

Voces: DAÑOS Y PERJUICIOS - MALA PRAXIS - RESPONSABILIDAD MÉDICA - HISTORIA CLÍNICA - NEGLIGENCIA

Partes: C. N. E. c/ Hospital H. Cestino de Ensenada y otros | daños y perj.deriv.resp.por ejerc.prof.(sin resp.estado)

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata

Sala/Juzgado: II

Fecha: 3-mar-2020

Cita: MJ-JU-M-124978-AR | MJJ124978

Producto: MJ,SYD

Responsabilidad del médico anestesista que al aplicar la inyección peridural perforó la duramadre de la actora, sin haber valorado previamente el estado de nerviosismo de la misma y la falta de personal idóneo para secundarlo.

Sumario:

1.-Cabe confirmar el acogimiento de la demanda de mala praxis, pues la falta de previsión del médico anestesista frente a la falta de personal idóneo para colaborar en la práctica y ante el estado anímico y nervioso de la actora, conllevó una responsabilidad del mismo por la producción de la perforación de la duramadre de la paciente y los daños generados a partir de allí.

2.-Ha quedado corroborado que, por error u omisión, el galeno condenado no describió las anomalías sufridas durante la práctica en el protocolo anestésico primigenio, lo que sí realizó en anotación posterior, desprendiéndose así la ausencia en la primera anotación de datos fundamentales que están directamente relacionadas con las posibles causas que produjeron la perforación de la duramadre y el posterior paro cardíaco de la paciente

3.-No se halla acreditado que la paciente haya sido debidamente informada por el médico de las características de la práctica de la inyección peridural tal como se requiere, ni que el estado anímico, nervioso y de angustia de la internada se haya producido ante la supuesta pregunta del desconocido que colaboro o si fue anterior.

4.-La historia clínica es un elemento de prueba de capital importancia cuando se trata de emitir un juicio sobre la responsabilidad civil por mala praxis, resultando harto censurable que quien confecciona al margen de toda posibilidad de control del paciente, se aproveche de tal

circunstancia para escapar de una condena judicial, sea predisponiendo la información que más le favorece o tratando de tergiversar aquélla que lo incrimina.

En la ciudad de La Plata, a los tres días del mes de marzo de dos mil veinte, reunidos en acuerdo ordinario el señor Juez vocal de la Sala Segunda de la Excma. Cámara Segunda de Apelación, doctor Leandro Adrián Banegas, y el señor Presidente del Tribunal, doctor Francisco Agustín Hankovits, por integración de la misma (art. 36 de la Ley 5827) para dictar sentencia en la Causa 126310, caratulada: "C. N. E. C/HOSPITAL H.CESTINO DE ENSENADA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ.DERIV.RESP.POR EJERC.PROF.(SIN RESP.ESTADO)", se procedió a practicar el sorteo que prescriben los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, resultando del mismo que debía votar en primer término el doctor BANEGAS. La Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes cuestiones: 1a. ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 713/740 vta.? 2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BANEGAS DIJO:

I- La sentencia de primera instancia rechazó la demanda promovida por N. E. C. contra H. J. C. y R. L. A. e hizo lugar a la demanda promovida por N. E. C. contra M. A. P. y el FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (en su carácter de representante legal/titular del Hospital H. Cestino de Ensenada), condenando a estos demandados a abonar, dentro del plazo de diez (10) días de quedar firme el presente decisorio, la suma de Pesos XXX, con más los intereses desde el 18 de enero de 2004 hasta la fecha del decisorio calculados al 6% anual y desde allí y hasta el efectivo pago los intereses que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días denominada "Tasa Pasiva-Plazo Fijo Digital a 30 días", disponiendo, para el supuesto de que ésta no exista, la aplicación de la tasa pasiva del plazo fijo a 30 días; impuso las costas a los demandados que han resultado vencidos (art.68 CPCC) y difirió la regulación de honorarios para su oportunidad (fs. 713/740).

II- Contra esta forma de decidir interpusieron recurso de apelación Fiscalía de Estado (fs. 748) y el codemandado P. (fs. 749), los que concedidos libremente (fs. 750 y 756) fueron fundamentados en tiempo y forma en esta instancia (fs. 762/766 y 776/787 vta.); corrido el pertinente traslado (fs. 788/789), éste fue contestado por la actora (fs. 793/797 vta.). Luego, se llamó autos para sentencia (fs. 798).

III- La Fiscalía de Estado centra sus agravios en la indemnización otorgada, tanto en lo que hace a los rubros reconocidos como a la cuantía fijada en la sentencia de grado. Específicamente se queja de los gastos terapéuticos pasados y futuros, como de los gastos de traslado fijados. Respecto de los emolumentos terapéuticos pasados, alega contradicción en el razonamiento del a quo, pues por un lado advierte sobre la ausencia de prueba documental que los acredite y reconoce el derecho a los desembolsos de gastos pequeños como aquellos que solo pueden ocasionarse en los primeros tiempos de acaecido el evento dañoso y luego los cuantifica multiplicándolo por 15 años, dejando de lado el requisito de la prueba documental que analizara en el mismo considerando, definiendo asimismo excesiva y sin sustento probatorio alguno la cuantificación realizada. Sobre los gastos médicos futuros denuncia que la sentencia atacada por un lado evalúa la mejoría que la actora tuvo a lo largo del proceso y a la hora de valorar el rubro admite el daño físico como consolidado pese a que los peritos efectuaron la evaluación en el año 2015, sin certeza que las dolencias perduren en igual grado luego de transcurridos 4 años de la experticia. Se queja asimismo que a ese rubro se le fije una tasa fija del 6% anual de interés, lo que no resulta - a su entender- aplicable a este

apartado. Del mismo modo entiende elevada la suma otorgada. Destaca que la magistrada de grado no efectuó una cuidadosa determinación del momento de producción de cada detrimento, y por ello el interés debe ser fijado desde la fecha de sentencia y no desde la producción del daño. Se disconforma de la procedencia del lucro cesante y la pérdida de chance fijada toda vez que el monto total de condena incluye ambos sin distinción alguna, cuando las diferencias de lo que se resarce en uno y otro supuesto ameritan valoraciones y cuantificaciones distintas, como así también distinto punto de arranque de los intereses. Se duele de la indemnización fijada en concepto de daño moral, por considerarlo excesivo y que no se ajusta a la prueba producida en autos. Finalmente se queja de los intereses ordenados por el a quo, toda vez que para ello es necesario que en la oportunidad de establecer su cómputo se efectúe una cuidadosa determinación del momento de producción de cada detrimento. Ello así, por cuanto solo una vez producido cada débito resarcitorio surge la obligación de indemnizarlo y, consecuentemente, la eventualidad de la demora en el cumplimiento de la condena. Refiere en consecuencia que los intereses no pueden ser computados sino desde la fecha que fija la sentencia que los reconoce como tal para el pago de la indemnización, ya que esta es una consecuencia lógica del carácter futuro del perjuicio y que no deja de ser así por el hecho de que se lo valore y cuantifique anticipadamente al dictarse el fallo y de la naturaleza moratoria que tiene dicho accesorio. Por su parte, el codemandado M. A. P. se agravia por considerar que la sentencia que lo condena efectúa un absurdo, erróneo y arbitrario examen de los elementos probatorios producidos en la causa. Alega que no se respetó la opinión médica calificada y con incumbencia específica emanada de las pericias, de las que se evidencian el correcto accionar del galeno apelante. Denuncia que la sentenciante ha basado el decisorio en apreciaciones personales y subjetivas derivadas de la experticia llevada a cabo en sede penal. Destaca que si advirtió contradicciones entre ésta y las pericias médicas efectuadas en los presentes actuados debió fundar debidamente los motivos del apartamiento de la prueba producida en sede civil, y asegura que los dictámenes médicos vinculados al caso de autos (en sede penal y en estas actuaciones) no sostienen la construcción del decisorio el que solo obedece a una interpretación parcializada y tendenciosa de esa prueba. Arguye que, so pretexto que "la terminología médica empleada en las distintas experticias de autos, sumado a la gran cantidad de preguntas y a las escuetas respuestas brindadas en algunos ítems importantes, infinidad de remisiones a puntos periciales no han colaborado para echar luz a la problemática de autos", soslaya sus claras conclusiones. Destaca que en ningún pasaje de ninguna de las pericias practicadas se ha determinado que la anestesia peridural no ha sido la adecuada en tal contexto. Insiste en que el juzgamiento correcto del accionar en una profesión del arte de curar como es la medicina, jamás puede hacerse partiendo de la base del resultado final, dado que resulta una obligación de medios y no de resultado. En definitiva, denuncia violación de los arts. 384 y 474 CPCC por la absurda valoración de la prueba pericial rendida. Se duele asimismo de la calificación de su conducta en sede penal, destacando que allí el Agente Fiscal no consideró que el Dr. M. A. P. haya obrado con negligencia en su arte y consideró irreprochable en el ámbito penal su conducta, lo que no ha sido considerado por el a quo. Insiste en que no correspondía al galeno demandado la carga de acreditar los movimientos involuntarios de la paciente durante el acto anestésico, toda vez que ello surge probado conforme lo determinado por la historia clínica, que -como se sabe- se trata de un instrumento público, destacando que no ha sido cuestionada por la actora ni redargüida de falsa. Concluye que no se encuentra probada la relación causal entre el acto médico y sus enarboladas disvaliosas consecuencias. Asimismo, se duele del quantum indemnizatorio, adhiriendo al respecto a los agravios esgrimidos por Fiscalía de Estado, agregando su queja a la fijación de los rubros a valores actuales, por encubrir una actualización expresamente prohibida como así un quiebre de toda norma de razonabilidad. Destaca al respecto que no se justifica la demora de 15 años en el trámite de primera instancia

y ese aletargamiento en el procedimiento no debe imputársele.

