

**Voces:** DAÑOS Y PERJUICIOS - MÉDICOS - RESPONSABILIDAD MÉDICA - MENORES - DIAGNÓSTICO ERRÓNEO

**Partes:** R. K. E. y otros c/ C. B. S.R.L. y otros | daños y perjuicios

**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

**Sala/Juzgado:** H

**Fecha:** 12-jul-2019

**Cita:** MJ-JU-M-120507-AR | MJJ120507

**Producto:** MJ,SYD

Responsabilidad de los médicos que atendieron a un menor que a causa de un accidente hogareño sufrió un traumatismo de cráneo y luego entró en coma, debido a la demora en la realización de la Tomografía Axial Computada.

**Sumario:**

1.-Correponde responsabilizar a los médicos demandados por los daños derivados de la atención de un menor que a causa de un accidente hogareño, sufrió un traumatismo de cráneo acompañado con vómitos y un continuo dolor de cabeza y luego entró en coma, pues la demora en que se incurrió en la realización de la Tomografía Axial Computada que constituía el estudio imprescindible a fin de detectar el cuadro de gravedad que padecía el paciente y llegar con premura al diagnóstico correcto, ya que recién en base al resultado que arrojara tal estudio se podrían adoptar las conductas necesarias tendientes a minimizar los riesgos de vida y la gravedad de las secuelas que presenta en la actualidad el menor

2.-Los médicos demandados actuaron con negligencia e impericia en la atención del hijo de los actores que a causa de un accidente hogareño, sufrió un traumatismo de cráneo dado que tendrían que haber solicitado la presencia de una ambulancia con carácter urgente a fin de trasladar al niño a un centro donde se pudiera efectuar la tomografía axial computada, que resultaba determinante para evaluar la gravedad de su cuadro, asimismo debieron efectuar controles rigurosos y seguidos tendientes a descartar cualquier complicación, razón por la que también la deficiente supervisión compromete su responsabilidad.

---

En Buenos Aires, a 12 los días del mes de julio de 2019, hallándose reunidos los señores jueces integrantes de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a los efectos de dictar sentencia en los autos:"R. K. E. y otros c/ C. B. SRL y otros s/ daños y perjuicios", y

habiendo acordado seguir en la deliberación y votado el orden de sorteo de estudio, el Dr. Fajre dijo:

I.- La sentencia de fs. 1466/1490 hizo lugar a la demanda entablada por K.

E. R. y P. G. D. G., por derecho propio y en representación de su hijo menor L. E. D. G., contra la C. B. S.R.L., la O. S. C. de T. C. de P., la C. P. I. S.A. y E. P. S.

S.A. -esta última en los términos del art. 118 de la ley de seguros- más intereses y costas. Asimismo rechazó la pretensión deducida respecto de A. G. y S. P. S.A., con costas a los demandados que solicitaron su citación al proceso como terceros.

La decisión fue apelada por la O. S. C. de T. C. de P., quien expresó agravios a fs. 1590/1592; El Progreso Seguros S.A. fundó sus quejas a fs. 1593/1601, la C. P. I. S.A. hizo lo propio a fs. 1624/1631 y por último la C. B.

SRL a fs. 1632/1643; los fundamentos fueron contestados por la parte actora a fs. 1646/165, con adhesión de la Defensora de Menores e Incapaces de Cámara a fs. 1673/1677. Los actores, con adherencia de la Representante del Ministerio Público ante esta alzada, expresaron agravios a fs. 1603/1623, los que fueron respondidos por la O. S. C. de T. C. de P. a fs. 1653/1658 y por E. P. S. S.A. a fs.1660/1665.

II.- Las críticas de los reclamantes residen en torno a la ley aplicable al momento de efectuar la cuantificación del daño por entender que debió emplearse la normativa de Código Civil y Comercial de la Nación y no la del Código de Vélez, como lo hizo el anterior sentenciante. Asimismo sostienen que no se encuentra explicitada la fecha en que fueron fijados los valores de cada partida concedida y dado que la obligación de indemnizar es una deuda de valor, su cuantificación debió realizarse al momento de la decisión apelada. Consideran reducidos los montos establecidos a favor del menor y solicitan la admisión del daño psíquico y del daño estético como partidas autónomas. Indican que las sumas otorgadas a los coactores K. R. y P. D. G. por daños patrimonial y moral resultan escasas, por lo que solicitan sus incrementos. Requieren se disponga la multa civil del art. 52 de la Ley de Defensa del Consumidor respecto de la C. B. S.A. y la obra social demandada. Cuestionan lo decidido en cuanto a la extensión de la condena a la citada en garantía en la medida del contrato de seguro. Critican lo resuelto respecto de las costas correspondientes a las incidencias en las que los demandados resultaron vencidos -planteo de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil y excepción de falta de legitimación para obrar opuesta por la obra social-, que fueron establecidas en el orden causado y solicitan sean aplicadas a las demandadas. Por último manifiestan su desacuerdo con lo resuelto respecto del rechazo del planteo de temeridad y malicia procesal por entender que la sanción debió haber sido impuesta a las demandadas y sus letrados por haber presentado en autos una historia clínica falsa.

La codemandada O. S. C. de T. C. de P. sostiene que no es posible establecer nexo de causalidad entre el accionar del médico y las complicaciones ocurridas en el traslado que realizaron los padres con el menor, dado que de la historia clínica surge que previo al accidente, el niño tenía un retraso madurativo de base. Agrega que fue evaluado, controlado y se lo operó en tiempo y forma. Se queja respecto de la procedencia de la concesión de los rubros otorgados en concepto de pérdida de chance y daño moral.

A su turno, E. P. S. S.A. indica que el a quo basó su sentencia en la valoración errónea de la

pericia médica neurológica producida, que carece de objetividad. En tal sentido sostiene que el paciente no presentaba sintomatología alguna a su ingreso y sólo con el correr de las horas se comenzaron a presentar indicios de una complicación mayor como consecuencia del traumatismo sufrido.

Afirma que no todo paciente con Traumatismo Encéfalo Craneal tiene indicación de realizar una Tomografía Computada y que, en el caso, L. no reunía las características necesarias para encuadrarse siquiera en un traumatismo leve. En base a ello manifiesta que ante el primer signo de alarma presentado por el menor se activaron todos los mecanismos para que se efectuara el estudio y que la demora posterior no fue responsabilidad de la C. B. SRL sino de la obra social por derivar al paciente a ese centro asistencial a sabiendas que no se podía efectuar el estudio tomográfico. Sostiene la inexistencia de la relación de causalidad entre el supuesto error de diagnóstico y el daño invocado ya que el niño contaba con una patología neurológica anterior al hecho. Cuestiona el quantum indemnizatorio fijado en concepto de pérdida de chance y la procedencia de los gastos reclamados por tratamiento y educación diferencial.

Culminan sus quejas con el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa interpuesta al contestar demanda.

La C. P. I. S.A. afirma que los problemas neurológicos que presenta el menor no son consecuencia del actuar de los profesionales que lo atendieron, dado que el propio golpe pudo haberle dejado secuelas de ese tipo. Afirma que no hay certezas que indiquen que las supuestas omisiones de la médica V. O. H. hubieran ocasionado tal problema de salud. Asimismo manifiesta que el a quo no hizo alusión alguna a que el niño presentaba un retraso madurativo de base previo al traumatismo sufrido, lo que resulta imprescindible para determinar, al menos aproximadamente, cuánto influyó la presunta atención médica deficitaria en su estado actual. Alega la falta de nexo causal entre el deterioro físico que presenta y el accidente padecido. Luego critica la admisión de la procedencia y los montos fijados para atender los rubros incapacidad sobreviniente, gastos de tratamiento, educación diferencial, daño moral de la totalidad de los reclamantes y daño patrimonial.

La C. B. S.R.L. se queja por entender que resulta arbitraria la decisión apelada en cuanto no tuvo en cuenta que L. D. G. presentaba un cuadro de retraso madurativo con un diagnóstico de Encefalopatía Crónica -contaba con Certificado de Discapacidad- por el que había recibido tratamiento en la C. P. I. S.A., con el agravante que los padres no realizaban el correcto tratamiento para su hijo. Asimismo sostiene que quedó debidamente acreditado que no es posible establecer nexo de causalidad alguno entre el accionar médico y las complicaciones ocurridas en el traslado que realizaron los padres del menor.

Efectúa un relato de lo asentado en la historia clínica y en base a ello entiende que el accionar médico estuvo dentro del *lex artis*, dado que no hubo demora en concretar la realización de la tomografía computada y la derivación a un centro acorde a la patología que presentaba el niño. Destaca que en la institución no se contaba con un tomógrafo y que se estaba esperando la ambulancia para su derivación. Se queja respecto de la procedencia y cuantía de los montos indemnizatorios otorgados y de la tasa de interés establecida.

III.- Sentado ello, corresponde establecer el marco jurídico que habrá de regir esta litis, y habrá de coincidir con el Sr. juez a quo, en el sentido que atendiendo a la fecha en que tuvo lugar el hecho que la motivó, entiendo que resulta de aplicación al caso lo dispuesto en la normativa

contenida en el Código Civil, hoy derogado, por aplicación de lo establecido en el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente vigente, sin perjuicio de señalar, claro está, que a idéntica solución se arribaría aplicando al caso las normas pertinentes de este último cuerpo legal. Por ende, los agravios de los reclamantes vertidos en tal sentido no habrán de ser atendidos. En ese orden de ideas, partiendo de la aceptación de la tesis que juzga la responsabilidad del médico a la luz de las reglas que rigen la órbita contractual, diré que para que la misma quede configurada deben concurrir como requisitos: a) Obligación preexistente, o sea la que asume el médico en virtud de un compromiso previo de naturaleza contractual o legal; b) Falta médica, que debe ser estrictamente profesional y cuyo elemento esencial es la antijuricidad; c) Daño ocasionado, esto es que como consecuencia de la falta cometida se produzca un daño en el cuerpo o en la salud del paciente; d) Relación causal entre el acto médico y el daño ocasionado; e) Imputabilidad, o sea que para que el médico sea tenido por culpable del daño, su conducta debió jugar dentro de las condiciones de discernimiento, intención y libertad y según se den los presupuestos exigidos por el art. 512 del Código Civil (Conf. Yungano, López Bolado, Poggi, Bruno, Responsabilidad profesional de los médicos, págs. 134 y sigs.).

Reiteradamente se ha dicho que la obligación asumida por el médico no es de resultado, sino de medios. No se compromete a sanar al enfermo, sino solamente a atenderlo con prudencia y diligencia, a proporcionarle todos los cuidados que conforme a los conocimientos científicos que su título presume, son conducentes al logro de la curación, la que no puede asegurar (Conf. Trigo Represas, Félix, Responsabilidad civil de los profesionales, pág. 81).

De hecho, el art. 20 de la ley 17.132 prohíbe a los profesionales que ejerzan la medicina anunciar o prometer la curación fijando plazos, anunciar o prometer la conservación de la salud (incisos 1 y 2).

Es claro entonces que la obligación que asume el médico es sólo de medios, o sea que se compromete a atender al paciente con prudencia y diligencia. En consecuencia, quien alega el incumplimiento de su obligación por el médico tiene a su cargo la prueba de que los servicios profesionales se prestaron sin esa prudencia o diligencia, o sea que le corresponde al damnificado probar la relación de causalidad entre la culpa médica y el perjuicio que se invoca.

Sin embargo, no existe consenso en el tema, en lo que hace a la carga de la acreditación de la culpa, pues hay quienes sostienen que, probado el contrato y el daño por el accionante, es el demandado quien debe demostrar acabadamente su cumplimiento o sea la prueba de que cumplió con la atención debida. Al médico le resultará mucho más fácil intentar una demostración de una conducta acorde con lo prometido, que al paciente convencer al juez acerca del apartamiento de la conducta médica respecto de la prestación emergente del negocio celebrado (Conf. Mosset Iturraspe, J., Responsabilidad civil del médico, pág. 293; Lorenzetti, Ricardo, Responsabilidad civil de los médicos, pág. 246).

El médico debe probar, no sólo que ha puesto los medios, sino que éstos han sido suficientes y eficientes para obtener la curación de su paciente, lo cual si no se ha obtenido, no puede ser imputable a los mismos. Debe probar que la prestación brindada ha poseído la idoneidad necesaria y se ha realizado con la diligencia y prudencia correspondiente (Conf. Riu, Jorge, Responsabilidad civil de los médicos, pág. 86) Así, la culpa comprende tres fases: la negligencia, la imprudencia y la impericia. La primera supone una conducta omisiva, el no tomar las debidas precauciones en un evento cualquiera. La segunda consiste en una acción

de la que había que abstenerse o en una acción que se ha realizado de manera inadecuada, precipitada o prematura. La tercera consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte (Conf. Mosset Iturraspe, ob. cit., pág. 197).

La imprudencia es la falta de prudencia y ésta debe ser una de las virtudes médicas, pues el médico debe ejercer su profesión con cordura, moderación, cautela, discreción y cuidado. Se identifica con el conocimiento práctico o idóneo y apto para la realización del acto profesional y supone el ejercicio de otros valores o conductas, conjugándose la experiencia, la comprensión del caso actual, la claridad para saber qué es lo que se debe hacer y el trato que debe darse al paciente y a sus familiares. La realización de un acto innecesario es un acto de imprudencia (Conf. Yungano, ob. cit., pág. 158).

En materia de responsabilidad médica, resulta fundamental la prueba de la culpa o negligencia del profesional, que a su vez generará la del establecimiento asistencial. Aquél, a su vez, podrá excusarla demostrando la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero o el caso fortuito e inclusive, la mera inexistencia de negligencia de su parte, o prueba de su no culpa (Conf. Highton, Elena, "Prueba del daño por mala praxis médica", en Revista de Derecho de Daños, N° 5, pág. 74).

En nuestro sistema jurídico la culpa se aprecia en concreto, pero utilizando un tipo de comparación abstracto, que es elástico, fluido adecuado a cada situación particular. Por lo tanto, de acuerdo con el sistema instituido por el art.

512 del Código Civil, el juez debe atenerse en principio a la naturaleza de la obligación o del hecho y a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, considerando las condiciones personales del agente, al único efecto de hacer mérito a la mayor o menor previsibilidad del daño impuesto en el caso (conf. CNCiv., Sala G, 31 de agosto de 2007, Revista Gaceta de Paz, 11 de octubre de 2007).

La culpa de los médicos está gobernada por estas reglas, en relación con los arts. 902 y, en su caso, 909 del Código Civil (Conf. Bueres, Alberto, Responsabilidad de los médicos, págs. 212 y sigs.).

En ese orden de ideas, será la parte actora entonces quien debe probar la falta de diligencia y prudencia del médico, la omisión de los cuidados y atención, la inobservancia de las reglas de la ciencia y del arte por ignorancia o torpeza y falta de previsión, o la negligencia manifiesta o errores graves de diagnóstico, sin perjuicio del deber del médico de aportar los elementos necesarios que hagan a su descargo (esta cámara, sala E, 17/09/200 1, LA LEY 2002-A, 634).

Otra posición señala que en materia de responsabilidad médica, la carga probatoria es compartida, correspondiendo a ambas partes acreditar sus alegaciones y desvirtuar sus responsabilidades, máxime cuando para explicar los hechos ocurridos son el galeno o el ente asistencial quienes se encuentran en mejor situación en virtud de la documentación, datos y conocimientos técnicocientíficos que poseen (esta cámara, sala L, 27/08/2003, LA LEY 2003-F, 501).

Lo cierto es que admitida la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, no puede derivarse de ello que sea una conclusión terminante para determinar la atribución de la carga probatoria. Podemos afirmar que para esta responsabilidad se admite en algunos casos como

principio general y en otros como excepción según la relación, la teoría de las cargas probatorias dinámicas, como consecuencia de la particular característica de la actividad profesional. En virtud de la misma, el onus probandi recaerá sobre quien esté en mejores condiciones para acreditar cada circunstancia específica (Conf. Gregorini Clusellas, Eduardo L., ob. Cit. Pág. 132 y doctrina citada en nota N° 266).

IV.- En función de estos parámetros analizaré las pruebas colectadas.

A fs. 17 del expediente agregado sobre diligencias preliminares (nro. 63772/2008), consta la inscripción del ingreso del paciente a la C. B. SRL, individualizada bajo el número 57 seguida del nombre del coactor D. G. L., 3 años, politraumatismo, ello entre corchetes y al margen izquierdo de la anotación obra asentada la palabra Derivación. Más adelante, en el mismo folio se consignó en centro de la hoja "sábado 21 de julio".

Luce a fs. 17 la solicitud de prácticas de alta complejidad de fecha 21 de julio en la que se requirió autorización para efectuar una tomografía axial computada cerebral, con un diagnóstico presuntivo de traumatismo encéfalo craneal sin pérdida de conocimiento. Obra asentado como estudio previo, una radiografía de cráneo y en la descripción de la urgencia que revestía el estudio se encuentran marcados ambos casilleros (si y no).

