



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

**“G. G. Y OTRO C/G. A. S.A S/ DAÑOS Y PERJ.RESP.PROFESIONAL
(EXCLUIDO ESTADO)”**

Causa N° C5-57012

Con fecha 21 de diciembre de 2021, celebrando Acuerdo en los términos de los arts. 5, 7 y 8 de la Ac. 3975 de la SCBA, los Señores Jueces de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, del Departamento Judicial de Morón, **Doctores José Luis Gallo y Roberto Camilo Jorda**, con la presencia del Sr. Secretario, **Dr. Gabriel Hernán Quadri** y utilizando para suscribir la presente sus certificados de firma digital, para pronunciar sentencia definitiva en los autos caratulados: "**G. G. Y OTRO C/G. A. S.A S/ DAÑOS Y PERJ.RESP.PROFESIONAL (EXCLUIDO ESTADO) Causa N° C5-57012**" habiéndose practicado el sorteo pertinente -arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- resultó que debía observarse el siguiente orden: **JORDA- GALLO**, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

C U E S T I O N

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

V O T A C I O N

A LA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JORDA, dijo:

1) La Sra. Jueza Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 5 Departamental con fecha 12 de Noviembre de 2020 dictó sentencia haciendo lugar parcialmente a la demanda, en las condiciones que de allí surgen.

Dicha sentencia ha sido apelada por la parte actora, la co demandada Instituto Médico Constituyente SA, la co demandada A., el co demandado R. y las citadas en garantía Seguros Médicos SA y Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda.

Los recursos se concedieron libremente.

Llegadas las actuaciones a esta instancia, el recurso de la actora fue fundado con la expresión de agravios de fecha 3 de Junio de 2021,



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

replicada con los escritos de fecha 18 de Junio de 2021 (A.), 24 de Junio de 2021, a las 16:23 (G. A. SA); . 27 de Junio de 2021 (Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda.) y 28 de Junio de 2021 (R.).

El de la co demandada Instituto Médico Constituyente SA se fundó con el escrito de fecha 5 de Mayo de 2021, replicado con el de fecha 24 de Junio de 2021 (a las 13:08) .

El de la co demandada A. lo fue con el escrito de fecha 3 de Junio de 2021, replicado con el de fecha 24 de Junio de 2021 (a las 13:08).

El del co demandado R. lo fue con el escrito de fecha 4 de Junio de 2021, replicado con el de fecha 24 de Junio de 2021 (a las 13:08) .

El de la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. se fundó con el escrito de fecha 8 de Junio de 2021, replicado con el de fecha 24 de Junio de 2021 (a las 13:08).

Finalmente, el recurso de la citada en garantía Seguros Médicos SA fue declarado desierto con fecha 15 de Junio de 2021, resolución hoy firme.

En cuanto al contenido de las expresiones de agravios, tenemos que la parte actora se queja del rechazo de la demanda contra Galeno Argentina SA y la imposición de costas a su parte y de los montos fijados por daño psíquico y moral en favor de los progenitores de V..

La demandada Instituto Médico Constituyente SA cuestiona el progreso de la demanda; habla extensamente de la prueba pericial rendida en autos, de la patología que padecía V., de la necesidad de operar las hernias inguinales y de los tratamientos que le fueron dispensados, sosteniendo que no hubo falta de seguridad de su parte en ese sentido. Luego pasa a quejarse de las sumas fijadas por daño psicológico, tratamiento, daño moral, gastos y de la tasa de interés.

La co demandada A. ataca el fallo por cuanto se admitió la demanda a su respecto, habla de la carga de la prueba, de la valoración de la pericial y sostiene que se ha abusado de la prueba presuncional. Denuncia que se omitió la valoración de la pericial en anestesiología.



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

Sostiene que su obligación es de medios y no de resultado, dice que ello fue desvirtuado en la sentencia y se queja, además, por considerar inacreditado el nexo causal entre el resultado y su accionar. Subsidiariamente se queja de los montos indemnizatorios, sostiene que la sentencia debió haber aplicado el art. 1069 del Código Civil y, por último, desliza algún cuestionamiento sobre la tasa de interés.

El del co demandado R. se queja de la atribución de responsabilidad a su respecto. Habla, en tal sentido, de las actividades por él realizadas, destacando que la bradicardia se produjo con el procedimiento quirúrgico ya finalizado, argumentando ampliamente en tal sentido, explayándose en relación a la responsabilidad médica, sus requisitos, la valoración de la pericial y la prueba de presunciones. También habla de su rol en el acto quirúrgico e introduce la cuestión de la vinculación entre los distintos profesionales, poniendo énfasis en la actuación de la anestesista y su independencia. Se queja de los montos fijados, denunciando que los mismos han sido mayores que los reclamados en la demanda, objetando posteriormente la cuantía de cada uno de ellos. Finalmente se queja de los intereses: primero peticona que los mismos corran desde la fecha del fallo y, subsidiariamente, que lo sea desde la fecha de mora, considerando como tal la de la última notificación de la demanda. También cuestiona la fecha de inicio para los intereses sobre el rubro gastos futuros. Por último pide que, al sentenciar, se tenga en cuenta lo prescripto por el art. 505 del Código Civil.

Y la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. cuestiona el fallo en cuanto hizo lugar a la demanda por considerar acreditada la mala praxis médica, haciendo referencia a la prueba pericial rendida en autos, sosteniendo que no solo se probó la ausencia de culpa de los médicos intervinientes sino que además se demostró la corrección de los tratamientos. Seguidamente se queja de la actualización del límite de cobertura dispuesto, sosteniendo que no se trata de un seguro obligatorio, marcando la diferencia con la doctrina de la SCBA que allí se invoca,



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

destacando incluso la falta de petición de la parte actora en este sentido. Subsidiariamente denuncia un error en la sentencia al determinar la forma de actualización del límite, señalando que ello debió haber sido determinado pericialmente, en la forma que allí se describe. Luego cuestiona los montos fijados sosteniendo que exceden lo peticionado liminarmente y que en el escrito de demanda no se supeditó lo pretendido a lo que pudiera surgir de la prueba rendida en el proceso. Destaca, asimismo, que esto tiene importancia a la hora de determinar la forma de pago de capital e intereses en los términos de los arts. 110 y 111 de la ley 17.148. Luego cuestiona que se haya admitido el rubro daño moral a favor de los padres, considerando que debía haberse admitido la falta de legitimación a su respecto y subsidiariamente objeta el monto fijado para ellos. Por último pide que, para el caso que se verificase modificación alguna de las sumas indemnizatorias, y se fijaren valores vigentes al momento del dictado de la sentencia de segunda instancia, la aplicación del interés tasa 6 % desde la fecha del hecho se extienda hasta el referido momento.

A los términos de cada una de esas expresiones de agravios cabe remitirse, en homenaje a la brevedad.

Por otro lado, tenemos que con fecha 22 de Junio de 2021, la Asesoría ha contestado la vista conferida, peticionando la confirmación de la sentencia.

Finalmente, y cumplidos todos los trámites procesales pertinentes, con fecha 8 de Julio de 2021 se llamaron "autos para sentencia", providencia que adquirió firmeza, procediéndose posteriormente al sorteo del orden de estudio y votación, lo que deja las actuaciones en condición de ser resueltas.

2) Circunscripta, así, la cuestión a decidir, cabe efectuar algunas aclaraciones preliminares.

La primera es que, en líneas generales, todas las expresiones de agravios cumplen con los requisitos del art. 260 del CPCC; esto sin perjuicio de lo que, posteriormente, indicaré con alguna de ellas en particular y



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

respecto de cuestiones puntuales.

La segunda es que la sentencia de la instancia previa ha fallado el caso con apoyatura en las reglas legales vigentes al momento de acontecer los hechos (Código Civil), siguiendo el mismo temperamento que esta Sala ha adoptado (por aplicación de lo previsto en el art. 7 del CCyCN) y, al respecto, no existe crítica ni objeción alguna de las partes (arts. 260, 266 y ccdtes. CPCC).