IV - Habiendo entrado en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, desde el 1 de agosto del año 2015 - art. 7, ley 26.994, conf. art. 1 ley 27077 -, habrá que aclarar si corresponde juzgar este litigio con el marco legal con el cual nació -el Código Civil anterior- o con el nuevo. Tal disquisición deberá disiparse desde lo dispuesto por el art. 7 de la ley ahora en vigor, el cual señala que "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

Como refiere Aida Kemelmajer de Carlucci, en lo que respecta al derecho de daños, éstos se deben dirimir acorde el contexto en el que acontecieron, lo que nos conduce a aplicar las disposiciones anteriores. Doctrina y jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso. Las discrepancias pueden ocasionarse en torno a qué son los elementos constitutivos y qué consecuencias de ese ilícito, pues la nueva ley rige a las consecuencias que no se encuentran consumadas al momento de la entrada en vigencia (autora citada, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, p ágs. 100 a 104, 158 y 159). Sin embargo, el caso de autos atañe a un hecho originado y consumado durante la vigencia de la ley anterior - la operación de fecha 18 de enero de 2004 y sus consecuencias - lo que sella, al igual que lo determinado en la instancia de origen, la aplicación de las disposiciones vigentes a aquella época (arts. 3, CC; 7 y conc., CCCN ley 26.994; doct. esta Sala, causa 118.724, sent. del 27-VIII-2015; 124.349, sent. del 19-II-2019, entre otras, entre muchas otras; ob. cit. pág. 63). Empero, aun cuando el hecho dañoso se consumó durante la vigencia de la norma referida, no así las consecuencias que de él derivan. Por ello, se impone diferenciar la existencia del daño de su cuantificación. Como reseña Aída Kemelmajer de Carlucci, la segunda de estas operaciones debe realizarse acorde la ley vigente al momento en que la sentencia fija su extensión o medida (autora citada, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", segunda parte, Editorial RubinzalCulzoni Editores, pág. 234). Este deviene un criterio ya compartido también por la jurisprudencia. Así se ha expresado que: "El art. 1746 del Código Civil y Comercial es aplicable a una acción de daños intentada antes de su entrada en vigencia, en tanto la norma no se refiere a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino sólo a las consecuencias de ella (art.7, CCyC), máxime cuando la regla no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, sino que únicamente sienta una pauta para su liquidación" (Cám. Nac. de Apel. en lo Civil, sala A, in re: "A. A. R. c. G. A. M. s/ daños y perjuicios", sent. del 28/10/2015, publicado en: RCCyC 2016 (abril), 150; RCyS 2016-VII, 155, cita online: AR/JUR/63674/2015). Por lo tanto, al tratar los rubros cuyos montos debaten los recurrentes -para el caso de confirmarse la condena de causalidad-, se acudirá a los artículos pertinentes del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (conf. esta Sala, causas 121.394 sent. del 1/6/2017, 126110 sent. del 25 /11/2019 e.o). V- A fin de mantener un orden metodológico en el desarrollo del recurso, he de abordar primeramente el agravio del médico anestesista demandado por la responsabilidad que le endilga la sentencia de grado. Centra su queja en la absurda valoración de la prueba que, según su visión, efectúa el a quo. Específicamente sobre las pericias practicadas y sobre la estimación del valor probatorio de la historia clínica y de la resolución en sede penal, la que descarta su responsabilidad. Pues bien, el ahora recurrente en su conteste de la demanda iniciada por N.

E. C. por mala praxis médica contra los galenos actuantes y el Hospital Ensenada (fs. 14/30, ampliada a fs. 249/254), alega la inexistencia de nexo causal entre su actuar profesional y los daños denunciados, revelando en esa presentación que durante la práctica médica efectuada a la actora y ante la falta de personal hospitalario, recibió la ayuda o colaboración de una persona desconocida (v. esp. fs. 86 vta.3° párrafo); reconoce asimismo que constató la perforación de la duramadre de la doliente durante la inyección de anestésico en la zona espinal, atribuyendo tal circunstancia a movimientos involuntarios de la internada a raíz de su estado emocional, evidenciando que no pudieron ser contenidos por el auxiliar desconocido mencionado anteriormente (v. esp. fs. 86 vta. y 87). Por su parte, de la historia clínica agregada como anexo documental de la causa penal a fs. 1/110 y en estas actuaciones a fs. 142/248, se desprende que el mismo galeno consignó sobre la práctica quirúrgica: "Paciente que es traída al quirófano con el diagnóstico de feto muerto para ser sometida a operación de cesárea . inmediatamente después de efectuada dicha anestesia según técnica, la paciente presenta un cuadro de bradicardia extrema e hipotensión". En esta primera anotación no hace mención a circunstancia alguna que haya dificultado o interrumpido el normal desarrollo de la inyección anestésica. Luego, en una nota posterior consigna: "visto y considerando que en protocolo de anestesiología faltan datos con respecto a la práctica . debo agregar, que mientras estaba efectuando la inyección del anestésico en el espacio peridural, la persona que me asiste (a quien no conozco) le efectúa una pregunta a la paciente ¿Cómo se llamará el bebe? La respuesta de la paciente es un llanto, ya que la cesárea se efectuaba por tener dicha enferma un feto muerto. Luego de esto, por movimientos involuntarios de la misma, sospecho y constato perforación de la duramadre, por lo que retiro la aguja con suspensión de la anestesia. Inmediatamente el paciente pierde conocimiento.". Es en este apunte posterior en donde hace por primera vez referencia a la afectación de la duramadre y a los movimientos involuntarios de la paciente, incidente que no había volcado en su anterior pormenor. He de destacar asimismo que no hizo referencia ni circunstanció sobre la razón por la que no volcó una información de tal importancia en el protocolo anestésico primigenio. No resulta ocioso destacar que el formulario referido y agregado como prueba documental se produjo con fecha 18/01/04, consignando las características de la operación y refiriendo que la anestesia peridural se efectuó "según técnica" (fs. 47 vta) y que luego, en la misma foja del instrumento, el Doctor López Aguilar asienta la práctica de la cesárea. A posteriori de esas anotaciones, y sin que se encuentre debidamente fechado, el anesthesiólogo amplía el detalle de la operación y refiere contingencias que no fueron señaladas en su primer informe. Luego, la próxima anotación en la historia clínica es del 23/01/04 (5 días después de la operación) por lo que no existe certeza -entre el 18 y el 23 de enero- de la fecha exacta en la que se realizó la segunda de las anotaciones del anestesista en la historia clínica. Insisto que no se halla justificada ni referida la razón porque el doctor P. no volcó en su primer informe todas las características e incidentes sufridos en la práctica anestésica, máxime teniendo en cuenta la gravedad de lo sucedido.