En la hoja de evolución de la C. B. SRL, suscripta por la médica V. O. H., surgen los datos identificatorios de menor y se dejó asentado que el motivo de consulta obedeció a politraumatismo, a caída de altura más vómitos. Según el relato de la madre de L., se había caído hacía 50 minutos desde una cucheta de 1,30 metros, golpeó la cabeza y el hombro izquierdo y presentó dos vómitos alimenticios después del hecho. No refirieron antecedentes patológicos, se le efectuó un examen físico cuyos parámetros se detallaron y una radiografía de tórax que no mostró lesión ósea alguna. La profesional solicitó la derivación por falta de camas -con ambulancia común con médico- para la observación, control, si fuera necesario otro estudio mucho más complejo y valoración neurológica pediátrica.

El siguiente asiento data del mismo día a las 04.00 horas, oportunidad en que se consignó que presentó un vómito blanco con secreción, con un Glasgow de 15/15.

A las 05.40 horas se asentó la falta de salida de la ambulancia de derivación porque quienes estaban a cargo del traslado pidieron una tomografía cerebral a tal fin. Presentó dos vómitos más con las mismas características y dolor en cara del lado izquierdo y tórax.

La anotación siguiente data de la hora 08.30, oportunidad en que se consignó que el niño se encontraba hiperreactivo, somnoliento, con vómitos biliosos en dos oportunidades, Glasgow 14/15, en regular estado general, se reiteró la derivación y la obra social refirió por vía telefónica que la ambulancia estaba en camino. Se dejó constancia que el pedido de traslado era ya a terapia intermedia.

En la fotocopia del Libro de Derivaciones, se indicaron los datos del paciente y se dejó asentada como observación ". se pide la derivación por falta de camas. Hablado con Mónica." (sic fs. 20).

De la epicrisis registrada en la C. P. I. S.A. surge que el niño fue derivado del nosocomio por Traumatismo Encéfalo Craneal grave ocurrido el 20 de julio con anticonvulsivo. Se realizó una Tomografía Axial Computada, con diagnóstico de hematoma extradural izquierdo, tomando

conducta quirúrgica el mismo 21 de julio. Como diagnóstico de egreso se asentó: traumatismo encéfalo craneal grave sin pérdida de conocimiento, síndrome convulsivo secundario a traumatismo encéfalo craneal, hematoma extradural temporo- parietal izquierdo. Ello se complementa con las constancias del examen físico agregado a fs. 49, del que surge que su estado general era malo, presentó convulsión tónico clónica focalizada que cedió con lorazepam. Se dejó constancia que se les informó a los padres el estado crítico del paciente (ver fs. 49 vta.).

El parte quirúrgico que data del 21 de julio de 2007 a las 15 horas, refiere la existencia de una fractura temporal, que se completa con el parte anestésico en el que se asentó como patología ".traumatismo craneoencefálico de 14 hs. de evolución + Sme. Convulsivo." (sic. fs. 45).

En la historia clínica de ingreso a la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos se efectuó un resumen de los antecedentes del menor y se dejó constancia que en la Clínica Boedo no se observaron en la placa radiográfica trazos fracturatorios. Ingresó a la segunda institución convulsivando y por depresión del sensorio se ordenó la intubación orotraqueal (ver fs. 48).

A fs. 57 obra la constancia de evolución diaria del menor en la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos que data del 25 de julio de 2007, allí se detalló la medicación recibida y entre los comentarios efectuados, la médica pediatra Mariela Pascual refirió que Lucas presentaba un retraso madurativo (ver punto 6 de fs. 57 vta.). La segunda intervención quirúrgica consistió en una toilette de escara de cuero cabelludo, que se llevó a cabo el 7 de agosto de 2007 (ver parte quirúrgico de fs. 84 y consentimiento informado de fs. 83).

A fs. 1 167/1179 luce agregado el informe pericial emitido por la División Scopometría de la Superintendencia de Policía Científica perteneciente a la Policía Federal Argentina -ampliado a fs. 1329/1331-, que analizó los folios identificado como "Solicitud de Prácticas de Alta Complejidad", el dorso del folio 5 numerado como folio 6 y los folios 8 y 9. En cuanto a la "Solicitud de Prácticas de Alta Complejidad", se procedió al estudio acerca de si dicho documento ha sido trucado o compuesto, pero no fue posible expedirse al respecto dado que el material aportado fue un medio fotomecánico de reproducción, lo que imposibilitó a los profesionales aislar debidamente características importantes que conllevarían a una conclusión, por lo tanto únicamente sería posible realizar el análisis requerido contando con el documento original. Tampoco les resultó factible establecer desde la antigüedad absoluta, la época de la inserción de las constancias existentes en el documento individualizado a fs. 6 ni determinar si el escrito ha sido plasmado con contemporaneidad o posterioridad a la signatura presuntamente realizada por la médica O. H. Con relación a la antigüedad relativa sólo fue posible establecer que la firma atribuida a la profesional antes mencionada se encuentra por debajo del último renglón de las constancias manuscritas. Las inscripciones de fs. 6 no fueron confeccionadas por el mismo escribiente que elaboró las de fs. 7. Se estableció que el sobreescrito "CAMA 2269, INGRESO 21/7, 16 HS CLÍNICA PRIVADA INDEPENDENCIA, MUNRO, TEC, ALTA 27/7" (sic fs. 1178), fue incorporado a posteriori de la reproducción de la copia fotostática.

El peritaje contable obra glosado a fs. 1048/1051, oportunidad en que el experto explicó que los libros contables de la C. B. SRL fueron solicitados pero se informó que los correspondientes a la fecha de los hechos de autos, no se encontraban en institución, sino que se hallaban depositados en la Unidad Especial de Delitos Económicos de Gendarmería Nacional a disposición del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 1 de Lomas de Zamora en el marco de una causa sobre infracción al art. 9 de la ley 24769, por lo que le resultó imposible

dictaminar al respecto. El Libro de Remuneraciones a la fecha de los hechos fue llevado en legal y debida forma, mas no pudo corroborar la constancia de habilitación del nosocomio por no haberle sido exhibida. Tampoco logró compulsar los libros contables y de remuneraciones de la obra social demandada ni de la C. P. I. SA, por no haberle sido informada la fecha, horario y persona que lo atendería para llevar a cabo su cometido.

Aseveró que de la documentación exhibida por la C. B. SRL no surgió relación contractual con la obra social a la que se encontraba afiliado el grupo familiar. Efectivamente la citada en garantía es aseguradora de la clínica mencionada de acuerdo con la póliza de responsabilidad civil nro. 2176.

Al ser consultado acerca de si la C. B. SRL disponía de ambulancias a la fecha del hecho, el experto determinó la imposibilidad de afirmarlo, ya que habiendo solicitado registraciones contables, facturas de compras de vehículos, contratos firmados entre la entidad, terceros y demás documentación necesaria, solamente se exhibió una cédula verde de un vehículo que se identificó, por ende, con tales datos no pudo afirmar que fuera utilizado para brindar el servicio de ambulancia.

Al ser interrogado acerca de si durante el año 2007 la C. P. I. S.A. tenía contratado los servicios prestacionales de la C. B. SRL, el perito no pudo responder dado que únicamente se presentaron los comprobantes extendidos por la C. B. SRL por los períodos 02/2007, 05/2007 y 07/2007 facturando en concepto "Cartera Fija". Tampoco pudo verificar que dicha clínica hubiera extendido facturas que incluyeran la prestación recibida por el menor.

A fs. 1358, en respuesta a la contestación de traslado de la obra social (ver fs. 1348), el contador Flavio Pignataro explicó las gestiones que efectuó a fin de compulsar la documentación necesaria para llevar adelante la labor encomendada, pero dada la tardanza en la respuesta al pedido concreto tendiente a acordar el día y horario de la exhibición de las constancias consideró que había transcurrido demasiado tiempo para proceder a realizar el peritaje sobre los libros y documentación mencionados (ver asimismo fs.1365).

Al contestar el traslado del peritaje contable, la parte actora solicitó se tenga presente al momento de dictar sentencia la reticencia de la C. B. SRL a exhibir al experto la documentación necesaria para contestar los puntos propuestos por las partes; asimismo dejó asentada la falta de colaboración de las codemandadas en poner a disposición del perito la documentación requerida.

Luego de varios avatares, el contador presentó un informe complementario en el que dejó asentado que los libros contables y de remuneraciones de la obra social demandada fueron llevados en debida forma; asimismo se puso a su disposición un Contrato de Prestación de Servicios Médicos celebrado con fecha 28/11/1997 entre la O. S. C. de T. C. de P. y la C. P. I. S.A. Que se encontraba vigente al momento del informe y del que surge que esta última brinda a todos los beneficiarios de la obra social que residan en Capital Federal, zona norte del Gran Buenos Aires, Zárate y Campana determinada cobertura médica (ver fs. 1373/1374).

V.- Para una mejor comprensión del caso, me avocaré a tratar los agravios de las apelantes, no sin antes hacer una síntesis de los hechos que se relatan en autos.

En la presentación inicial se indicó que con fecha 20 de julio de 2007 en horas de la noche, L. D. G., de tres años de edad, a causa de un accidente hogareño, sufrió un traumatismo de

cráneo acompañado con vómitos y un continuo dolor de cabeza. Los padres del menor -K. E. R. y P. G. D. G. concurrieron a la C. B., perteneciente a la O. S. de C. de C. de P. a las 23.30 horas, oportunidad en que, luego de una larga espera, fueron atendidos por la médica V. O. H., quien se limitó a ordenar radiografías de cráneo y tórax, sin indicar la internación del paciente, arguyendo la falta de camas. Tampoco fue ordenada la realización de una tomografía computada ni la evaluación por un pediatra neurólogo. Con el transcurso de las horas, la profesional dispuso el traslado del paciente a otra institución, para lo que solicitó una ambulancia común. Mientras tanto, ante la persistencia de vómitos, las autoridades de la clínica decidieron llevarlo a un lugar más reservado en el sector de maternidad.

Todo ello condujo a L. al estado de coma severo (6/15 en la escala de Glasgow), circunstancia que se ocultó en la historia clínica.

Según las constancias de dicho instrumento habría sido recién a las 5.40 horas del 21 de julio que la médica O. H. advirtió que había omitido ordenar oportunamente una tomografía computada, ello debido a que la empresa a cargo del traslado del paciente declinó el servicio argumentando la carencia del mencionado estudio. Ante dicha exigencia y dado que la C. B. no disponía de un tomógrafo, se solicitó a la obra social la derivación a un centro de salud que tuviera esa tecnología. Manifestaron que aunque la institución contaba con ambulancias para realizar el traslado inmediatamente, éste fue negado pues se hallaba fuera de la cobertura del contrato celebrado con la obra social, por lo que debieron esperar que esta última enviara una ambulancia designada entre los prestadores del servicio pertenecientes a su red. En otro evidente yerro de la clínica se pidió una ambulancia común y no una de cuidados intensivos para pediatría.

En oportunidad en que la médica O. H. ya había dejado la guardia que fue asumida por el galeno K. A. C., éste decidió convocar una junta médica sin que ello conste en la historia clínica. La ambulancia fue proporcionada por la empresa S. P. S.R.L.-citada como tercero-, que llegó a las 10.20 horas aproximadamente, pero la médica a cargo se negó a realizar el traslado pues la institución no había comunicado a la empresa que el paciente estaba en estado de coma severo y sin asistencia respiratoria mecánica. Luego de una hora de puja respecto de quién asumía tal responsabilidad, fue el galeno C. quien lo hizo, de modo que salió a las 12 horas hacia la C. P. I. S.A., sin contar con asistencia respiratoria durante el trayecto. Según afirmaron los reclamantes D. G. fue sometido a tres prácticas de resucitación por sendos paros cardiorrespiratorios.

En medio de violentas convulsiones llegó a la C. P. I. alrededor de las 13 horas. La tomografía se realizó inmediatamente y su resultado informó la presencia de un hematoma cerebral extradural, por lo que se le efectuó una craneotomía. Finalizada la intervención, a L. le llevó dos días recuperar el conocimiento y mientras tanto permaneció conectado a un respirador, a una sonda urinaria y a otra para el suministro de suero. El 7 de agosto de 2007 fue sometido a una nueva intervención quirúrgica para realizar una toilette de una escara propia de este tipo de cuadros clínicos.

Obra a fs. 128/154 la contestación de demanda de la O. S. C. de T. C. de P. quien, luego de efectuar una negativa pormenorizada de los hechos afirmados por su contraria, sostuvo que para cumplir con su objetivo, brinda prestaciones a través de servicios propios y contratados de otras instituciones médicas, como es el caso de la red prestacional de la C. P. I. S.A., a la que pertenece la C. B. SRL.

En cuanto a los hechos relatados indicó que L. D. G. fue llevado a la consulta por su madre a raíz de una caída de altura en la que golpeó su cabeza y hombro. Se consignó en la historia clínica como diagnóstico de ingreso, politraumatismo secundario a caída de altura, traumatismo encéfalo craneano sin pérdida de conocimiento, habiendo presentado vómitos. Se le indicaron radiografías de cráneo y tórax, las que se informaron sin particularidades ni lesión ósea. Por falta de espacio físico se pidió la derivación para contrales y eventuales estudios complementarios y evaluación por neurología pediátrica, solicitándose para ello una ambulancia común. Puntualizó los controles posteriores de las 4.00, 5.00 y 8.30 horas hasta el ingreso del paciente a la C. P. I. S.A. a las 13 horas, donde se le efectuó una Tomografía Axial Computada que determinó un hematoma extradural, operándose a las 15.30 horas. Requirió asistencia respiratoria mecánica por 48 horas y luego de varios controles fue ordenado el egreso sanatorial el 27 de julio, con seguimiento por consultorio externo de neurocirugía. Hizo referencia a que el niño presentaba un retraso madurativo de base previo al accidente, conforme surge de la historia clínica.

A su turno, la citada en garantía E. P. S. S. A. - aseguradora de la C. B.

SRL- al responder la pretensión y luego de efectuar una negativa pormenorizada de los hechos, realizó un resumen de la historia clínica y desmintió que el paciente hubiera llegado a la C. B. SRL a las 23.30 horas, sino que arribó a las 00.20 del 21 de julio de 2007. De la evolución surgió que el menor había sufrido un politraumatismo con traumatismo de cráneo sin pérdida de conocimiento, por lo que la prioridad en ese caso era examinarlo para descartar la existencia de alguna lesión cardiorrespiratoria que pusiera en riesgo su vida, lo que fue efectuado por la médica O. H. No se hallaron alteraciones en las vías aéreas ni sangrado externo objetivable, secundariamente se controló su estado neurológico, el niño se encontraba lúcido, irritable, lloraba, movía los 4 miembros, tenía las pupilas normales y reactivas. Pese a ello y ante la posibilidad que presentara alguna lesión no objetivable en ese momento solicitó la derivación a un centro especializado. Esgrimió que al momento del ingreso del menor a la clínica se encontraba compensado hemodinámicamente, sin foco neurológico, un examen de Glasgow de 15/15, sin que hubiera presentado pérdida de conocimiento y que mientras permaneció en la institución su score de Glasgow nunca bajó de 14.

Además agregó que se efectuaron placas radiográficas de cráneo, descartando su fractura, es decir que no presentaba al ingreso a la C. B. criterio para realizar una tomografía computada; máxime teniendo en cuenta los costos del estudio y que los niños suelen requerir sedación y anestesia para su realización. En base a lo explicado, sostuvo que la decisión de la médica tratante fue correcta y que la posterior solicitud se debió a la evolución de L. y a la necesidad de contar con un estudio previo a su derivación. Destacó que la única ambulancia con que se podía contar para trasladarlo era la que debía enviar su obra social y que la demora en llegar fue su absoluta responsabilidad. Admiten que la médica O. H. culminó su guardia a las 8 horas pero que sin embargo permaneció en el nosocomio hasta las 8:30, lo que demuestra la dedicación de la profesional con sus pacientes.

Destaca que de la historia clínica de la C. P. I. S.A. no surge que el menor hubiera tenido episodios de paros cardiorrespiratorios, de lo que debía haberse dejado constancia dada la importancia de este tipo de sucesos. Negó rotundamente que L. D. G. presente en la actualidad secuelas neurológicas secundarias a una mala atención en la C. B. En cuanto al tratamiento quirúrgico manifestó que estuvo bien indicado y que la incisión utilizada es la descrita para este tipo de intervención y no está relacionada con la demora en su realización.

Por su parte, la C. B. SRL, luego de efectuar la negativa de los hechos correspondiente, realizó un resumen de las historias clínicas del niño como así también de las constancias de los llamados telefónicos a la obra social a partir de las 8.00 horas. En base a ello, afirmó que al momento de la internación no había cama disponible y que por ello se solicitó a la obra social la derivación a otro establecimiento asistencial para mantener al paciente en observación y efectuar estudios de mayor complejidad, de ser necesario. Con el correr de las horas el estado de Lucas se fue agravando.

