

Logo

Voces: MALA PRAXIS - RESPONSABILIDAD MÉDICA - INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA - PARTO - CESÁREA - OBRAS SOCIALES - INDEMNIZACIÓN - DAÑO MORAL - ANESTESIA

Partes: G. P. J. y otro c/ Mediconex S.A. y otros | daños y perjuicios - responsabilidad profesional médicos y auxiliares - ordinario

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala/Juzgado: B

Fecha: 27-ago-2020

Cita: MJ-JU-M-127876-AR | MJJ127876

Producto: DP,MJ,SYD

Responsabilidad del médico anestesiólogo y de la obra social, por las falencias en la organización del servicio de anestesiología que impidieron iniciar la cesárea de la actora dentro del plazo de treinta minutos, que concluyó con el fallecimiento de su hijo recién nacido. Cuadro de rubros indemnizatorios.

Sumario:

1.-Debe rechazarse la demanda de mala praxis contra el obstetra de guardia, ya que los peritos médicos concluyeron en el correcto obrar médico y la imposibilidad de ejecutar otra alternativa.

2.-Los agravios referidos a que el obstetra de guardia no dispuso lo necesario para la presencia del anestesiólogo deben rechazarse, pues aquel no podía prever que aquel día habría de suceder el parto de la actora y que sería necesaria una cesárea, toda vez que no fue un embarazo controlado, ni un parto programado.

3.-La falta de traslado a otro centro médico de la actora no es algo que pueda atribuirse al médico de guardia, sino al deficiente servicio sanitario prestado por la clínica y por la obra social.

4.-Cuando las recurrentes sostienen que 'el tiempo de traslado de un médico desde su domicilio hasta el sanatorio, no entra en la categoría asistencial del médico, sino en la de organización del servicio, a cargo del prestador' se equivocan porque el primer deber del médico es de prestar la asistencia debida, lo cual supone hacerlo a tiempo en una situación de urgencia conforme lo establecido por el art. 19 inc. 2(ref:LEG5355.19) de la Ley 17.132, art. 2 inc. a(ref:LEG23194.2) de la Ley 26.529; y arts. 11(ref:LEG46214.11) y 19(ref:LEG46214.19) del Código de Ética de la Confederación Médica Argentina.

5.-Corresponde admitir la demanda de mala praxis contra el anestesiólogo, ya que su omisión de acudir a la urgencia a tiempo, constituyó un incumplimiento de sus obligaciones médicas, que vino a concurrir causalmente, con las falencias de quien lo contratara para la anestesia, para privar al niño de una chance de sobrevivir, como surge de manera incontrastable de la pericia médica del Cuerpo Médico Forense.

6.-Procede la demanda de mala praxis contra la obra social, ya que la demora del anestesiólogo en concurrir a la operación cesárea, dejó en evidencia una deficitaria prestación del servicio de salud prometido a los actores, que derivó en una pérdida de chance de sobrevivida de su hijo; la demora fue inexplicable, porque aun cuando no resultase exigible por las normas relativas a la habilitación de una clínica contar con una guardia activa de anesthesiólogos si lo era tener la capacidad de realizar la cesárea de urgencia dentro de los treinta minutos, algo factible con mayor inversión y priorizando la salud de los pacientes.

7.-Si la obra social es quien tiene a su cargo el deber asistencial, ha de responder por su incumplimiento, sin que interese que para la ejecución de tal prestación haya tenido que contratar a su vez con terceros, ya que a su afiliado le resulta indiferente que su deudor cumpla por sí mismo o valiéndose de otras personas, bastándole con obtener la satisfacción de su acreencia.

8.-El daño moral padecido por los autores se encuentra configurado, debido a las angustias y preocupaciones que se derivaron del estado de incertidumbre tanto respecto del parto, cuanto de la tardía cesárea y nacimiento de su hijo en un marco de indiscutible tensión, agravado por la angustiante y breve sobre vida del recién nacido.

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 27 días del mes de agosto del año dos mil veinte, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "B", para conocer los recursos interpuestos en los autos caratulados: "G. P. J. y otro c/ Mediconex SA y otros s/ daños y perjuicios -resp. prof. médicos y aux - ordinario- (EXPTE. Nº 90.574/2012) y los autos conexos "G. P., c/ G. Juan s/ daños y perjuicios -resp. prof. médicos y aux- ordinario" (EXPTE. Nº 61.894/2015), respecto de la sentencia única dictada el día veintitrés de mayo del año dos mil diecinueve, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Señores Jueces Doctores ROBERTO PARRILLI-CLAUDIO RAMOS FEIJOA

la cuestión planteada el Dr. Parrilli dijo:

I. Antecedentes I.1. Autos: " G. P. J. y otro c/ Mediconex SA y otros s/ daños y perjuicios -resp. prof. médicos y aux - ordinario- (EXPTE. Nº 90.574/2012)

P. J. G. y José María Y. iniciaron este proceso pretendiendo el resarcimiento de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que, según dijeron, les fueron causados por la deficiente atención médica que la primera recibiera por parte L. A. R.; C. B. R.; L. C.; A. M. P. O.;"Mediconex S.A" (Clínica L.) y "Obra Social del Personal del Espectáculo Público; con motivo de la atención del parto, en el cual G. diera a luz al hijo de ambos, J. G. Y., el día 12 de

marzo de 2011 y donde este último perdiera la vida a causa de errores y omisiones que atribuyeron a los demandados.

Según explicaron la muerte de su hijo se produjo por un sufrimiento fetal no tratado con la rapidez que el caso ameritaba, porque el obstetra (R.) no asistió a G. con el monitoreo adecuado para detectar la prociencia de cordón umbilical y no requirió a tiempo la asistencia del anestesista (Ospina) quien, a su vez, demoró en llegar a la clínica, contribuyendo a que no se practicara la cesárea en tiempo oportuno.

En lo que respecta a Roses, jefa del Departamento de Obstetricia de la clínica en cuestión, quien atendiera a G. durante todo el período de su embarazo, le imputaron diversos errores de diagnóstico que, según los actores, impidieron que programara debidamente un parto por cesárea y haber llegado al hospital recién dos horas después de producido aquél, pese a que en su carácter de jefa de obstetricia debía estar en la guardia.

Agregaron que era su responsabilidad la designación del obstetra a cargo y de la atención de la paciente, debiendo asegurar también la presencia del anestesista.

Con relación a C., sostuvieron que el día 16 de marzo de 2011, procedió a darle el alta a G. luego de la operación por cesárea, sin realizarle los estudios correspondientes, lo que dentro de las 48 horas le produjo un cuadro de endometritis y atención de urgencia en el Hospital de Clínicas, nosocomio donde finalmente permaneciera internada hasta el día 23 de marzo, tratada con antibióticos vía endovenosa.

Finalmente, argumentaron que la Obra Social del Personal del Espectáculo Público -a la que se encontraban afiliados- y la Clínica Loiácono -perteneciente a Mediconex S.A.-, frente a la negligencia manifiesta en la que se incurriera en la atención del parto y la falta de equipamiento e instrumental necesario, violaron su obligación tácita de seguridad consagrada por la Constitución Nacional y por ello tienen responsabilidad directa y objetiva.

Citaron en garantía a "Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales S.A." y "Seguros Médicos S.A." A su turno, los demandados - con excepción de C. B. R., quien fue declarada rebelde a f.773-y las aseguradoras citadas en garantía, negaron en cada caso la responsabilidad que se les atribuyera y requirieron el rechazo de la demanda.