Las anomalías referidas son puestas de resalto por el experto médico legista actuante en sede penal -Doctor Antonino Gallese- quien en la pericia practicada en ese fueron consigna que "Las diferencias entre Fs. 47 vta. (HC) y Fs. 48 (HC) radica en que la primera no se refiere a la punción traumática de la duramadre, no se refiere el uso de adrenalina, no se refiere el masaje cardíaco externo: lo descripto en Fs. 48 traduce mayor gravedad que lo de Fs. 47 vta" (fs.79/87 IPP 212.390 que tengo a la vista). En la misma experticia, el auxiliar señala que "en el caso de autos y según se refiere en la extensión del protocolo anestésico Fs. 48, luego de ubicado el bisel de la aguja de anestesia peridural en el espacio epidural y en circunstancias en que se estaba inyectando el agente anestésico se produjo una perforación de la duramadre ´por movimientos involuntarios de la paciente´ que llevó a la ´suspensión de anestesia´. Por

protocolo de Fs. 47 se inyectaron 17cc de Bupivacaína 0,5%" (v. esp. fs. 86 vta. pericia referida). A su turno, el anestesista demandado en su absolución de posiciones reconoce que la actora no se encontraba tranquila al momento de realizar el suministro de la anestesia peridural (fs. 361/363 vta. respuesta a posición QUINTA). Ahora bien, más allá de las anomalías detectadas en la historia clínica que ya fueron señaladas, evidencio de las probanzas y manifestaciones referenciadas que se hallan acreditadas tres circunstancias relevantes para el desarrollo del recurso: 1) las alteraciones en el estado anímico y nervioso de la paciente al momento de la realización de la práctica anestésica, 2) que el anestesista contó con la colaboración de una persona desconocida ante la falta de personal hospitalario y 3) que durante la inyección de anestesia peridural se produjo la perforación de la duramadre de la paciente (art. 384 CPCC, 474 CPCC). Todo ello se desprende tanto de las probanzas referidas como de las manifestaciones del mismo accionado en su contestación de demanda y sus propias anotaciones en la historia clínica (fs. 14/30, 142/248, 294/254, 361/363 vta. de estas actuaciones; 79/84 y 1/110 de documental IPP). Sin embargo, se encuentra discutida la responsabilidad del anestesista por la elección de la técnica empleada (peridural). A los fines de dar una respuesta a este cuestionamiento, habrá que estarse a las pericias producidas en esta causa y en las actuaciones ante el fuero penal, las que serán analizadas de modo integral y conjunto, tal como lo requiere el demandado en sus agravios (arts. 384, 474, CPCC.). Es que los informes producidos en sede penal por el perito médico forense (Dr. Antonio Gallese, fs. 79/87 de IPP referenciada) y en estas actuaciones por los expertos anestesiólogo (Dr. Eduardo Guillermo Featherston, fs. 426/429 y 570/578), en psiquiatría (Dra. Mirian Diana Pellegrino, fs. 438/444), en obstetricia (Dra. Marcela Calcopietro, fs. 448/51), médico legista (Dra. Rosa Viviana Morimanno, fs. 486/492, fs. 554/562 y fs. 621) y médico forense (Dres. Juan José Granillo Fernández y Rubén Alejandro Neme, fs. 544/545 vta.) guardan una estrecha relación al punto de resultar complementarias, lo que conlleva a analizárselas en conjunto para la determinación de la responsabilidad del médico anestesista. En este punto, resulta necesario precisar -ante las críticas y quejas esgrimidas por el apelante al respecto- que los dictámenes periciales deben valorarse de conformidad a las reglas de la sana crítica y con sujeción a las normas de aplicación al caso (SCBA, B 50984, sent. del 4-VII-1995, "Acuerdos y Sentencias" 1995-II-810; SCBA, B 52359, sent. del 14-XI-2007) y que incluso, al sopesar las experticias los jueces ejercen facultades propias, no teniendo sus conclusiones eficacia vinculante (SCBA, Ac. 38915, sent. del 26-IV-1988, "La Ley" 1988-D-100, "Acuerdos y sentencias" 1988-I-720, D.J.B.A. 1988-134, 345; SCBA, Ac 49735, sent. del 26-X-1993; Ac 56166, sent. del 5-VII-1996; Ac. 61475, sent. del 3-III-1998). En el mismo aspecto, conforme ha resuelto esta Sala, las reglas de la sana crítica indican que para el desplazamiento de la pericia suficientemente fundada, es necesario oponer argumentos científicos que pongan en duda su eficacia probatoria. Las meras opiniones en contrario, sin esgrimir razones científicas fundadas, son insuficientes para provocar el apartamiento de las conclusiones vertidas por quien es experto en un área de la ciencia o técnica (art. 474 del C.P.C.C.; esta Sala, causas 109.550, sent. del 22-7-2008; 115.940, sent. del 30-VI-2015, RSD 83/2015; 118.339, sent. del 2-VII-2015, RSD 88/2015, entre muchas otras). Por ello, no es de recibo el argumento del agraviado en cuanto que el a quo basó su decisorio en apreciaciones personales sin sustento técnico, toda vez que luce de la sentencia atacada que ésta se apoya en los dictámenes técnicos producidos. Ahora bien, adentrándome en el minucioso análisis de las experticias, evidencio que el perito médico legista designado en causa penal, Doctor Antonio Gallese, detalla las contraindicaciones principales a la práctica de la inyección de anestesia peridural: "Son las que incluyen patología del sistema nervioso central. También los pacientes con sepsis tienen mal pronóstico. Si el paciente tiene un trastorno dermatológico en la zona lumbar, especialmente infeccioso o supurativo, no es conveniente practicar punciones que podrían introducir infección en el espacio peridural o subaracnoideo. No se aconsejan ambas técnicas

en pacientes con hemorragia o shock; en pacientes que no colaboran; los que tienen laminectomía previa (cirugía de columna vertebral que altera su anatomía y dificulta así la técnica para hallar el espacio peridural); y defectos de coagulación" (IPP 212390/04 que tengo a la vista, fs. 79/87). Luego, agrega que "cada anestesia es única e irreplicable; su elección por el profesional anestesista resulta de una combinación de múltiples factores (técnicos, humanos, circunstancias de tiempo y lugar, etc), entre los cuales se podrían mencionar: a) el paciente y su patología; su estado clínico, su medio interno, su estado síquico y emocional. b) El tipo de cirugía a realizar. c) el equipo quirúrgico que realizará la intervención. d) el medio donde se realiza, en cuanto a la existencia de aparatología, variedad de productos farmacológicos y complejidad. e) la evaluación y visita preanestésica (aporta datos relacionados al punto a)" y que "Se debe tener en cuenta que en todas las anestésicas regionales o locales es necesaria la colaboración del paciente para realizarlas, por lo que los pacientes deben estar informados y preparados física y emocionalmente para brindar esa colaboración en un ambiente quirúrgico" (fs. 79/87 causa penal referida, respuesta a punto de pericia n° 5). Concluye el mencionado experto que "La anestesia peridural suele ser una adecuada elección para éste tipo de cirugía", "La anestesia peridural realizada meticulosamente y con prudencia resulta ser la técnica ideal para cesáreas; sería la técnica de elección siempre y cuando no existan contraindicaciones a su empleo" (fs. 79/87 causa penal referida, respuesta a punto de pericia n° 5).

Por su parte, preguntado el perito anesthesiologo -Dr. Eduardo Guillermo Featherston- si de acuerdo al tipo de cirugía fue correcta la elección de anestesia peridural responde "Si" (respuesta 1). Como contraindicaciones marcó la "infección de en el sitio a realizar la punción, paciente anticoagulado, o con alteraciones severas de la hemostasia, o negativa del paciente al procedimiento indicado" (respuesta 1, fs. 426/429 y 570/578). En la ampliación de su informe y contestación de observaciones efectuadas por las partes refiere que "con los cuadros obrantes hasta aquí, es opinión del perito, que la paciente C. N. se encontraba en condiciones de ser intervenida de una operación cesárea por feto muerto, bajo los efectos de un bloqueo anestésico central (peridural o subaracnoideo) sin inconvenientes, a pesar de estar cursando un cuadro compatible con una infección, bacteriemia, o síndrome de reacción inflamatoria sistémica (SRIS), generado por el feto muerto, cuya extracción estaba indicada", "Nada contrariaría un bloqueo" (v. esp. fs. 576 primer y segundo párrafo) y que "Es habitual que el paciente que ingresa al quirófano se encuentre ansioso, más en un caso como el de autos, cesárea por feto muerto, pero con una explicación adecuada acerca de los beneficios de la técnica y la contención necesaria es factible realizar un bloqueo sin complicaciones" (fs. 570/578). Mientras que la perito obstetra no aporta datos de interés para dilucidar la responsabilidad del médico anestesista, la experticia médico legista efectuada por la Dra. Rosa Viviana Morimano (fs. 486/492, fs. 554/562 y fs. 621) dictamina que "lo actuado es lo que corresponde" (punto I actora) y agrega, preguntada si la presencia de sepsis materna configura una contraindicación para el suministro de anestesia peridural, "La sepsis es una contraindicación absoluta" (punto 1 amplia pericia fs. 254). Asimismo, afirma que las lesiones que presenta la actora no se corresponden con el suministro inadecuado de la anestesia peridural (punto 6 amplia pericia fs. 254). Agrega, preguntada para que informe si resulta acertado el suministro de anestesia peridural en un paciente que atraviesa una crisis nerviosa, que "no se aconseja esta técnica en pacientes que no colaboran, salvo que el cuadro emocional se haya instalado durante la práctica" (punto 8 amplia pericia fs. 254) y que "Aparentemente hubo perforación de la duramadre por movimientos involuntarios de la paciente que llevó a la suspensión de la anestesia" (punto 13 amplia pericia fs. 254). Concluye que "Se aplicó la técnica adecuada. Lo ocurrido fue imprevisible" y que "La conducta médica adoptada fue la correcta a tenor del examen físico y los protocolos de anestesia" dado que "A

tenor de la documental de fs. 48 no surge que el inicio de la práctica médica de anestesia haya sido en una paciente con hiperexcitabilidad nerviosa" y "la sepsis no fue corroborada antes del acto quirúrgico". Colige asimismo que "No se aconseja esta técnica en pacientes que no colaboran, salvo que el cuadro emocional se haya instalado durante la práctica" (punto 8 observaciones). Finalmente, la pericia médico forense de fs. 544/445 vta. no arroja detalle ni informe sobre la oportunidad, conveniencia y práctica del anestesista.