Indicó que de la historia clínica de la C. P. I. S.A. surge que el accidente se produjo el 20 de julio de 2007 alrededor de las 22.30 horas, y que como el niño no presentó pérdida de conocimiento los padres no hicieron nada sino hasta que evidenciaron vómitos. Esgrimió que la actuación médica de la institución fue la adecuada, que ingresó a las 0:20 del 21 de julio de 2007, siendo atendido inmediatamente por la médica O. H. quien lo examinó y ante la inexistencia de comodidades en el servicio de pediatría y la posible necesidad de un estudio mas complejo dispuso inmediatamente su derivación. Afirmó que L. no presentaba ninguna evidencia de alteraciones neurológicas, por lo que la simple observación era lo adecuado y que se podía efectuar al día siguiente -luego del traslado- la tomografía computada y la evaluación neurológica a las que se aludió en la demanda. Estimó que si se hubiera logrado conseguir cama en otro centro asistencial al instante en que fue solicitada, hubiera sido trasladado en una ambulancia común acompañado de un médico sin que ello significara un problema.

Así es que, según se indicó, fue la C. P. I. S.A. quien condicionó el traslado del menor a la existencia de una Tomografía Axial Computada, lo que indujo a la médica O. H. a confeccionar una solicitud de prácticas de alta complejidad dado que era imposible efectuarla en la C. B. SRL por no contar con tomógrafo.

Esgrimió la imposibilidad del traslado del menor en una ambulancia propia de la C. B. por varios motivos, entre los que señaló la necesidad de ser acompañado por un médico y que a falta de un profesional disponible, tal circunstancia no se podía resolver enviando a la médica O. H., dado que la guardia médica quedaría descubierta. Sin perjuicio de ello, el médico C. solicitó al director de la institución autorización para abandonar la guardia y trasladar a L. hasta la C. I.

Señaló como punto de inflexión en el cuadro del niño que a las 8.30 horas comenzó a demostrar los primeros síntomas de alteración neurológica, oportunidad en que la médica referida precedentemente reiteró la solicitud de derivación a la obra social, pero esta vez a una sala de terapia intermedia, por lo que a partir de ese momento resultaba insuficiente una ambulancia común. Con ello se pretendió demostrar que la gestión de la médica O. H. fue adecuada y oportuna. Endilgó la responsabilidad por la demora en el traslado a la médica A. G., ante su negativa.

Sostuvo que L. no sufrió los paros cardiorrespiratorios a los que se alude en el escrito de demanda, dado que no existen constancias de ello y que, de haber sido así, las secuelas serían visibles.

En cuanto a la intervención quirúrgica, indicó que su contraria pretendió hacer creer que si el niño hubiera sido operado unas horas antes no hubiera hecho falta hacer una craneotomía y solamente con una pequeña trepanación del cráneo se hubiera podido evacuar el hematoma, pero de la lectura del protocolo quirúrgico surge que si el tratamiento se hubiera limitado a ello, la rama arterial de la arteria meníngea media hubiera seguido sangrando y Lucas tendría que

haber sido finalmente operado.

Respecto de la validez de la historia clínica secuestrada esgrimió que los actores basan su reclamo no en los hechos médicos, sino en los horarios que intentan modificar en su beneficio. Asimismo afirmó que la pieza no fue adulterada.

Por último, la C. P. I. S.A. manifestó que el menor fue llevado a la consulta 50 minutos después de haber padecido una caída de altura. Efectuó un resumen cronológico de las constancias de atención de la historia clínica y manifestó que no hubo en el accionar médico, culpa alguna en lo referente a la atención dispensada ni incumplimiento contractual que le fuera imputable. Conforme surge de los elementos obrantes en autos y de la evaluación de la historia clínica, el niño presentaba al comienzo de su internación buen estado general, observándose sólo un hematoma craneano consecuente a la caída. Sostuvieron que si hubo un paréntesis para la derivación del paciente a la institución, en nada lo perjudicó pues el hematoma consecuente con la caída comenzó a dar síntomas varias horas después. Razonó que se encuentra demostrado por la excelente evolución del menor, que se operó en tiempo y forma y que existió un tratamiento acorde a las necesidades de su estado. Indicó que según surge de los registros de la clínica que el paciente presentó un cuadro de retraso madurativo de base.

VI.- Sentado lo anterior, es preciso determinar si tal como se indica en el escrito de inicio, existió una actuación negligente por parte de la médica V. M. O.

H., así como de las clínicas B. S.R.L, P. I. S.A. y la O. S. de C. de T. de C. de P. en la atención dispensada a L. E. D. G., con relación a la atención que se le dispensó los días 20 y 21 de julio del año 2007.

Por tratarse de una acción originada en una práctica médica es fundamental recurrir a lo dictaminado por los peritos ya que el tema bajo estudio excede la formación de los jueces. Claro está, sin perjuicio de que toda la prueba tenga que estudiarse conforme las reglas de la sana crítica.

A tal fin, es claro que la peritación médica es de una importancia prácticamente decisiva, en tanto asesora sobre temas que normalmente escapan a la formación profesional del juez (Conf. Highton, Elena, "Prueba del daño por la mala praxis médica", en Revista de Derecho de Daños", N° 5, pág. 63).

Se acentúa el significado de la pericia, que es evaluada según las reglas de la sana crítica. Cuanto mayor es la particularidad del conocimiento, menor es la posibilidad de apartarse. Sin embargo, esa importancia no implica aceptación lisa y llana. El juez no homologa la pericia, la analiza, la examina, la aprecia con las bases que contiene el art. 477 del Código Procesal (Conf. Cipriano, Néstor A., "Prueba pericial en los juicios de responsabilidad médica (Finalidad de la prueba judicial), en LL, 19 95-C-623).

Luce a fs. 1026/1040 el dictamen elaborado por el perito médico neurólogo Jorge Gustavo Seifer..

En su informe el experto, narró los hechos de autos según lo manifestado en la demanda, efectuó una enumeración de los antecedentes de importancia que surgen de las historias clínicas y practicó un examen físico en el que consignó que Lucas presenta los siguientes

diagnósticos: Trastorno Mixto del Lenguaje; Trastorno del Comportamiento Perturbador (fs. 85), Retraso Madurativo, Trastorno de la Conducta y Aprendizaje. El padre refirió que presenta inquietud motora y torpeza al correr con caídas frecuentes; que en ocasiones la maestra debió llamar a su mamá para que lo retire del colegio a causa de su conducta.

Al momento del informe se consignó que necesita del apoyo de una maestra integradora y es medicado con un antipsicótico (Risperidona). Presentó una cicatriz de concavidad inferior, parietotemporal izquierda aproximadamente de 16 cm de largo y otra de 6 x 2 cm. en la región occipital. Dio muestras de comprender el mensaje, empezó a responder con palabras que el experto pudo comprender y luego inició un habla farfullante, rápida e inentendible. Tomó la birome y escribió con letra de imprenta correctamente. Sumó cifras menores a las correspondientes a los parámetros esperables en niños de su edad.

Realizó una reseña de los estudios complementarios y determinó que teniendo en cuenta el traumatismo de cráneo con fractura temporal, cefalohematoma, dolor, llanto y vómitos repetidos, tales elementos objetivos, resultaban suficientes para sospechar un hematoma intracraneano con la consiguiente hipertensión endocraneana y decidir de inmediato una tomografía axial computada de cerebro. Que el estudio haya sido pedido a las 5.40 horas y recién realizado a las 13 hs. con el paciente en estado de coma y convulsiones, da la pauta que no se actuó con la premura debida.

Indicó que de la hoja de evolución de la C. B. SRL no consta un examen neurológico acorde a la circunstancia del caso, dado que debió evaluar la forma, tamaño y reflejos pupilares, motilidad ocular, simetría facial, coordinación de movimientos, posibilidad de bipedestación, reflejos osteotendinosos, fuerza muscular, respuesta a órdenes verbales, etc. y haber sido repetido en un tiempo prudencial (máximo 2 horas), especialmente ante los reiterados vómitos. Estimó que de haberse actuado de esta manera e informado sobre la gravedad de la situación del paciente, se hubiera procedido con celeridad, evitando el coma, las convulsiones y el riesgo de muerte para el niño.

Según el parte neuroquirúrgico, L. tenía fracturado el hueso temporal izquierdo, la radiografía de cráneo de ese momento no le fue exhibida al experto, quien se preguntó si fue efectuada correctamente y, en caso de haber sido así, si fue bien interpretada.

En la Tomografía Axial Computada que se realizó el 15 de agosto de 2013 pudo observar en el cerebro de Lucas una dilación del ventrículo lateral izquierdo y profundización de los espacios subaracnoideos de la convexidad que compromete a la región fronto-parieto-temporal izquierda. Esta pérdida de sustancia cerebral (atrofia) se debió producir por contusión directa pues coincide con el área traumatizada y la fractura del hueso temporal. Señaló que los estudios necesarios eran una buena radiografía de cráneo que, junto con las manifestaciones clínicas (cefalea y vómitos), imponían la realización de la mencionada tomografía a la brevedad, mientras que fue efectuada con excesiva demora.

En cuanto al tratamiento indicado, estimó que si bien fue correcta la intervención neuroquirúrgica, lo cierto es que hubo demora en establecer el diagnóstico correcto, pero una vez efectuado se implementó de inmediato. Según el parte de fs. 700 Lucas reunía criterios de intubación al salir la ambulancia de la C. B. SRL porque se encontraba en estado de coma con grado 6/15 en la escala de Glasgow, pero el procedimiento recién se efectuó en la C. P. I. S.A.

Respecto de las secuelas que presentó el menor al momento del informe pericial, señaló que

pueden ser atribuidas al traumatismo de cráneo con contusión cerebral, el agrandamiento progresivo del hematoma intracraneal y a las convulsiones con el consiguiente incremento de la hipoxia cerebral. Al ser consultado acerca de si se puso en riesgo su vida por la demora en el tratamiento, el experto respondió que sí. Afirmó que como consecuencia del hecho de autos Lucas ha sufrido un daño severo sobre su hemisferio cerebral izquierdo, dominante por ser diestro. El daño se objetiva como pérdida de masa cerebral que se produjo por la sumatoria de la contusión cortical producida por el traumatismo en sí más la compresión e hipoxia por el excesivo desarrollo del hematoma extradural.

A fs. 1058/1059 el letrado apoderado de los actores requirió explicaciones al perito neurólogo, a fin de corroborar si la interpretación del dictamen efectuada era la correcta.

A su turno, la obra social impugnó el peritaje a fs. 1064/1067 y cuestionó la expresión utilizada por el experto respecto de lo que consideró una buena radiografía de cráneo. Afirmó que se extralimitó en las respuestas nro. 2 y 16 del cuestionario de la actora. Sostuvo que intentó crear dudas sobre las constancias de la historia clínica de la C. B. SRL, lo que a su entender, demuestra su parcialidad.

Indicó que no informó cuáles eran los elementos semiológicos suficientes para solicitar una tomografía axial computada urgente, confirmar el diagnóstico y realizar el correspondiente tratamiento.

La C. P. I. S.A. al atacar el informe pericial sostuvo que si bien ha transcripto la historia clínica, no ha dejado constancia que el menor presentaba antecedentes de retraso madurativo previos al accidente, por lo que no resulta posible afirmar que el cuadro que presenta el menor sea atribuible al accionar médico (ver fs. 1069/1072).

Cuestionó el informe la citada en garantía a fs. 1073/1081, oportunidad en que mencionó que el cuadro que presentaba Lucas a su ingreso a la C. B. SRL no era el descripto como de alta sospecha de hematoma intracraneano; ello en base a que su examen neurológico era completamente normal, la radiografía de cráneo no mostraba lesiones óseas aparentes, es decir que lo único a tener en cuenta eran los vómitos alimenticios y el llanto. Consideran que resulta imposible establecer que las horas transcurridas entre el golpe y la evacuación del hematoma hubieran producido o agravado las secuelas aludidas.

Asimismo la codemandada C. B. SRL, con la apoyatura del consultor técnico Pedro Martín San Juan impugnó el peritaje y solicitó su nulidad por entender que el perito es especialista en neurología, mas no es pediatra, por ende no se efectuó un análisis técnico actualizado en relación a los protocolos que se utilizan en la atención del traumatismo craneoencefálico en los niños. Indicó que tampoco hizo referencia alguna a los antecedentes de encefalopatía crónica no evolutiva y de retraso madurativo previos al traumatismo.

El experto contestó las impugnaciones de la obra social a fs. 1163/1165, las de la C. B. SRL a fs. 1222/1226, las de E. P. S.A. a fs. 1232/1234. Entre las manifestaciones de importancia sostuvo que las placas radiográficas del menor al momento de su ingreso a la C. B. SRL no le fueron presentadas. Aseveró que había sintomatología neurológica: llanto y vómitos luego de un traumatismo, lo que se corrobora con la evolución al coma, las convulsiones y la necesidad de contar con asistencia respiratoria mecánica. Asimismo manifestó que no consta en autos que el menor fuera diagnosticado y atendido por retraso madurativo previamente al accidente, datos que debieron ser aportados por la obra social.

Reiteró que de gran utilidad hubiera sido que la C. B. presentara la radiografía de cráneo efectuada en la guardia, dado que si técnicamente fue bien hecha, se debe ver la fractura del hueso temporal izquierdo y junto con los demás síntomas (cefalohematoma, dolor, llanto y vómitos) se habría realizado lo necesario, esto es la tomografía.

El perito médico legista pediatra desinsaculado en autos, presento su dictamen a fs. 1129/1144, oportunidad en que enumeró las consideraciones médico legales que estimó importantes y efectuó un examen neurológico del menor a partir del que dejó asentado que se presentó indiferente y con una mediana respuesta ante el interrogatorio.

Haré un breve resumen de las consideraciones que indicó como alteradas y en tal sentido afirmó que si bien su marcha se efectuó a pie firme, estable y con dirección conservada, se aferró a su padre para desplazarse dentro del consultorio.

En cuanto al lenguaje, apreció un incorrecto patrón articulado de varios fonemas y dificultades leves en el acceso a las palabras. Al evaluar el cráneo, evidenció una craneotomía en forma de herradura en la zona temporo-parietal izquierda que reveló a la palpación un pequeño escalón de la calota y alopecia sobre la cicatriz más otra zona occipital sin crecimiento capilar, producto de la escara que fue curada. Manifestó inexpresividad facial con moderada tendencia a mantener la boca entreabierta con prognatismo y falsa mordida.

En oportunidad de contestar los puntos de peritación ofrecidos por la actora explicó que a su ingreso a la C. B. SRL, L. presentó un cefalohematoma izquierdo sin síntomas compatibles con el diagnóstico final que posteriormente se confirmó. Si bien indicó que se le hicieron radiografías de cráneo donde no se evidenciaron fracturas óseas, debo considerar que para ello no tuvo a la vista tal estudio, sino que se basó en las constancias de la historia clínica (ver fs.1129).

En tal sentido, señaló que la presencia de vómitos y la disminución de la escala de coma Glasgow hicieron evidente la necesidad de realizar una tomografía computada, por lo que se solicitó su derivación. Hizo referencia a que el estudio pudo haberse realizado con anterioridad para ser considerado oportuno, pero a su vez consideró que no era necesario desde el mismo ingreso del paciente a la C. B.

SRL. Al ser consultado específicamente acerca de si la tomografía sufrió demora, respondió que sí y agregó que si el paciente hubiera concurrido a un servicio acorde a la magnitud de su patología seguramente la tomografía se hubiera hecho entre las 6.00 y las 8.00 horas. Además señaló que si el Glasgow llegó a ser de 6/15 su respiración debió ser asistida mediante una máscara bolsa reservorio a presión positiva o mejor aún, intubación orotraqueal con administración de oxígeno. Asimismo entendió que ". la conducta desarrollada por la C. P. I. puede ser considerada correcta." (sic fs. 1140), ahora bien, estimó que la derivación del paciente debió ser sustanciada en un tiempo menor al que se registró.

Los reclamantes impugnaron el peritaje a fs. 1247 por entender que el experto se excedió en su cometido procesal expidiéndose sobre cuestiones que no le fueron encomendadas dado que su designación fue dispuesta por el Tribunal para que se pronunciase exclusivamente sobre los puntos de pericia propuestos por las demandadas y la citada en garantía bajo límites precisos. A su turno la C.

P. I. contestó el traslado del informe a fs. 1272/1273.

Desde esta perspectiva, en base a lo que surge de las peritaciones médicas y demás constancias agregadas, habré de coincidir con el temperamento adoptado por el Sr. magistrado de la instancia de grado en cuanto a la atribución de responsabilidad.