Efectuadas estas dos aclaraciones, debo referirme ya a la cuestión de la responsabilidad atribuida en el fallo.

Y para ello voy a recordar algunos conceptos sentados con anterioridad.

Decía, al respecto, en la causa 56.773, R.S. 23/10, que: "*la Suprema Corte de Justicia Provincia ha definido a la responsabilidad profesional como aquella en la que incurre el que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que ésta le impone (Ac. 31.702 fallo del 22-12-1987; Ac. 39.597 fallo del 13-9-1988; entre muchísimas otras), constituyendo parte especial de la responsabilidad en general, sometida a los mismos principios que esta (Sup. Corte Bs. As. Ac. 31.702 fallo del 22-12-1987; Ac. 38.114 fallo del 25-10-1988; Ac. 45.177 fallo del 30-4-1991; entre otros).*"

La relación médico-paciente, por lo general (y este caso no es la excepción), tiene carácter contractual (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil, p. 498; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, T VIII, p. 284).

En tal contexto obligacional, se ha decidido que la responsabilidad médica se asienta sobre la idea de culpa, que debe ser demostrada a través del hecho que la prestación a cargo del profesional ha sido cumplida de una manera deficiente, con omisión de las diligencias que la naturaleza de su desempeño impone y que el juicio de reproche, atribuyendo imprudencia, impericia o negligencia, solo podrá resultar a través de la atenta ponderación del carácter de la obligación asumida y las circunstancias particulares de



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

cada caso, y luego de confrontar la actuación real, con la exigibilidad de una conducta y la previsibilidad del resultado a la acción u omisión del profesional médico (C. 2º Civ. y Com. La Plata, sala 2º, ca. 92802 “Sclavi, Luis Néstor c/ Fisco de la provincia de Buenos Aires s/ Ds. y ps.”, fallo del 11-4-2000 y ca. 102339 “Levin, Osvaldo y otros c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Ds. y ps.”, fallo del 29-3-2005).-

La culpa médica fluye, de este modo, de la confrontación entre la conducta obrada y la debida por el médico de la categoría o clase a la que pertenezca el profesional (C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1º, ca. 77559 “Wilson, Nolan c/ Clínica Privada s/ Ds. y ps.”, fallo del 26-11-1998).-

Así entonces, la Corte local expresará que cuando el profesional médico incurre en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación asistencial, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable (Sup. Corte Bs. As. Ac. 76.198 fallo del 7-2-2001; Ac. 75.676 fallo del 19-2-2002; Ac. 79.009 fallo del 23-12-2002; entre otros).-

Rige, entonces, el art. 512 del Código Civil.-

Afinando un poco las pautas, y a la hora de juzgar responsabilidades, comparto la doctrina jurisprudencial que ha señalado que el Tribunal debe colocarse ex ante y no ex post facto: lo que debe tomarse en consideración no es un paciente dañado, tratando de reconstruir para atrás el iter de su evolución en forma inversa al acaecimiento de los hechos, sino que quien pretende formarse un juicio debe colocarse en el día y hora en que los profesionales debieron tomar una decisión, ver cuál era entonces el cuadro del enfermo, cuales eran los elementos con que contaban o podían contar los galenos; así, y salvo casos groseros, lo que se debe juzgar es si la acción que realizaron y la decisión que tomaron, estaba dentro de los cánones adecuados a lo que vieron, pudieron, o debieron percibir en ese momento (C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2º, ca. 125501 “Gimenez, Juan Manuel c/ Hospital Interzonal General de Agudos s/ Ds. y ps.”, fallo del



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

28-8-2003).-

Además, es bueno tener en cuenta que, según pacífica y reiterada jurisprudencia, la obligación de los médicos es, en principio, de medios y no de resultado (Sup. Corte Bs. As. Ac. 91.215 fallo del 5-4-2006 y C96.833 fallo del 13-2-2008).-

Esto quiere decir que aunque el resultado del tratamiento no fuere el esperado no genera responsabilidad si no está probada suficientemente alguna conducta considerada reprochable (Sup. Corte Bs. As. Ac. 81.491 fallo del 16-7-2003 y C90.459 fallo del 26-12-2007).-

La naturaleza de la prestación así lo impone, el resultado no puede asegurarse por el médico: no debe perderse de vista que la ciencia médica tiene sus limitaciones y que en el tratamiento de las enfermedades existe siempre un alea que escapa al cálculo riguroso o las previsiones más prudentes y, por ende, obliga a restringir el campo de la responsabilidad; el facultativo no puede comprometerse a salvar la vida del paciente o a curarlo de su enfermedad; su obligación finca en poner al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que el título acredita y prestarle la diligente asistencia profesional que su estado requiere (C. 2º Civ. y Com. La Plata, sala 3º, ca. 106066 "Delgado, Cleria Elvira c/ Cisilino, Edgardo y otros s/ Ds. y ps.", fallo del 12-4-2006 y ca. 106974 "D., B. A. c/ A., J. C. y otros s/ Ds. y ps.", fallo del 27-3-2007).-

Resumiendo: la responsabilidad médica es parte de la responsabilidad civil en general, requiriendo la configuración de sus mismos presupuestos; la obligación del médico generalmente deriva de una fuente contractual, tratándose de una obligación de medios, no de resultado.-

(...)

Es lugar común discurrir, en este tipo de procesos, sobre cuestiones atinentes a la carga de la prueba.-

Es sabido que las normas sobre carga de la prueba son reglas de juicio (DEVIS ECHANDIA, Hernando, Teoría general de la prueba., T 1, p.



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

424; C. Nac. Civ., sala M, 12/10/1990, "Caja Nacional de Ahorro y Seguros v. Floro, Próspero E.", JA 1992-IV, síntesis; C. Nac. Com., sala B, 22/04/1991, "Cifeba S. A. c. Tutelar Cía. Financiera S. A.", LL 1991-C, 339), a las que debe acudir el órgano jurisdiccional para el caso de ausencia de prueba, pues -en el supuesto de existir prueba suficiente- es irrelevante entrar a considerar quien tenía la obligación (mejor, la carga) de arrimarla al proceso (QUEVEDO MENDOZA, Efraín I., Carga y valoración de la prueba: Precisiones, JA 1998-III-630).-

Ello así, solo en el caso en que -luego de valorar la prueba- llegue a la conclusión de que alguno de los hechos invocados no ha llegado a acreditarse, es que deberé ponerme a analizar la cuestión de la carga probatoria, su reparto y la eventual aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas".

Ahora bien, a veces las cuestiones de responsabilidad médica nos enfrentan a un problema anterior al de la carga -y cuestión probatoria- que se refiere, mas puntualmente, a la forma en la que fueron afirmados los hechos.

Recordemos que el art. 330 del CPCC en su inciso 4 erige, como uno de los requisitos para el escrito de demanda, la explicación clara de los hechos.-

Es lo que se llama *carga de la afirmación*.-

Ahora bien, no podemos perder de vista que -en cuestiones de responsabilidad médica- la carga de la afirmación no puede observarse de manera tan rígida como sucede en otras áreas; ello así porque convergen en el punto no solo cuestiones que tienen que ver con la posibilidad de percepción, por parte del paciente, del desarrollo de los hechos, sino también con temas que hacen a la especialización científica, a lo que se suma -incluso- la diversidad de posición de ambas partes en lo que hace al dominio de las fuentes probatorias (no solo las reales -vgr. historias clínicas y documentación- sino también las personales -testigos que hubieran



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

intervenido en los actos médicos).-

Evoco, entonces, un precedente de la casación local (Sup. Corte Bs. As., C 101224, "Dillon, Bernardo Alfredo c/Aparicio, Julio César y otros s/Daños y perjuicios", fallo del 26/08/2009) donde la Corte abordó el tema de la carga de afirmación.-

Allí el Dr. de Lázzari en su voto, luego de reseñar los términos de la demanda, expresa que *"parece lógico ese modo de reflejar la plataforma fáctica de la litis. Es que el paciente carecía de elementos concretos que le permitiesen identificar la mecánica del daño con total minuciosidad. Sólo tenía a su alcance su propia experiencia personal previa a la operación, (...), y posterior a la misma (...). Esta ha sido la caracterización de los hechos, ciertamente condicionada por las particularidades del caso, desde que el afectado francamente ignora qué es exactamente lo que ha sucedido en la intimidad del quirófano. Solamente tiene a la vista el desenlace final, que en su opinión lo autoriza a imputar responsabilidad a los demandados en tanto la consecuencia (...) se exteriorizó después de la intervención"*.