De todo lo expuesto, en función a que los dictámenes técnicos han de valorarse conforme las reglas de la sana crítica y las circunstancias del caso, concluyo que los expertos en su conjunto determinan una serie de contraindicaciones para llevar a cabo la práctica de anestesia peridural dentro de las que se encuentran el estado nervioso o falta de colaboración del paciente y la necesidad de contar para su debida ejecución con el auxilio o colaboración de personal idóneo. Asimismo y conforme el mismo análisis, evidencio que el cumplimiento de estos dos requisitos no se han acreditado en la causa (art. 384, 474 CPCC). Muy por el contrario, es el mismo galeno demandado quien en su conteste y anotaciones en historia clínica denunció haber contado con la colaboración de la una persona extraña a la que no conocía, lo que configura - según los dictámenes médicos efectuados en autos - una contraindicación absoluta para efectuar ese tipo de anestesia. Del mismo modo, no se halla acreditado que la paciente haya sido debidamente informada por el médico de las características de la práctica tal como se requiere, ni que el estado anímico, nervioso y de angustia de la internada se haya producido ante la supuesta pregunta del desconocido que colaboro o si fue anterior (art.384, 474 CPCC). Vale aclarar que las experticias en las que el quejoso basa sus agravios, nada dicen sobre un punto fundamental que -según lo argumenta el propio demandado- fue una de las causas de la perforación de la duramadre, esto es, la colaboración en la práctica de una persona desconocida. Dicho de otro modo, omiten meritar o mencionar al incumplimiento de este requisito para la realización de ese tipo de práctica anestésica (art. 384, 474 CPCC). Insisto que estas conclusiones se extraen del análisis de la totalidad de las experticias médicas de las distintas especialidades las que, analizadas en conjunto con la restante prueba producida en autos y las mismas manifestaciones de la parte condenada, forman la convicción de que el Doctor P. no dio cumplimiento a los requisitos previos necesarios para la práctica médica de inyección de anestesia peridural. Es por ello que no es de recibo la posición del recurrente en cuanto las pericias en sede civil le dan la razón en su queja, ni que el análisis efectuado por el a quo se basa en consideraciones personales y subjetivas. Nótese que cuando los peritos refieren a una técnica adecuada y correcta para la realización de la cesárea, lo hacen en términos vagos y genéricos, no vinculándolo técnicamente con el caso ni la práctica concreta (art. 474 CPCC). Más aún, cuando los expertos hacen alusión del supuesto en análisis dicen que se trató de una práctica adecuada, pero omiten referenciar las incidencias que se sucedieron, los posibles motivos que lo desencadenaron y las consecuencias que estas anomalías pudieron haber generado. Solo la Doctora Morimanno calificó el suceso como "imprevisible" pero sin basar científica ni documentalente esa vaga afirmación. Contrariamente, no hacen mención en sus dictámenes o bien no explican las consecuencias que se derivan ante la falta de personal idóneo para la colaboración en la práctica de inyección peridural y disminuyen o desconocen el estado de ánimo de la paciente, sin un basamento o fundamentación técnica alguna.

Nótese al respecto que el perito anesthesiologo califica el estado de ánimo de la actora como algo "normal", mientras que la experta médico legista refiere que del protocolo anestésico "no surge que el inicio de la práctica médica de anestesia haya sido en una paciente con hiperexcitabilidad nerviosa". Ello a pesar de que de la primera de las anotaciones del anestesista en la historia clínica ni quiera surge la complicación que luego el mismo

demandado reconoce. Es decir, que de la historia clínica no surge el estado nervioso de la paciente, como tampoco las anomalías posteriores, las que fueron consignadas en anotación aparte sin fecha cierta (art. 384, 474 CPCC). En síntesis, colijo que las afirmaciones referidas en el punto en tratamiento resultan dogmáticas y sin sustento científico, por lo cual en la apreciación conjunta de esos dictámenes no logran conmover la resolución adoptada por el a quo (art. 384, 474 CPCC). Por ello, es mi convicción que la falta de previsión del médico anestesista frente a la falta de personal idóneo para colaborar en la práctica y ante el estado anímico de la actora, conlleva una responsabilidad del mismo por la producción de la perforación de la duramadre de la paciente y los daños generados a partir de allí (arts. 384, 474, CPCC.). En síntesis, en virtud de todo lo antes expuesto, la objeción destinada a revertir la condena del codemandado P. no es de recibo, por lo que ha de confirmarse la sentencia de grado en este punto (arts.519, 520, 902, CC.; 384, 474, CPCC.).

VI- El galeno apelante se duele en sus agravios de la absurda valoración de la prueba efectuada por el a quo. Si bien esta queja guarda estrecha relación con lo desarrollado a la hora de determinar la responsabilidad del anestesista demandado, no resulta ocioso abordar cada una de las pruebas producidas y su valor probatorio. VI. 1- Historia Clínica Nuestro máximo Tribunal Provincial tiene dicho que "La historia clínica es un elemento de prueba de capital importancia cuando se trata de emitir un juicio sobre la responsabilidad civil por mala praxis, resultando harto censurable que quien confecciona al margen de toda posibilidad de control del paciente, se aproveche de tal circunstancia para escapar de una condena judicial, sea predisponiendo la información que más le favorece o tratando de tergiversar aquélla que lo incrimina" (SCBA causas LP 122865 S 4/12/2019, voto del Juez Pettigiani (SD), LP C 98597 S7/4/2009 Juez Genoud (SD), LP Ac 89345 S 12/4/2006 Juez Roncoroni (SD). De ello se desprende que la completitud y exactitud de los datos allí consignados constituyen presupuestos indispensables de su funcionalidad, desde que -salvo situaciones excepcionales que así lo justifiquen- ha de estarse a lo que surge de la misma. Modo contrario perdería su verdadera razón de ser si cada uno de los registros allí volcados requirieran de continua comprobación por parte de los sucesivos intervinientes. Se trata en definitiva de un instrumento que vuelca relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales y familiares, como actuales, relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad actual (conf. SCBA Ac. 81.491, sent. del 16-7- 2003; C. 98.597, sent. del 7-4-2009) y constituye -antes que una mera formalidad administrativa o aún de un medio de preconstitución de prueba frente a una eventual y futura controversia- una herramienta indispensable para el adecuado y eficaz desarrollo de la prestación sanitaria. De allí que se haya puesto de relieve su inocultable relevancia para el diagnóstico, tratamiento, pronóstico y epidemiología, circunstancias que exigen que su confección refleje una información clara y precisa, completa y metódicamente realizada (C. 48.759, sent. del 3-11-1992). Reparando en la dinámica de tracto sucesivo de la prestación médica y admitido su carácter de continuidad, este documento posee un indudable rol instrumental respecto de la prestación de asistencia médica. "Su importancia viene dada porque asegura una adecuada prestación de servicios, sirviendo como guía a los profesionales intervinientes" (Vázquez Ferreyra, Roberto, "La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica", LL 1996-B, 807). En esta línea se ha resuelto que las anotaciones que los profesionales médicos hacen en la historia clínica no son tareas administrativas sino de índole profesional que deben ser realizadas con rigor y precisión, pues de ello depende el correcto seguimiento de la evolución del paciente, que es atendido por diversos profesionales que adecuan su tarea a la evolución consignada (C.N.Civ., sala I, 19-II-1997, "L. L., H. O. c. Municipalidad de Buenos Aires - Hospital Parmenio Piñero y otros", LL 1998-C, 36). En el caso en debate ha quedado corroborado que, por error u omisión, el galeno condenado no describe las anomalías