En efecto, a mi modo de ver, ha sido correcta la valoración de la prueba por parte del a quo, y llego a tal conclusión luego de la lectura de las constancias agregadas, complementada con los peritajes médicos, en tanto ambos profesionales señalaron la demora en que se incurrió en la realización de la Tomografía Axial Computada que constituía el estudio imprescindible a fin de detectar el cuadro de gravedad que padecía el paciente y llegar con premura al diagnóstico correcto. Recién en base al resultado que arrojará tal estudio se podrían adoptar las conductas necesarias tendientes a minimizar los riesgos de vida y la gravedad de las secuelas que presenta en la actualidad el menor.

Resulta relevante, la falta de colaboración de la C. B. SRL en presentar a los peritos médicos la radiografía de cráneo efectuada según las constancias de la historia clínica, a fin de corroborar la veracidad de los asientos volcados en dicho documento por la médica O. H., quien afirmó la inexistencia de fractura, lo que se contradice con el parte quirúrgico de la C. P. I. S.A., del que surge expresamente su evidencia. Ello revistió la cualidad de determinante a fin de arribar al diagnóstico preciso y oportuno del cuadro que presentó L. D. G., dado que, conforme lo expuso el experto neurólogo, de haberse constatado tal lesión, debió indicarse indudablemente la tomografía de referencia con urgencia y a partir de ello se hubiera podido evitar la expansión del hematoma con la consiguiente hipoxia cerebral que le trajo aparejada, las convulsiones y demás consecuencias que pusieron en riesgo la vida del menor.

Las circunstancias descriptas se corroboran a partir de la negativa de la empresa de ambulancia a brindar su servicio, dado que no se contaba con una tomografía, a lo que debe sumarse la falta de asistencia respiratoria, imprescindible para el traslado de L. Asimismo, conforme surge del peritaje contable, la C.B. SRL había adquirido un vehículo sin dar datos acerca de su utilización como ambulancia, por ende, toda vez que la codemandada alegó la falta de ambulancia para realizar el traslado del menor, debió probar que ese vehículo no se utilizaba a tal fin, sin embargo no lo hizo.

Tampoco surge de la historia clínica de la C. B. SRL que se hubiera dejado constancia expresa del horario de ingreso del menor, pero el asiento del Libro de Guardia de fs. 16 del expediente sobre diligencias preliminares, me persuade acerca que su llegada a la institución fue el 20 de julio de 2007, dado que con posterioridad a tal inscripción lucen insertos los datos de 7 pacientes más hasta llegar al sábado 21 de julio.

No se verifican controles continuos del niño, tal como lo recomendó el perito neurólogo (cada dos horas), sino hasta las 04.00 horas del 21 de julio, conducta que debió adoptarse ante la presencia del traumatismo encéfalo craneal y los vómitos. El examen oftalmológico tampoco fue preciso, de acuerdo con las pautas indicadas por el mencionado experto.

El hecho de haber solicitado la derivación del paciente al momento de su ingreso en la C. B. SRL en una ambulancia común, no es óbice para desligar su responsabilidad, dado que los motivos expresados por la médica O. H. para adoptar tal temperamento fueron la falta de espacio físico para la observación del paciente, la posible necesidad de contar con otro estudio más complejo -sin siquiera indicar cuál- y la valoración con neurología pediátrica, en el plano

eventual, lo que a todas luces no revistió carácter de urgencia. Así, el perito médico legista indicó que el traslado del menor debió categorizarse como código rojo, ya que se trata de una enfermedad traumática "tiempo dependiente" (ver fs.1140). La profesional, debió prever que se encontraba en una institución que no contaba con tomógrafo, por ende, y ante cualquier situación de emergencia, carecía de tan valioso recurso para determinar la gravedad del cuadro del niño.

Tampoco considero acabadamente probado que el menor tuviera un diagnóstico de retraso madurativo, tal como lo sostienen las condenadas en sus agravios, a poco que se repare que la única constancia obrante en autos acerca de tal aseveración, es la anotación inserta en la historia clínica de la C. P. I. S.A., mientras que en la correspondiente a la C. B. SRL se aclaró que no se refirieron antecedentes patológicos en el niño.

A ello agrego que en el certificado de discapacidad obrante a fs. 2, tramitado con posterioridad al hecho de autos -12 de junio de 2009-, al consignar el diagnóstico se refirió "Retraso Madurativo Secuelar de Asfixia con especial incidencia en el lenguaje y la conducta". No se agregaron constancias anteriores de atención pediátrica en las que se refiriera tal circunstancia, ni estudios relacionados con el presunto diagnóstico. Aún en el caso de haber padecido tal dificultad con anterioridad al hecho de autos, entiendo que tal argumento tendría relevancia al momento de cuantificar el daño y no en relación a la responsabilidad atribuida, dado que, de seguir la línea argumental de las recurrentes, se caería en la errónea afirmación que cualquier persona que presentara una discapacidad del orden mental no podría ser víctima de una mala praxis médica que tuviera, en algún sentido, relación con sus funciones cognitivas y/o intelectuales.

Así, la regla según la cual quien alega un hecho debe probarlo es muy relativa, ya que la obligación de aportar las probanzas respectivas no depende de la posición del actor o del demandado, sino de la situación que cada uno adquiere en el juicio, conforme a los hechos establecidos o modificados (CNCom, Sala A, 11/8/97, LL, 2000-A-357). En ese orden de ideas, es la obra social demandada quien se encontraba en mejores condiciones de demostrar la atención anterior del menor, su diagnóstico y tratamiento.

De acuerdo con ello, entiendo que la demora en el diagnóstico obró de nexo causal con las lesiones padecidas por L. D. G., y si bien ambos peritos médicos desinsaculados en autos sostuvieron que la opción de practicar la intervención quirúrgica resultó adecuada, lo cierto es que ello debió haberse efectuado con antelación, dado que en tales circunstancias se hubiera evitado la expansión del hematoma y la consecuente hipoxia cerebral. Por ende la atención no se ajustó a las recomendaciones médicas existentes al momento del hecho, por lo que es dable presumir que probablemente no se hubiera producido el daño si todo ello hubiera sido considerado por la médica al asistirlo. En virtud de ello, considero que ha quedado acreditado el yerro de la profesional en el diagnóstico y tratamiento del menor.

En tal sentido cabe recordar que nada impide que pueda exigirse entonces al profesional médico involucrado en la litis una amplia colaboración en la dilucidación de los hechos, circunstancia que no ocurrió en autos a poco que se repare en que no se presentaron las radiografías a los expertos y que existieron discordancias entre los asientos de las historias clínicas.

Ahora bien, en nuestro sistema jurídico la culpa se aprecia en concreto, pero utilizando un tipo de comparación abstracto, que es elástico, fluido adecuado a cada situación particular. Por lo

tanto, de acuerdo con el sistema instituido por el art. 512 del Código Civil, el juez debe atenerse en principio a la naturaleza de la obligación o del hecho y a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, considerando las condiciones personales del agente, al único efecto de hacer mérito a la mayor o menor previsibilidad del daño impuesto en el caso (conf. CNCiv., Sala G, 31 de agosto de 2007, Revista Gaceta de Paz, 11 de octubre de 2007).

La culpa de los médicos está gobernada por estas reglas, en relación con los arts. 902 y, en su caso, 909 del Código Civil (Conf. Bueres, Alberto, Responsabilidad civil de los médicos está gobernada por estas reglas, en relación con los arts. 902 y, en su caso, 909 del Código Civil (Conf. Bueres, Alberto, Responsabilidad civil de los médicos, págs. 212 y sgtes.). Comprende tres fases: la negligencia, la imprudencia y la impericia. La primera supone una conducta omisiva, el no tomar las debidas precauciones en un evento cualquiera. La segunda consiste en una acción de la que había que abstenerse o en una acción que se ha realizado de manera inadecuada, precipitada o prematura. La tercera consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte (Conf. Mosset Iturraspe, op. cit., pág.197).

La imprudencia es la falta de prudencia y ésta debe ser una de las virtudes médicas, pues el médico debe ejercer su profesión con cordura, moderación, cautela, discreción y cuidado. Se identifica con el conocimiento práctico o idóneo y apto para la realización del acto profesional y supone el ejercicio de otros valores o conductas, conjugándose la experiencia, la comprensión del caso actual, la claridad para saber qué es lo que se debe hacer y el trato que debe darse al paciente y a sus familiares. La realización de un acto innecesario es un acto de imprudencia (Conf. Yungano, López Bolado, Poggi, Bruno, Responsabilidad profesional de los médicos, pág. 158).

De ahí que el plan de conducta que lleva adelante el facultativo constituye, en realidad, la ejecución de la prestación principal a cargo del establecimiento asistencial, razón por la cual su inexacto cumplimiento comprometerá la responsabilidad de este último. Es allí donde adquiere relevancia la culpa del médico en el desarrollo del plan de conducta, pues dicho plan es lo debido por el ente asistencial, y será este último quien responderá, en el marco del contrato, por su propio incumplimiento (Sáenz, Luis R. J., "La responsabilidad de las clínicas, hospitales y demás establecimientos asistenciales en el marco de la ley de defensa del consumidor", en Picasso, Sebastián Vázquez Ferreyra, Roberto A., "Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada", La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, Ps. 626 y ss.).

Desde esta perspectiva, en el caso, la responsabilidad de las clínicas quedaría consolidada una vez acreditado el incumplimiento de la obligación principal comprometida, es decir, determinada la negligencia en el desarrollo del plan de conducta debido (arts. 511, 512, 519 y conchs. del Código Civil).

Otro aspecto a considerar es el tema del error. Debe señalarse que si se arriba al mismo por un conocimiento insuficiente, existe entonces culpa por parte del médico, pues su obligación es poseer los conocimientos adecuados y actualizados para ejercer con toda responsabilidad la prestación asistencial que el paciente necesita, en cuyo caso se configura una típica falta a la responsabilidad profesional por impericia, quedando así consagrada su culpa.

Ahora bien, en casos como el presente en los que está en juego el diagnóstico elaborado por el galeno, se dijo que su responsabilidad queda comprometida cuando se trata de un error grosero, pero si se está en presencia de un caso dudoso o raro con evolución atípica y signos

clínicos cambiantes, estas circunstancias pueden determinar un incorrecto pero excusable diagnóstico, que no podrá afectar la responsabilidad profesional (Conf. Yungano, op. cit. pág. 168), debe tratarse de un error grave e inexcusable (Conf. Bustamante Alsina, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, pág. 399), pues por sí solo, no basta para generar responsabilidad si no existe culpa o negligencia del galeno (CNCiv. y Com. Federal, sala II, 20/05/1992, LA LEY 1992-E, 332 - 'DJ 1993-1; íd., CNCiv., sala F, 5/05/1988, LA LEY 1989-C, 624, J. Agrup. - LA LEY 1989-B, 626, J. Agrup.) Así, la falta en el diagnóstico, campo en el cual el error excusable no genera la culpa del profesional, sólo hace nacer la responsabilidad del médico si la falta que la originó es grave, evidente y grosera. El juez no puede hacer mérito de conocimientos técnicos sobre la materia del dictamen del perito (CNCiv., sala E, 31/05/1996, LA LEY 1996-D,705 - DJ 1996-2,434).

Para admitir la excusabilidad del error médico habrá que investigar si adoptó todas las previsiones que aconseja la ciencia para la elaboración del diagnóstico, y, además, habrá de estarse a lo que opinan los demás médicos y la ciencia sobre el presunto error, y en base a estos datos el juez evaluará la excusabilidad del error invocado (Conf. Lorenzetti, op. cit., pág. 248).

En base a ello, es claro que V. O. H. actuó con negligencia e impericia dado que tendría que haber solicitado la presencia de una ambulancia con carácter urgente a fin de trasladar al niño a un centro donde se pudiera efectuar la tomografía axial computada, que resultaba determinante para evaluar la gravedad de su cuadro. Asimismo debió efectuar controles rigurosos y seguidos tendientes a descartar cualquier complicación, razón por la que también la deficiente supervisión compromete su responsabilidad.

En esencia, los hechos demuestran que se encuentra acreditada en autos una conducta omisiva por parte de la médica que consistió en no efectuar los controles y estudios adecuados para evitar y/o minimizar los factores de alto riesgo que implican la falta de atención asertiva del paciente.

En virtud de ello, propondré la desestimación de los agravios vertidos respecto de la responsabilidad decidida y la confirmación de la sentencia en este punto.

VII.- Se quejan los actores respecto de la limitación de la responsabilidad de la compañía aseguradora dispuesta en la sentencia de grado, por cuanto se estableció que sólo se hará efectiva en la medida del seguro contratado.

A fs. 197/236 contestó la citación en garantía E. P. S. Sociedad Anónima.

Reconoció la vigencia de la relación de seguro cuyo tomador era la C. B. SRL. La compañía opuso como límite de cobertura la suma de \$200.000 para todo concepto y destacó que al momento de responder la suma asegurada se redujo a \$196.000 como consecuencia del pago indemnizatorio que debió afrontar por un siniestro cubierto por la misma póliza.

Desde ya adelanto que serán declaradas nulas las cláusulas que estipula el límite de la cobertura, invocada por E. P. S. Sociedad Anónima.

En primer término, destaco que, en el caso, nos encontramos frente a las condiciones particulares de una póliza que contiene una cláusula limitativa de la responsabilidad referida al monto de cobertura por siniestro, y sobre tal circunstancia vamos a explayarnos.

En efecto, el límite de cobertura fijado en la póliza reseñada no es lógico ni razonable. Prácticamente, sería un supuesto de "no seguro", por insuficiencia de la suma asegurada (ver sobre este tópico, Waldo Sobrino, Consumidores de Seguros, ed. La Ley, 2009, pág.278), pues elimina uno de los propósitos dominantes o principales de la cobertura, que no es tan solo garantizar la indemnidad del asegurado, sino, en especial, resarcir el daño provocado al damnificado. Produce ello un quiebre al principio de confianza y buena fe, basamento de una sociedad civilizada, dañando el marco de credibilidad de la sociedad, en especial, justamente de los consumidores de seguros. Esta cláusula desnaturaliza el contrato de seguro, por cuanto conlleva un apartamiento injustificado del derecho positivo.

Debe tenerse en cuenta que el derecho, como ordenamiento social justo, debe privilegiar las ideas contemporáneas que giran en derredor de un criterio solidarista que tiende a posibilitar la realización individual en el contexto social.

En tal sentido, no cabe desentenderse de la desgracia ajena y priorizar intereses puramente economicistas, dejando de lado la reparación del daño injustamente padecido. El derecho de daños, en su concepción actual, protege al débil y por ende a la víctima; en esa dirección destaca la función social del seguro, como instituto adecuado a la idea solidarista. El tal sentido, el daño individual resulta distribuido entre todos los asegurados, procurando que la víctima obtenga una condigna reparación del perjuicio sufrido, sorteando la eventual insolvencia del autor del daño. No se trata simplemente de hallar sujetos a quienes exigirle la indemnización, sino que el perjudicado sea satisfecho en su reclamo (del voto impersonal de la mayoría en el fallo plenario de este Tribunal, in re "Obarrio, María P.c/Microómnibus Norte S.A. y ot. s/daños y perjuicios" y "Gauna, Agustín c. c. La Economía Comercial S.A.").

Encontramos un paralelismo entre esta situación con los supuestos donde ya nos pronunciamos sobre la nulidad de las cláusula que establece la franquicia en el supuesto del transporte público de pasajeros.

En autos "Gauna Valentín c/Estado Nacional y otro s/daños y perjuicios" (Rec. 527.582, 28/12/2009), esta Sala, con otra integración, declaró la nulidad absoluta y manifiesta de una cláusula contractual de franquicia, teniéndola por no convenida o por no escrita, obligando al asegurador a la reparación integral del perjuicio sufrido sin que pueda invocar la mentada "oponibilidad" de la franquicia al tercero damnificado. Entre otros argumentos, se dijo allí: "Corresponde ejercer el control jurisdiccional sobre el contenido del contrato de seguro, en el caso específicamente sobre la franquicia establecida en las condiciones particulares, con base en el ejercicio abusivo del derecho, en la vulneración de la buena fe, de la regla moral, de las buenas costumbres (cfr. arts. 21, 953, 1071, 1167, 1198 y ctes., del Cód. Civil).

Las cláusulas abusivas, por contrariar el orden jurídico, vician el contenido del contrato desde su formación, resultando inidóneas para producir "sus efectos propios". El contrato de seguro como contrato de adhesión, es un contrato de contenido predispuesto. Se debe restar valor a aquellas cláusulas, cuando por su contenido y por el ejercicio que se ha hecho de ellas, se presentan circunstancias violatorias de los principios rectores señalados, tales como el orden público, la moral y las buenas costumbres, debiendo el juez resolver la cuestión de acuerdo con los principios generales en materia de consentimiento en los contratos y por las disposiciones de los artículos 21, 953, 1071, del Cód. Civil, respecto del abuso derecho, interpretándolos a la luz del artículo 1198 (Vallespinos, Carlos Gustavo, "El contrato por adhesión a condiciones generales", cd. Universidad, 1984, pág.322 y 470 y ss.). Si bien la

ilicitud de las cláusulas abusivas es "formal", cuando éstas contrarían prohibiciones expresas de la ley (art. 1066 del Cód. Civil), existe también la ilicitud o antijuricidad "material".

