ley, como el de los daños ocasionados con las cosas, quien alega la culpa o negligencia como fundamento de su pretensión, tiene la carga de probarla. Sin embargo, en los juicios por mala práctica, se ha atemperado el criterio riguroso mediante distintos argumentos, como el de conferir un elevado valor a las presunciones judiciales, teniendo en cuenta las dificultades probatorias que debe sortear con frecuencia el paciente: evidenciados por éste ciertos datos empíricos, el juez debe deducir la culpa médica no probada en forma directa; así corresponde considerar probada la culpa si el daño, según la experiencia común, no puede explicarse de otro modo que no sea por la culpa médica, a menos que el demandado aporte prueba eficaz para liberarse de responsabilidad" (09-08-02, Sentencia Definitiva, Magistrados: Daniel Luis Caneo -
Fernando Nahuelanca – ”M., S. C/ P., C. y Otros s/ Daños y Perjuicios”, Tribunal de Origen: Juzgado Civil y Comercial N° 3).

Precisando las consideraciones vertidas precedentemente entiendo que: a) en muchas hipótesis el demandado tiene el deber moral y jurídico de allegar a la causa los elementos que permitan definir lo justo concreto, pudiendo configurar su conducta omisiva un factor importante de valoración, al punto que la omisión del interesado puede llegar, por mandato de la ley, a constituir una presunción en su contra; b) es innecesario efectuar un resumen del estado de la jurisprudencia -buena parte de la cual obra en los tratados sobre el tema-, porque en útil medida ya ha sido hecho por D. Myrian, C. Amilcar y G. A. Urrutia (*cf*. "La responsabilidad civil de los médicos", L.L. 22.7.91); c) en general, los fallos se han inclinado por exigir del médico la observancia de los principios y técnicas de su disciplina y el mayor celo profesional en la atención del enfermo (*cf*. L.L. 1979-C, p.23 y sus citas), siendo ya clásica la afirmación de que el ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales y d) la obligación del facultativo, en síntesis, finca en poner al servicio del enfermo el caudal de conocimientos

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

científicos que el título acredita y prestarle asimismo la diligente asistencia profesional que su estado requiere.

En este orden de ideas se ha dispuesto: ”Uno de los supuestos de omisión, configurativo de "mala praxis" médica, lo constituye…, no advertir una infección posoperatoria a tiempo, o no practicar una reexploración quirúrgica frente a evidentes complicaciones posoperatorias que no ceden al tratamiento clínico (*cf*. crit. SCBA, "Silva, Elvio c/ Sanatorio San José s/ Daños y perjuicios" - CC0002 - MO 26830 RSD-71-93 S - 30-3-

1993; Publicaciones: ED 165, 686) y que: ”El hecho que la infección pueda producirse por ser una consecuencia posible dado la índole de la lesión, no diluye la obligación médica de efectuar las prácticas de adecuada previsión o de un actuar médico diligente, lo que es imputable al galeno demandado. La innegable desatención que sufrió el actor revela, desde el punto de vista jurídico, un obrar negligente e imprudente que encuadra en el artículo 512 del Código Civil, en tanto se verifica una inacción ante un deber legal que impone actuar y un obrar irreflexivo por subestimar las posibles consecuencias dañosas. La atención médica debe brindarse al paciente en el momento oportuno y con la diligencia que las circunstancias de las personas y lugar así lo determinen” (Sala Civil y Comercial - Superior Tribunal de Justicia, 133144 S 23-10-2000: “Lubo, Ricardo Nicanor c/ Pugliese, Canio y Otro s/ Sumario”: elDial.com - AT2773).