sufridas durante la práctica en el protocolo anestésico primigenio, lo que sí realiza en anotación posterior. Se desprende entonces la ausencia en la primera anotación de datos fundamentales que están directamente relacionadas con las posibles causas que produjeron la perforación de la duramadre y el posterior paro cardíaco de la paciente, lo que no debe pasarse por alto y mucho menos ser utilizado en favor de la posición del quejoso. Más aún, la contestación de la demanda del Doctor P. se basa en las constancias de ese instrumento. Por todo lo expuesto concluyo que el análisis y la valoración efectuada por el a quo de la historia clínica obrante en autos no se evidencia absurda, injustificada, o carente de coherencia, por lo que no cabe hacer lugar a los agravios del apelante en este punto (art. 384, 474 CPCC). VI.2 - Pericias Para los casos de mala praxis médica como la esgrimida en el presente, la pericia "es necesaria por la frecuente complejidad técnica, artística o científica de las circunstancias, causas y efectos de los hechos que constituyen el presupuesto necesario para la aplicación, por el juez, de las normas jurídicas que regulan la cuestión debatida o simplemente planteada en el proceso, que impide su adecuada comprensión por éste, sin el auxilio de esos expertos, que hacen aconsejable ese auxilio calificado, para una mejor seguridad y mayor confianza social en la certeza de la decisión judicial que se adopte" (Hernando Devis Echandía, "Teoría General de la Prueba Judicial", Ed. Víctor P. De Zavalía, Bs.As. 1976, Tº II, pág. 293). Específicamente, ha resuelto la SCBA que "así como la aceptación de las conclusiones no supone la declinación de sus facultades, el apartamiento del Juez frente al dictamen pericial no es más que otra alternativa legal autorizada por el art. 474 del Código Procesal Civil y Comercial; y del mismo modo, así como el dictamen pericial no es imperativo ni obligatorio, pues ello convertiría al perito - auxiliar del juez - en autoridad decisoria dentro del proceso, la obligatoriedad de dar razones suficientes para evitar que el apartamiento represente el ejercicio de su sola voluntad, constituye para el juzgador el límite a su ejercicio de ponderación de la prueba" (SCBA Ac. 71.624, sent. del 15-3-2000; Ac. 93.078, sent. del 6-9-2006, LP C 98113 S 20/802008, juez Kogan SD). De lo expuesto, y de conformidad con lo desarrollado en el punto anterior al que me remito en razón de celeridad, concluyo que la sentencia de grado efectúa un análisis justificado de las pericias practicadas, no resultando de la lectura de la sentencia arbitrariedad ni absurdo en su apreciación (art. 384, 474 CPCC). VI. 3 - Carga de la prueba Debe tenerse presente que debatida la responsabilidad médica, lo que se pone en manos del profesional no es tener que demostrar su actuar diligente, sino que ante lo incompleto de la historia clínica debe aportar al proceso los datos faltantes de la misma y que, habiendo sido él quien tuvo a cargo el tratamiento del paciente, al no ser arrimados al proceso, crean en su contra una presunción de verdad sobre su conducta antiprofesional, con sustracción del deber de obrar "con prudencia y pleno conocimiento de las cosas" (art. 902, Cód. Civ.), que a él le corresponde desvirtuar (Conf. voto del Dr. Pettigiani en causa C. 97.750, "B., R. W.", sent. de 16-7I-2014). En términos similares nuestro máximo Tribunal Provincial tiene dicho que "la mayoría de los casos en que se juzga la responsabilidad profesional del médico se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, por lo que cobra fundamental importancia el concepto de la carga dinámica de la prueba o prueba compartida que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo" (conf. doctrina SCBA causas C. 116.663, "Camus", sent. de 4-IX-2013; C. 120.106, "L., Z. L.", sent. de 1-VI-2016; e.o.). Por ello, cuando para el damnificado -como en el presente caso- se dificulta notoriamente el despliegue probatorio por la propia naturaleza del asunto, resulta admisible recurrir a los principios de las cargas probatorias dinámicas. En virtud a ellas, quien soporta las mayores cargas es aquel que se encuentra en mejores condiciones de producir la prueba, que en los casos de mala praxis médica no es otro que el médico actuante y el establecimiento hospitalario. En este aspecto, el máximo Tribunal Provincial ha flexibilizado las reglas que imperan sobre el onus probandi en esta materia (art. 375, C.P.C.C.), al entender que en la mayoría de los casos en que se juzga la responsabilidad de

los galenos, el judicante se encuentra ante situaciones extremas de muy difícil comprobación, cobrando fundamental importancia el concepto de la carga dinámica de la prueba que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo (Ac. 82.684, sent. del 31-3-2004; C. 98.767, sent. del 21-5-2008; C. 92.810, sent. del 27-4-2011). "La teoría de las cargas probatorias dinámicas impone la carga de quien está en mejores condiciones de probar; determinados hechos son más fáciles de probar para el paciente (que cumplió con las instrucciones del médico, que lo visitó regularmente, que tomó la medicación, etc) y otros serán más fáciles de probar por el médico (v. gr., como se hizo el diagnóstico, el haber empleado conocimientos y técnicas aceptables, haber suministrado o receptado la medicación correcta, haber hecho la operación que correspondía, haber controlado debidamente al paciente)" (Ignacio López Miró. Causales para demandar por responsabilidad civil médica. Editorial Astrea pág. 8). En casos como el presente, no se trata sin más de una inversión de la carga de la prueba sino que se fundamenta en el principio de colaboración (esta Sala, causa N° 125477 sent.del 22/08/2019). En este sentido, es dable concluir que correspondía a los demandados probar los extremos relativos a su exención de responsabilidad en virtud a las características particulares del proceso por mala praxis y en cumplimiento de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, por lo que la queja del apelante en este aspecto no es de recibo (art. 384 CPCC, art. 902 CC).

VI. 4 - Resolución en actuaciones penales En este punto, cabe destacar sucintamente -tal como lo hizo la sentencia de grado- que en la IPP labrada a partir de la denuncia del hecho ventilado en autos, se dispuso el archivo de las actuaciones en los términos de art. 268 CPP. Es decir que no se sobreseyó a los denunciados, sino que se dio cumplimiento al trámite dispuesto por el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires para la investigación penal preparatoria que dispone que "En caso de que a juicio del Fiscal no hubiere prueba suficiente sobre la existencia del hecho o autoría de él, podrá proceder al archivo de las actuaciones, comunicando la realización de este acto al Juez de Garantías y notificando a la víctima." (art. 268 in fine CPP). Por lo tanto, la resolución a la que hace referencia el quejoso no se traduce de modo alguno en una sentencia definitiva en los términos de los arts. 1102 y 1103 del Código Civil, por dos motivos fundamentales e incuestionables: a) ante el archivo de las actuaciones la investigación puede ser reabierta en cualquier momento ante la existencia de nuevas pruebas y b) el archivo es dictado por la Agente Fiscal actuante quien no ostenta la calidad Magistrado y por tanto no cuenta entre sus competencias con la facultad de dictar sentencia definitiva en los términos establecidos por nuestra Carta Magna. Por ello, el decisorio impugnado no resulta violatorio de las disposiciones sobre la prejudicialidad aludidos, por lo que no cabe más que rechazar los agravios esgrimidos (art.1102, 1103 CC).

VII- Sentada la responsabilidad del galeno apelante, he de abordar a continuación los agravios relativos a la procedencia y cuantificación de los rubros indemnizatorios reconocidos por la sentencia de grado.

VII.1- La reparación por gastos médico asistenciales y de traslado - pasados y futuros- reconocidos por la sentencia de grado es uno de los puntos que agravia a los apelantes. De la historia clínica obrante en autos, como de las pericias practicadas surge que la internación y atenciones realizadas a la señora C. fueron efectuadas en un centro asistencial público (fs. 1/110 IPP y fs. 142/248 de estas actuaciones).