I.2. Autos " G. P. J. c/ G. Juan s/ daños y perjuicios -resp. prof. médicos y aux." (EXP.Nº 61.894/2015) Con base en los hechos ya reseñados, P. J. G., demandó a Juan G., en su carácter de director médico de la Clínica Loiácono al día 12 de marzo del año 2011, por los daños y perjuicios sufridos. Dijo que incumplió su obligación de proveer los medios necesarios para que la institución que dirigía contara con un servicio de anestesia idóneo que pudiera afrontar en tiempo y forma la cesárea que se le practicara tardíamente.

El reclamo comprendió los rubros valor vida, daño psíquico y daño moral, derivados de la muerte de su hijo J. Citó en garantía a "Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales S.A." A su turno el demandado y la aseguradora citada en garantía, negaron la responsabilidad atribuida, cuestionaron los rubros, señalaron que se superponían con el reclamo realizado en el expediente conexo y solicitaron el rechazo de la demanda, con costas.

II. La sentencia recurrida El Sr. Juez resolvió en una única sentencia, las pretensiones deducidas en ambos expedientes lo cual resultó correcto dada la conexidad existente.

De ese modo, luego de examinar las pruebas producidas, en especial las constancias de la causa penal N° 9596/2011, caratulada "Clínica Loiácono, R. Luis, P. O. A. M., C. Karina, Obra Social de Personal de Espectáculos, Rosses C., Rodríguez Saavedra Aldo Michael s/ homicidio culposo", que tramitaran por ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional de Instrucción n° 17 - Secretaría n° 153, el resultado de la misma y la pericia médica realizada en dichas actuaciones por el Cuerpo Médico Forense, rechazó la demanda deducida contra L. A. R.; C. B. R. y Karina L.C., y la admitió parcialmente con respecto a los restantes demandados.

En consecuencia, condenó a A. M. P. O., Juan G., "Mediconex S.A." y Obra Social del Personal del Espectáculo Público (O.S.P.E.P) a pagar a P. J. G. y José María Y. la suma de PESOS UN MILLON DOSCIENTOS MIL (\$ 1.200.000), con más sus intereses.

Impuso la totalidad de las costas a los demandados vencidos (art. 68 del Código Procesal) e hizo extensiva la condena a "Seguros Médicos S.A." y "Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A.", en la medida de los respectivos seguros contratados.

III. Los agravios III.1.Autos: "G. P. J. y otro c/ Mediconex SA y otros s/ daños y perjuicios -resp. prof. médicos y aux - ordinario- (EXPT.E. N° 90.574/2012)

Contra la referida sentencia los actores, por medio de su apoderado, expresaron agravios en el escrito presentado el día 26.12.2019 (ver fs.1123/1128)cuyo traslado se contestó el día 11-02-2020 por la Obra Social del Personal del Espectáculo Público (ver fs.1157/1158); el día 13-02-2020 por las herederas de P. O. (ver fs.1170/1171); el día 18-02-2020 por "Seguros Médicos SA" (ver fs.1172/1175) y el día 19-02-2020 por el codemandado R. (ver fs.1177).

Las críticas apuntaron al rechazo de la demanda respecto de Rocés y R. y a la cuantía de la indemnización que consideraron insuficiente.

La "Obra Social del Personal del Espectáculo Público" expresó agravios el día 5.02.2020 (ver fs. 1131/1152) los que se contestaron por los actores a través de escrito presentado el día 18.02.2020 (ver fs. 1178/1184).

Allí criticó su apoderado cuestionó la condena, afirmando que existió un equivocado encuadre jurídico en la ley de defensa del consumidor y una inadecuada valoración de las pruebas.

Por su parte, Norma Susana Priasca, y Ana Leticia Palacio, herederas de A. M. P.O., quien falleciera el 21.9.2018 durante la secuela de este proceso (ver partida de f.994 acreditada con la presentación de f.995 realizada el día 2.11.2018), presentaron su expresión de agravios el día 23.12.2019 (ver fs. 1117/1122), que fue contestada por los actores el día 10.02.2020 (ver f.1153/1156).

Cuestionaron la responsabilidad endilgada a A. M. P. O. pretendiendo se revocara la condena dictada en contra del referido y, en subsidio, se agraviaron de la cuantía de las indemnizaciones establecidas.

Las demandadas "Mediconex SA" (apelación del 31/5/19) y "Seguros Médicos SA" (apelación del 13/6/19) no expresaron agravios en la oportunidad prevista por el art. 259 del Código Procesal, a pesar de encontrarse notificadas con fecha 17/12/19, por lo que sus recursos fueron declarados desiertos mediante providencia dictada el primero de julio de este año.

Finalmente, "Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales S.A." desistió del recurso que oportunamente presentara contra la sentencia (ver escrito presentado el 30-12-2019).

III. 2. Autos "G. P. J. c/ G. Juan s/ daños y perjuicios -resp. prof. médicos y aux." (EXP.N° 61.894/2015) El único que expresó agravios en este proceso fue Juan Gosko en el escrito presentado el día 4.02.2020 (ver fs.286/289), el cual fue contestado por los actores con el escrito agregado a fs.296/300 presentado el día 10.03.2020 G. se agravió por la responsabilidad que le fuera atribuida y, en subsidio pidió "se revean los montos acordados reduciéndolos de manera considerable atento la índole de la causa" Por su parte, la citada en garantía "Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales S.A." desistió del recurso que oportunamente presentara contra la sentencia mediante escrito presentado el 30 de diciembre de 2019.

IV.Agravios vinculados a la imputación de responsabilidad en ambos expedientes.

Como existen hechos comunes y las expresiones de agravios de actores y demandados que han sido condenados, en ambos expedientes, atañen a la imputación de responsabilidad, considero necesario abordar esta cuestión en forma previa porque según fuera el resultado podrían variar las otras consecuencias de la sentencia apelada.

En orden a una adecuada comprensión de este caso es necesario deslindar cuidadosamente dos cuestiones. Una es la responsabilidad que los actores endilgaron a los médicos que atendieron a P. G. en el momento del parto y durante su embarazo y que apunta, esencialmente, a actos puramente médicos y la otra; que a mi modo de ver constituye el núcleo de la cuestión, es aquella que se atribuyera al anestesiólogo P. O.; "Mediconex" y G. por un obrar negligente del primero, en acudir para la asistencia de la actora, que concurrió causalmente con un deficitario servicio sanitario y negligencias organizativas de los segundos, para provocar una inexplicable demora en la práctica de la cesárea, que restó a J. G. Y. una chance de sobrevivir.

Examinaré entonces los agravios de los actores que apuntan al rechazo de la demanda respecto de los médicos R. y Roces, para luego pasar a considerar los que han formulado los codemandados sobre quienes recayera la condena.

IV.1.Según los actores, al rechazar la demanda contra R., el Sr. Juez no tuvo en cuenta, que aquél omitió exigir la presencia del anestesiólogo para la cesárea y ante la ausencia de este profesional no derivó a G.a otro médico.

Agregaron que tampoco se consideró que el referido obstetra no agotó todos los procedimientos médicos que tenía a su alcance para realizar el parto evitando el sufrimiento fetal.

En cuanto a Roces, cuestionaron que no se haya contemplado su situación procesal de rebeldía, ni ponderado su omisión de programar la realización de una cesárea para el parto de G., ni su falta de supervisión sobre el personal a su cargo, en tanto jefa de obstetricia.

De manera preliminar diré que nadie discute lo decidido en la sentencia recurrida, en punto a que este caso - dado la fecha en que se produjera el hecho dañoso- debe juzgarse aplicando el Código Civil, en el texto previsto en el decreto -ley 17.711/68 (cfr. art. 7 CCyC) y tampoco hay cuestionamientos sobre el encuadre jurídico delineado por el Sr. Juez, que ubicó la cuestión en

el ámbito de la responsabilidad subjetiva.