En virtud de lo analizado considero que la parte apelante codemandada no ha acreditado en autos –más allá de su defensa en cuanto a los días posteriores a la intervención quirúrgica y su estimación de la conducta desarrollada por el actor-, elemento probatorio alguno que evidencie la interrupción del nexo de causalidad, que finalizó con la lesión sufrida por el menor hijo de los coactores, con lo cual arribo a la conclusión que tal resultado ha sido producido por la sucesión de actos u omisiones conexos entre sí y dependientes de aquel que constituye la causa primera; el resultado se produce con arreglo al curso causal propio de la causa imputable al agente, atento a la falta de acreditación de una condición preexistente, concomitante o superviviente apta para romper el nexo causal, a modo de hecho del perjudicado, caso fortuito o hecho del tercero.

Por las consideraciones de hecho y de derecho expuestas arribo a la convicción que deben ser rechazados los agravios expuestos por los apelante codemandados Dres. V. E. B. y C. L. y citada en garantía F. P. S. S.A, sobre la decisión del juez *a quo* sobre la responsabilidad médica de los Dres. V. E. B. y C. L.(fs. 1210/1217vta., 1ero. a 4to.) y F. P. S. S.A. y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 1158/1170vta. en dicho sentido.

I.B-2) Centra su agravio de la parte coactora a fs. 1201vta./1202vta. (pto.VIII.) respecto de la tasa de interés.

En cuanto a la temática planteada, ha determinado el Superior Tribunal de Justicia de nuestra Provincia: "Es conteste la jurisprudencia en cuanto a reconocer la atribución de los jueces para limitar las tasas de interés pactadas o revisar las establecidas judicialmente, siendo responsabilidad de los mismos, el hallar las tasas equitativas para cada caso, que se correspondan con los usos de la plaza, así como con la naturaleza de la operación, y la calidad de las partes, garantizando a los acreedores el respeto de sus derechos y ponderando a la vez, la situación del deudor. Analizar las diversas situaciones que pueden conducir a la aplicación de tasas distintas, ahora diferida a la razonable discrecionalidad de los Jueces, no puede ser resuelta mediante reglas de aplicación inexorable, y solo cabe aspirar a que se llegue a soluciones justas para los

GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara

casos concretos" (STJCh, 30-05-2001, sentencia definitiva: "Municipalidad de Comodoro Rivadavia c/ Demanda Laboral").

Es entendimiento de la suscripta: "El dinero tiene infinitos usos para obtener ventaja y la decisión de la

totalidad de los tribunales elaborada sobre la base de doctrina, de establecer una tasa y utilizar como referente la renta bancaria, está estructurada en función de mantener para el acreedor el valor del capital sin perjudicar al deudor. La circunstancia que se fije dicha tasa tomando como referencia la utilizada por una institución bancaria, no implica que se autorice, sin más, la capitalización de intereses en forma similar al sistema empleado por aquella, ya que el artículo 623 del Código Civil, mantiene restringida la capitalización a su expresa casuística. Los intereses aún utilizando las tasas bancarias mensuales, deben calcularse de modo simple, sin capitalización" (15-08-03, Sentencia Definitiva nro. 57/03, autos caratulados: "L., H. A. y Otro c/ Banco Francés SA. s/ Sumario", expte. nro. 13.341/02).

Por ello, que en ejercicio de la discrecionalidad que gozan los jueces de acuerdo a la doctrina sentada por el Superior Tribunal de Justicia que señaló como "razonable discreción de los jueces de la causa", sin reglas inexorables y siendo la aspiración llegar a soluciones justas en los casos concretos, procederá la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina, entidad asimismo tradicional referente en la materia, a fin de adecuarla a las circunstancias económicas que variaron en el transcurso del año 2002, índice que se aplicará sobre el capital de condena desde que fue debido (24/09/03) y hasta el efectivo pago.

Ello así, pues resulta congruente establecer dicha tasa activa que se adecua a las circunstancias y variaciones del momento, y la necesidad de unificar índices de cálculo que simplifiquen y no resulten

dispares ni variados al momento de efectuarse liquidaciones judiciales como la presente.

Por las razones expuestas corresponde no hacer lugar a los agravios planteados por la parte coactora apelante a fs. 1201vta./1202vta y confirmar la sentencia de fs. 1158/1170vta. en dicho sentido.