Esta, debe ser "algo más" que la violación de lo prohibido legalmente, dado que el derecho está constituido por los principios (art. 16 del Cód. Civil), antes que por la ley, y esta no es sino una de las formas técnicas de lo justo. Y ese algo más, se halla constituido por pautas jurígenas distintas a la ley, como ser el ejercicio regular de los derechos (art. 1071 del Cód. Civil), el orden público (art.

21), la buena fe, la regla moral, la equidad y las buenas costumbres (arts. 953, 1167 y 119, etc., cuya violación a través de la incorporación de cláusulas abusivas importa un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual.

También lo materialmente antijurídico se halla prohibido. En estos supuestos es admisible su nulidad (implícita, cfr. art. 1037, del Cód. Civil), que el juzgador puede decretar luego de apreciar un contraste entre la cláusula y el ordenamiento, considerado en su plenitud, aunque no medie una específica determinación legal en ese sentido (Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", T. III, págs. 613 y ss.; Stiglitz, "Seguro contra la responsabilidad civil", pág. 114; Stiglitz, Rubén, "Cláusulas abusivas en el contrato de seguros", págs. 170/171).

No solo la ley sino todo el sistema jurídico en general y cada uno de sus componentes se orientan hacia el bien común, que de ese modo se convierte en causa final del derecho. Es evidente la incompatibilidad del contenido de la mentada cláusula con los principios esenciales de buena fe y razonabilidad porque obsta a la obtención de la finalidad práctica principal que deriva de la naturaleza del contrato contra la responsabilidad civil. El sistema de control judicial de legitimidad y equidad -que es menester realizar de las condiciones particulares del contrato de seguro en cuanto afectan normas y principios de raigambre constitucional-, exige que se declare la nulidad (manifiesta) de la franquicia, por no ser justa ni razonable, por ser abusiva, gravosa, restrictiva o leonina, como especie de sanción del ordenamiento jurídico, lo que significa que se la priva de sus efectos propios -se tendrá por no escrita- es decir por no convenida la mentada cláusula, en tanto que el resto del contrato conserva su eficacia (art. 1039 Cód. Civil).

El vicio que presenta el negocio jurídico, que atenta contra el interés público y/o si el objeto del acto es prohibido, ilícito o contrario al orden público o a las buenas costumbres adolece de nulidad absoluta, es. decir, sufre todo el peso de la sanción legal. Esta nulidad deberá ser ineludiblemente declarada de oficio, cuando se conjugan dos circunstancias: a) que el vicio afecte al orden público (nulidad absoluta) y que aparezca como manifiesto en el acto (acto nulo). Se tiene en cuenta para ello, que aquel, es de tal gravedad que al atentar contra el orden jurídico, impide su convalidación y justifica la intervención del poder jurisdiccional aunque no haya mediado petición de parte (Llambías Jorge Joaquín "Tratado de Derecho Civil", Parte General, T. 2, capítulo XVI, na 1890/91 y ss., n° 1894, pág. 626 y Llambías, "Código Civil Anotado" T II-B, págs. 228 y ss.).

Cuando hay afectación del interés general, del orden económico social se trata de nulidad parcial y absoluta, que puede ser incluso declarada de oficio (Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo Luis, "Defensa del Consumidor" cap.IX)".

En esta misma línea argumental, ponderando los fallos que se han dictado recientemente en

materia de seguros y, principalmente, la sanción de la ley 26.361 -que modificó la ley de defensa del consumidor N° 24.240-de orden público, me llevan a considerar que, en aquellos supuestos en que los contratos de seguros son obligatorios -como el caso que nos ocupa-, las cláusulas de exclusión en ellos previstas resultan no ya inoponibles, sino nulas.

En efecto, considero que resulta aplicable en autos lo establecido por la Resolución nro. 2519, dictada por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires el 27 de abril de 2015 en su Anexo Unico referido a las Normas Complementarias del Régimen de Establecimientos Privados Asistenciales o de Recreación (Decreto Ley n° 7314/67 y su decreto reglamentario n° 3280/90 y modificatorios), que en su art. 2 reza " A los efectos de su habilitación, cualquiera sea el establecimiento comprendido en la presente, deberá acreditar poseer seguro de responsabilidad vigente, el que deberá actualizarse en forma anual".

En lo que hace al fondo, esta Sala ha resuelto que la franquicia estipulada, crea un desequilibrio significativo ya que aligera casi hasta la extinción la obligación del asegurador de afrontar el pago de la indemnización debida en casos de accidentes individuales de víctimas, transportadas o no, en tanto se suprime la obligación de resultado de mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, lo cual produce una ventaja para el asegurador sin fundamento que lo justifique (CNCiv, sala H, "Palomino, Máximo c.Transportes Metropolitanos", 7/5/2010).

Por estos argumentos, considero que las cláusulas contractuales por la que se estipula el límite de la cobertura y de la franquicia, que intenta hacer valer la aseguradora, resultan nulas.

VIII.- Corresponde proceder al tratamiento de los agravios en relación a los rubros por los que prosperó la demanda.

Ante todo cabe aclarar que no se me escapa que los actores solicitaron en su presentación inicial importes menores a los otorgados. Sin embargo y pese a lo argumentado por las condenadas, sujetaron su pedido a "lo en lo que en más o en menos resulte del mérito de la prueba" (ver fs. 9 vta.), lo que habilita al tribunal ponderando las circunstancias de la causa, y el tiempo transcurrido desde aquel momento, a conceder sumas diferentes.

Asimismo en cuanto al agravio de la citada en garantía respecto de la pérdida de chance de curación, lo cierto es que tal partida no fue reclamada por los actores al interponer la demanda como rubro autónomo (conf. fs. 18 vta.), ni concedido por el a quo.

Recuérdese en este punto que una de las facetas del principio dispositivo impone que son las partes quienes determinan el thema decidendum, es decir, que el órgano judicial debe limitar su pronunciamiento tan solo a las cuestiones que han sido objeto de las peticiones de las partes. Estas determinan el alcance y contenido de la tutela jurídica, incurriendo en incongruencia el juez que se aparte de esas cuestiones. El artículo 277 del Código Procesal impone este principio a las instancias superiores y, respetando el principio de congruencia, define la actuación de los tribunales de apelación entre lo que se denomina "personalidad de la apelación" y las cuestiones que se deriven con posterioridad al dictado de la sentencia de primera instancia. Es que no procede introducir mediante la apelación cuestiones novedosas o sorpresivas no alegadas en la instancia de grado -ni introducidas como hecho nuevos- pues ha perecido la oportunidad para invocarlas (Scolarici, Gabriela, en Highton, Elena -Areán Beatriz, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Hammurabi, pág. 343).

En consecuencia, entiendo que el planteo formulado en la expresión de agravios de la aseguradora respecto del quantum indemnizatorio por la pérdida de chance de curación, se encuentra subsumido en el rubro correspondiente a incapacidad sobreviniente, por lo que entiendo que debe desestimarse, lo que así mociono.

1.- L. E. D. G.

1.a.- Incapacidad sobreviniente El sentenciante otorgó la suma de \$800.000 en concepto de incapacidad sobreviniente -física y psíquica-.

La parte actora, con adhesión de la representante del Ministerio Público ante esta alzada, se queja porque considera que el monto fijado por incapacidad sobreviniente resulta escaso y que el anterior sentenciante no explicó cómo ha llegado a la cifra fijada en el caso concreto. En tal sentido sostienen que no ha ponderado la capacidad productiva que hubiera podido desarrollar el actor, por cuántos años ni demás condiciones, sino que el único parámetro objetivo que se consideró fue el grado de incapacidad que surge de los peritajes, por ende estiman que ello no resulta suficiente para tener una visión completa de cuál es el criterio del tribunal para la cuantificación del rubro en examen. Solicitan que el daño psíquico sea considerado en forma autónoma en proporción al peritaje psiquiátrico.

La C. P. I. S.A. sostiene la improcedencia de la partida otorgada y el altísimo monto fijado por tal concepto. Destaca que el menor presentaba un cuadro de retraso madurativo al momento del accidente, por lo que entiende que no hubo responsabilidad en el estado de salud actual. Entiende que se falló ultra petita, dado que, tal como lo reconoció el a quo, la indemnización no fue solicitada bajo la fórmula "lo que en más o menos surja de la prueba a producirse", pero el fundamento para otorgar el monto se basó en la reparación justa. Afirma que no se demostró cuál sería el estado mental actual de Lucas si se le hubiera efectuado una tomografía cuando llegó a la clínica.

La C. B. SRL funda sus quejas en que las alteraciones que presentó el menor están relacionadas con problemas prenatales y perinatales de L., lo que surge de la historia clínica de la C. P. I. S.A., por lo que solicitan el rechazo del rubro.

Se ha sostenido que el resarcimiento por incapacidad comprende, con excepción del daño moral, todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluso los daños de salud y a la integridad física y psíquica (Conf. esta cámara, Sala C, 15/09/2003, LA LEY 02/09/2004, 7), por lo que no corresponde, a mi modo de ver, que estas partidas se traten por separado.

Ahora bien, la circunstancia de que se considere el daño psicológico debidamente comprobado en forma conjunta o independiente del daño moral o patrimonial es una cuestión secundaria si ello no importa un menoscabo al resarcimiento económico fijado o un enriquecimiento injustificado del damnificado, ya que lo que realmente interesa es tratar de colocar a la víctima en la misma situación en que se hallaba antes del suceso dañoso, a lo que debe apuntarse con independencia de los términos o expresiones utilizadas y sin caer en dogmatismos estériles que impidan el acceso a una solución justa e integral.

No debe perderse de vista que la "guerra de las etiquetas" o debate acerca de la denominación que corresponde dar a tales o cuales daños, así como la "guerra de las autonomías" o debate sobre si esos daños integran la categoría de los morales o patrimoniales, o por el contrario, si tienen autonomía o forman una categoría propia, distinta, es un quehacer menor, que no hace

al fondo de la cuestión y en el cual se pierde muchas veces la contemplación del tema central (cfr. Mosset Iturraspe, "El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad" Rey, de Derecho Privado y Comunitario, T. 1, pág.39 N 23, Rubinzal Culzoni, 1992). En el caso que nos ocupa, el magistrado de grado consideró el daño psicológico junto con el físico, por lo que, en función de lo antes expuesto, en esta ítem me referiré exclusivamente a ambos en conjunto, como lo hizo el sentenciante de la anterior instancia.

Sentado ello, he de señalar que sabido es que cuando se trata de una incapacidad provocada por lesiones, el daño emergente no puede medirse sólo en función de la ineptitud laboral, sino que ello también debe ser ponderado a partir de toda la vida de relación de la víctima, en consideración a sus condiciones personales, como el sexo, la edad y el estado civil, entre otras.

En ese orden de ideas, se decidió que la indemnización por incapacidad sobreviniente procura el resarcimiento de aquellos daños que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada, no sólo en su faz netamente laboral o productiva, sino en toda su vida de relación y, por ello, no pueden establecerse pautas fijas por cuanto habrá de atenderse a circunstancias de hecho, variables en cada caso particular pues, para que la indemnización sea justa y equitativa deben apreciarse diversos elementos y circunstancias de la víctima, tales como edad, sexo, formación educativa, ocupación laboral y condición socioeconómica (esta sala, 01/08/2003, LA LEY 03/09/2004, 7).

En consecuencia, para su valoración no existen pautas fijas, pues para su determinación debe considerarse la persona en su integridad, con su multiforme actividad, debiendo computarse y repararse económicamente todas las facultades propias en la amplia gama de su personalidad en su vida en relación (esta sala, 23/03/2004, LA LEY 2004-C, 1029). Deben ponderarse en concreto las limitaciones que el damnificado padece en su desempeño laboral y social, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias particulares, el sexo, las condiciones socioeconómicas, la actividad laboral anterior y la real incidencia de las lesiones en su actividad actual (esta cámara, Sala J, 03/12/2004, LA LEY 2005-B, 258).

Tampoco es preciso atender a porcentajes y baremos de incapacidad, usuales en las indemnizaciones tarifadas del derecho laboral, ya que la reparación civil tiene por finalidad cubrir no sólo las limitaciones de orden laboral, sino también las proyecciones del menoscabo sufrido con relación a todas las esferas de la personalidad de la víctima. Si bien los porcentajes de incapacidad, junto con la edad y las expectativas de vida de la víctima, constituyen un valioso elemento referencial para fijar la indemnización por incapacidad sobreviniente, el resarcimiento en cuestión debe seguir un criterio flexible, apropiado a las singulares circunstancias de cada caso, sin ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, pues el juzgador, en esta materia, goza de un amplio margen de valoración (esta cámara, sala F, 15/11/2004, DJ 16/02/2005 345, LA LEY 10/02/2005, 8).

Sin embargo, para cuantificar la magnitud del perjuicio, no debe asignársele un valor absoluto a los porcentajes de incapacidad establecidos por los peritos, señalando que es menester compulsar la efectiva medida en que dicha mengua física y psíquica ha repercutido patrimonialmente en la situación particular del lesionado, tanto sea en la disminución de sus aptitudes para el trabajo, como en otros aspectos, de su vida que, de manera indirecta, le han impuesto limitaciones en su vida social y la forma en que esto afectó sus perspectivas de evolución material ó en la configuración de un perjuicio (esta cámara, Sala A, 12/08/2004,

Lavezzini, Rubén D. c. Ciudad de Buenos Aires, Sup. Adm 2004 (noviembre), 74, La Ley on line).

A ello agrego que, como ha indicado mi distinguida colega, la Dra. Abreut de Begher en los autos "Merodio, Gabriel Alejandro y otro c/ Aguas Argentinas S.A.otro s/ daños y perjuicios", del 26/10/2015, para utilizar criterios matemáticos, debemos ponderar los ingresos de la víctima -acreditados en el expediente- , las tareas desarrolladas al momento del hecho, cuales se vio impedido de seguir realizándolas y las posibilidades de ingresos futuros, suma final que invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener una renta mensual equivalentes a los ingresos frustrados por el ilícito, de manera que el capital de condena se agote al final del periodo de vida económica activa del damnificado. Así se tiene en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir, y por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio (Zavala de González, Resarcimiento de daños.

Daños a las personas, Hammurabi, 1993, T. 2a, pág.523).

Si bien existen diversas fórmulas de cálculo (ej. "Vuoto", "Marshall", "Las Heras-Requena", etc.) se trata en esencia de la misma fórmula, con variantes, para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua (Acciarri, Hugo - Testa, Matías 1., "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muertes", La Ley del 9/2/2011, pág. 2).

Ahora bien, ese cálculo no tiene por qué atar al juzgador, sino que conduce únicamente a una primera aproximación, o sea, una base, a partir del cual el juez puede y debe realizar las correcciones necesarias atendiendo a las particularidades del caso concreto (Pizarro-Vallespinos, op. cit., T 4, pág. 318; Zavala de González, op. cit., T 2a, pág.504). Por ende, no corresponde otorgar a la víctima, sin más, la suma que en cada caso resulte de la aplicación rígida de la fórmula mencionada, sino que ella servirá simplemente como pauta orientadora para un resarcimiento pleno.

En función es estos parámetros analizaré las pruebas producidas.

Las constancias de las historias clínicas de las instituciones en las que fue atendido el menor, ya fueron reseñadas precedentemente.

En lo relativo a este acápite cabe poner de resalto que el perito neurólogo Jorge Seifer a fs. 1026/1040 informó, en función del examen clínico y de los estudios realizados, que el actor "ha sufrido un daño severo sobre su hemisferio cerebral izquierdo, dominante por ser diestro. El daño se objetiva como pérdida de masa cerebral. La misma se debió, a entender por este perito, a la sumatoria de la contusión cortical por el traumatismo en sí, más la compresión e hipoxia por el excesivo desarrollo del hematoma extradural. Deslindar cuanta responsabilidad le cabe a uno u otro hecho es imposible en este momento. Se habría podido hacer, si L. hubiera sido diagnosticado antes y operado, sin pasar por la agresión del Coma y las convulsiones., tiene comprometido el lenguaje, el aprendizaje y la conducta. Requiere auxilio de una maestra diferencial, un fonoaudiólogo, un psicólogo y es medicado actualmente por su médico psiquiatra con un fármaco antipsicótico (risperidona). Puede decirse que L. presenta un Desorden Menntal Orgánico Post Traumático Grado IV:´Cambios afectivos, trastornos de la memoria, trastornos de otras funciones intelectuales, alteración de la conducta. Permanentes y no regresivas. Las exploraciones neurológicas, topográficas, electroencefalográficas y psicométricas, presentan en todos los casos alteraciones orgánicas francas a severas´ con

una Incapacidad del 70%.