Existen, incluso, otros antecedentes provinciales que han detectado adecuadamente el problema de la carga de la afirmación en estos procesos y relajado las exigencias en este sentido (C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 2ª, 4/4/2000, "González, Mercedes B. v. Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios"; C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 2ª, 27/5/2003, "Martínez, Liliana B. y otro v. Fernández Gallardo, María del C. y otros/daños y perjuicios").-

Además, y aquí cabe otra precisión mas, la Suprema Corte también tiene dicho que, en materia de responsabilidad médica, la actitud de los galenos no puede limitarse a la mera negativa sino que tienen que colaborar con el esclarecimiento de la verdad (Sup. Corte Bs. As., Ac. 82.684, fallo del 31/3/2004) lo que, desde mi punto de vista, no puede circunscribirse solo a lo probatorio sino que ha de imbrincarse también en el ámbito de las afirmaciones.



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

Entonces, y como se ve, la cuestión de la carga de la afirmación inicial en este tipo de procesos adquiere sus ribetes, bastante particulares por cierto.

A todo esto deben sumarse algunas consideraciones mas, vinculadas con la documentación de las acciones médicas y la Historia Clínica.

Como lo hiciera en la causa nro. 9099 (R.S. 146/18) es necesario recordar que -según lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia- *“la falta de información y claridad en cuanto al diagnóstico, tratamiento, pronóstico, etc., de la enfermedad del paciente crea una presunción de verdad sobre su conducta antiprofesional* (conf. causas C 82.684, "Abdelnur de Molina", sent. de 31-III-2004; C. 96.308, "González", sent. de 30-IX-2009)" (Sup. Corte Bs. As., 21/3/2018, ""García, Rodolfo Ricardo y otro contra Vasallo, Gabriela y otros. Daños y perjuicios").

La jurisprudencia ha dicho que *“la historia clínica resulta una documentación trascendente en la relación médico-paciente, obrando o debiendo obrar en ella todos los antecedentes del mismo y su estado actual, la ficha de anamnesis, los estudios ordenados y realizados, el diagnóstico, la terapia a realizar, su evolución y los resultados logrados, la medicación suministrada y en caso de cirugía el correspondiente protocolo quirúrgico donde debe constar detalladamente la integración del equipo quirúrgico, el parte anestésico, los estudios complementarios, la ubicación del paciente dentro del establecimiento asistencial y el personal médico y para médico que lo ha atendido. Ella demuestra sin duda las condiciones de calidad de los cuidados médicos o de la correcta asistencia facultativa, de allí la exigencia de su completividad y permanencia, interpretándose su incompleta o su mala confección como una presunción hominis de culpa, inferencia ésta que a su vez podría encerrar una presunción de causalidad”* (C. Civ. y Com. San Martín, sala 2ª, 17/2/2005, “Muzzupapa, Margarita Julia c/Rodríguez, Rolando Javier y otro s/Daños y perjuicios”).-



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

Es que -en casos como este- la situación de desnivel es bien clara: el paciente, anestesiado en la mesa de operaciones y con pocas posibilidades de saber lo que está sucediendo; el galeno, cumpliendo su función, con una serie de deberes emergentes de su condición y faena profesional; y -por supuesto- este desnivel es aun mayor cuando se trata de un niño, de muy corta edad.

Por otro lado, y en cuanto a la prueba pericial, cabe señalar que la valoración de la fuerza probatoria de los dictámenes periciales médicos no escapa a las reglas de la sana crítica, y se encuentra inescindiblemente asociada a que sus conclusiones exhiban consistencia con los antecedentes incorporados en los actuados (arg. artículos 383, 474 y concordantes del Código Procesal; 1726 y concordantes del Código Civil y Comercial, su doc.; conf., mi voto, Sala III, causa 10.611, entre otros.)

Así bien sostiene Hernando Devis Echandía -para subrayar la libertad de apreciación de la que goza el juez- que es absurdo pretender que aquel esté compelido a aceptar ciegamente las conclusiones periciales; por cuanto se desvirtuaría su función al convertir a los peritos en los jueces de la causa (Ver "Compendio de la prueba judicial", Rubinzal Culzoni, Tomo 2, Santa Fe, 1982, pg. 134).

Sobre este piso de marcha, trataremos los agravios y pasaremos al análisis de las probanzas rendidas.

Nadie discute, aquí, que el 18 de Octubre de 2005 V. fue sometido a una intervención quirúrgica en la Clínica Constituyentes, en la cual actuaron los médicos co demandados (R. como cirujano y A. como anestésista).

Ahora bien, no surge de las constancias de autos que, mas allá de su nacimiento prematuro, V. llegara a dicha cirugía con alguna patología previa que pudiera haber determinado el resultado al que se llegó.

Por otro lado, y esto ya en respuesta a alguno de los agravios que se trae, está fuera de duda que la cirugía por la hernia pudiera ser necesaria.

Pero el niño ingresó (en condiciones normales) para ser operado por



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

una hernia y egresó con una parálisis cerebral.

Aquí destaco que la pericia médica señala, expresamente, que en la primera atención en la Clínica Constituyentes el estado clínico era normal (ver fs. 1086vta.)

¿Qué fue lo que ocurrió en medio?

Es imposible saberlo.

La historia clínica indica que el niño, en la recuperación anestésica (hay luego una palabra que no se comprende) presenta bradicardia que se recupera con las maniobras de reanimación por lo que se decide no extubar y recuperarlo en neonatología (fs. 87, suscripta por el Dr. R.).

Luego, en la hoja siguiente, se consigna que una vez finalizado el acto quirúrgico (que dura alrededor de 20 minutos) en la etapa de recuperación se constata x oxioscopia bradicardia (60x´) con buena saturación (94%) se comienza la recuperación con atripina al 0,01 mgr x kg y se llama a guardia de neonatología. Transcurridos 90 segundos paciente recupera su frecuencia 150x´ - sO 99% y se decide el traslado a neonatología para su mejor recuperación (ver fs. 88 de la historia clínica que corre por cuerda), anotación suscripta por la Dra. A..

Luego, en diversos tramos de la historia clínica, se habla de mala adaptación post quirúrgica.

Pues bien, aquí debemos recurrir a las pericias.

El médico legista ha dicho que "*las secuelas halladas en V. podrían haber sido provocadas por un cuadro de hipoxia cerebral*" (fs. 1084).

Y en seguida aclara que no puede determinar si dicha hipoxia fue producida durante el acto quirúrgico o con posterioridad inmediata a dicho procedimiento.

Por otro lado, y esto es fundamental, destaca que "*una bradicardia de por si no llega a producir un cuadro de hipoxia severa para generar la magnitud que revisten las secuelas neurológicas presentes en el menor*".

También dice que, conforme surge de la historia clínica, los estudios



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

médicos y las secuelas producidas, no se cuentan con elementos suficientes para determinar el nexo de causalidad entre la intervención y el cuadro.