Ahora bien, para determinar la procedencia de este rubro debe estarse al actual art. 1746 del CCCN que en su parte pertinente dispone ". Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad.". De la letra del mencionado artículo se desprende que los gastos médicos y

farmacológicos se presumen a partir de la producción de un daño mensurable, y no requieren de una prueba expresa, excepto que su monto sea oneroso y requiera de una demostración especial. Es decir que probado el daño físico se presume que el actor realizó erogaciones en medicamentos y traslados para el tratamiento de las dolencias, siempre que revistan el carácter de prudentes, en tanto que las sumas mayores deben ser debidamente alegadas y acreditadas. No resulta óbice que la víctima del siniestro haya sido tratada por profesionales y centros asistenciales públicos toda vez que los gastos efectuados no se limitan a esas atenciones puntuales, sino a los gastos producidos a partir de las dolencias padecidas. En este punto, un antiguo antecedente de la SCBA en aplicación de la ley antes vigente pero que resulta procedente, ha dicho que "aun cuando la víctima de un accidente de tránsito haya sido atendida en un establecimiento asistencial público debe incluirse en la indemnización una suma en concepto de gastos médicos y de farmacia, pues es notorio que existen erogaciones que deben ser solventados por el paciente: el resarcimiento debe guardar concordancia con la lesión, sin que resulte indispensable que su importe se encuentre documentado"(SCBA S. 18/12/1979 "Petruzzi de Rogero, Rosa M. c/ Martins Mogo, Carlos"). Ahora bien, de conformidad con los antecedentes referenciados, considero que -ante falta de prueba fehaciente- la indemnización por gastos médicos y de traslado ha de proceder en tanto revista el carácter de prudente, toda vez que las sumas mayores deben ser debidamente alegadas y acreditadas. En autos, la actora no evidencia las erogaciones realizadas ni los montos por los cuales debió hacer frente a esos gastos. Tampoco desarrolla en su presentación de inicio cuáles fueron, al menos aproximadamente, los emolumentos realizados ni en que concepto. Se limita a reclamar una suma fija sin fundamentación ni sustento probatorio alguno (fs. 14/30). Por ello insisto en la necesidad de una práctica prudente cuantificación. Nótese que no existe parámetro alguno para determinar, por ejemplo, los gastos de traslado: el recorrido, la frecuencia, los destinos etc. Es por lo expuesto que considero que la suma determinada por la Magistrada de grado resulta elevada en virtud a la ausencia de prueba y propongo entonces que rubro indemnizatorio sea reducido a la suma de PESOS XXX en concepto de gastos médico asistenciales pasados y PESOS XXX por los futuros, ambos montos fijados con criterio de actualidad a la fecha de la presente sentencia (art. 1746 CCyC, arts.384, 474 CPCC).

VII.2- Los demandados se quejan asimismo de la indemnización fijada por lucro cesante y pérdida de chance, en virtud de que entienden que la evaluación sin distinción de ambos no recoge las diferencias entre un instituto y otro.

El artículo 1738 del Código Civil y Comercial, al enumerar los daños resarcibles dispone que "La Indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personas, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida". De esta enunciación -que la jurisprudencia y doctrina más calificada no entienden taxativa ni cerrada en virtud de la interpretación armónica del ordenamiento legal, en especial del principio de la reparación plena del art. 1740 del Cod. Civ. y Comercial- se desprende la efectiva recepción legislativa de la pérdida de chance. Ahora bien, esa admisión no significa necesariamente que deba tratarse de un rubro independiente dentro de los menoscabos de carácter patrimonial. Sobre este tema particular, nuestro Máximo Tribunal provincial tiene dicho que "Con la expresión pérdida de una chance se indican todos los casos en los cuales el sujeto afectado podía realizar un provecho, obtener una ganancia o beneficio, o evitar una pérdida, lo que fue impedido por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la

incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría o no producido, pero que, evidentemente, ha cercenado una expectativa, una probabilidad de una ventaja" (SCBA LP C 117926 S 11/02/2015 Juez De Lázzari (SD). Por su parte doctrinariamente se ha dicho que "La pérdida de una chance, puede definirse como la desaparición de la probabilidad de un evento favorable, cuando esa chance aparece como suficientemente seria. La expresión pérdida de chance comprende todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obtenido una ganancia o beneficio o evitando una pérdida, resultados que fueron impedidos por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, creando una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial" (Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, La Ley, Buenos Aires, t. I, p. 465). Conforme lo desarrollado, la pérdida de chance requiere de prueba concluyente respecto de la posibilidad o probabilidad perdida para que resulta procedente. No se trata de negarla como parte integrante de una indemnización por daños y perjuicios, sino de hacer una valoración sobre la existencia de una oportunidad o probabilidad efectivamente perdida. En el presente, la actora no acredita cuál es la chance probable y cierta que perdió a partir de los daños sufridos que se traduzca en la posibilidad de recibir una indemnización de forma independiente por ello. Nótese que la señora C. solicita en su presentación de inicio el rubro "lucro cesante y pérdida de chance" (v. esp. fs.19 vta) sin hacer detalle alguno de la chance perdida ni de la cuantificación del daño emergente aludido. Por su parte, en la etapa probatoria quedó acreditado que cumplía funciones como empleada doméstica y que luego de la operación no pudo volver a hacerlo (fs. 365/366 vta. testigo Galletta, fs. 367/368 testigo Cabezas, fs. 369/370 testigo Olivera). Por ello, concluyo que no hay prueba suficiente en autos que acredite la pérdida de chance que se reclama, por lo que adelanto que ese rubro no ha proceder. Es que no resulta jurídicamente viable reconocer un daño sin que sea cierto y probado, carga que recae sobre quien pretende su reconocimiento, en este caso la actora reclamante (art. 375 CPCC). Sin esas acreditaciones no procede la indemnización por este concepto, ello por cuanto está vedado a los jueces otorgar indemnizaciones sobre meras conjeturas. Solo cuando existiera prueba del daño, el art. 165 CPCC autoriza al magistrado a fijar el monto indemnizatorio según su criterio. Así lo tiene dicho la Suprema Corte de Justicia Bonaerense, al decir que: "Aun tratándose de daño emergente o lucro cesante y sea que se accione por responsabilidad contractual o extracontractual, el perjuicio, para que sea resarcible, debe ser cierto y su prueba corre por cuenta del que los reclama y debe hacerlo fehacientemente, aportando a la causa información necesaria para su determinación por el juzgador sin que sea bastante la posibilidad de existencia de un perjuicio, pues no corresponde acordar indemnizaciones sobre la base de conjeturas" (SCBA., Ac. 24.905, entre otras). Por lo expuesto, en virtud de la orfandad probatoria antes expresada cabe hacer lugar a los agravios de la codemandada en este punto y revocar lo decidido por el a quo respecto de la pérdida de chance, rechazándose su procedencia (arts. 1738, 1740 CCyC, 384, 474 CPCC). No corre igual suerte el lucro cesante, toda vez que mediante los testigos aludidos se corrobora que la actora trabajaba como empleada doméstica y debió dejar de hacerlo a partir de los daños sufridos (art.384 CPCC, fs. 365/366 vta y 369/370 vta.). Al respecto, cabe puntualizar que a diferencia del daño emergente - que constituye un menoscabo a los valores económicos ya existentes, un empobrecimiento del patrimonio-, el lucro cesante se genera cuando lo que se pierde es una ventaja económica esperada, un enriquecimiento patrimonial previsto (arts. 1069 del C.C.; Orgaz, "El Daño Resarcible", año 1952, pág. 45). Para que sea procedente la indemnización por lucro cesante no basta probar la simple posibilidad de haber obtenido una ganancia, sino que es necesario demostrar la privación de un acrecentamiento patrimonial, que el actor hubiera podido obtener verosímilmente, conformando de este modo un daño cierto (Santos Briz, "La Responsabilidad Civil", 2da. edición, pags. 228 a 230; esta Sala, causa 102.290, sent. del 10-6-2004, RSD-