Dicho encuadre determina que los actores tengan la carga de probar la falta de diligencia de los médicos y el nexo causal, más allá del deber de colaboración que les cabe a los médicos demandados (arts. arts 512 y 902 del CC; art. 1724 del actual CCyC y arts. 337 y 163 del CPCCN).

Respecto a esa actividad probatoria, cobra relevancia la prueba pericial médica tal como lo señala el Sr. Juez, ninguno de los recurrentes cuestiona y lo indica la sana crítica pues cuanto mayor es la particularidad del conocimiento, menor es la posibilidad de apartarse de lo dictaminado por los expertos (cfr. arts. 386 y 477 del CPCCN; Cipriano, Néstor A., "Prueba pericial en los juicios de responsabilidad médica (finalidad de la prueba judicial)", en LL, 1995-C-623; esta Sala, mi voto in re " "Á. de L., N. O. c/ Asoc. Francesa Filantrópica y de Benef. Hospital Francés y otros s/ daños y perjuicios" del 27-5-2016).

Por otra parte, debo decir que el examen de la culpa que aquí se atribuye a los médicos no puede realizarse en abstracto y, con los resultados a la vista, apreciar en forma retrospectiva todo lo que pudo haberse hecho. Hay que colocarse en el lugar y el tiempo en que aquéllos profesionales actuaron y así ubicados, preguntarnos si en el marco de esas circunstancias que rodearon la actuación fue aceptable su obrar confrontándolo con un profesional diligente, prudente, que corresponda a la categoría o clase en la que quepa encuadrar la conducta del deudor en cada caso concreto (cfr. nota de Vélez al art. 512 del CC; P. de Leal, Rosana, "Responsabilidad civil del médico -tendencias clásicas y modernas", capítulo II, Ed. Universidad, 1995; Vázquez Ferreyra, Roberto A., "Responsabilidad civil médica - Error en el diagnóstico patológico. Valoración de la culpa profesional. Pérdida de la chance como daño indemnizable y otras interesantes cuestiones", LA LEY, 1999-F, 21).

Cobra relevancia entonces, decir que, más allá de las consultas médicas que se mencionan en la demanda, el embarazo de la actora transcurrió sin controles obstétricos y que, de ese modo, iniciado el trabajo de parto, se presentó el día 12 de marzo de 2011, en la guardia de la Clínica L. (Mediconex), cuya cobertura le brindaba la "Obra Social del Personal del Espectáculo Público" y ante el médico que por entonces cubría la misma, el aquí demandado R.

El marco de circunstancias descripto elimina uno de los agravios de los recurrentes referido a que el obstetra de guardia no dispuso lo necesario para la presencia del anestesiólogo pues R. (obstetra de guardia) no podía prever que aquel día habría de suceder el parto de la actora y que sería necesaria una cesárea. No fue un embarazo controlado, ni un parto programado.

Además, no es cierto que aquél omitió reclamar la presencia del anestesiólogo, como surge de la prueba analizada por el Sr. Juez y en cuanto a la falta de traslado a otro centro médico no es algo que pueda atribuirse al médico de guardia, sino al deficiente servicio sanitario prestado por la Clínica Loíacono y la Obra Social de Empleados del Espectáculo Público.

En cuanto a la posibilidad de ejecutar otras técnicas médicas, los informes en abstracto de la Sociedad de Obstetricia, que citan los recurrentes, no pueden desvirtuar los dictámenes de los peritos médicos que tanto en sede penal como en este expediente, analizaron las historias clínicas nº 143.695, 143.143, 141.277, pertenecientes a P. J. G., y la nº 143.697 correspondiente a J. G. y concluyeron en el correcto obrar médico de R. y la imposibilidad de ejecutar otra alternativa de las que señalan los recurrentes .

Iguals reflexiones caben respecto de los agravios vinculados con el rechazo de la demanda respecto de Rocés, porque haya o no supervisado la labor de R. aquélla fue acorde a la buena praxis médica. Además, tampoco puede atribuirse a la nombrada la falta de programación de la cesárea, cuando la actora no concurrió a los controles de embarazo, ni atendió a las pautas de alarma que se le dieron al ser dada de alta luego de la internación que ella misma relata en la demanda y también los dictámenes de los peritos médicos concordaron en su correcto accionar.

El estado de rebeldía de Rocés no modifica la conclusión precedente como pretende el apoderado de los actores, pues si bien crea la presunción prevista en el art. 356, inc. 1°, del CPCCN, lo cierto es que la norma no determina un resultado ineludible en cuanto a la suerte del reclamo, sino que establece "podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos"; y el art.60 dispone que declarada la rebeldía la sentencia será pronunciada según el mérito de la causa y lo establecido en el art. 356, inc. 1° y en caso de duda constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por la otra parte. De manera que la rebeldía de la codemandada debe ser juzgada en relación a las pruebas aportadas y los diversos elementos de la causa, ya que aquélla no basta para que se dicte sentencia condenatoria, y si la prueba aportada carece de idoneidad para avalar el reclamo del actor entra en la potestad judicial rechazar la demanda (ver Santiago Fassi, Código Procesal Civil y Comercial Comentado, II, págs. 135 y sgtes., 2a. ed.). En suma, habré de proponer al Acuerdo se confirme el rechazo de la demanda con relación a los médicos obstetras demandados y en tanto ha sido materia de recurso.

IV.2. En cuanto a la condena recaída contra el médico anestesista Augusto P. O., luego de reconocer expresamente que la cesárea que debía realizarse a la actora, no se hizo en el tiempo debido y que esa demora pudo haber influido negativamente en las chances de sobrevivencia del niño, las herederas intentaron descargar toda la responsabilidad de esa tardanza en la Clínica L.(Mediconex) por la falta de anesthesiólogos de guardia.

Expresaron que "establecer la responsabilidad de la demora en el cómputo de tiempo de traslado del médico desde su domicilio hasta el sanatorio, es un criterio reduccionista del caso, que configura error porque relaciona categorías diferentes" y, en ese sentido, explicaron que "el tiempo de traslado de un médico desde su domicilio hasta el sanatorio, no entra en la categoría asistencial del médico, sino en la de organización del servicio, a cargo del prestador".

Entonces - siguieron exponiendo- "como la demora es una causa posible del resultado, se cargó la responsabilidad en el anesthesiólogo externo, ante la ausencia de otros anesthesiólogos de guardia activa y pasiva, razonando que el último en llegar antes de la cesárea es responsable de la demora, en el mismo nivel que el organizador del servicio de maternidad carente de anesthesiólogo interno. El error se comete por la reducción de colocar la demora y traslado entre domicilio y sanatorio como un hecho médico cuando no lo es, porque el desempeño externo del Dr. P. O. depende de la organización del servicio asistencial que le dio ingreso a la paciente y que habilitó una cesárea de urgencia sin tener anesthesista".

Continuaron afirmando que la condena a P. O. se apoyó en dos errores que atribuyeron a la sentencia: 1) haber considerado el traslado del médico externo desde su domicilio al sanatorio como un acto médico, propio de la actividad profesional y no del tipo de organización; y 2) haber aplicado la ley de Defensa del Consumidor a la actividad médica, régimen que excluye a los profesionales, por indicación del art. 2, segundo párrafo de la ley 24240, texto ley 26.361 y

concluyeron afirmando: "el perito médico legista primero, y luego el juez de primera instancia, confundieron la obligación de los servicios asistenciales, con las obligaciones del médico" y se preguntaron "¿Qué culpa puede atribuirse al médico por la organización funcional de los servicios del sanatorio, del que ni siquiera es integrante, dependiente o guardia?" Cuando las recurrentes sostienen que "el tiempo de traslado de un médico desde su domicilio hasta el sanatorio, no entra en la categoría asistencial del médico, sino en la de organización del servicio, a cargo del prestador" se equivocan porque el primer deber del médico es de prestar la asistencia debida, lo cual supone hacerlo a tiempo en una situación de urgencia (cfr. art. 19 inciso 2 de la ley 17.132; art. 2 inciso "a" de la ley 26.529; arts. 11 y 19 del Código de Ética de la Confederación Médica Argentina (1955); Bustamante Alsina Jorge "La responsabilidad de los médicos como una cuestión social", La Ley, online, AR/DOC/1129/2001).