Luego, a fs. 1085vta./1086 relata el perito las diversas causas de la parálisis cerebral para afirmar, sobre el final de esas consideraciones, que **la bradicardia no figura como causa de parálisis cerebral.**

En lo que hace al cuadro del niño, el perito remarca que **no hay constancia en autos que V. haya presentado algún tipo de complicación previa** (ver fs. 1086)

En el mismo sentido que se viene describiendo, se indica a fs. 1087vta. que de acuerdo a los valores de saturación de O2 que constan en el parte anestésico **no se puede desarrollar un cuadro de encefalopatía hipóxica.**

La conclusión del perito médico es que si bien el niño presenta secuelas luego de la intervención quirúrgica a la que fue sometido, el experto no puede aseverar la entera culpabilidad de la anestesista interviniente, debido a que en este aspecto la historia clínica no arroja datos que impliquen determinar que por parte de esta medió negligencia, impericia e inobservancia de las pautas médicas indispensables (ver fs. 1088vta.)

Por lo demás, en su presentación del 16 de Julio de 2018, el perito médico dice que

*"este perito como auxiliar de la justicia, si bien arriba a una conclusión médico legal teniendo en cuenta las constancias de autos; **excede a su función el comprobar la veracidad o no de lo transcrito por los médicos intervinientes en las historias clínicas**"* (el resaltado me pertenece).

Luego, en su presentación del 14 de Diciembre de 2018, leemos que *"la bradicardia por sí, no genera hipoxia ni la necesidad de RCP. De haberse aplicado estas maniobras, resulta obvio que el paciente se encontraba cursando un paro cardiorespiratorio. Este perito no puede explayarse más al respecto, teniendo a la vista lo documentado en la historia*



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

clínica".

La pericia en anestesiología (fs. 1046/1051) nos dice que la droga Sevolfurano es de uso habitual en anestesia pediátrica, incluso en pacientes prematuros o pretérmino debido a que mantiene una buena estabilidad cardiovascular; que la misma no provoca bradicardia; y que la anestesia de V. fue realizada con esa droga.

Indica que con saturación de O2 de 94% no es esperable una lesión cerebral y que hasta es deseable dicha saturación en un paciente prematuro.

También afirma que la atropina es la droga de elección para tratar la bradicardia en la anestesia y que esa fue la utilizada en V..

Luego el perito se expide sobre diversas consecuencias posibles de la prematuridad, en cuanto a la función cerebral o la muerte súbita.

Igualmente, señala que dentro de las arritmias que se pueden presentar en el intraoperatorio en el caso de anestesia pediátrica, taquicardia y bradicardia son las más frecuentes, por las razones expuestas.

A los términos de ambas pericias, y las presentaciones efectuadas por las partes a su respecto, cabe remitirse.

Expuesto todo ello, y siendo esas pruebas las dirimientes para definir la cuestión, vuelvo al caso de autos.

Y creo que es conveniente destacar dos cuestiones que no llegan discutidas: **V. ingresó al quirófano en situación de normalidad y salió de él con una parálisis cerebral.**

Esto es indisputable.

Por lo demás, no se ha demostrado que se tratara de una intervención riesgosa o que pudiera tener probabilidad de generar este resultado.

Pero, insisto, lo cierto es que el niño salió del quirófano con una parálisis cerebral.

Ahora bien, hay otro dato que no podemos pasar por alto: las pericias se elaboraron de acuerdo con lo que surge de la Historia Clínica y



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

tal documentación fue confeccionada, en lo que aquí interesa, por aquellas personas cuya responsabilidad estamos analizando.

Dicho esto, debemos destacar -ahora- que se consignó en la historia clínica un cuadro de bradicardia (que implica un descenso de los latidos del corazón) pero está probado -porque así lo informó el perito, y no veo mérito para descreerle (arts. 384 y 474 del CPCC)- que **la bradicardia no podía haber generado un cuadro de la magnitud de aquel que se instaló en V., luego de la operación.**

Entonces ¿qué fue lo que sucedió y cómo se llegó aquí?

No lo sabemos; y no lo sabemos porque lo que se asentó en la documentación médica (fundamental para dirimir el caso) no podía haberlo producido.

Recalco una cuestión en lo atinente al deber de información y de documentación de lo actuado médicamente: de la Historia Clínica solo surge este cuadro de bradicardia y ninguna otra mención que permita justificar por qué, al salir de la operación, el niño egresó con una parálisis cerebral.

Entonces, pienso, ha sido correcta la inferencia presuncional de la Sra. Jueza de la instancia previa, porque si lo que se consignó en la Historia Clínica no podía haber generado el cuadro que se instaló, es correcto presumir que lo que sucedió fue otra cosa.

Y esa otra cosa, que no estamos en condiciones de clarificar, no se explicó en la Historia Clínica.

Por lo demás, hay algo que no puedo dejar de destacar: al margen de lo que puedan señalar los peritos, la Historia Clínica que se secuestró (ver fs. 18/20 de las diligencias preliminares) no denota un nivel adecuado de prolijidad, tratándose de una acumulación de hojas, **que ni siquiera están numeradas.**

La cita que he efectuado a la fs. 88 responde a la numeración que acompaña la firma de quien actuó como oficial de justicia, pero en el espacio destinado a consignar números de hoja, se observa un vacío.



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

Con esto quiero significar que no contamos con una historia clínica clara, prolija y correlativa que vaya especificando ordenadamente el tratamiento y evolución.

O, dicho de otra forma, nada garantiza que lo que hoy tenemos como fs. 88 y que he referido, documente lo que sucedió en realidad (incluso cuando detrás hay evidentes borrados con liquid paper y un número de teléfono anotado, que no se comprende a qué responde).

De este modo, y según las máximas de la experiencia (art. 384 CPCC), es válido presumir (art. 163 inc. 5 CPCC) que si no se consignó algo que sucedió, ello fue porque lo que sucedió, de alguna manera, inculpaba a quien intervino en el acto.

Llegado este punto, es irrelevante que la pericia en anestesiología diga que las drogas utilizadas eran las adecuadas, o que la pericia médica nos hable de la corrección del acto quirúrgico vinculado con la hernia, o de la corrección de la atención en la terapia intensiva, porque el problema (y la mala actuación) tiene que ver con algo que sucedió en el seno del quirófano, que no se ha expuesto en la Historia Clínica y que generó que un niño que ingresó sano, egresara con una parálisis cerebral.

Por lo expuesto, incluso, se relativizan muchas de las conclusiones periciales, porque las mismas se asientan, mayormente, en la Historia Clínica aludida.

En tal contexto, coincido con la Sra. Jueza de la instancia previa en cuanto presumió la existencia de una inadecuada conducta médica.

No es, como se lo dice en ciertos tramos de los agravios, que estemos transformando una obligación de medios en una de resultados, sino que estamos presumiendo que, dentro de aquel quirófano, algo ocurrió que dañó severamente a V. y que hizo que, ingresando para una operación de no mayor complejidad a los pocos meses de vida, egresara de allí con una parálisis cerebral, y su vida truncada para siempre.

En el mismo sentido aquí expuesto, y también frente a una cirugía



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

que derivó en una parálisis cerebral de un niño, la Suprema Corte de Justicia consideró absurda la sentencia que había rechazado la demanda (SCBA, 4/12/2019, causa C. 122.865, "Á., A. A. y otra contra Clínica General Paz y otros. Daños y perjuicios (exc. uso aut. y Estado)")

Y si bien la situación probatoria puede ser diversa, allí se expusieron algunos conceptos que devienen aplicables al caso, al señalar que

"debatida la responsabilidad médica, lo que se pone en manos del profesional no es el tener que demostrar su actuar diligente, sino el que ante lo incompleto de la historia clínica debe aportar al proceso los datos faltantes de la misma y que habiendo sido él quien tuvo a cargo el tratamiento del paciente, al no ser arrimados al proceso, crean en su contra una presunción de verdad sobre su conducta antiprofesional, con sustracción del deber de obrar "con prudencia y pleno conocimiento de las cosas" (art. 902, Cód. Civ.), que a él le corresponde desvirtuar (mi voto en la causa C. 97.750, "B., R. W.", sent. de 16-VII-2014).