" (sic. fs. 1036 vta.).

Los reclamantes solicitaron aclaraciones al experto a fs.1058/1059 respecto del rubro en análisis, oportunidad en que el diagnóstico y la incapacidad dictaminados por el experto tienen relación causal con el traumatismo, el desarrollo del hematoma, hipoxia y convulsiones. Interpretaron que la hipotética presencia de un retraso madurativo debería ser evaluada por separado y que la incapacidad que eventualmente le produciría ese diagnóstico debería ser cuantificada aparte de la del 70% que el experto señaló en su dictamen.

La obra social impugnó el informe a fs. 1064/1067. Cuestionó las conclusiones del experto en el sentido que no explicó que estudios realizó para arribar al diagnóstico precisado. Estimó que el perito no ha podido determinar el porcentaje en que incidió cada acción y/u omisión sin que pudiera informar los motivos por los que se produjo el coma y las convulsiones. Tampoco precisa cuáles eran los elementos semiológicos que indicaban la realización urgente de la tomografía axial computada.

La C. P. I. S.A. indicó que el perito no ha recabado información al respecto acerca ni las historias clínicas de los controles pediátricos del menor anteriores al accidente, que presentaba una encefalopatía crónica al momento de padecer el traumatismo. Alegó que si bien el profesional afirmó que la patología fue grave desde su inicio, ello no se evidenció en el examen clínico, en la radiografía ni en la tomografía. Tampoco se ha especificado cuál es la alteración del lenguaje, ni se han aportado tests psicométricos ni de electroencefalogramas, por lo que la relación de causalidad con el accionar médico devino sin fundamento (ver fs. 1069/1072).

A su turno, la citada en garantía afirmó que el cuadro que presentaba L. no era el descripto por el experto al ingreso a la C. B. SRL, sino que el relato del experto fue a posteriori, es decir con conocimiento de cómo fue la evolución del menor a lo largo de las horas. Destacó que el niño fue controlado en numerosas oportunidades mientras permaneció en dicha clínica y que el examen neurológico practicado fue correcto (ver fs. 1073/1081).

La C. B. SRL solicitó la nulidad del peritaje y subsidiariamente lo impugnó. Manifestó que no hizo alusión a los antecedentes del menor respecto del retraso madurativo previo ni ha analizado cuáles son los estándares actuales en la atención en la guardia de un traumatismo de cráneo en un niño. Agregó que la médica O. H. solicitó inmediatamente la derivación por falta de camas y que Lucas no tenía indicación de realizar una tomografía computada de urgencia a su ingreso (ver fs. 1085/1095).

El perito contestó a fs. 1143/1144, fs. 1163/1165, fs. 1222/1226 y fs. 1232/1235, y en todas estas presentaciones señaló que las interpretaciones que efectuó la actora son correctas y aclaró que el diagnóstico y la incapacidad establecidos tienen relación causal exclusiva con la sucesión del traumatismo, desarrollo del hematoma, hipoxia y convulsiones. Aclaró que no le consta que el menor fuera diagnosticado y atendido por retraso madurativo previamente al accidente. Explicó los parámetros necesarios para efectuar una buena radiografía, explicó que interpretó como incapacidad total al post operatorio inmediato en que el niño debió recibir asistencia absoluta para alimentarse, higienizarse, etc. Indicó que no es frecuente que un niño llore y vomite por el simple hecho de asustarse, máxime protegido por su mamá, pero sí es frecuente que lo haga luego de un traumatismo de cráneo con fractura y desarrollo de un hematoma extradural con hipertensión endocraneana. El tratamiento ordenado fue administrar

a las 05.40 horas un analgésico y antiemético en una sola dosis, se le efectuó una radiografía de cráneo, se pidió la derivación a otra institución y se observó a lo largo de las horas el progresivo deterioro neurológico de L. Por último afirmó que el daño cerebral se objetiva en la tomografía cerebral presentada en el informe pericial y la incapacidad surge de la Tabla de Evaluación de Incapacidades Laborales, Decreto 659/96, Desorden Mental Orgánico Post Traumático. Refirió que de no contar con ambulancia propia, se pudo contratar una en forma particular o, en última instancia, el niño pudo ser acompañado por un médico al hospital más cercano en un vehículo particular.

Haré una breve reseña del informe pericial emitido por el médico legista Jorge Fiorentino en lo concerniente al rubro en análisis, oportunidad en que señaló: ". A) Existencia de desmedros físicos alegados en la demanda de dudosa interpretación. Nexa causal no evidente con el traumatismo descripto. B) La incapacidad física sufrida luego de la intervención debe considerarse total y temporaria por un lapso no menor a los 3 meses con limitaciones en sus funciones vitales básicas como la higiene, deambulación, el traslado y el aseo personal. .A partir del tercer mes, la incapacidad presente en el niño se constituye como parcial y posiblemente definitiva no pudiéndose si el traumatismo y sus consecuencias han agravado o no el porcentual de la discapacidad preexistente en el menor. Esta incapacidad determinada por alteraciones de las funciones cerebrales complejas, se categorizada como de II grado, donde el deterioro origina que las actividades diarias del niño necesiten supervisión y/o orientación. Con fines ilustrativos la merituación del déficit valorado como de II grado, oscila los rangos que van del 20 al 40% de incapacidad." (sic. fs. 1141).

A fs. 1247 la parte actora impugnó el informe pericial aduciendo que el experto se ha excedido de su cometido procesal, expidiéndose sobre cuestiones que no le fueron encomendadas.

Por su parte, la perito psiquiatra, acompañó su informe a fs. 1156/1162, y señaló que "Toda su corta vida está impregnada de una sufrimiento que va produciendo efectos en su estructuración subjetiva. También, se sintió al borde la muerte en un momento crucial en la vida psíquica de un ser humano, en el que estas vivencias provocan daños irreparables. Dada la presencia de la angustia de la repetición en la Hora de Juego, y de las conductas fóbicas de aislamiento en el http, y el retraso madurativo registrado sean consecuencia de un trastorno severo de la ansiedad compatible con un cuadro de estrés posttraumático crónico. " (sic. fs. 1160). También concluyó que el coactor padece un trastorno posconmocional y que el grado de incapacidad psicológica asciende al 30% del Baremo de Castex y Silva.

Los reclamantes solicitaron aclaraciones a la experta respecto de las incapacidades fijadas en relación a los padres del menor (ver fs. 1182).

La C. P. I. S.A. impugnó el informe respecto de todos los actores; en lo relativo a L. D. G. pusieron de manifiesto el presunto retraso mental del menor anterior, entendió que carecía de fundamentos (ver fs. 1190/1192).

A su turno, la C. B. SRL solicitó la nulidad del informe psiquiátrico por entender que no se encuentra habilitada para realizar informes psicodiagnósticos, que negligentemente omitió conocer el contenido de la documentación médica y se limitó a aceptar los meros dichos de los examinados, tampoco ha utilizado una metodología de evaluación adecuada ni ha tenido en cuenta que el menor padecía de Encefalopatía Crónica no Evolutiva (ver fs. 1193/1205).

La impugnación de la aseguradora luce a fs. 1206/1208, oportunidad en que cuestionó las

conclusiones a las que arribó la experta respecto de los padres de L. En lo atinente al niño se impugnó el diagnóstico por Estrés Postraumático por no coincidir con ningún diagnóstico del DSM IV.

La obra social sostuvo que las conclusiones a las que arribó la médica Mallo respecto de L. fueron inexactas e improcedentes y que carecían de sustento fáctico y jurídico (ver fs. 1209/1212).

La médica psiquiatra Alicia Mallo contestó las impugnaciones a fs.1237/1239, fs. 1242/1245, fs. 1256/1266, fs. 1280/1283 y fs. 1284/1290, presentaciones en las que ratificó su informe y agregó que su capacitación en la residencia médica interdisciplinaria psiquiátrica, psicológica y los posgrados posteriores la habilitan para las entrevistas efectuadas y la batería psicodiagnóstica. Afirmó que no existen constancias escritas de fecha anterior al 2007 que afirmen que el menor tenía alguna anormalidad.

Peritos y jueces tienen que desempeñar papeles diferentes y bien definidos: uno esencialmente técnico y limitado; el otro, superlativamente variado, porque el juez tiene un dominio propio, el de la aplicación del Derecho y está profesionalmente preparado para ello. Mas se ve constantemente requerido para juzgar cuestiones de simple hecho, que no siempre resultan fáciles y para las cuales puede carecer por completo de preparación; queda abandonado entonces a sus conocimientos generales, a su experiencia de la vida, a su conciencia y, dentro de lo posible, a su buen sentido común (Conf. Areán Beatriz, Juicio por accidentes de tránsito, T. 3, pág. 903).

Si bien el juez es soberano al sentenciar, en la apreciación de los hechos dentro de los que se encuentra el dictamen, debe sin embargo, aducir razones de entidad suficiente para apartarse de las conclusiones del perito, razones muy fundadas para desvirtuarlo, pues su conocimiento es ajeno al del hombre de derecho (Conf. Fenochietto-Arazi, Código procesal, Tomo 2, pág. 524).

En síntesis, las conclusiones del perito deben ser convincentes, como consecuencia lógica de sus fundamentos y motivaciones, de modo que el juez, si al apreciar el dictamen entiende que presenta conclusiones poco claras y carentes de sustento, no podrá otorgarle la eficacia probatoria indispensable para formar convicción sobre los hechos controvertidos (Conf. Varela, Casimiro, Valoración de la prueba, pág. 196).

Así es que las conclusiones de los peritos médicos, en sí mismas, me impresionan como sólidas, no pudieron ser desvirtuadas por las partes.

De todas maneras, diré que de acuerdo con lo que dispone el art.477 del Código Procesal, la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda y, fundamentalmente, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y los demás elementos de convicción que ofrezca la causa.

Así es que, como ya adelanté al expedirme sobre los agravios respecto de la responsabilidad, tomaré en cuenta que no se encuentra debidamente probado en autos que el menor presentara un cuadro de retraso madurativo anterior al hecho de autos, como afirman las condenadas y el perito médico legista en su informe.

Por ello, estimo que la entidad de las lesiones que sufrió el coactor fueron consecuencia del traumatismo y su deficiente atención médica, por ello es que no tendré en cuenta los argumentos vertidos por el perito médico legista en cuanto hizo referencia a la presunta patología de base.

Sentado ello, valoro que el coactor era un niño que a la fecha del accidente tenía 3 años de edad y vivía junto a su madre y sus tres hermanos menores en una casa sencilla que pertenece a la familia de sus abuelos maternos. Sus padres se encuentran separados, la madre trabajaba en un geriátrico y el padre lo hacía en relación de dependencia en la empresa de colectivos Expreso Villa Galicia San José S.A. (ver fs. 4/6 y fs. 48/49 del incidente sobre beneficio de litigar sin gastos).

Por todo lo expuesto, dada la entidad de las lesiones sufridas por L. D. G., las secuelas resultantes de las mismas, la incapacidad determinada por los peritos, sus restantes condiciones personales y atento a las facultades que me confiere el art. 165 del Código Procesal, propongo al acuerdo elevar el monto reconocido por esta partida al de \$2.000.000.

1.b.- Daño moral En la sentencia apelada se reconoció la suma de \$400.000 por este rubro a favor de L. D.G., que fue recurrida en cuanto a su procedencia y monto -por elevado- por la O. S. C. de T. C. de P., la C. P. I. S.A., la C. B. SRL, y únicamente respecto de su cuantía por los actores -con adhesión de la Defensora de Menores de Cámara- por considerarla reducida.

De conformidad con los términos del art. 1078 del Código Civil, considero que se trata de un daño resarcible, que no tiene por objeto sancionar al autor del hecho, sino a reparar los padecimientos físicos y morales que debió soportar el damnificado como consecuencia del accidente, intentando compensarlos. No es fácil traducir en una suma de dinero la valoración de los dolores, sufrimientos, molestias, angustias, incertidumbres o temores padecidos por la víctima, pues sólo ella puede saber cuánto sufrió.

Por ello se ha sostenido que para estimar pecuniariamente la reparación del daño moral falta toda unidad de medida, pues los bienes espirituales no son mensurables en dinero. Sin embargo, al reconocerse una indemnización por este concepto, no se pone un precio al dolor o a los sentimientos, sino que se trata de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas (Conf. Orgaz, Alfredo, El daño resarcible, pág. 187; Brebbia, Roberto, El daño moral, N° 116; Mosset Iturraspe, Jorge, "Reparación del dolor: solución jurídica y de equidad", en L.L. 1978-D-648).

Sentado ello, diré que la determinación del daño moral no se halla sujeta a parámetros objetivos, pues las aflicciones se producen en el ámbito espiritual de la víctima, por lo que su valoración debe efectuarse según la cautelosa discrecionalidad del juzgador ceñido a considerar la situación personal de aquella (arts.163, inc. 5°, 165, 386, 456, 477 y eones., Cód. Procesal Civil y Comercial; arts.1078, 1083 y concs., Cód. Civil) (conf. esta sala, 18/10/2002, Suraniti, Juan S. e. Ranz, Mónica A. y otro, DJ 2003-15 247; id.07/11/2007, Conti, María Elvira c. Autopistas del Sol S.A. y otro s/daños y perjuicios, La Ley Online, id. "Mora de Zabala, Ana c. Lucero, Alberto s/daños y perjuicios", 18/07/2008, ED Digital, (23/09/2008, nro 18251; id. "Martínez, Adriana Edith c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/daños y perjuicios", 23/06/2008, ED Digital, (04/09/2008, nro. 04/09/2008).

A los fines de determinar el monto indemnizatorio correspondiente al daño moral sufrido por la víctima a causa de un accidente de tránsito, deben tenerse en cuenta la índole de las lesiones

padecidas y el grado de las secuelas que dejaren, para demostrar en qué medida han quedado afectadas su personalidad y el sentimiento de autovaloración (Conf esta cámara, Sala G, 31/08/2007, Mundo, Pedro Marcelo e. Palacios, Oscar Alberto y otros, LL, 04/10/2007, 7).

Pues bien, no me caben dudas acerca de la gravedad de las lesiones sufridas por el menor a consecuencia del hecho de autos -que ya fueron explicadas-, de la internación y de las intervenciones quirúrgicas a las que fue sometido, lo que deben haberle provocado importantes sentimiento de angustia, ansiedad y desazón que deben ser reparados. A fin de valorar este rubro también tomaré en cuenta las cicatrices en la cabeza que presenta de aproximadamente 16 cm. de largo y otra de 6x2 cm. en la región occipital (ver peritaje de fs. 1026/1046 y fotografías de fs. 4/7). Párrafo aparte merece la propia vivencia de un hecho de las características del de autos, lo que también debe haber provocado intensos sentimiento de angustia. Asimismo, atento a las facultades que me confiere el art.

165 del Código Procesal, y a las condiciones particulares del niño -que ya fueron reseñadas- estimo que el monto reconocido resulta reducido, por lo que propiciaré su elevación a \$ 1.000.000 (art. 165 CPCCN).

1.c. Daño estético Los demandantes, con adhesión de la representante del Ministerio Público de Alzada, se quejan respecto de la desestimación del daño estético a pesar que se probó que el daño le ocasionó una cicatriz.

Advierto que la queja se vincula más con el carácter de autónomo del ítem que con su improcedencia de plano. En ese contexto, no debe perderse de vista que la mencionada "guerra de las etiquetas" o debate acerca de la denominación que corresponde dar a tales o cuales daños, así como la "guerra de las autonomías" o debate sobre si esos daños integran la categoría de los morales o patrimoniales, o por el contrario, si tienen autonomía o forman una categoría propia, distinta, es un quehacer menor, que no hace al fondo de la cuestión y en el cual se pierde muchas veces la contemplación del tema central (cfr. Mosset Iturraspe, "El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad", Rey, de Derecho Privado y Comunitario, T.1, Rubinzal Culzoni, 1992, pág. 39).

Así, diré que el perjuicio habitualmente enunciado como lesión estética, constituye sólo excepcionalmente un rubro autónomo que reparar, siendo regla que quede subsumido en la incapacidad sobreviniente en tanto la apariencia física aparezca relevante para el plano laboral o social, o en el agravio moral si es que es indiferente a la actividad laboral o al normal desenvolvimiento de la vida de relación, el defecto altera el espíritu, las afecciones o sentimientos de la víctima (CNCiv., sala B, 29/03/2004, LA LEY 2004-13, 753), es decir que carece de autonomía, pues se trata de un detrimento que puede tener proyecciones en el daño material o en el daño espiritual (CNCiv., sala D, 05/09/2001, LA LEY 2002-C, 52).

En tal sentido debo precisar que los peritos médicos neurólogo y legista indicaron que las cicatrices se encuentran cubiertas por el pelo (ver fs. 1037 vta, y fs.1139) En consecuencia, y dado que el juez -contrariamente a lo señalado por los reclamantes- no desestimó el reclamo, sino que, correctamente, lo consideró en el daño moral, pues entendió que no tenía repercusión económica, propondré al acuerdo la desestimación de los agravios sobre el punto y la confirmación de la sentencia.