138/2004; causa 117.292, sent. del 1-7-2014, RSD-88/2014; causa 117.288, sent. del 7-8-2014, RSD-103/2014). En consecuencia, como ha dicho la Corte de Nación, "El lucro cesante está configurado por las ventajas económicas esperadas de acuerdo a las probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas, cuya admisión requiere una acreditación suficiente del beneficio económico y que exista un concreto grado de probabilidad de que el daño se convierta en cierto." (CSJN, "CONSULTORA MEGATOR S.A. C/ ESTADO NACIONAL s/ordinario", C. 1057. XLIX. ROR, sent. del 9/12/2015, Fallos: 338:1477). En definitiva, lo que ha dejado de ganar a partir del accidente (arts. 1068, CC). En autos, como se dijo, la actora acreditó que trabajaba antes del siniestro como empleada doméstica y que no pudo seguir trabajando a partir de la operación. A ello se suma lo dictaminado por los expertos quienes dan cuenta de su incapacidad laborativa. En efecto, la perito médico legista Dra. Rosa Viviana Morimano (fs. 486/492, fs. 554/562 y fs. 621) refiere que "Al examen físico. Marcha asistida por un tercero. Presenta paraparesia espástica a predominio proximal y requiere de ayuda de un tercero para la incorporación". "Observaciones. luego del bloqueo epidural presentó bradicardia extrema e hipertensión arterial, por lo que se administró oxigenoterapia, atropina, corticoides y bicarbonato. Se efectuó respiración mecánica previa intubación traqueal, recuperando los parámetros vitales, una vez estabilizada la paciente y dada la urgencia con que el cuadro debía ser resuelto en forma quirúrgica se induce anestesia general inhalatoria con SEVOFLUORANO 1,5%". "Por todo lo expuesto surge que la actora presenta paraparesia espástica. Vejiga neurogénica. Respecto a la etiopatogenia y a tenor de los estudios complementarios sería compatible con cuadro isquémico vasogenico. La isquemia medular sería condicionada fisiopatológicamente como consecuencia de la hipotensión - bradicardia severa - cianosis, reanimación cardiorespiratoria. El síndrome de la arteria espinal por trombosis o espasmo de la misma, produce en forma súbita una parálisis flácida y déficit sensorial de grado variable en los miembros inferiores, abolición de los reflejos espinales, sin embargo los estudios radiológicos y del líquido cefaloraquídeo son normales. La etiología de esta complicación es incierta y se le ha atribuido a un trauma directo de la arteria espinal anterior, o, a isquemia de este vaso sanguíneo ocasionada por hipotensión arterial o fármacos vasoconstrictores". Respecto de la evolución "el futuro es aleatorio y dependerá de los cuidados específicos de la vejiga (vejiga neurogénica)" (respuesta b cuestionario de la actora). Al momento de fijar incapacidad la estima en un 70% (físico y psíquico) de incapacidad de la Total vida (respuesta d cuestionario de la actora), mientras que en la contestación de las observaciones de las partes (fs. 621) refiere a una incapacidad motora del 50%. Por su parte la perito psiquiatra Dra. Mirian Diana Pellegrino (fs. 438/444) da cuenta que la actora sufre "Sentimientos de impotencia e incapacidad, no se siente la que era antes que tenía una vida activa, concurría al gimnasio, salía. Se levanta desde la mañana con dolor físico. No puede ayudar a sus hijos con sus cosas, trabajar para comprarles lo que necesitan como antes. Se acuesta a la noche con más dolores cada día, siente la pierna izquierda cada vez más dura. No ve mejorías en sus tratamientos lo que le provoca profunda tristeza", "Prácticamente no sale de su casa. Concorre a pilates tres veces por semana derivada por la médica del Scio. De rehabilitación para sus piernas. Si no tiene muchos dolores sale a hacer mandados por su casa sin cargar peso. El resto de las compras las hace su hija. Tiene vida sexual porque tiene deseo pero no tiene sensibilidad en la zona lo que le impide tener sensaciones. En la casa lava los platos, plancha sentada, barre, cocina, pasa la máquina de lustrar. No puede pasar el trapo a los pisos, baldear, etc. No puede hacer tareas que requieran levantar peso o hacer fuerza. No puede caminar mucho porque le aumentan los dolores en las piernas. No puede trabajar más en casa de familia, sus empleados la ayudan con ropa para sus hijos". "Se concluye que la actora presenta un trastorno por estrés crónico con síntomas depresivos reactivo a sus recuerdos penosos vividos y a sus dolencias físicas actuales con dolor crónico con una incapacidad psíquica parcial y permanente de un 20%" (punto E Conclusiones, F 1 y F 5).

Evidencio que las pruebas referenciadas acreditan la imposibilidad de trabajar de la actora desde la fecha de la operación a la actualidad por lo que cabe confirmar la procedencia del lucro cesante (art. 384, 474 CPCC). Ahora bien, para su cuantificación la accionante no ha ofrecido medio probatorio alguno a fin de dar parámetro de las ganancias dejadas de percibir. Por ello, teniendo en consideración la edad de la actora al momento de la operación (40 años), que trabajaba por horas en casa de familia (fs. 365/366 vta. testigo Galietta, fs. 367/368 testigo Cabezas, fs. 369/370 testigo Olivera. Específicamente el testigo Cabezas depone que "trabajaba por hora con una familia, vivía de eso"), y la incapacidad referenciada estimo prudente reducir el monto establecido por la sentencia de grado, proponiendo que proceda por la suma de XXX monto fijado a valores actuales del presente fallo (arts. 384, 474 CPCC).

VII.3 - A su turno los quejosos se agravan de la cuantificación del daño moral por considerarlo elevado. Con relación a este perjuicio cabe puntualizar que conforme lo establece el artículo 1078 del Código Civil, la obligación de resarcir también lo comprende, además de la indemnización de las pérdidas e intereses. Se entiende entonces que el responsable debe cubrir el quebranto que supone la privación o disminución de bienes como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física y, en general, todo menoscabo a los más sagrados afectos (SCBA, Ac. 35579, sent. del 22-4-86; esta Sala, causa 96.891, sent. del 2-4-2002, RSD 46/2002). En este extremo resulta procedente evaluar lo dictaminado por la perito psiquiatra Dra. Mirian Diana Pellegrino (fs. 438/444) quien dictamina que N. C. sufre de "Sentimientos de impotencia e incapacidad, no se siente la que era antes que tenía una vida activa, concurría al gimnasio, salía. Se levanta desde la mañana con dolor físico. No puede ayudar a sus hijos con sus cosas, trabajar para comprarles lo que necesitan como antes. Se acuesta a la noche con más dolores cada día, siente la pierna izquierda cada vez más dura. No ve mejorías en sus tratamientos lo que le provoca profunda tristeza", "Prácticamente no sale de su casa. Concorre a pilates tres veces por semana derivada por la médica del Scio. De rehabilitación para sus piernas. Si no tiene muchos dolores sale a hacer mandados por su casa sin cargar peso. El resto de las compras las hace su hija. Tiene vida sexual porque tiene deseo pero no tiene sensibilidad en la zona lo que le impide tener sensaciones. En la casa lava los platos, plancha sentada, barre, cocina, pasa la máquina de lustrar. No puede pasar el trapo a los pisos, baldear, etc. No puede hacer tareas que requieran levantar peso o hacer fuerza. No puede caminar mucho porque le aumentan los dolores en las piernas. No puede trabajar más en casa de familia, sus empleados la ayudan con ropa para sus hijos". En el mismo sentido los testigos deponentes en autos refieren que la actora "esta mal en todo sentido de la palabra, la vida no fue la misma" (respuesta 11° testigo Cabezas, fs. 367/368), "es terrible su estado de salud. Con esto que le pasó la mataron, esta muerta en vida" (respuesta 3° testigo Olivera fs. 369/370). Lo dictaminado por la experta analizado en conjunto con la declaración de los testigos, evidencia una indudable lesión a la paz, la tranquilidad de espíritu, a la libertad individual, la integridad física de la actora, por lo que la indemnización por daño moral resulta procedente. En cuanto a su cuantía, en atención a las condiciones personales de la accionante, su carga de familia y a cómo incidió en su ánimo la alteración de su vida cotidiana, considero adecuada la suma otorgada en la instancia de grado, propiciando en consecuencia su confirmación (arts. 1078, CC; 3, 1741, CC; 330, 354 inc. 1, 384, 474, CPCC).

VIII- En relación al agravio relativo a los intereses, acorde tiene dicho esta Sala, los mismos buscan resarcir el perjuicio que al actor le ocasiona el incumplimiento. Sin embargo, la tasa de interés no puede ser considerada como una cláusula de ajuste, ya que su función económica no es la de mantener el poder adquisitivo del capital adeudado. Nuestro superior Tribunal provincial ha declarado reiteradamente que a partir del 1° de abril de 1991, los intereses