A ello, agrego que esta Corte sostiene que la historia clínica es un elemento de prueba de capital importancia cuando se trata de emitir un juicio sobre la responsabilidad civil por mala praxis, resultando harto censurable que quien la confecciona al margen de toda posibilidad de control del paciente se aproveche de tal circunstancia para escapar de una condena judicial, sea predisponiendo la información que más le favorece o tratando de tergiversar aquella que lo incrimina (conf. doctr. causas C. 98.305, "M., J. H.", sent. de 25-VI-2008; C. 97.750, cit.; e.o.)".

Esto es, pienso, aplicable plenamente a este caso.

Por lo demás, no dejo de destacar que, en aquel precedente de la Suprema Corte de Justicia, se hablaba de una situación de bradicardia y consecuente paro cardíaco, lo que desemboca luego en la parálisis.

Entonces, vuelvo sobre lo ya analizado para preguntarme si, tal vez, en este caso no sucedió lo mismo con V. (bradicardia y consecuente paro cardíaco, con posterior parálisis cerebral), sin que se consignara el paro en



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

la Historia Clínica.

Lo dicho recién es solo a mayor abundamiento, y refuerza la línea que hasta ahora seguía.

Ahora, donde no coincido con la Sra. Jueza de la instancia previa es al responsabilizar a ambos galenos.

En el precedente evocado, la Suprema Corte de Justicia remarcaba la autonomía del anestesista y destacaba que la Corte nacional ha resuelto que "la autonomía científica y técnica que caracteriza la función del anestesista obsta al establecimiento de una relación de subordinación con el cirujano, quien carece de facultades para ejercer un control o vigilancia respecto de los actos propios de otra incumbencia profesional, limitándose su órbita legal de fiscalización -y por ende su responsabilidad- a los actos de su personal auxiliar (art. 19, inc. 9º, ley 17.132)" (CSJN Fallos: 321:473; 325:798), descartando que se trate de un auxiliar del cirujano.

Aquí, el perito ha señalado, y surge incluso de la documentación médica, que el problema se dio durante la recuperación anestésica; y aun si, temporalmente, hubiera sido durante la cirugía, nada nos indica que esto tendría que ver con la cuestión de la hernia, de la que se estaba ocupando el cirujano.

De este modo, y desde mi punto de vista, no existen circunstancias como para responsabilizar al co demandado R., y -a mi juicio- son correctas las consideraciones que efectúa en sus agravios, en cuanto pretende el rechazo de la demanda a su respecto.

Por todo lo dicho hasta aquí, promoveré la confirmación de la sentencia en cuanto condenó a la accionada A. y su revocación en cuanto lo hizo con el co demandado R., rechazándose la demanda a su respecto; las costas de ambas instancias por este rechazo deberán, a mi modo de ver, quedar impuestas en cabeza de los demandados que resulten vencidos y no de la actora, ajena a las cuestiones internas que pudieran haber acontecido en el seno del quirófano (art. 68 del CPCC).



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

Amén de ello, y dado que la demanda se ha entablado aquí también respecto de la Clínica en donde V. fue atendido, debo memorar que -en la causa nro. 19976-2010, R.S. 217/2018- indicaba que:

"como los establecimientos asistenciales se valen de la actividad ajena de los médicos para el cumplimiento integral de su obligación, habrán de responder por la culpa en que incurran sus sustitutos, auxiliares o copartícipes, en razón de la irrelevancia jurídica de la sustitución, ya que al acreedor no le interesa que el cumplimiento sea efectivizado por el propio deudor o por un tercero del cual este se valga para sus fines; y de la equivalencia de comportamiento del obligado y de sus sustitutos, que determina que el hecho de cualquiera de ellos se considere como si proviniese del propio deudor (conf. Ac. 43.518 del 16-7-91; Ac.5.585, sent. Del 15-11-94).-

Se concluye de las doctrinas reseñadas que la prueba de la culpa del médico es indispensable para lograr la condena de la clínica. En concordancia con ello ha dicho esta Corte que si no media culpa en el médico actuante no cabe responsabilizar al establecimiento asistencial con base en su "obligación de seguridad" porque la existencia de aquella (la culpa del médico) es la demostración de la violación de ese deber de seguridad (conf.Ac.43.518) (arts. 512,902,909,1109 del C. Civil)".-

Luego, demostrada la responsabilidad de la co demandada A., la demanda debe prosperar, también, contra el Instituto Médico Constituyentes; por lo que, entiendo, la sentencia debe confirmarse también en este sentido.

Debo continuar, ahora, con los agravios de la actora, atinentes al rechazo de la demanda contra Galeno Argentina S.A.

En cuanto a la responsabilidad de las obras sociales o entidades de medicina prepaga por lo actuado por sus prestadores, esta Sala tiene dicho que surge evidente en función de los mismos parámetros expuestos; a lo cual cabe agregar que si bien el paciente tiene por lo general la facultad de optar entre diversos prestadores, la inclusión de cualquiera de estos en el



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

listado de opción hace a la obligación de garantía y de seguridad de la obra social por lo actuado por cualquiera de sus prestadores (causa nro. 45.548, R.S. 49/2005).-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha consagrado la responsabilidad de las obras sociales ante errores de los médicos tratantes (Fallos 334:1361).-

Asimismo se ha dicho en la causa nro. 48448 (R.S. 266/15) que si el actor, afiliado a una entidad, opta por un prestador del listado para realizarse la práctica médica; ¿por qué lo hace? pues justamente porque se encuentra en el listado que la entidad pone a su disposición.

En definitiva, la razón por la cual el afiliado termina acudiendo a determinado prestador es, ni mas ni menos, que la inclusión en el listado.-

Luego, si el prestador genera algún daño al afiliado, parece de toda justicia que la entidad, que fue quien seleccionó a determinado prestador para incluirlo en su lista -lo que implica que también podía haberlo no incluido o excluido- responda concurrentemente frente a la víctima (sin perjuicio, claro está, de las eventuales acciones regresivas que pudieran caberle, si así lo estima menester).

En definitiva, la Obra Social o prepaga al vincularse con determinada Clínica está celebrando un contrato, en virtud del cual surge una estipulación en favor de un tercero (art. 504 C. Civil) que la responsable de los daños que su co contratante pudiera causar.

Por cierto, es necesario diferenciar si se trata de sistemas abiertos o cerrados (esta Sala en causa nro. C12-26946, R.S. 175/2015).

Pasando a analizar el caso, surge claro que V. era afiliado a Galeno, quien costó los gastos; así surge de la valoración de las piezas obrantes a fs. 28/34 de la diligencia preliminar, contextualizadas con la información glosada a la Historia Clínica en cuanto a los pagos y con la documentación que trajo la misma co demandada a este proceso (fs. 73/240).

Por lo demás, el perito médico, a fs. 1082vta., dijo que **"el paciente**



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

fue atendido en la Clínica Constituyentes por su obra social Galeno".

Además, corroborando ello, tenemos confesión ficta de la aludida demandada en el sentido de que contrató como prestadora a Institutos Médicos Constituyentes SA, prestando servicios a sus afiliados a través del mismo (posiciones 7 y 8, pliego glosado a fs. 1125).

Luego, no está demostrado -de ninguna manera- que se trate de un sistema abierto, sino todo lo contrario.

Y lo dicho, en el contexto ya descrito, responsabiliza también a Galeno Argentina S.A. frente a los actores.

Por ello, promoveré se revoque la sentencia en cuanto rechazó la demanda a su respecto, haciéndose lugar a la misma.

Zanjadas estas cuestiones debo tratar los restantes agravios, dejando señalado que quedan desplazados los traídos por el co demandado R. frente a la propuesta de rechazar la demanda a su respecto.

Voy a abordar, entonces, las quejas vinculadas con los montos resarcitorios.

Aquí destaco, inicialmente, que los agravios de la co demandada A. en cuanto a los montos y demás cuestiones (punto 4 de la expresión de agravios) no sortean la valla del art. 260 del CPCC, en tanto allí solo se exterioriza la discrepancia de criterio con lo decidido, aglutinando en un párrafo múltiples cuestiones que, a estar de la quejosa, la jueza de grado debía haber hecho, pero sin traer una crítica suficiente que nos intente demostrar, jurídicamente, en dónde se encuentra el error y por qué motivos la sentenciante debió haber procedido como lo sostiene la quejosa.