1.d. Gastos de tratamiento y educación diferencial En la sentencia se otorgó la suma de \$150.000 por gastos de tratamientos fonoaudiología neurolingüística, psicopedagogía,

psicología y controles médicos.

La parte actora se agravia por considerar escaso el monto establecido por tal concepto, dado que los tratamientos son intensivos, costosos y vitalicios, o al menos muy largos y que el costo mensual que el a quo tuvo en cuenta para cuantificar el rubro fue el informado en las pericias, que corresponden a valores del año 2013, mientras que la sentencia fue dictada en el 2017.

La C. P. I. S.A. sostiene la improcedencia de la partida en análisis y el monto otorgado en tal concepto por entender que L. se encuentra afiliado a una obra social y que un eventual tratamiento integral se encontraría cubierto.

La citada en garantía también se agravia por la concesión del rubro por entender que el menor ya sufría de trastornos del lenguaje, del aprendizaje y la conducta en forma previa al traumatismo.

Debo recalcar que en esta clase de gastos (médicos y farmacéuticos) no resulta necesaria una prueba concreta y específica, sino que su erogación se presume en orden a la entidad de los hechos acreditados, aun cuando la atención haya sido prestada en hospitales públicos o por una obra social, de ordinario, no cubren la totalidad de los gastos en que incurren los pacientes (esta cámara, Sala A, 27/12/2011, "Morteyru, Juan Alberto y otro c. Juan, Gustavo Gabriel y otros s/daños y perjuicios", RCyS 2012-VI, 251).

Asimismo, una constante y antigua jurisprudencia ha entendido que los gastos en que incurre quien sufre un ilícito no necesitan de una acabada prueba documental. Se presume que quien ha sufrido lesiones que requirieron tratamiento médico debe realizar gastos extraordinarios en concepto de medicamentos, sin que obste a tal solución que el damnificado haya sido atendido en hospitales públicos o a través de su obra social, ya que también en estos supuestos debe afrontar ciertos pagos (por ejemplo, medicamentos) que le ocasionan un detrimento patrimonial (esta sala, 28/06/2013, "Lapietra, Sandra Marcela c/ Transportes 27 de Junio S.A.C.I.F. y otros si daños y perjuicios", L.

617.694). La misma conclusión cabe arribar respecto de los gastos de movilidad.

Como vimos, se encuentra acreditado que el niño sufrió las lesiones ya reseñadas a partir de las cirugías realizadas, que la habilitaron a obtener su Certificado Unico de Discapacidad (ver fs. 2); en razón de ello, sin dudas, se encuentran acreditados los gastos de tratamiento.

A su turno, la experta psiquiatra aconsejó que L. deberá continuar con un tratamiento integral intensivo a razón de 5 sesiones semanales distribuidas de la siguiente manera: 2 sesiones de fonoaudiología, 2 de psicopedagogía, 1 de psicología y controles periódicos neurológico y psiquiátrico. Estimó que el valor mensual para estas prestaciones asciende a \$2.688,76 mensuales. Aclaró que para su integración escolar requiere la asistencia de una maestra integradora de marzo a diciembre, tomando como referencia que el costo mensual del apoyo ascendía a \$4.248,84 en el año 2013 (ver fs. 1160 vta.). Además el perito médico neurólogo informó que al momento del informe se encontraba medicado con un fármaco antipsicótico (risperidona).

Por lo tanto, es claro que la parte actora debió realizar gastos de medicación y tratamientos dada la discapacidad con la que cuenta L. D. G. Es por ello que considero que la suma reconocida por gastos es escasa.

En tal sentido entiendo que la necesidad de su realización debe ser probada, lo cual a mi entender, sucedió en autos dado que las conclusiones de los expertos fueron correctamente fundadas, por lo que las tendré en cuenta para decidir la cuestión. Asimismo no debo soslayar que en atención a la corta edad del menor y el vínculo que genera con sus terapeutas, hace que cuente con la posibilidad de elegir los profesionales que lo atiendan, sin perjuicio de ser prestadores o no de la obra social demandada. Por otro lado, para decidir la cuestión también tendré en cuenta que al contar el actor con el monto total para afrontar el valor del tratamiento interdisciplinario, podrá obtener mejores precios.

Estimo su duración hasta alcanzar la mayoría de edad, momento en que culminará su etapa de escolarización y en atención a lo informado acerca de la imposibilidad de evaluar la evolución al momento del peritaje.

Así las cosas, y en virtud de lo dispuesto por el art. 165 del Código Procesal, considero que la suma reconocida por las partidas en tratamiento es reducida para resarcir estos aspectos del reclamo, la que propicio elevar a \$800.000.

2.- K. E. R. y P. D. G.

2.a.- Daño patrimonial El anterior sentenciante fijó la suma de \$150.000 para cada uno de los progenitores.

La obra social cuestiona la admisión de la partida por entender que no puede pasarse por alto la corta edad del menor y que la posibilidad que éste ayude a sus padres resulta más alejada.

Los padres del niño se agravian por entender que el daño patrimonial reclamado tiene dos aspectos, por un lado el agravamiento de la obligación alimentaria que como alimentantes les corresponde respecto del hijo discapacitado. Y por el otro, está involucrada la pérdida de chance de ayuda que el hijo pudiera dispensarles en la mayor edad. Esgrimen que si bien la sentencia admitió el rubro pero en una cuantía insuficiente.

En supuestos como este, el rubro pérdida de chance se confunde con el de incapacidad sobreviniente. Considero que, ajustándonos a los términos del reclamo por pérdida de chance, esta queda comprendida en la indemnización por la incapacidad permanente que padecerá el menor, ya que si partimos de la base de que se intenta dejar a la persona en igual condición a la que hubiera tenido de no haber sucedido la mala praxis, en esa suma estaría contenida, conceptualmente, la posible ayuda económica que recibirían los padres (conf. esta Sala "V., C. M. y otro c/ C. del N. y la M. S.A. Y otros s/ ds. Y ps." expte. 50508/2009 del 1/7/15).

Por ello entiendo que debe revocarse la sentencia en este punto y desestimarse esta partida.

2.b.- Daño Moral

Fijó el juez la suma de \$ 200.000 para cada uno de los padres.

Piden los actores que se eleve esta partida. A su turno la obra social demandada solicita el rechazo del rubro o su reducción en atención al monto solicitado en la demanda. La citada en garantía se agravia por el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa de los padres de Lucas para reclamar en concepto de daño moral.

En otros casos, con anterior composición de la Sala, se aceptó la procedencia del rubro siempre y cuando se estuviera en presencia de lesiones de extrema gravedad, tal como es un estado vegetativo o una cuadriplejía, que conlleva daños directos a los integrantes de la familia. En esos supuestos se los consideró damnificados directos a los padres, otorgándoseles indemnización por daño moral en función de las lesiones gravísimas sufridas por su descendiente (ver esta Sala, con voto de la Dra. Abreut de Begher que formó la mayoría, in re "Vera de Luszcz, Elizabeth y otro el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios", R.557.029, 21/02/2011, con disidencia del Dr. Kiper; in re "Venturelli, Claudio Marcelo y otro c/ Clínica del Niño y la Madre SA y otros s/ daños y perjuicios - Resp. Prof. médicos y auxiliares", Expte.

50508/2009, del 1/7/2015, contando con mi adhesión).

Se siguió la línea jurisprudencial de la Suprema Corte que había admitido que los padres, en ciertos casos excepcionales, sufriendo en los afectos de su paternidad lastimada por lo acontecido, son legitimados directos como su propio hijo (voto Dr. Negri), SCJPBA del 16/05/2007, LL 2007-E, 345; CNCivil sala L, 15/10/2009, in re "L., S. y otro c. Hospital Británico y otro", voto mayoritario y disidencia, en LL 10/08/2010 y el elDial.com- AA5972; CNCivil y Comercial Federal de la Capital Federal, Sala III, in re "G.D.O. y otros c/ Corporación Asistencial S.A. y otros; si responsabilidad médica" del 17/6/2008; CNCivil sala K, in re "Habic, J.M. c/ Clínica de la Sagrada Familia y otro; s/ daños" del 13/6/2006; ver Mayo, Jorge, Comentario al artículo 1078 del Código Civil; La Ley on line; ver Zavala de Gonzalez, en BueresHighton, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Hammurabi, 1999, T 3 comentario art. 1078, pág. 181).

En los precedentes citados se trataban de supuestos excepcionales en los cuales toda la vida familiar, en especial la relación parental, se encontraba trastocada por el infortunio, como era no poder gozar los padres de la vida plena de su hijo desde su nacimiento, al padecer incapacidad del 100%. Así quedaban involucrados directamente como víctimas del hecho, equiparados a los damnificados directos (José D. Mendelewicz, La lesión a la integridad familiar.

Los damnificados indirectos de la víctima totalmente incapacitada, J. A. 2006-I- 1369; S. C. Bs. As., causa "L., A. C. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro" del 16/05/2007, voto del Dr. Negri; Jorge Mosset Iturraspe, Daño moral causado a personas privadas de conciencia o razón. Los padres como damnificados indirectos, JA 1992-IV-559/60 quien plantea la necesidad de dar una respuesta justa frente a situaciones gravísimas como la de los padres. Ver jurisprudencia que recepta favorablemente el rubro en casos análogos, entre otros: CNCivil sala K, del 28/02/1992 in re "Bustamente de Vázquez, M. e/ Blazquez, R.O; si daños", voto de la Dra. Estevez Brasa, en JA 1992-111-103; ídem sala C, in re "LL.E.M. y otros e/ Clínica Independencia Cía S.A. y otros; s/ daños del 17/9/1998, L 212609, en el cual se reconoció el daño moral a la madre de un menor totalmente incapacitado por la desatención durante el periodo preparatorio del parto; un precedente similar de la sala M, in re "A.,R.A. y otro e/Hospital Militar Central; si daños" del 5/6/2001, L 306225; y otro de la sala E, in re "M.M.R. y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires;s/ daños" del 24/2/2004, L 378271; ídem sala G, in re "R.P.O y otro c/ Centro Gallego de Buenos Aires; s/ daños" del 5/7/2000 donde se receptó favorablemente la indemnización por daño moral del esposo por la eliminación de las posibilidades procreativas de su cónyuge).

Esa misma postura es recogida por el Código Civil y Comercial en su art.

1741, que aún cuando resulta inaplicable a este ilícito, igualmente puede ser tomado como pauta orientativa doctrinaria a seguir. Dicha norma otorga legitimación a los ascendientes, descendientes, cónyuge o quienes reciban trato familiar ostensible a reclamar el daño moral si del hecho resulta la muerte de la víctima o "sufre una gran discapacidad".

No escapa a conocimiento de la suscripta el antecedente de esta Sala mencionado por el Dr. Kiper, in re "Bon, C.c/ Clínica y Maternidad Suizo Argentina; s/ daños" del 8/10/2003, expte. n° 356523 donde se rechazó el daño moral experimentado por los padres a raíz de una lesión discapacitante en un hijo, pero lo cierto es que en ese caso como el presente, los hechos difieren sustancialmente de aquellos en los cuales se aceptó su procedencia. Aquí estamos en presencia de una lesión que no reviste una gravedad del orden de las citadas precedentemente, prueba de ello es el porcentaje de incapacidad fijado por los peritos, y que demuestra que no provocó, ni provocará en el futuro situaciones de crisis familiar originada en ese evento.

En virtud de ello propongo al acuerdo acoger los agravios de la citada en garantía por el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa, revocar la sentencia apelada en este aspecto y rechazar esta la partida indemnizatoria.

IX.- Los actores reclaman la fijación de una multa civil en los términos del art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor a la C. B. SRL y la o. s. demandada. El Sr. Fiscal de Cámara en su dictamen de fs. 1685/1688 propició la desestimación del agravio vertido.

Sostienen que la gravedad del incumplimiento de la C. B. SRL ha sido ampliamente probada por haber recibido el niño un trato indigno en dicho establecimiento, que la institución ocultó su estado de coma alterando su historia clínica con el fin de evitar su responsabilidad.

Los daños punitivos fueron caracterizados como sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a las víctimas de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro. (Ramón Daniel Pizarro, "Daño Punitivo", en Derecho de Daños, Editorial La Rocca, Buenos aires, 1993, 1ª ed., segunda parte, páginas 291/92).

Se trata, en otras palabras, de un plus que se concede al perjudicado, que excede el monto de la indemnización que corresponde según la naturaleza y el alcance de los daños.

Los daños punitivos tienen entonces un propósito netamente sancionatorio, y revisten particular trascendencia en aquellos casos en los que el responsable causó el daño a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva superaría el valor que debería eventualmente desembolsar en concepto de indemnización de daños (Sebastián Picasso, "Los daños punitivos", en Picasso y Vázquez Ferreyra, "Ley de defensa del consumidor comentada y anotada ", Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999, 1ª ed., Tomo 1, 593/4).

Es en el Derecho del Consumidor donde por primera vez se consagra legislativamente la figura del "daño punitivo". A partir de la reforma de la ley 24.240 formulada por la ley 26.361, queda incorporado el artículo 52 bis que dispone: "Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus

obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b de esta ley".

Más allá del texto legal, no todo incumplimiento o ilícito civil llevará aparejada la imposición de una condena a pagar daños punitivos. Siempre se requerirá una conducta gravemente dolosa, una actitud absolutamente desaprensiva hacia los derechos del consumidor que amerite la imposición de una sanción, la que a su vez jugará un papel ejemplificador. Es que por su propia naturaleza los daños punitivos no buscan reparar el perjuicio causado al consumidor, sino imponer una sanción ejemplar al autor de la conducta antijurídica. Sanción que, para algunos, tiene el carácter de una multa civil, y para otros, de una típica sanción propia del Derecho Penal. De lo que no cabe duda es que no tiene naturaleza resarcitoria (Roberto Vázquez Ferreyra, "La naturaleza de los daños punitivos", en Revista de Derecho de Daños - 2011-2 Daño Punitivo, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, la ed., páginas 103/4).

En esta inteligencia, se ha afirmado que solo habrán de proceder frente a la existencia de daños graves ocasionados a consecuencia de un grave menosprecio por los derechos individuales o colectivos como así también en los casos en los que existen ilícitos lucrativos. En igual sentido la Dra. Kemelmajer de Carlucci ha sostenido que los punitive damages se conceden para sancionar al demandado por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable con el fin de disuadir o desanimar a acciones del mismo tipo (Graciela Lovece, De los daños punitivos a la sanción pecuniaria en el Proyecto de Código, La Ley del 2 de agosto de 2012, página 1).

Entiendo que, más allá de la criticada técnica legislativa utilizada en la redacción del artículo 52 bis de la ley de Defensa del Consumidor, el "daño punitivo", se revela como un instituto necesario a la hora de poner coto a las conductas ignorantes de los perjuicios que, en muchos casos, generan las grandes corporaciones, tanto a sus clientes como a quienes se constituyen en usuarios o se ven afectados por la utilización de los servicios que aquellas prestan.

Advierto que por medio del peritaje caligráfico de fs.1167/1178 no se logró establecer si la documentación acompañada ha sido trucada, compuesta y/o mutilada, dado que no se contó con el material original. Únicamente pudo establecerse que el sobreescrito de fs. 20 de los autos sobre diligencias preliminares fue incorporado a posteriori de la reproducción de la copia fotostática. Tampoco advierto del relato de los hechos que se hubiera otorgado un trato indigno al menor en el nosocomio de referencia.

En virtud de esto, juzgo que debe confirmarse el rechazo de la multa solicitada.

X.- Temeridad y malicia procesal En la sentencia apelada se rechazaron los planteos de temeridad y malicia procesal opuestos por los actores, la obra social y la C. B. SRL.

Esta sala ha sostenido reiteradamente que para que exista expresión de agravios no bastan manifestaciones imprecisas, genéricas, razonamientos totalizadores, remisiones, ni, por supuesto, el planteamiento de cuestiones ajenas.

Se exige legalmente que se indiquen, se patenten, se analicen parte por parte las consideraciones de la sentencia apelada. Ello no significa ingresar en un ámbito de pétrea conceptualización, ni de rigidez insalvable. En el fecundo cauce de la razonabilidad, y sin caer en un desvanecedor ritualismo de exigencias, deben indicarse los equívocos que se estiman configurados según el análisis -que debe hacerse- de la sentencia apelada (esta sala, 11/2013 "Gini, Marcela Alejandra c/ Ponce, Jorge Gustavo y otro s/ daños y perjuicios", L. 629.142; 20/5/2013, "Ávila, Gustavo José c/ Transporte Automotor Plaza SACI y otros s/ Daños y perjuicios" L. 616.334"; ídem, 8/2/2013, "Abraham, Christian Walter c/ Rodríguez, Diego Cristian y otros s/ Desalojo por vencimiento de contrato" L.