De manera que aunque no pueden imputarse al fallecido P. O. las deficiencias asistenciales de la Clínica L. (Mediconex), ni encuadrarse su obrar en el estatuto del consumidor (cfr. art. 2 de la ley 24.240), lo cierto es que su omisión de acudir a la urgencia a tiempo, constituyó un incumplimiento de sus obligaciones médicas, que vino a concurrir causalmente, con las falencias de quien lo contratara para la anestesia (Mediconex), para privar al niño J. G. Y. de una chance de sobrevivir, como surge de manera incontrastable de la pericia médica del Cuerpo Médico Forense que las mismas recurrentes citan.

Con lo expuesto y las pruebas incorporadas a la causa penal, que muestra la inexplicable demora del referido anesthesiólogo en acudir a la emergencia, queda contestado el interrogante de las recurrentes.

Con base en lo expuesto, he de proponer al Acuerdo confirmar este aspecto de la sentencia.

IV.3.El Sr.Juez dijo que entre "Mediconex SA" (Clínica L.); la Obra Social del Personal de Espectáculo Público y los actores existió una relación de consumo (ar. 3 ley 24.240) por lo que las entidades demandadas "no serán llamadas a responder civilmente por un incumplimiento del deber de seguridad asumido en el marco de un contrato con estipulación en favor de tercero donde el paciente es beneficiario, sino justamente por la deficiente prestación del servicio médico brindada al paciente como acreedor principal de la obligación". Agregó que, aún cuando no fuese aplicable al caso el art. 732 del CCyC, en tanto dispone que "el incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado" recoge el mismo criterio.

Con base en ese encuadre legal, concluyó que la conducta desplegada por el anestesista P. O. que antes he analizado y "la deficiente organización del sistema de anestesiología del establecimiento" constituyeron un "incumplimiento contractual por parte de la Obra Social del Personal del Espectáculo Público y "Mediconex S.A." -titular de la Clínica Loíacono-, que los transforma en responsables directos frente a los afiliados progenitores del menor", debían juzgarse a la luz del art. 5 de la referida ley.

El apoderado de la referida Obra Social se agravió de la condena.

Cuestionó que se encuadre a su representada dentro de la ley de defensa del consumidor y que se utilice para la condena el art.732 del CCyC pues el hecho que da origen a esta demanda sucedió en el año 2011.Sostuvo que, por ese entonces, "la totalidad de la doctrina y jurisprudencia consideraba que la responsabilidad de las instituciones médicas estaba basada en la figura de la responsabilidad del principal por el hecho de sus dependientes; al punto que,

demostrada la responsabilidad por culpa de alguno de los integrantes del equipo asistencial dependientes del establecimiento, el mismo resultaba responsable por violación del deber de seguridad que funciona accesoriamente de la obligación principal de brindar asistencia médica, con un factor de atribución objetivo de la responsabilidad; debiendo el establecimiento demostrar la ruptura del nexo causal". Agregó que "si el establecimiento asistencial y los profesionales que son hallados responsables del daño no logran satisfacer el reclamo, entonces sí, y solo entonces, la Obra Social también puede ser encontrada como corresponsable en virtud de lo normado en el art. 504 del Código Civil (la estipulación a favor de un tercero)".

Por otro lado, luego de exponer las razones por las cuales en nuestro país no existen las guardias activas de anestelistas, afirmó que no existe nexo causal entre la demora en que incurriera el anestesiólogo y la muerte del niño J. G.

En ese sentido, explicó que los latidos fetales estuvieron estables hasta las 13:30 horas que empezaron a alterarse como consecuencia del prolapso de cordón que fue la verdadera causa del fallecimiento. De manera que, siguió explicando, "si bien el Dr. P. O. no concurrió a los 30 minutos del llamado que se le realizó a las 13.10 hs.; lo cierto es que la procidencia de cordón fue atendida dentro de los 30 minutos de la constatación de tal complicación".

Entonces, como la procidencia del cordón habría sido la causa adecuada del fallecimiento del niño, consideró que su representada no debe responder.

Dice Bentham que cuando uno se ve apretado por la fuerza de los hechos o de las razones y no puede responder directamente, el primer artificio que se le ofrece es desfigurar los argumentos, se trata del llamado sofisma de los relatos falsos que campea sobre todo en el ámbito forense. A través del mismo, se eluden los hechos se los desfigura, se habla extensamente de lo que nadie discute, se cambia el punto de la cuestión, en fin, "se embrollan los datos" (cfr. Tratado de los sofismas, Madrid, 1834, Capítulo I, p.106) y entre las muchas maneras de falsear un relato está el tomar solamente una parte de la evidencia, elegir lo que nos conviene, es la falacia de evidencia incompleta (cherry picking).

Que la procidencia del cordón umbilical haya sido diagnosticada a las 13:30 horas y que hasta entonces no existiere alteración de la frecuencia cardíaca en el feto, no quita que la necesidad de realizar la cesárea se advirtió apenas ingresó la actora a la clínica 12:50y que el primer aviso a P. O. para que concurriera con urgencia fue a las 13:10 horas. Sin embargo, la cesárea se realizó a las 14:20, es decir noventa minutos más tarde.

Es precisamente esa demora, que el recurrente omite en sus agravios, el núcleo de la cuestión y la que hace directamente responsable a la Obra Social del Personal del Espectáculo Público y "Mediconex S.A." -titular de la Clínica Loíacono y poco importa, en lo que respecta a la aquí recurrente, que se haya debido a la negligencia del anestesiólogo P.O.; a la falta de inversión o desorganización de Mediconex (Clínica L.) o a la conjunción de ambas, porque lo decisivo es que dejó en evidencia una deficitaria prestación del servicio de salud prometido a los actores, que derivó en una pérdida de chance de sobrevivida de su hijo.

Obsérvese que el recurrente, en esa selección caprichosa de pruebas que hace, elude referirse al informe del Ministerio de Salud Pública señalado por el Sr. Juez, según el cual "las instituciones con servicio de maternidad ".deben asegurar un nivel de cuidados básico en el marco de las condiciones obstétricas esenciales: [.]. Capacidad para iniciar un cesárea de

urgencia dentro de los 30 minutos dedecidida tal conducta" (resol. 348/2003, ANEXO"Normas de Organización y Funcionamiento", art.3.b.2, apartado 4) y a las conclusiones del Cuerpo Médico Forense obrantes en la causa penal N° 9596/2011, que tramitara por ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional de Instrucción n° 17 - Secretaría n° 153, donde el referido cuerpo pericial, analizando las historias clínicas n° 143.695, 143.143, 141.277, pertenecientes a P. J. G., y la n° 143.697 correspondiente a J. G., concluyera que " El tiempo transcurrido entre el momento del diagnóstico donde se indicó la operación cesárea y la efectiva realización de la misma con la extracción fetal fue prolongada, esta tardanza excesiva por falta de anestesista consideramos empeoró el pronóstico futuro del recién nacido y pudo haber contribuido a las causales de su deceso. [...] Se considera, en caso de urgencia, que desde el momento de realizar la indicación de una operación cesárea no deben pasar más de 30 minutos para la extracción del feto.El anestesista puede hallarse o no en el quirófano, pero este tiempo debe ser respetado en el caso de autos a las 12:50 hs se indicó la operación cesárea y a las 14:20 hs nació el bebé." La actora, en pleno trabajo de parto, no estaba en un lugar lejano ni aislado, ni en el medio de la calle, sino dentro de una clínica de esta ciudad donde se suponía que, a través de su Obra Social, iban prestarle la asistencia prometida y debida pero no fue así.