Lo mismo sucede con los agravios de la co demandada Instituto Médico Constituyente SA vinculados con los rubros daño moral, gastos e intereses (puntos d, e y f de su expresión de agravios) que solo trasuntan una discrepancia de criterio con lo decidido, pero desprovista de todo anclaje y fundamento que apunte a demostrar, razonadamente, la incorrección del fallo. Así entonces, este recurso también es insuficiente en relación a dichos



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

puntos (art. 260 del CPCC), no así en lo que hace al daño y tratamiento psicológico de los progenitores, donde sí existe suficiente crítica.

Despejados estos temas, vayamos a los rubros.

La citada en garantía ha traído algunas quejas donde habla de la relación entre el monto reclamado y el condenado.

La Sala tiene dicho que *"el art. 330 del C.P.C.C. contempla dos supuestos: a) si por las circunstancias del caso resultare imposible la determinación del quantum del reclamo; b) cuando el último momento de proponerse la demanda para precaver la prescripción de la acción, aún no están definitivamente precisados los elementos de los que aquella depende. En ambos casos, la fijación dependerá de las pruebas que se produzcan. Basta al accionante efectuar una estimación provisional, supeditándola a "lo que en mas o en menos resulte de la prueba a producirse" o fórmula análoga (...). Habilitándose de este modo al Juez para fijar en el decisorio una suma mayor, sin mella de violar el derecho de defensa en juicio de raigambre constitucional"* (causa nro. 43.041 R.S. 206/00).-

Y, siguiendo autorizada doctrina, que *"el monto de la demanda no actúa como tope indemnizatorio si lo pedido lo es con la salvedad LO QUE EN MAS O EN MENOS RESULTE DE LA PRUEBA o de la depreciación monetaria, no siendo por ello lesiva de garantías constitucionales la sentencia que sobre la base de tal reserva acuerda una suma mayor a la reclamada; en estos casos no se incurre en el vicio de "ultra petita". Ocurre que mediante tal reserva se evita la plus petición inexcusable y -precisado el objeto- se deriva su cuantificación a las pruebas pertinentes"* (Causas 44.304, R.S. 206/00; 44.858, R.S. 442/02).-

De este modo, se habilita al Juez para fijar en el decisorio una suma mayor, sin violar el derecho de defensa en juicio de raigambre constitucional (esta Sala en causa nro. 43.041 R.S. 206/00, entre otras).-

Ahora, pasando al caso, vemos que en la demanda, la liquidación efectuada, se supedita expresamente a lo que en mas o en menos surja de



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

la prueba (ver fs. 56vta.), con lo cual no existe infracción alguna a la congruencia procesal si se establecieron montos mayores, incluso teniendo en cuenta el lapso que insumió la tramitación del presente.

Previo a proseguir en cuanto al abordaje de los montos, no dejo de advertir que ni la actora ni la Asesoría han apelado los montos fijados para V. por lo cual los mismos quedan exentos de nuestra revisión (arts. 260, 266 y ccdtes. CPCC).

Voy a proseguir, ahora, con los que sí están apelados.

La actora y la aludida co demandada Instituto Médico Constituyentes S.A. se quejan de lo decidido en cuanto al daño psíquico.

El rubro ha prosperado para la co actora G. por la suma de \$370.000 y para el co actor C. por la suma de \$260.000.

Cabe entonces recordar que el daño psicológico está representado por las alteraciones, experimentadas en la personalidad de la víctima, usualmente exteriorizadas en diversa sintomatología tales como depresiones, fobias o cualquier otra afectación que dificulta la interacción de la persona en su medio social; resultando requisito indispensable para su configuración el carácter irreversible de las secuelas de tal orden (conf., mi voto en Sala II, causa 33.976, entre varios otros).

Por cierto, en su determinación será fundamental aquello que surja de las pruebas del expediente y fundamentalmente de la pericial (arts. 384, 457 y 474 del CPCC).

De la prueba pericial rendida (fs. 724/731 y sus explicaciones) G. E. G. presenta trastorno adaptativo mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo, que es crónico; expresando la experta que el hecho de autos constituye un factor causal directo de la psicopatología actual dado que las formas de adaptación implementadas por la peritada -en razón de su personalidad de base- hasta el momento del hecho de autos, resultaban efectivas. indica que presenta daño psíquico parcial y permanente del **20%** y aconseja tratamiento psicológico de un tiempo estimado de duración de dos



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

años, con frecuencia de una sesión semanal.-

En cuanto al co actor C., dice la perito que el hecho de autos constituye un factor disruptivo en la continuidad psíquica del peritado y tiene relación directa con la producción de un trastorno adaptativo mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo, que es crónico; indica que presenta daño psíquico parcial y permanente del **15%**. También aconseja tratamiento psicológico, pero por el lapso de un año, con frecuencia de una sesión semanal.

Ahora bien, mas allá de la discrepancia (unilateral) de la co demandada apelante, lo cierto es que no existe mérito, razón ni fundamentos para apartarnos de la pericia, en tanto la misma emana de profesional competente, está suficientemente fundada y no existen elementos (objetivos) en la causa que la contradigan, mas allá de la discrepancia subjetiva de la recurrente.

Añado, solamente, que me parece totalmente razonable que dos personas que hayan tenido que vivir las circunstancias que se han demostrado en esta causa, reciban un impacto psicológico, y de magnitud.

Con todo lo dicho, entiendo que queda circunscripto el tenor del menoscabo incapacitante.

Ahora bien, en las lides de su cuantificación dineraria, el valor resarcible es precisamente la referida integridad genéricamente considerada.

De modo que, a mi juicio, el monto a fijarse no puede ser fruto, de manera exclusiva, de la aplicación mecánica de los porcentajes informados por los peritos o de abstractos e impersonales cálculos actuariales, efectuados en base a criterios de "ganancia futura frustrada" y "aptitud productiva".

Por lo demás, en cuanto a la inclusión -o no- de los gastos de tratamiento y la eventual superposición de rubros, he señalado que la procedencia del rubro resarcitorio daño psicológico no enerva la viabilidad de la pretensión orientada a indemnizar las erogaciones que demanden los



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

tratamientos que-científicamente-se evidencien como fácticamente idóneos para una potencial disminución o atenuación del detrimento, sufrido por la estructura psicológica de la víctima (arg. artículos 1737, 1738, 1740 y concordantes del Código Civil y Comercial; mis votos Sala II, causa 10.230, Sala causa 9020, entre muchas otras).

En tal sentido el Superior provincial sostiene, en jurisprudencia consolidada, que debe recordarse que en materia de hechos ilícitos corresponde la reparación integral del perjuicio sufrido por la víctima y, dentro de tal orden de ideas, los desembolsos necesarios para la rehabilitación terapéutica de los actores resultan consecuencias del hecho dañoso y son imputables al responsable del mismo. De modo que, acreditada la necesidad del tratamiento psicológico, carece de significación el resultado que pudiera arrojar el mismo porque éste obviamente opera para el futuro pero no borra la incapacidad existente (SCBA. Acuerdos 69.476, 92.681, entre otros fallos similares).

Al margen de ello, la perito es clara al señalar que se trata de una circunstancia permanente y que el tratamiento apunta a **evitar agravamientos** (fs. 761vta.), lo cual es de toda lógica si ponderamos las circunstancias que, día a día, han de sobrellevar los co actores.

Por ello, computando los porcentuales de incapacidad pericialmente informados, contextualizándolos con las circunstancias personales de ambos co actores, sumando a ello lo necesario para afrontar los tratamientos (a valores actuales, por cuanto nos hallamos frente a tratamientos futuros, determinados según las máximas de la experiencia a un costo de \$2.000 por sesión) entiendo que la suma aquí fijada ha de elevarse a la de **\$1.500.000 (un millón quinientos mil pesos para la co actora G.) y \$850.000 (ochocientos cincuenta mil pesos para el co actor C.)**.