I.B-3) En cuanto a la imposición de costas de primera y segunda instancia, teniendo en cuenta que han acordado los distinguidos colegas preopinantes en cuanto a: a) determinar la responsabilidad de la C. d. V. SRL; b) Rechazar la responsabilidad de la Obra Social ADOS; c) Hacer lugar en concepto de daño material y moral del menor y del daño moral de los padres y sus montos, quedando como cuestiones a decidir por la suscripta en cuanto hacer lugar a la responsabilidad médica de los Dres. V. E. B. y C. L. y F. P. S. S.A. coincidiendo en dicha temática con el Dr. F. N. y desestimar el agravio planteado por la coactora en cuanto a la tasa de interés a aplicar sobre el capital de condena concordando en este tópico con la Dra. Silvia Noemí Alonso, teniendo en cuenta lo previsto por los arts. 69 y 282 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ- adhiero parcialmente a la fórmula postulatoria del Dr. Fernando Nahuelanca y adhiero parcialmente a lo decidido por la Dra. Silvia Noemí Alonso exclusivamente en cuanto a la tasa de interés a aplicar sobre el monto de condena. Difiriendo la regulación de los honorarios profesionales tanto de primera como de segunda Instancia para el momento del acuerdo (arts. 5,6,13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro. 4 – Digesto Jurídico-.

GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con las disidencias apuntadas, la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto a fs. 1178 y fundado a fs. 1196/1203 por la parte actora O. E. S. y J. C.

2) Revocar parcialmente el punto 1 y totalmente el punto 4 de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 1158/1170vta.

3) Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por O. E. S. y J. C., por su propio derecho y en representación de su hijo A. A. S., y condenar a V. E. B., M. C. L., C. d. V. SRL y F. P. d. S. SA a pagar a los padres la suma de cuarenta mil setecientos pesos ($40.700) por daño moral y a su hijo A. A, S. la suma de cuatrocientos sesenta mil pesos ($460.000) por daño material y moral, con más los intereses a la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina, desde cada suma debida, con los restantes alcances del punto.

4) Confirmar el rechazo de la demanda interpuesta por la parte actora contra la A. d. O. S. (A.).

5) Revocar parcialmente el punto 3 y en todas sus partes el punto 5 de la sentencia aludida.

6) Costas en ambas instancias a las codemandadas vencidas, con excepción de la acción contra ADOS, que se imponen por su orden.

7) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia de los Dres. A. C. S. en el diez por ciento (10%); del Dr. G. C. L. en el diecisiete por ciento (17%); del Dr. V. M. C. A. en su carácter de apoderado de V. B. en el doce por ciento (12%); del Dr. V. M. C. A. en su carácter de

apoderado de C. L. en el doce por ciento (12%); del Dr. V. M. C. A. en su carácter de apoderado de F. P. S. S.A. en el doce por ciento (12%); del perito A. R. A. en el dos por ciento (2%); del perito G. S. J. en el dos por ciento (2%); de los Dres. I. F. d. l. C., . F. A. y M. A. F. A., conjuntamente, en el quince por ciento (15%); de los Dres. A. H. B. y M. S.L., conjuntamente, en el doce por ciento (12%); de la Dra. P. L. G. en el diez por ciento (10%) y de los Dres. Cl. M. Z. y S. G. P., conjuntamente, en el veinte por ciento (20%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

8) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. G. C. L. en el treinta y cinco por ciento (35%), al Dr. V. M. C. A. en el veinticinco por ciento (25%), al Dr. A. H. B. en el treinta por ciento (30%) y al Dr. I. F. d. l. C. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

9) Tener presentes las reservas de recursos de fs.
1202, 1219 y 1245.

10) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

FERNANDO NAHUELANCA
Juez de Cámara

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Presidenta

NÉLIDA SUSANA MELERO Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2015

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"

GISELA CINTIA MOREJÓN Secretaria de Cámara