La demora fue inexplicable porque aun cuando no resultase exigible por las normas relativas a la habilitación de una clínica contar con una guardia activa de anesistiólogos si lo era tener la capacidad de realizar la cesárea de urgencia dentro de los treinta minutos, algo factible con mayor inversión y priorizando la salud de los pacientes. Prefirieron el ahorro de costos a la salud de los pacientes y afiliados y por eso la empresa que explotaba la Clínica (Mediconex) y la Obra Social que la contrató deben responder por el daño causado a los actores.

En ese sentido, recuerdo que en el expediente"C. L. y otros c/ SOMED SA y otros s/ daños y perjuicios- resp. prof. médicos y aux (Expte. N° 75.276/2010)" del 15-11-2016, donde tuve oportunidad de votar en primer término, esta Sala decidió por unanimidad rechazar la demanda contra los médicos a quienes se atribuía errores y demoras en realizar una cirugía y condenar a los sanatorios y empresa de medicina prepaga allí involucrados, ante la lesión sufrida por el actor debido a la demora en practicarle una cirugía por deficiencias en la organización del sistema de salud.

En aquél caso, que guarda analogía con el presente, compartí el encuadre jurídico que refiere el Sr.Juez en la sentencia.

Allí dije que "en forma paralela y entrelazada con aquélla obligación que involucran la actividad específica de los médicos - que resulta subjetiva y conlleva, como he dicho una obligación de medios- surgen en la relación del paciente, en su rol de consumidor de servicios de salud, con la empresa de servicios médicos y hospitalarios otras obligaciones que resultan de cuidado y seguridad -como la realización de estudios médicos por imágenes, análisis, actuación de enfermería, etc.- que son de resultado y cuyo incumplimiento, hace aplicable el microsistema de la ley de defensa del consumidor (art. 3, 5, 10 bis y 40 de la ley 24.240) aun cuando las partes no lo hayan invocado, en tanto resulta de orden público por imperio de su artículo 63 (ver en el sentido apuntado, esta Cámara, Sala "A", in re 11/05/2012, in re, "T., A. R. y otro c. Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y Aux. del 11-5-2012, voto del Dr. Sebastián Picasso, publicado en La Ley on line, AR/JUR/25171/2012)" y agregue que "dicho de otro modo, el contrato de prestación médica hace nacer deberes y obligaciones para ambas partes. En lo que hace a la parte a cargo de la prestación, estos deberes resultan ser:

- a) La obligación principal de prestar al paciente un tratamiento adecuado al estado de la ciencia

médica, al momento de la ejecución de la prestación. Deber de medios que cada profesional de la medicina asume, según las circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar (artículos 512 y 902 C.C.) y por el que no son equiparables la obligación exigible a un especialista reconocido y la que recae sobre un médico inexperto —más allá de la exigencia general de idoneidad por la que el título profesional obliga tanto a uno como al otro—. b) Las obligaciones accesorias, de seguridad y cuidado, asumidas por el centro asistencial en el que la prestación médica se ejecuta. Salvo excepciones que, en su carácter de tales no pueden ser objeto de presunción — casos de intervenciones quirúrgicas de urgencia, con riesgo de muerte, en sitios improvisados— estas obligaciones accesorias son de resultado y hacen a la buena fe contractual. Por eso mismo, pueden también (como observa Mosset Iturraspe, entre otros) ser abordadas como relaciones de consumo y caer bajo la órbita del Derecho del Consumidor (cfr. Burgos Osvaldo R. "Praxis médica y praxis profesional del galeno. Daños por el hecho y daños en ocasión de la prestación médica comprometida.", publ. en La Ley AR/DOC/1442/2013).

De manera que no considero que resulte indispensable acreditar la culpa del médico dependiente y que este responda para recién hacer responsable a la empresa u obra social que prestan el servicio de salud como asevera el recurrente y esto, más allá de que aquí, el obrar negligente del anestesiólogo P. O., del cual se valieron "Mediconex" y la aquí recurrente para asistir a su afiliada resulta incontrastable en base a las pruebas que obran incorporadas en la causa penal ya referida (ver la reseña realizada en la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 30 de la Capital Federal, CCC 9596/2011/TO1 dictada el día 19 de mayo de 2017).

Por otra parte, el Sr. Juez señaló que el art.732 del CCyC, en tanto dispone que "el incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado" recoge el mismo criterio de responsabilidad directa y el apoderado de la Obra Social demandada no cuestiona que esa solución normativa sea incorrecta, sino que no puede aplicarse pues aquí juzgamos un hecho sucedido en el año 2011, cuando regía el Código Civil de Vélez.

El recurrente tiene razón (art. 7 del CCyC) sobre que la responsabilidad de su representada no puede juzgarse con las normas del actual Código Civil, más ocurre que, aun cuando ubicásemos este caso en el marco del marco jurídico del anterior Código Civil y al margen del estatuto del consumidor, la solución no variaría.

Digo esto pues si la obra social es quien tiene a su cargo el deber asistencial, ha de responder por su incumplimiento, sin que interese que para la ejecución de tal prestación haya tenido que contratar a su vez con terceros - en el caso Mediconex y P. O. ya que a su afiliado le resulta indiferente que su deudor cumpla por sí mismo o valiéndose de otras personas (sustitutos, ayudantes, etc.), bastándole con obtener la satisfacción de su acreencia (ver Acuña Anzorena, Arturo, "Responsabilidad contractual por el hecho de otro", en JA 53, sec. Doctrina, p. 64 y ss., n. 27; Banchio, Enrique Carlos, "Responsabilidad obligacional indirecta", Ed. Astrea, Bs. As., 1973, p. 63 y ss., n. 22; Barbero, Doménico, "Sistema de derecho privado", trad. Santiago Sentís Melendo, Ed. Ejea, Bs. As., 1967, t. III, p. 36, n. 620; Busso, Eduardo B., "Código Civil anotado", Ed. Ediar, Bs. As., 1949, t. III, p. 289, n. 96; Cazeaux, Pedro N., en Cazeaux, Pedro N.-Trigo Represas, Félix A., "Derecho de las obligaciones", 3ª ed., Ed. Platense, La Plata, 1987, t. I, p. 361 y ss., n. 230). Así resulta, por otra parte, de lo dispuesto en los arts. 626 y 630 CC. que admiten que la prestación pueda ser ejecutada por otro que el obligado, pero por cuenta de este último, quien además no se habrá de desligar de su debitum, ni de las consecuentes responsabilidades que puedan surgir del incumplimiento o defectuoso

cumplimiento del mismo (cfr. Trigo Represas Félix A, "Medicina prepaga y responsabilidad civil", publicado en Jurisprudencia Argentina, cita en La Ley online:0003/007300).

Como se ve, el art. 723 del CCyC cuya solución, reitero, no cuestiona el recurrente, recoge la apuntada doctrina elaborada en vigencia del Código de Vélez, que desmorona la crítica de la recurrente.