604.274; entre muchos otros).

En su escrito, los apelantes deben examinar los fundamentos de la sentencia y concretar los errores que a su juicio ella contiene, de los cuales derivan las quejas. Su función consiste en mantener el alcance concreto del recurso y fijar la materia de reexamen por el ad quem, dentro de la trama de las relaciones fácticas y jurídicas que constituye el ámbito del litigio.

Luego de analizar la pieza presentada por los recurrentes (ver fs. 1621 vta.), no puedo sino concluir que, en lo atinente al rechazo del planteo de temeridad y malicia, de ningún modo cumple con los requisitos de suficiencia técnica exigidos por los arts. 265 y 266 del Código Procesal, pues no dejan constituir un mero desacuerdo con lo decidido sin formular una crítica concreta y razonada de los fundamentos tenidos en cuenta por la magistrada de grado.

En efecto, se limitan a sostener que la sanción correspondía toda vez que se ha presentado en autos una historia clínica falsa. Sin embargo, no solo no aportaron fundamento alguno, sino que ni siquiera intentaron rebatir los argumentos expuestos por la juez de grado para arribar a su decisión.

En razón de ello, considero que las quejas ensayadas carecen de entidad para lograr el propósito que persiguen, ya que los apelantes no abordan, en el marco de su presentación de alzada, consideraciones de peso que desvirtúen las razones que desarrolla la colega de la anterior instancia para llegar al resultado plasmado en la sentencia.

Luego, propiciaré que se declare desierto este punto del recurso de apelación, y firme lo decidido en la sentencia en este punto.

XI.- El magistrado dispuso la aplicación de la tasa activa (conforme el plenario Samudio) desde la fecha del hecho producción del daño y hasta el efectivo pago, de lo que se agravia la C. B.SRL y solicita se aplique la tasa pura desde la mora hasta la fecha de sentencia de primera instancia.

Con criterio que comparto, se ha dicho que en el caso de una mala praxis médica, si la mora se produce en el mismo instante del acto médico desencadenante de los daños por los que prospera la pretensión, los intereses deben correr desde ese momento. Es que, aun frente a hipótesis de responsabilidad contractual, tratándose de una obligación incumplida en forma definitiva no es necesaria la previa intimación para constituir en mora. (cfr. CNCiv., 13/06/02, Sala "E", "López Beatriz Isabel e/Hospital Británico de Buenos Aires", eIDial - AE1AB2).

En igual sentido, la Sala que integro ha establecido que el punto de partida del cómputo de los intereses debe efectuarse desde el momento en que tuvo lugar el obrar antijurídico de los

demandados, si las consecuencias dañosas se produjeron en forma coetánea con el hecho ilícito motivo de la litis por la existencia de una mala praxis médica. (cfr. "Raso de Scibetta, Cristina Alicia el Aranovich, Fernando y o. si responsabilidades profesionales", del 03/04/01; "Taborda, Juan c/Fiorentino, Jorge s/ ordinario", del 08/11/04, entre otros).

Cabe decir que en el caso, la deuda de responsabilidad -cuyo incumplimiento constituye la fuente de los intereses -, es previa con relación a la promoción de la demanda y la resolución jurisdiccional que la reconoce, aun cuando su existencia y magnitud solo se aprecien en esa oportunidad.

Al ser así, las consecuencias dañosas sufridas por el actor se produjeron en forma coetánea con el hecho que motivó esta litis, por lo que el deber de resarcir nació a partir del momento en que tuvo lugar el obrar antijurídico de las demandadas. En consecuencia, los intereses se deben liquidar desde la fecha en que se produjo el daño.

Dispone el art. 768 del Código Civil y Comercial que: "Intereses moratorios. A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; e) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central".

En el caso, como sucede en todas las demandas de daños y perjuicios derivados de accidentes de tránsito, no hay una tasa acordada entre víctima y responsable, y tampoco una establecida por leyes especiales. Por ende, solo resta acudir a tasas fijadas en alguna reglamentación del Banco Central.

Por otro lado, el art. 771 prevé que el juez debe valorar "el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación". Esto significa que, en lo que aquí interesa, que desde el día del hecho el acreedor (víctima) se ha visto privado del capital al que tiene derecho, y que entonces se debe evaluar cuánto le hubiera costado el dinero si lo hubiera buscado en el mercado. Pero, además, la tasa debe ser importante, para evitar la indeseable consecuencia de que el deudor moroso especule o se vea beneficiado por la demora del litigio, en desmedro de la víctima.

Es sabido que la fijación judicial de intereses para las deudas en mora procura resarcir al acreedor por la demora en percibir su crédito y castigar al incumplidor, quien se apartó de los términos de la obligación asumida en origen.

La jurisprudencia ha resaltado el contenido disvalioso del incumplimiento y la necesidad de desalentarlo, conceptos que conviene recordar y tener presentes (véanse consideraciones de la mayoría en el caso "Samudio"). El orden jurídico requiere, como pauta general de conducta, que toda persona cumpla con las obligaciones que legítimamente asume y así lo ratifican las normas del CCCN.

Cuando se asigna a las deudas en mora una tasa menor a la que abonan - con arreglo a la ley, los reglamentos en vigencia y los pactos válidos- las personas que cumplen sus obligaciones con regularidad, se desplazan las consecuencias ya apuntadas de la morosidad hacia la sociedad y, en paralelo, se beneficia a los inemplidores. Lo dicho no obsta en absoluto a la garantía de los derechos del deudor, en particular cuando, en su calidad de consumidor, se haya visto sometido a abusos que las normas protectoras imponen reparar. Son cuestiones distintas que pueden tratarse de manera independiente (Drucaroff Aguiar, Alejandro, "Los intereses en

los contratos bancarios y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", RCCyC 2015 - agosto-, 162).

Esta Sala viene aplicando desde hace tiempo la tasa activa de interés, ya sea por aplicación del fallo plenario, ya por considerar que no había motivos para cambiarla por una tasa pasiva. Sin embargo, un nuevo examen de la cuestión permite advertir que la tasa activa que aplica este tribunal no compensa al acreedor, para quien el costo del dinero es mucho más alto.

Parece entonces que una tasa adecuada para estos casos sería la que surja de aplicar dos veces la tasa activa, pues su resultado refleja el costo del dinero en el mercado para muchos usuarios.

No puede dejar de mencionarse que el artículo 16° de la ley 25.065, de Tarjetas de Crédito, prevé que "el límite de los intereses compensatorios o financieros que el emisor aplique al titular no podrá superar en más del 25%" a la tasa que aplique a las operaciones de préstamos personales en moneda corriente para clientes. Este límite, que fue convalidado por la Corte Suprema ("Proconsumer c. Banco Itaú Buen Ayre S.A.s/ sumarísimo, del 17/05/2016, LA LEY 2016-13, 159) al no intervenir en el caso resuelto por la sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial (fallo del 20/04/2012, publicado en el mismo lugar), es mayor -por el momento- a la tasa que en esta decisión se establece.

La aplicación doble de la tasa activa de interés rige, como es sabido, a partir de 01/08/2015 y hasta el efectivo pago, dado que hasta esa fecha y desde la fecha del hecho, esta Sala entiende que debe aplicarse la doctrina del caso "Samudio", como se ha sostenido en numerosos precedentes ("Nieto, Rubén Esteban c/ Cajal, Saúl Guillermo y otros s/ Daños y perjuicios", Expte. 104.622/2011, del 12/06/2016; "Focaraccio, Georgina Vanesa y otros e/ Giménez, Ángel y otro si daños y perjuicios", Expte. 95.334/2013, del 10/08/2008; "Medina, Daniel e/ Fernández Prior, Jorge si daños y perjuicios",. Expte. 100.900/2013, del 15/07/2016, entre otros).

En ese orden de ideas, sin perjuicio de ser ese mi criterio, toda vez que únicamente se han expresado agravios para reducir la tasa de interés establecida, estimo razonable confirmar la sentencia apelada en este punto.

XII.- En cuanto al agravio relativo a la imposición de costas por su orden por el rechazo de la excepción falta de legitimación opuesta por la actora respecto del planteo de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil y la defensa de falta de legitimación para obrar interpuesta por la obra social, cabe destacar que conforme al art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el principio general es la imposición de las costas al vencido, y sólo puede eximirse de esa responsabilidad -si hay mérito para ello- mediante un pronunciamiento expreso acerca de dichas razones, bajo pena de nulidad (CSJN, in re "Organización Brandsen Asesores de Seguros S.A. ci Administración Federal de Ingresos Públicos - D.G.I.si impugnación de deuda" del 19/04/2011).

La directriz del vencimiento constituye la pauta reguladora de la imposición de costas, y si bien no es absoluta, admitiendo excepciones, lo cierto es que la facultad judicial de eximir al vencido, total o parcialmente, es de carácter excepcional y de interpretación restringida. El fundamento de la condena es el hecho objetivo de la derrota.

Ahora bien, advierto en este caso que ambas partes pudieron haberse creído con derecho a

efectuar las presentaciones correspondientes, por lo que ello justifica que las costas del rechazo de la excepción de falta de legitimación activa y del planteo de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil derogado, hubieran sido impuestas por su orden, criterio con el que coincido y habré de proponer al acuerdo.

Asimismo, propicio que las costas de alzada sean impuestas a las demandadas por resultar sustancialmente vencidas (art. 68 y 279 CPCCN).

XIII.- Por todo lo expuesto, de ser compartido mi criterio, propongo al Acuerdo de mis distinguidos colegas que se revoque la sentencia apelada en los siguientes aspectos: a.- en cuanto dispuso la extensión de la condena a la aseguradora en los términos del seguro contratado y de la franquicia estipulada, declarando la nulidad de sendas cláusulas y, b.- rechazando las partidas reclamadas por K. E. R. y P. D. G. en concepto de daños moral y patrimonial; se declare desierto el recurso de la parte actora respecto del rechazo del planteo de temeridad y malicia procesal y se modifique la decisión apelada y se eleve a la suma de \$2.000.000 el monto otorgado en concepto de incapacidad sobreviniente a favor de L. D. G.; a \$1.000.000 la suma otorgada por daño moral, comprensiva del daño estético, a \$800.000 los gastos de tratamientos y educación diferencial y se la confirme en todo lo demás que decide y ha sido objeto de apelación y agravios, con costas en los términos del considerando XI.

El Dr. Kiper y la Dra. Abreut de Begher, por las consideraciones expuestas por el Dr. Fajre, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe.

Buenos Aires, 12 de julio de 2019

Y VISTO: lo deliberado y las conclusiones establecidas en el acuerdo transcrito precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide:

I.- revocar la sentencia apelada en los siguientes aspectos: a.- en cuanto dispuso la extensión de la condena a la aseguradora en los términos del seguro contratado y de la franquicia estipulada, declarando la nulidad de sendas cláusulas, b.- rechazar las partidas reclamadas por K. E. R. y P. D. G. en concepto de daños moral y patrimonial; declarar desierto el recurso de la parte actora respecto del rechazo del planteo de temeridad y malicia procesal y modificar la decisión apelada para elevar a la suma de \$2.000.000 el monto otorgado en concepto de incapacidad sobreviniente a favor de L. D. G.; a \$1.000.000 la suma otorgada por daño moral, comprensiva del daño estético, a \$800.000 los gastos de tratamientos y educación diferencial y confirmarla en todo lo demás que decide y ha sido objeto de apelación y agravios, con costas en los términos del considerando XI. II.- En atención a lo dispuesto por el artículo 279 del Código Procesal, corresponde dejar sin efecto las regulaciones establecidas en la instancia de grado y fijar los honorarios de los profesionales intervinientes adecuándolos a este nuevo pronunciamiento.

En lo que se refiere a la base regulatoria, este Tribunal considera que, de conformidad con lo establecido por el art.19 de la ley 21.839, debe considerarse como monto del proceso a los fines arancelarios al capital de condena con más los intereses reclamados y reconocidos en la sentencia (autos "Prevención Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA c/Medina Juan José y otros s/cobro de sumas de dinero" del 27/09/11).

A tales efectos, se tendrá en cuenta el objeto de las presentes actuaciones y el interés

económicamente comprometido, naturaleza del proceso y su resultado, etapas procesales cumplidas, y el mérito de la labor profesional apreciada por su calidad, eficacia y extensión, considerando además lo dispuesto por los artículos 1, 6, 7, 9, 10, 19, 33, 37, 38 y conchs. de la ley 21.839 -t.o. ley 24.432-.

En consecuencia, regúlense los honorarios del Dr. Gustavo Alberto Grancharoff, letrado patrocinante y apoderado a partir de fs. 447 de la parte actora, en la suma de pesos.(\$.), por su actuación en las tres etapas del proceso.

Los de las Dras. Jimena Donatelli y Silvia Antonia Bevk letradas apoderadas de la Obra Social Conductores de Transporte Colectivo de pasajeros, en la suma de pesos.(\$.), en conjunto, por sus actuaciones en las tres etapas del proceso.

Los de los Dres. Andrea Verónica Plazibat y Mauro Raúl Blanco letrados apoderados de Clínica Boedo S.R.L., en la suma de pesos .(\$.), en conjunto, por sus actuaciones en las tres etapas del proceso.

Los de los Dres. Rafael Alejandro Acevedo y Martín Emiliano Agundez, letrados apoderados de El progreso Seguros S.A., en la suma de pesos. (\$., en conjunto, por sus actuaciones en las dos primeras etapas del proceso. Los del Dr. Hugo Nicolás Land letrado apoderado de la misma parte en la suma de pesos.(\$.), por su actuación en la audiencia de fs. 727.

Los de los Dres. Félix Marcelo Anguillesi, Mario Gabriel Jaciuk y Jonatan Emmanuel Rodríguez, letrados apoderados de Clínica Privada Independencia S.A., en la suma de pesos.(\$.), en conjunto, por sus actuaciones en la primera y segunda etapa del proceso.

Los de los Dres. Carlos Alfonso Lancioni y María Elena Acebo Zabala, letrados patrocinantes del síndico Miguel Ángel Loustau de Somos Pediatras S.A., en la suma de pesos. (\$.), en conjunto.

III. En cuanto a los honorarios de los peritos, se tendrá en consideración el monto del proceso conforme lo decidido precedentemente, la entidad de las cuestiones sometidas a sus dictámenes, mérito, calidad y extensión de las tareas, incidencia en la decisión final del litigio y proporcionalidad que debe guardar con los estipendios regulados a favor de los profesionales que actuaron durante toda la tramitación de la causa (art. 478 del CPCC).

Bajo tales pautas se fijan los emolumentos de los peritos médicos: neurólogo Dr. Jorge Gustavo Seifer, psiquiatra Dra. Alicia Susana Mallo, legista Dr. Jorge Arturo Fiorentino en la suma de pesos seiscientos mil (\$ 600.000), para cada uno de ellos. Los del perito contador Flavio Ramón Pignataro en la suma de pesos.(\$.). Los del perito consultor técnico de parte médico Dr. Pedro Martín San Juan en la suma de pesos.(\$.)

Respecto de la mediadora, Dra. Silvia Graciela Durán, este Tribunal entiende, que debe aplicar se la normativa vigente al momento de la regulación (cfr. autos "Brascon, Martha Grizet Clementina c. Almafuerie S.A. s/ds. y ps.", del 25/10/2013, Exp. 6618/2007, en igual sentido, "Olivera, Sabrina Victoria c/ Suárez, Matías Daniel y otro s/daños y perjuicios", del 1/03/2016, Exp. 9.288/2015, ambos de esta Sala).

En consecuencia, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Decreto 324/2019 y 1086/2019, Anexo I, art. 2º, inc. g) -según valor UHOM desde el 1/7/19-, se establece el honorario en la

suma de pesos .(\$.).

IV. Por la actuación cumplida ante esta alzada, que culminara con el dictado del presente pronunciamiento, los honorarios se regularán bajo las disposiciones de la ley 27.423 por ser la vigente al momento que se desarrolló la tarea profesional.

En razón de ello, se regulan los honorarios del Dr. Gustavo Alberto Grancharoff en la suma de pesos .(\$.), equivalente a la cantidad de .UMA. Los de la Dra. Jimena Donatelli en la suma de pesos.(\$.), equivalente a la cantidad de .UMA. Los del Dr. Rafael Alejandro Acevedo en la suma de pesos.(\$.), equivalente a la cantidad de . UMA.

Los del Dr. Félix Marcelo Anguillesi en la suma de pesos.(\$.), equivalente a la cantidad de .UMA. Los del Dr. Mauro Raúl Blanco en la suma de pesos .(\$.), equivalente a la cantidad de .UMA, (Art. 30, ley 27.423 y valor de UMA conforme Ac. 8/19 de la CSJN).

Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública, dependiente de la CSJN (Conf. AC. 15/13), notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

José Benito Fajre

Liliana Abreut de Begher

Claudio M. Kiper.