Me queda por tratar, ahora, el daño moral de los progenitores (\$500.000 para cada uno de ellos).

En cuanto a la cuestión de la congruencia que trae la citada en



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

garantía, ya he abordado dicha cuestión anteriormente.

En lo que hace a la legitimación de los co actores para impetrarlo, la sentencia se basa en precedentes de la SCBA.

Al respecto tenemos que si la cuestión se observa desde la atalaya contractual, no sería aplicable el art. 1078 del C. Civil, pues resultaría de aplicación el art. 522 del C. Civil.

Por otro lado, la procedencia del daño moral ha sido determinada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, en un caso muy similar al presente (SCBA AC. 85.129 "C. , L. A. y otra contra Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros. Daños y perjuicios", fallo del 16 de mayo de 2007).

Zanjada tal cuestión y en lo que hace a la procedencia y cuantificación del rubro, estimo atinado enfatizar que el eje, en torno al que gira el resarcimiento del daño moral, es el criterio de la alteración o pérdida de "la armonía vital del individuo".-

Es decir que su funcionalidad transcurre por la reparación del desequilibrio en la normalidad existencial de la víctima, a raíz del evento dañoso. Análogo enfoque le dispensa la Casación bonaerense, quien viene sosteniendo que "...no cabe limitarlo al tradicional pretium doloris, sino que se extiende a todas las posibilidades-frustradas, por lógica, a raíz de la lesión-que tiene el sujeto para realizar en plenitud su proyecto de vida (Ac. 78.851, entre otros).

Por lo demás, el ordenamiento jurídico no prescribe reglas fijas para su cuantificación dineraria, y aquella no tiene porque guardar una aritmética relación con la extensión y/o las particularidades, que tengan otros rubros (conf. doctrina sentada por la SCBA C. 55.728, Cám. civ. y com. Departamental, mis votos en Sala II, causas 49.945, 53.694, entre muchos precedentes análogos).-

Es que no existe cuenta ni operación aritmética que pueda transformar materialmente en dinero el dolor humano.-



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

Aquí, mas que nunca, es que cobra operatividad la regla del art. 165 del CPCC.-

Subrogándonos mentalmente a la situación de estos dos progenitores, podemos hacernos una idea de la entidad de la situación y su padecimiento, como así también de la impotencia que deben haber sentido, frente al irreversible cuadro de su hijo.

Por lo demás, los testigos B. (fs. 642/3), M. (fs. 644/5) y S. (fs. 649/vta.) han sido elocuentes en lo que hace al impacto que la situación de V. ha tenido para esta familia.

Llegado este punto, voy a evocar, nuevamente, la sentencia de la Suprema Corte dictada en la causa C85.129 antes evocada, y mas puntualmente el voto del Dr. Roncoroni en cuanto sostenía que *"no puedo dejar de extrovertir la conmoción que embarga mi conciencia como ser humano y como juez de cara a la tragedia que se ha instalado en la vida de los progenitores del menor S. A. C. . Situación a mi modo de ver más lacerante y dramática que aquélla que pudiera derivarse de la muerte de un hijo. Es que tener que afrontar diariamente la realidad que ha sido descripta por los expertos que dictaminaron en este proceso demanda, de quienes la deben afrontar, una cuota de sacrificio y heroísmo fuera de lo común. Son ellos quienes deben soportar recurrentemente el acicateo espiritual que les impone la presencia de ese querido cuerpo inerte, ese mismo que otrora, las horas previas a la intervención quirúrgica durante la cual se desencadenó el infortunio, condensaba en sí toda la vitalidad posible de un sano infante de cuatro años"*, y allí el lúcido jurista nos hablaba del inmenso dolor espiritual de los padres.

Pues bien, estimo que -al margen de alguna diferencia de matices- ello es aplicable a la especie y debemos necesariamente ponderarlo para, insisto, subrogarnos mentalmente a la situación de los actores reclamantes y a los padecimientos, angustias, intranquilidades y dolores espirituales que (objetivamente) debieron sufrir frente a lo acontecido con su pequeño hijo, a



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

lo largo de los varios años subsiguientes y de lo que sucederá por el resto de su vida.

Esto justificará, desde mi punto de vista, la fijación de un monto aun mayor que el que correspondería para el caso de fallecimiento.

Por lo demás, no se perfila incorrecto -a mi modo de ver- que la sentencia haya tarifado el monto a los valores mas próximos al momento de emitir el fallo.

Sentado todo ello, y reiterando que -en este terreno- la fijación de los montos de condena se lleva a cabo de conformidad con las reglas del art. 165 del CPCC, teniendo en cuenta las circunstancias personales de los actores, su condición socio económica, ponderando asimismo las consecuencias que padeció su hijo a resultas de lo sucedido en la cirugía, con todas las situaciones que estos padres han de haber padecido (y deberán padecer por el resto de sus días), entiendo que la suma fijada en la instancia previa para cada progenitor, se perfila marcadamente reducida y, por ello, promoveré que se la eleve a la de **\$5.000.000 (cinco millones de pesos)** para cada uno de ellos.

Me quedan por tratar los restantes agravios de la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda. en cuanto a la actualización del límite de cobertura y la forma de computar los intereses.

En cuanto a la actualización del límite de cobertura, desde esta Sala se ha dicho que

*"aquí hay algo indudable: el hecho dañoso data, hoy, de mas de **15 años atrás**; los límites de los que nos habla la aseguradora se remontan, también, a aquella época.*

Pero los montos de condena han sido expresados a valores del momento de la decisión, lo cual inserta una situación atípica, que distorsiona totalmente la ecuación, correlación y equivalencia de los montos, si comparamos que unos se establecen a la fecha del hecho (límite de cobertura) y otros a la de la decisión (los de condena).



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

Situaciones de este tipo ya han encontrado respuesta jurisdiccional en precedentes anteriores.

Decía en la causa 16.237 (R.S. 57/2020) que:

"la Sup. Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en los autos "Martinez, Emir c/Boito, Alfredo A, s/ Ds. y Pj. (causa 119.088) ha señalado que

"... Es que el art. 68 de la ley 24.449, al imponer el requisito del seguro obligatorio, no pretende otra cosa que proteger- con carácter de orden público – a la víctimas de accidentes de tránsito y asegurar su reparación, poseyendo un verdadero fundamento tuitivo, de seguridad social..."-.

"... Así el seguro obligatorio – que no se agota en la relación jurídica que vincula al asegurado con el asegurador– también obedece a una necesidad y función socializadora y colectivizadora de los riesgos, atenta primordialmente a la protección de la víctima a través de la efectiva reparación de sus daños; de modo que una razonable aplicación de las cláusulas del contrato ponderadas a la luz de la tutela reglamentaria de la Superintendencia de Seguros de la Nación y del principio de reparación integral de los damnificados, debe llevar a extender la garantía contratada incorporando la cobertura básica vigente al momento de la valuación judicial del daño contenida en la sentencia definitiva, sustituyendo dicho componente en su valor histórico y sin perjuicio del mayor valor pactado por encima de dicho mínimo obligatorio y las demás prestaciones o riesgos convencionalmente comprometidos por la aseguradora" (conf. arts. 1,14,17,19,28,31,33,75,inc. Const. Nac., 68 y cocs. ley 24.449; -3,37 , etc.)"
(causa nro. C5-53479 R.S.:118/2021)

Si bien la situación no es la misma, porque aquí no deviene de aplicación la ley 24.449, los fundamentos sí lo son: no podemos considerar equivalentes los valores a la fecha del hecho y a la fecha de la decisión (muchos años después), resultando necesario un adecuado resguardo de



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

las víctimas.

Consecuentemente, siguiendo aquella orientación, sin perder de vista el tiempo de tramitación del presente y siendo incluso que la cuestión involucra a un niño (art. 3 CIDN), entiendo que no es incorrecto que se mande a actualizar el monto de la cobertura, para trasladarlo a valores de la fecha.