Finalmente, debo decir que si nos ubicásemos desde la perspectiva del derecho de la seguridad social se impondría igual solución. Es que, tal como ha señalado la Corte Federal, en la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 bis de la Constitución Nacional confiere un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios, ni subestime la función que compete a los profesionales que participan en la atención brindada en las aludidas entidades. El adecuado funcionamiento del sistema médico asistencial no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente; porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en lo que hace a la prestación médica en sí como a la sanitaria, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su control (conf. Fallos:306:178; 308:344; 317:1921; 322:1393 y 329:2688 voto de la mayoría y disidencia parcial del juez Lorenzetti).

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar los agravios y confirmar la sentencia en cuanto condena a la "Obra Social del Personal del Espectáculo Público" IV.4. Examen de los agravios vinculados con la responsabilidad del director médico Juan Gosko, en autos "G. P. J. c/ G. Juan s/ daños y perjuicios -resp. prof. médicos y aux." (EXP.N° 61.894/2015)" Luego de describir la forma en que los anesthesiólogos organizaban, entre ellos, las guardias para realizar las cirugías y calificar la misma de deficiente, el Sr. Juez afirmó que "En cuanto al Dr. G., claro está en función de lo antedicho que su actividad en razón de su rol como director médico del establecimiento al momento del hecho, no se ajustó a la legislación vigente, que le imponía a la clínica la capacidad de iniciar una cesárea dentro de los 30 minutos. Es que, independientemente de hallarse comprobado que no existía la obligación de proveer un sistema de anestesiología con guardia activa -supuesto en el que la clínica debe contar con un anesthesiólogo las 24 horas-, la responsabilidad del establecimiento conlleva la del Director Médico por participar directamente en la dirección, y por su especial preparación calificada es quien estaba en condiciones de prever un plan alternativo que contemple la demora del anestesista en una situación de emergencia, ya sea ordenado el inmediato traslado de la paciente a otra entidad, o bien disponiendo el llamado en forma urgente a otro anestesista que se encuentre más cerca del hospital.No puede aceptarse en el caso que la diligencia que pueda exigírsele al demandado -para cumplir con la disposición reglamentaria de realizar la operación cesárea en 30 minutos- se agote en un sistema organizativo precario como el señalado, menos en un aspecto de suma relevancia como lo es la presencia del anestesista, que deviene indispensable para practicar dicha intervención" Con base en lo expuesto, considerando que "las mentadas omisiones antijurídicas pueden vincularse causalmente con el fatal desenlace de J. G." decidió condenar al aquí recurrente.

G. cuestionó la responsabilidad que se le atribuyera en la sentencia.

Dijo que el Sr. Juez consideró probado que, como director de la Clínica L., cumplió con toda la

normativa sanitaria vigente, pero, sin embargo, decidió condenarlo por las falencias en la organización del servicio de anestesiología que impidieron iniciar la cesárea de la actora dentro del plazo de treinta minutos.

Afirmó que esa falta de organización no fue una cuestión que se le imputara en la demanda y que la sentencia violentó la congruencia. Por otra parte, explicó que, como se desprende de los mismos testimonios que refiere el Sr. Juez, la organización de las guardias de anestesiología consistía en dejar colocado en el office del quirófano el nombre y teléfono del anestesiólogo para contactarlo. De manera, siguió diciendo, que "la organización estaba pautada y no puede achacarse al Director Médico la ausencia imprevista de un profesional ajeno a la institución. Es decir que se encuentra demostrado que los anestesiólogos, al no pertenecer al plantel institucional, tenían asignados turnos, y los profesionales médicos y/o paramédicos llamaban a los que correspondían. Se infiere que, si uno no podía arribar o tenía algún problema personal, deberían llamar al siguiente que en turno tocara". Agregó que "estos hechos facticos no pueden ser imputados al Director Médico desde que el sistema se encontraba organizado de acuerdo con las leyes vigentes de ese momento. El rol de Director Médico aquí demandado fue debidamente ejercido, no debiendo responder por actos u omisiones de distintos profesionales ajenos a la institución y menos aún cuando los mismos se encuentran dentro del sistema de guardia pasiva" Dijo que el Sr. Juez confundió la obligación de garantía por los hechos cometidos por los auxiliares y/o dependientes y la responsabilidad que surge de la obligación de seguridad.

Afirmó que "los anestesiólogos son profesionales contratados o prestadores de la institución y no del Director Médico". Hizo referencia a su absolución en la causa que tramitara por ante el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 30.

Por su parte, al contestar el traslado de la presentación anterior, solicitaron se rechazaran los agravios y se confirmara la condena.

En la demanda se atribuyó al recurrente no haber diseñado "un plan de contingencias y una serie de medidas con recursos materiales y humanos" (ver f.23 vta); "no haber implementado un organigrama de turnos" para cubrir "en tiempo y forma" la realización de la cesárea (ver f. 25) y "no supervisar el efectivo cumplimiento de las guardias" (ver f.27), y porque la clínica "carecía de capacidad real para iniciar la cesárea de urgencia dentro de los treinta minutos de decidida la conducta" y él no garantizó "a la paciente la prestación de los servicios médicos" (ver f.22).

No encuentro entonces que el Sr. Juez haya violentado la congruencia al considerar que G. con base en que no podía aceptarse que la diligencia que pueda exigírsele al demandado -para cumplir con la disposición reglamentaria de realizar la operación cesárea en 30 minutos- se agote en un sistema organizativo precario como el señalado, menos en un aspecto de suma relevancia como lo es la presencia del anestesista, que deviene indispensable para practicar dicha intervención.

Ahora bien, no obstante que el Director Médico podría haber sido responsabilizado por no haber cuidado que la actora "recibiera el más correcto, adecuado y eficaz tratamiento" (ver decreto 6.216/1967, reglamentario del art.40 del decreto-ley 17.132), ello a mi entender requería, necesariamente, acreditar su obrar negligente y la relación causal con el hecho, lo cual aquí no ocurrió (cfr. art.512 del CC y 377 del CPCCN; esta Cámara, Sala "H", in re, "B. M. C. y otros c. M. J. y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux" del 27/02/2018,

La Ley online, AR/JUR/1407/2018) y digo esto último porque, aunque la organización de las guardias pasivas de anestesiología resultase precaria, lo cierto es que aquel día el anestesista P. O. fue contactado a las 13:10 hs, pero, inexplicablemente, llegó a la Clínica a las 14:00 horas.

Por otra parte, no pasó por alto que, como ya lo he señalado, la necesidad de la cesárea fue indicada por el Dr. R. a las 12:50 y que el primer llamado al anestesista recién se registró en la historia clínica a las 13:10 hs, pero esa demora, también inexplicable, no se ha demostrado que obedeciera a un obrar de G.

En suma, si bien la demora en realizar el primer llamado a P. O. (12:50 a 13:10) y la posterior de aquél comprometen, inexorablemente, la responsabilidad de la Clínica L.y la Obra Social de Espectáculo que se valieron de aquél para cumplir la prestación médica, esa responsabilidad objetiva por violación al deber de seguridad y deficitaria prestación sanitario puede trasladarse a G., respecto del cual se delinea una responsabilidad subjetiva, por el solo hecho de su cargo de director médico.

En consecuencia, respecto del nombrado he de proponer al Acuerdo el rechazo de la demanda, con costas en el orden causado porque en razón de la jurisprudencia referida por el Sr. Juez, en la sentencia recurrida, los actores pudieron creerse con derecho a demandarlo.

V. Examen de los agravios vinculados con los rubros indemnizatorios en los demandados en autos "G. P. J. y otro c/ Mediconex SA y otros s/ daños y perjuicios -resp. prof. médicos y aux - ordinario- (EXPT. N° 90.574/2012)

V.1. valor vida (chance de ayuda futura) Luego de señalar que en estos casos correspondía indemnizar la frustración de una chance de ayuda futura del hijo fallecido a sus padres y que aquí, la responsabilidad de los demandados se vinculaba a la pérdida de chance de sobrevivida del niño J. G., el Sr. Juez resolvió fijar la indemnización por este rubro en la suma de pesos cien mil (\$ 100.000), a la fecha de la sentencia, para cada uno de los actores.