moratorios serán liquidados exclusivamente sobre el capital (art. 623, Cód.Civil) con arreglo a la tasa de interés que pague el Banco Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprometidos, y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa (conf. arts. 7 y 10, ley 23.928, modif. por ley 25.561, 622, Cód. Civil; conf. causas Ac. 57.803, "Banco de la Provincia de Buenos Aires", sent. del 17-II-1998; Ac. 72.204, "Quinteros Palacio", sent. del 15-III-2000; Ac. 68.681, "Mena de Benítez", sent. del 5-IV-2000; L. 76.276, "Vilchez", sent. del 2-X-2002; L. 77.248, "Talavera", sent. del 20-VIII-2003; L. 79.649, "Sandes", sent. del 14-IV-2004; L. 88.156, "Chamorro", sent. del 8-IX-2004; L. 87.190, "Saucedo", sent. del 27-X-2004; L. 79.789, "Olivera", sent. del 10-VIII-2005; L.80.710, "Rodríguez", sent. del 7-IX-2005; Ac. 92.667, "Mercado", sent. del 14-IX-2005; entre otras). En definitiva, siguiendo la doctrina -mayoritaria- que se reseñó, -sin perjuicio de las consideraciones que sobre el particular se pudieran realizar-, se ha sostenido la procedencia de la fijación de los intereses a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósitos a treinta días ("tasa pasiva", SCBA C. 101.774 "Ponce" y L. 94.446 "Ginossi"). Empero, conforme la causa "Zócaro", también de nuestro superior Tribunal local, no se vulnera la doctrina legal antes citada si, al formular una simple ecuación económica -utilizando para ello las distintas variantes que puede ofrecer el aludido tipo de tasa-, se aplica una determinada alícuota por sobre las demás existentes (SCBA, Ac. L-118.615, sent. del 11-3-2015). A mayor abundamiento, puede adicionarse el aporte que a este tema ha dado la causa "Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén. Daños y perjuicios" (SCBA, causa C. 119.176, sent.del 15-VI-2016), en la cual nuestro Superior Tribunal provincial analizó su doctrina legal en vista a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en especial del contenido del artículo referido. Con un análisis pormenorizado se explicaron los antecedentes sobre el tema, la evolución de las tasas de interés y la interpretación de la doctrina legal, llegando a una postura -si bien por mayoría de fundamentos- en pos de la referida finalidad uniformadora de la jurisprudencia. Tal como se refirió en el voto de la señora Juez doctora Kogan ".el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, dispone en su art. 768 inc. "c", de modo subsidiario, la aplicación de las tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central. En este contexto, entiendo que la evolución de las distintas tasas de interés pasivas aplicadas por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, que se hallan determinadas en el marco reglamentario de la mencionada institución oficial (art. 768, inc. "c", Cód. cit.), impone precisar el criterio que este Tribunal ha mantenido hasta ahora en carácter de doctrina legal, en pos de la referida finalidad uniformadora de la jurisprudencia." "Por tal razón, considero que los intereses deberán calcularse exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, C.C. de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", C.C.y C.N.; 7 y 10, ley 23.928 y modif.)" (SCBA, causa citada). Esta postura es la que logró mayoría y, por consiguiente, es la que se impone como valor de doctrina legal vigente y permite su correlación con la aplicación de las pautas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En cambio, en virtud de los fundamentos expresados por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por mayoría, en los precedentes "Vera, Juan Carlos contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios" (causa C. 120.536 del día 18/4/2018) y "Nidera S.A. contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios" (causa C. 121.134 del día 3/5/2018), en razón que los valores establecidos en el presente fallo se han estimado con criterio de actualidad -si bien no empleado en términos indexatorios o aritméticos- corresponde que los intereses moratorios se fijen sobre el capital de condena, entre la fecha del hecho y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de cada una de las deudas (arts. 772 y

1.748, Cód. Civ. y Com.) la tasa pura del 6% anual. Asimismo y por el lapso que transcurra entre esas fechas y hasta el total y efectivo pago, se impone aplicar la doctrina legal emanada de la Suprema Corte de Justicia (causa C. 119.176, "Cabrera", sent. del 15-VI-2016), que dispone adicionar -únicamente sobre el capital de condena- la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus depósitos a 30 días, vigente en cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa (Cfme. SCBA Ac. 101.774, "Ponce"; L.94.446, "Ginossi", sents. de 21-X-2009; y C. 119.176, "Cabrera", sent. de VI-2016; arts. 622 y 623, C.C. de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", C.C.y C.N.; 7 y 10, ley 23.928 y modif.).

En consecuencia, en función a que se desprende expresamente de la sentencia de grado y del presente resolutorio que los valores indemnizatorios son fijados con criterio de actualidad, cabe rechazar los agravios esgrimidos por los accionados y confirmar la sentencia de grado en esta parcela, disponiéndose la aplicación de la doctrina legal reseñada. Por ello, insto a que al monto resultante de los rubros gastos médicos pasados y futuros y lucro cesante se aplique la tasa pura del 6% anual desde la fecha del hecho -18 de enero de 2004- hasta la fecha del presente decisorio y de allí en adelante la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus depósitos a 30 días, vigente en cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, mientras que para el rubro daño moral se aplicará igual cálculo con la salvedad de que la tasa pura del 6% devengará entre la fecha del hecho y la de la sentencia de grado -28 de marzo de 2019- y de allí y hasta su efectivo pago la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus depósitos a 30 días, vigente en cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa.

IX - En tal entendimiento, por las consideraciones vertidas, he de propiciar hacer lugar parcialmente a los recursos articulados por las partes, postulando que la suma otorgada por gastos médico asistenciales y de traslado pasados sea reducida a PESOS XXX, la de gastos médico asistenciales y de traslado futuros a la suma de PESOS XXX, ambas sumas fijadas a valores actuales a la fecha de este fallo. Asimismo, insto a que la suma en concepto de lucro cesante sea reducida a la de PESOS XXX, también a valores de esta sentencia y al rechazo de indemnización otorgada en concepto de pérdida de chance. Por consiguiente, de lograr mayoría esta propuesta, la suma total de condena será la de PESOS XXX, aplicándose en concepto de intereses por los rubros gastos médicos asistenciales y de traslado pasados y futuros, y lucro cesante la tasa pura del 6% anual desde la fecha del hecho -18 de enero de 2004- hasta la fecha del presente decisorio y de allí en adelante la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus depósitos a 30 días, vigente en cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, mientras que para el rubro daño moral la aplicación de igual cálculo con la salvedad de que la tasa pura del 6% devengará entre la fecha del hecho y la de la sentencia de grado -28 de marzo de 2019- y de allí y hasta su efectivo pago la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus depósitos a 30 días, vigente en cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa. Postulo confirmar la sentencia en todo lo restante que ha sido motivo de recurso y agravio, con costas de la alzada a los demandados, en su esencial condición de vencidos (art. 68, CPCC). Voto por la NEGATIVA. El señor Presidente doctor HANKOVITS, por los mismos fundamentos, votó en igual sentido. A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BANEGAS DIJO: En atención al acuerdo alcanzado al tratar la cuestión anterior corresponde hacer lugar parcialmente a los recursos articulados por las partes, y en su consecuencia: 1) reducir la suma otorgada por

gastos médico asistenciales y de traslado pasados a PESOS XXX, la de gastos médico asistenciales y de traslado futuros a la suma de PESOS XXX a la valores del presente fallo; 2) reducir la suma en concepto de lucro cesante a la de PESOS XXX, también a valores actuales del presente fallo y rechazar la indemnización en concepto de pérdida de chance; 3) consecuentemente, la suma total de condena debe ser la de PESOS XXX, aplicándose en concepto de intereses por los rubros gastos médicos asistenciales y de traslado pasados y futuros y lucro cesante la tasa pura del 6% anual desde la fecha del hecho -18 de enero de 2004- hasta la fecha del presente decisorio y de allí en adelante la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus depósitos a 30 días, vigente en cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, mientras que para el rubro daño moral la aplicación de igual cálculo con la salvedad de que la tasa pura del 6% devengará entre la fecha del hecho y la de la sentencia de grado -28 de marzo de 2019- y de allí y hasta su efectivo pago la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus depósitos a 30 días, vigente en cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa; 4) confirmar la sentencia en todo lo restante que ha sido motivo de recurso y agravio, con costas de la alzada a los demandados, en su esencial condición de vencidos (art. 68, CPCC). ASI LO VOTO. El señor Presidente doctor HANKOVITS, por los mismos fundamentos, votó en igual sentido. CON LO QUE TERMINO EL ACUERDO, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

POR ELLO, y demás fundamentos del acuerdo que antecede se hace lugar parcialmente a los recursos articulados por las partes, reduciéndose la suma otorgada por gastos médico asistenciales y de traslado pasados a PESOS XXX, la de gastos médico asistenciales y de traslado futuros a la suma de PESOS XXX, a valores del presente fallo; asimismo, se reduce la suma en concepto de lucro cesante a la de PESOS XXX, también a la fecha del presente y se rechaza la indemnización otorgada en concepto de pérdida de chance. Por consiguiente la suma total de condena es la de PESOS XXX, aplicándose en concepto de intereses por los rubros gastos médicos y asistenciales y de traslado pasados y futuros y lucro cesante la tasa pura del 6% anual desde la fecha del hecho -18 de enero de 2004- hasta la fecha del presente decisorio y de allí en adelante la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus depósitos a 30 días, vigente en cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, mientras que para el rubro daño moral la aplicación de igual cálculo con la salvedad de que la tasa pura del 6% devengará entre la fecha del hecho y la de la sentencia de grado -28 de marzo de 2019- y de allí y hasta su efectivo pago la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus depósitos a 30 días, vigente en cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa; confirmándose la sentencia en todo lo restante que ha sido motivo de recurso y agravio. Las costas de alzada se imponen a los demandados, en su esencial condición de vencidos (art. 68, CPCC).

REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA. HANKOVITS Francisco Agustin (ahankovits@scba.gov.ar)

Funcionario Firmante: 03/03/2020 12:06:53

BANEGAS Leandro Adrian (leandro.banegas@pjba.gov.ar)