Ahora, donde entiendo que le asiste razón a la aseguradora es en cuanto a su protesta vinculada con la asimilación del presente a los seguros vinculados con la circulación automotriz, de acuerdo con la normativa que se cita.

Es que el seguro aquí contratado tiene su especificidad y no se condice con aquel.

Por ello, podemos seguir un temperamento análogo al adoptado al resolver en la causa N° C5-53479 la aclaratoria intentada contra la sentencia allí dictada (R.S.:149/2021)

Con lo cual, entiendo parcialmente atendible el planteo recursivo de la aseguradora, debiendo modificarse la sentencia y dejar establecido que, en la etapa de liquidación y para el caso de que se pretenda el cobro de la acreencia por parte de dicha aseguradora, deberá determinarse -por intermedio del perito contador ya interviniente en autos, de ser posible, o de otro que lo reemplace- el límite de cobertura actual de la aseguradora para una póliza de las características de la de autos, tomándose -al efecto- el límite mas alto que se hubiera contratado dentro de las diez últimas que pueda localizar el experto.

Finalmente, también considero atendibles sus quejas vinculadas con el cómputo de los intereses a la tasa del 6% hasta la fecha de este decisorio para aquellos rubros que estamos tarifando aquí; teniendo en cuenta, fundamentalmente, la doctrina sentada en "Vera", "Nidera" y "Paredes" y el hecho de estarse fijado esos rubros a la época de esta decisión.

Luego, los intereses para los rubros daño psicológico para los



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

padres y daño moral para los padres deberán calcularse a la tasa del 6% anual hasta la fecha del presente y, de allí en mas, a la tasa pasiva mas alta de la banca provincial; no así los restantes rubros, que no han sido abordados recursivamente en el presente.

Consecuentemente y por todo lo que se lleva dicho se deberá: 1) revocar la sentencia apelada en cuanto admitió la demanda contra el accionado R., rechazando la misma a su respecto, con costas a los restantes demandados (art. 68 del CPCC); 2) revocar la sentencia en cuanto rechazó la demanda contra Galeno Argentina S.A., haciendo lugar a la misma y quedando condenada en los mismos términos que los restantes accionados, incluso en lo que hace a la condena en costas; 3) modificar las sumas fijadas en concepto de daño psíquico y moral para los co actores G. y C. (padre), elevando las mismas a las de \$1.500.000 (un millón quinientos mil pesos) y \$5.000.000 (cinco millones de pesos) y \$850.000 (ochocientos cincuenta mil pesos) y \$5.000.000 (cinco millones de pesos); 4) modificar la sentencia apelada en cuanto al límite de cobertura de la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda. dejando establecido que, en la etapa de liquidación y para el caso de que se pretenda el cobro de la acreencia por parte de dicha aseguradora, deberá determinarse -por intermedio del perito contador ya interviniente en autos, de ser posible, o de otro que la reemplace- el límite de cobertura actual de la aseguradora para una póliza de las características de la de autos, tomándose -al efecto- el límite mas alto que se hubiera contratado dentro de las diez últimas que pueda localizar el experto; 5) modificar la sentencia en cuanto a la forma de computar los accesorios sobre el capital, dejando establecido que los intereses para los rubros daño psicológico para los padres y daño moral para los padres deberán calcularse a la tasa del 6% anual hasta la fecha del presente y, de allí en mas, a la tasa pasiva mas alta de la banca provincial; 6) confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravio.



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

Finalmente, y en cuanto a las costas de Alzada, teniendo en cuenta el resultado propuesto para el presente, entiendo que las mismas deberán quedar impuestas en un 5% a la actora y en un 95% a la demandada y citada en garantía, teniendo en cuenta el resultado propuesto para los recursos (arts. 68 y 71 del CPCC).

Lo expuesto me lleva a votar en la cuestión propuesta

PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA

A la misma cuestión, el Señor Juez Doctor **GALLO**, por iguales consideraciones y fundamentos a los expuestos precedentemente, adhiere votando en el mismo sentido que el Doctor **JORDA**.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

AUTOS Y VISTOS: **CONSIDERANDO:** Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede: 1) **SE REVOCA** la sentencia apelada en cuanto admitió la demanda contra el accionado R., rechazando la misma a su respecto, con costas a los restantes demandados (art. 68 del CPCC); 2) **SE REVOCA** la sentencia en cuanto rechazó la demanda contra Galeno Argentina S.A., haciendo lugar a la misma y quedando condenada en los mismos términos que los restantes accionados, incluso en lo que hace a la condena en costas; 3) **SE MODIFICAN** las sumas fijadas en concepto de daño psíquico y moral para los co actores G. y C. (padre), elevando las mismas a las de **\$1.500.000 (un millón quinientos mil pesos)** y **\$5.000.000 (cinco millones de pesos)** y **\$850.000 (ochocientos cincuenta mil pesos)** y **\$5.000.000 (cinco millones de pesos)**; 4) **SE MODIFICA** la sentencia apelada en cuanto al límite de cobertura de la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda. dejando establecido que, en la etapa de liquidación y para el caso de que se pretenda el cobro de la acreencia por parte de dicha aseguradora, deberá determinarse -por intermedio del perito contador ya interviniente en autos, de ser posible, o de otro que la reemplace- el límite de



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

cobertura actual de la aseguradora para una póliza de las características de la de autos, tomándose -al efecto- el límite mas alto que se hubiera contratado dentro de las diez últimas que pueda localizar el experto; **5) SE MODIFICA** la sentencia en cuanto a la forma de computar los accesorios sobre el capital, dejando establecido que los intereses para los rubros daño psicológico para los padres y daño moral para los padres deberán calcularse a la tasa del 6% anual hasta la fecha del presente y, de allí en mas, a la tasa pasiva mas alta de la banca provincial; **6) SE CONFIRMA** la sentencia apelada en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravio.

Costas de Alzada, en un 5% a la actora y en un 95% a la demandada y citada en garantía (arts. 68 y 71 del CPCC).

SE DIFIERE la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

REGISTRESE. NOTIFIQUESE EN LOS TERMINOS DEL Ac. 4013, MEDIANTE RESOLUCION AUTONOTIFICABLE A LOS DOMICILIOS CONSTITUIDOS POR LAS PARTES.

20047498911@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR;
27162994528@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR;
27921901971@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR;
27303401542@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR;
27045447842@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR;
27177435886@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR
20252490737@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR
EROITMAN@MPBA.GOV.AR

DEVUELVA SE SIN MAS TRAMITE, HACIENDO SABER A LAS PARTES QUE SI ALGUNA IMPUGNACION EXTRAORDINARIA RESULTARA ADMISIBLE DEBERA PRESENTARSELA ANTE ESTE TRIBUNAL (ART. 279 CPCC) Y QUE, EN CASO DE SER NECESARIO, ESTA SALA REQUERIRA LA REMISION DE LOS OBRADOS A LA INSTANCIA DE ORIGEN

C5 - 57012 – G. G. Y OTRO C/G. A. S.A S/ DAÑOS Y PERJ.RESP.PROFESIONAL
(EXCLUIDO ESTADO)



Cámara Civil y Comercial Sala II
Departamento Judicial de Morón
Calle: Almirante Brown Intersección: Colón CP: 1708
4489-7900/8800 Interno/s: 17595
camcivsal2-mo@jusbuenosaires.gov.ar

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 21/12/2021 12:36:22 - JORDÁ Roberto Camilo - JUEZ

Funcionario Firmante: 21/12/2021 13:10:13 - GALLO José Luis - JUEZ

Funcionario Firmante: 21/12/2021 13:11:54 - QUADRI Gabriel Hernan -
SECRETARIO DE CÁMARA

**CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA II -
MORON**

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS el 21/12/2021 13:19:26 hs.
bajo el número RS-158-2021 por QUADRI GABRIEL HERNAN.