El apoderado de estos últimos se agravio procurando que la partida se incremente hasta la suma de \$ 400.000 para cada uno de los actores. Como en el resto de los rubros que componen la cuenta indemnizatoria, el nombrado señaló que no se habían reconocido "valores actuales" y su discurso giró en punto a que el Sr. Juez no contempló la incidencia de la inflación producida desde la fecha del hecho dañoso. Además, dijo que esta partida jamás podría llegar a una suma que no representa ni el promedio de un sueldo y que "no pueden aplicarse pautas matemáticas" para su cálculo.

Por su parte, la "Obra Social del Personal del Espectáculo Público (O.S.P.E.P.)" dijo que comparte lo expresado por el Sr. Juez en punto a que "puede no resultar hipotético ni conjetural que un hijo sano pueda en un futuro brindar a sus padres ayuda económica, cuidados y consejos" pero se preguntó si esa afirmación era trasladable a este caso, ya que en el parto de J. G. se produjo un prolapso del cordón umbilical - complicación obstétrica que tiene altos porcentajes de mortalidad y susceptible de provocar secuelas neurológicas graves -, circunstancia que a su entender transformó a la pretendida "pérdida de chance" de ayuda futura que reclamaban los actores en una "mera expectativa" que no resultaba indemnizable porque era un daño "hipotético o conjetural".

Concluyó entonces que la suma reconocida carecía de fundamento y resultaba una

arbitrariedad.

Finalmente, las herederas de P. O. se agraviaron de las sumas reconocidas por pérdida de chance de sobrevivida. Dijeron que las cantidades eran exageradas y debieron fijarse con más prudencia y conforme al alto grado de incertidumbre que en este caso tenía la chance frustrada.

El análisis de la pérdida de chance, confronta por lo general dos extremos, que se hacen bien evidentes cuando se trata de casos límite; de un lado aquello que podría calificarse como "castillos en el aire" ("de Perrette y su cántaro de leche." ver Mazeaud-Tunc "Responsabilidad Civil" tomo 1 - I N° 219 p. 312), y del otro la predecible por lo razonable, expectativa de contar con la colaboración de alguien, sea por los lazos de parentesco, unidos a la adhesión y consecuencia que provee el afecto, y la buena crianza así lo determinan; sea porque existe deber legal, como el que surge de las disposiciones de los artículos 367 y siguientes (cfr. esta Sala, in re "P., M. R. c. Banco Caja de Ahorro S.A" del 7-8-02, entre muchos otros).

Hecha esta precisión sobre el daño a resarcir, cabe observar que la circunstancia de que la inflación imperante haya desvirtuado las sumas de dinero que los actores estimaron en el escrito inicial, como adecuadas para resarcir los daños sufridos, no autoriza a concluir que la indemnización a fijarse, por haberse frustrado una chance de ayuda futura, deba necesariamente determinarse tomando esas pretensiones como parámetro y actualizándolas, como parecen pretenden los demandantes, porque aquí estamos en una obligación de valor que el juez traduce monetariamente en la sentencia sobre la base de las pruebas producidas y el grado de probabilidad de la referida chance.

En cuanto a los agravios de la Obra Social del Espectáculo, debo decir que la circunstancia de que durante el parto de J. G. se produjera un prolapso de cordón umbilical - complicación obstétrica que tiene altos porcentajes de mortalidad y es susceptible de provocar secuelas neurológicas graves - no evita que los aquí condenados deban responder por haber demorado la realización de la cesárea privado al niño de la posibilidad de superar ese trance y sobrevivir, ni hace conjetural la pérdida de una probable ayuda futura del fallecido a los aquí actores pues ello importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo del daño de cuya reparación se trata (CSJN, 17/3/98, Fallos: 321:487 y sus citas).

Ello, más allá de la incidencia que las apuntadas circunstancias pueden tener en la cuantía.

En cuanto a las críticas de las herederas de O. que apuntan al alto grado de incertidumbre de la chance a indemnizar, a mi entender el resarcimiento fijado contempla adecuadamente todas las circunstancias del caso y a las cuales hice referencia en el párrafo anterior (art. 165 del CPCCN).

Por lo expuesto, he de proponer al Acuerdo se lo confirme este aspecto de la sentencia recurrida.

V.2. daño psicológico.

Con base en el dictamen del perito psicóloga obrante a fs. 620/625, quien concluyera que ambos demandantes presentan un 40 % de incapacidad psíquica por desarrollo psicopatológico post-traumático muy severo, luego de señalar que "los lineamientos contenidos en el artículo 1746 del Código Civil y Comercial para la determinación del capital indemnizatorio" solo sirven de pauta referencial para un justo resarcimiento, valorando la edad

de P. J. G. (21 años) y José María Y. (22 años) al momento del hecho que da origen a esta demanda y que ambos se desempeñaban en "Hoyts General Cinema Argentina S.A.", con un ingreso de \$ 1.500y \$ 1.200 respectivamente mensuales al mes de septiembre del año 2012, el Sr. Juez decidió fijar la suma de \$ 200.000 para cada uno de ellos para resarcir la incapacidad derivada de la lesión psíquica.

El apoderado de los actores se agravió de esa suma y procuró un incremento apoyándose, por un lado, en los porcentajes de incapacidad determinados por la perito psicóloga (40 %) y por otro, en que se había ponderado para el cálculo el valor histórico de los salarios de sus representados.

De su lado, el apoderado de la O bra Social demandada propició la reducción de las sumas. Dijo que, no obstante que el relato que hicieron ambos actores con relación a los hechos era contradictorio con los registros de la historia clínica, la experta lo aceptó sin reparos. Agregó que la pericia carecía de "metodología psicodiagnóstica" y también de "metodología pericial" y que el Sr.

Juez ha "convalidado una evaluación psicológica de ambos actores que carece de toda eficacia probatoria". Cuestionó el porcentaje de incapacidad reconocido en el aludido dictamen a cada uno de los actores (40%) el que calificó de "exabrupto".

Agregó que ninguno de los actores refirió haber presentado crisis conversivas, de pánico o fobias, ni haber requerido algún tratamiento psicológico. Calificó la indemnización de arbitraria.

Finalmente, las herederas de O.también se agraviaron procurando la reducción de las indemnizaciones, afirmando que esta partida estaba sobrevaluada y que este rubro debía ser desestimado debiendo incluirse dentro del daño moral.

Surge de las constancias de autos que presentado el dictamen pericial psicológico y corrido el correspondiente traslado, la Obra Social del Personal de Espectáculos Públicos, aquí recurrente, no impugnó el mismo, ni requirió explicaciones a la experta. De manera que, las observaciones que ahora introduce a dicho dictamen en la expresión de agravios son una reflexión tardía que esta Sala no puede considerar porque no fueron propuestas a su tiempo en la anterior instancia (cfr. art. 277 del CPCCN; CNCiv y Com. Federal, Sala 2ª c.17.722/03, "Fascendini María Rosa c/Obra Social de la Policía Federal Argentina s/daños y perjuicios" del 27-08-09 y sus citas).

Por otra parte, distintos certificados acompañados con la demanda, dan cuenta de la asistencia psicológica que recibieran ambos actores luego del hecho, lo cual viene a corroborar en parte y al menos como un indicio, lo dictaminado por la experta y aceptado por el Sr. Juez sobre la existencia de un daño psicológico permanente y con incidencia negativa en las áreas volitivas, sociales, laborales y personales. Cabe pues descartar los cuestionamientos de la Obra Social que apuntan a subsumir esta partida dentro del daño moral, aspecto sobre el cual volveré más adelante.

Respecto a las críticas a los porcentajes de incapacidad establecidos por la perito debo decir que no conforman una pauta estricta que el juzgador deba seguir inevitablemente, porque no solo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también, las consecuencias tanto desde el punto de vista individual de la víctima, como desde lo social, lo que confiere un marco de valoración más amplio (Fallos:310:1826/28) y aún la pérdida de chance de la posibilidad futura de un

ascenso (Fallos 308:1109, 1117).

Con base en los elementos reseñados considero que las indemnizaciones resultan adecuadas y he de proponer al Acuerdo se las confirme.

V.3. daño moral Con base en las particularidades del caso, responsabilidad de los demandados vinculada a la pérdida de chance de sobrevivida del bebé, el Sr. Juez fijo por el rubro la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000) para cada uno de los actores, a la fecha de la sentencia.

Los actores se agraviaron procurando un incremento expresando que "en ningún caso el agravio moral se puede apreciar con mayor certeza que en el de la pérdida de un hijo".

Por su parte, el apoderado de la Obra Social del Espectáculo reiteró sus objeciones a la pericial psicológica y dijo que el Sr. Juez "intenta diferenciar el "dolor moral" del "dolor psíquico" de una forma completamente artificial y afirmó que "la repercusión espiritual en los actores por la muerte de su hijo no fue producto de una atención médica insuficiente ni de la realización de una cesárea en forma tardía; sino de las consecuencias generadas por la procidencia de cordón que provocó suficiente daño neurológico como para que se produjera posteriormente la muerte del recién nacido". Con base en ello, afirmó que no correspondía reconocer esta partida porque se configuraría un enriquecimiento sin causa.

Finalmente, las herederas de O. también pretendieron la reducción de las sumas reconocida observando que "nadie sabe, ni sabrá jamás", si la supervivencia del niño se habría logrado, ni cuanto fue el aporte del factor "demora" como causante de la muerte del niño, por sobre las otras causas preexistentes.

Las objeciones de la Obra Social demandada relativas a que el daño moral sufrido por los actores se deriva de "las consecuencias generadas por la procidencia de cordón que provocó suficiente daño neurológico como para que se produjera posteriormente la muerte del recién nacimiento" importa reeditar sus cuestionamientos sobre la responsabilidad que ya han sido examinados y descartados, olvidando que aquí lo que se le endilga son las deficiencias del sistema sanitario prestado que privaron al niño J. G. de una chance de sobrevivida al demorarse de manera inexplicable el inicio de la cesárea.

En cuanto al agravio basado en que "realmente el "a quo" intenta diferenciar el "dolor moral" del "dolor psíquico" de una forma completamente artificial, toda vez que no existe evidencia alguna relatada por la experta psicóloga designada (Lic. Antonelli) de afectación de la capacidad productiva de la Sra. P. J. G. ni tampoco del Sr. José María Yabén, de la misma forma que tampoco existe constancia de la afectación psíquica que la perito informó sobre los actores" también he de proponer su rechazo.

Es que, una característica del daño moral es que el desequilibrio emocional que provoca es limitado en el tiempo, no llega a ser patológico y el propio sujeto tiene conciencia de dicho malestar espiritual (la diferencia se advierte claramente entre el duelo normal y el patológico). En cambio, el daño psíquico es una afección que provoca una alteración en las funciones psíquicas del sujeto, este no alcanza a tener conciencia de la lesión y se le genera una incapacidad (cfr. esta Sala, mi voto, in re "Díaz Héctor Rafael c/ Aranda Miguel Ángel y otros s/daños y perjuicios" (EXP.N° 89653/2009) del 6 de octubre de 2015).

En suma, si el daño psicológico reviste la condición de permanente no hay razón alguna para

subsumirlo en el moral ni se configura una doble indemnización o enriquecimiento sin causa como pretende el recurrente.

En cuanto a la cuantía del resarcimiento, considerando las aflicciones que padecieron ambos actores y que se vinculan con los acontecimientos que vivieran desde el mismo momento de la internación de P. G., las angustias y preocupaciones que se derivaron del estado de incertidumbre tanto respecto del parto, cuanto de la tardía cesárea y nacimiento de su hijo en un marco de indiscutible tensión, agravado por la angustiante y breve sobre vida del recién nacido, aún sin soslayar que el daño moral a indemnizar se inscribe en la pérdida de chance, creo que las sumas fijadas deben incrementarse hasta \$ 400.000 para cada uno de los actores. Así lo propongo al Acuerdo.

VI. Examen de los agravios vinculados con los rubros indemnizatorios en autos "G. P. J. c/ G. Juan s/ daños y perjuicios -resp. prof. médicos y aux." (EXP.N° 61.894/2015)" En razón de haber propuesto el rechazo de la demanda respecto de G. propongo al Acuerdo declarar abstractos los agravios que éste expusiera con relación a los rubros indemnizatorios.

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: I) Autos: "G. P. J. y otro c/ Mediconex SA y otros s/ daños y perjuicios -resp. prof. médicos y aux - ordinario- (EXPTE. N° 90.574/2012): I.1) incrementar la condena respecto del rubro daño moral hasta la suma de \$ 400.000- pesos cuatrocientos mil- para cada uno de los actores y confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que decide y fue materia de agravios; I.2) imponer las costas de Alzada de igual modo que en la anterior instancia; II) Autos "G. P. J. c/ G. Juan s/ daños y perjuicios -resp. prof.médicos y aux." (EXP.N° 61.894/2015)": II.1) revocar la sentencia recurrida en cuanto condena a Juan G. y rechazar la demanda a su respecto; II.2) imponer las costas de ambas instancias en el orden causado por las razones explicitadas en el considerando IV.4; III) diferir las adecuaciones y regulaciones de honorarios de esta instancia, en ambos procesos, para una vez que exista liquidación definitiva aprobada (arts. 279 del CPCCN). Así lo voto.

El Dr. Ramos Feijóo, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Parrilli, votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

La Vocalía N° 4 no vota por hallarse vacante (cfr. Res. 571 del Tribunal de Superintendencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil).

Con lo que terminó el acto: ROBERTO PARRILLI - CLAUDIO RAMOS FEIJOOEs fiel del acuerdo. - Buenos Aires, de agosto de 2020.- Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: I)Autos: "G. P. J. y otro c/ Mediconex SA y otros s/ daños y perjuicios -resp. prof. médicos y aux - ordinario- (EXPTE. N° 90.574/2012):I.1) incrementar la condena respecto del rubro daño moral hasta la suma de \$ 400.000- pesos cuatrocientos mil- para cada uno de los actores y confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que decide y fue materia de agravios; I.2) imponer las costas de Alzada de igual modo que en la anterior instancia; II) Autos "G. P. J. c/ G. Juan s/ daños y perjuicios -resp. prof. médicos y aux." (EXP.N° 61.894/2015)": II.1) revocar la sentencia recurrida en cuanto condena a Juan G. y rechazar la demanda a su respecto; II.2) imponer las costas de ambas instancias en el orden causado por las razones explicitadas en el considerando IV.4; III) diferir las adecuaciones y regulaciones de honorarios de esta instancia, en ambos procesos, para una vez que exista liquidación definitiva aprobada (arts. 279 del CPCCN).

Regístrese, protocolícese y notifíquese. Oportunamente publíquese (conf. C.S.J.N.

Acordada 24/2013). Fecho, devuélvase.

ROBERTO PARRILLI

CLAUDIO RAMOS FEIJÓO