

# EL DERECHO

## DIARIO DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTOR: ALEJANDRO BORDA - CONSEJO DE REDACCIÓN: GABRIEL FERNANDO LIMODIO, LUIS MARÍA CATERINA, MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, DANIEL ALEJANDRO HERRERA, NELSON G. A. COSSARI

### IN MEMORIAM

*Dr. Jorge W. Peyrano*, por Silvia L. Esperanza  
Cita Digital: ED-VI-CXLVII-844

### NOTA

*La falta de diligencia de los profesionales de la salud en el acto médico*, por Gisela De Grandis  
Cita Digital: ED-VI-CXLVII-836

### JURISPRUDENCIA

MÉDICO: CCyCN: responsabilidad contractual; causa; apreciación en concreto. DAÑOS Y PERJUICIOS: Obligación de medios: culpa; error objetivamente injustificable; historia clínica; errores y omisiones; efectos; obras sociales; lucro cesante; ayuda futura; actualización monetaria. INTERESES: Indemnización: determinación a valores actuales (CNCiv., sala G, julio 31-2024)

SEGURO: Aseguradora; cobertura del siniestro; incumplimiento; mora; indemnización por privación de uso del automotor asegurado; rubro autónomo; enriquecimiento sin causa del asegurado; rechazo. DAÑO PUNITIVO: Comportamiento disvalioso; cumplimiento de la obligación; conducta dilatoria (CNCom., sala C, diciembre 27-2024)

### DOCUMENTOS Y COMENTARIOS

*Economía de la intención: una cuestión relevante para la bioética*, por Leonardo Pucheta  
Cita Digital: ED-VI-CXLVII-838



# In memoriam

## Dr. Jorge W. Peyrano

por SILVIA L. ESPERANZA

El 6 de marzo falleció el Dr. Jorge W. Peyrano, en su ciudad natal, Rosario. Tarea difícil la de escribir sobre alguien que fuera destacado y destacable en toda actividad que realizó, persona excepcional desde lo jurídico y lo humano. Hombre agudo, culto y de una pluma exquisita.

Se recibió de abogado con medalla de oro en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario dependiente de la Pontificia Universidad Católica Argentina, “el hogar universitario que alimentara mi intelecto y mi espíritu”. Obtuvo el doctorado con la máxima calificación académica en la Universidad del Litoral, premio Konex en 2006 en el área de Derecho Procesal, Internacional y de la Integración, el último reconocimiento que recibió fue la Distinción de Ciudadano Ilustre, distinción que lo emocionara porque provenía de sus coterráneos.

Toda su vida y carrera profesional se lo identificó como rosarino “porque siempre exhibí mi condición de tal con orgullo y énfasis”; decía: “Rosario me dio hijos, nietos, mi título de abogado, una carrera judicial, buenos amigos, una identidad cultural y hasta mi club de fútbol”, Newell’s Old Boys.

Su ciudad fue fuente de inspiración de las principales herramientas procesales que surgieron de la pluma elegante que lo caracterizaba. La medida autosatisfactiva tuvo por escenario de nacimiento un conflicto suscitado en la localidad de Pérez. Las cargas probatorias dinámicas hicieron su aparición con motivo de una intervención quirúrgica fallida ocurrida en Rosario. La medida innovativa surgió para paliar una sanción aplicada a un jockey que se desempeñaba en el hipódromo del Parque Independencia.

Hizo de la amistad un culto, no era un jurista que la totalidad de las horas del día estaba sobre los libros de derecho, sabía distribuir el tiempo entre el deporte en su querido Club Parque Independencia; sus amigos de gimnasia, lo que se aprecia en la dedicatoria del libro *Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial* al “Grupo de gimnasia es salud”; un gran cinéfilo, también, apasionado por la lectura de ensayos y novelas; las cenas después de los Encuentros del Ateneo de Rosario, el café semanal con los amigos, y así un sinnúmero de reuniones para fomentar la amistad.

Sus inicios en el Poder Judicial fueron como empleado, secretario, juez de primera instancia muy joven y culmina su carrera en el cargo de Vocal de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala IV, de Rosario.

No puede haber duda de que la pérdida de Peyrano a todos nos empobrece, su labor autoral fue prolifera y de capital importancia para la evolución del Derecho Procesal Civil y Comercial. De su intelecto surgieron más de 500 artículos doctrinarios, 30 libros. Un gran número de sus ideas ha sido fundamento de reformas procesales en varias provincias, por ej., Chaco, Misiones, Corrientes,

Jujuy, Santiago del Estero, entre otras, así como también en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –2018–.

Difundió sus enseñanzas en innumerables certámenes científicos nacionales e internacionales. Profesor distinguido, amable, correcto. Oír sus clases, conferencias, era algo extraordinario, siempre sobre ideas muy creativas, innovadoras, producto del ejercicio de la magistratura, y como cierre las inolvidables frases de pensadores, músicos, poesía que provenían de la ilustración de sus continuas lecturas.

Es necesario reconocer su vehemencia por el hacer, por el principiar, por concebir oportunidades para sus colegas y alumnos, como su generosidad al distribuir sus genialidades. Permanentemente abierto a los que se acercaban solicitando el prólogo de un libro, un consejo profesional u otras inquietudes. Como todo Maestro, sabía compartir su tiempo y dar el empuje a las jóvenes promesas. El respeto se lo ha ganado con constante estudio y aplicación de sus saberes.

A quienes nos convoca la corriente procesal del activismo judicial nos reconforta que estuviera a nuestro alcance para compartir con claridad y ejemplos prácticos lo que “en buena medida, ha generado un ‘Derecho procesal de excepción’, pensado por y para solucionar lo que no es adocenado”.

Accesible al intercambio de pensamientos y a las críticas fundadas, al cambio de opinión cuando “después de los avatares propios de todo formato jurídico nuevo pasado por el tamiz de la praxis”, así fue el giro en el concepto de las medidas autosatisfactivas.

Tanto en la Asociación Argentina de Derecho Procesal, fue uno de los cofundadores y principal artífice allá por el año 1997 en el Congreso Nacional en Corrientes, como en la Federación de Ateneos de Derecho Procesal, tuve la oportunidad de trabajar directamente con él, minucioso, activo, creativo. Las figuras de los Consejeros Regionales de la AADP, los Socios Benefactores, la Comisión de Jóvenes Procesalistas, todos producto de su constante hacer.

Por lo que nos deja, por la valía de sus obras con incansables beneficios para Argentina y América démosle muchas gracias. Nos estimula el saber que no dejaremos de recurrir a sus trabajos para que nos ilumine en el camino por él forjado del activismo judicial.

**VOCES: ABOGADO - DERECHO PROCESAL - MEDIDAS CAUTELARES - PROCESO ORDINARIO - EJERCICIO PROFESIONAL - JUEZ - CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - CULTURA - EDUCACIÓN - CONMEMORACIONES - PODER JUDICIAL - FILOSOFÍA DEL DERECHO - UNIVERSIDADES**

# La falta de diligencia de los profesionales de la salud en el acto médico

por GISELA DE GRANDIS<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA. 2.1. EL ACTO MÉDICO Y LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL. 2.2. LA CONDUCTA DILIGENTE DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD. 2.3. LA IMPORTANCIA DE LA HISTORIA CLÍNICA COMO EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD. 2.4. LA OPERATIVIDAD DEL ART. 1735 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. – 3. CONCLUSIONES.

## 1. Introducción

En la causa “L., V. B. Y OTRO C/ HOSPITAL DR. ALBERTO DUHAU ASOCIACIÓN CIVIL S/ DAÑOS Y PERJUICIOS – RESP. PROF. MÉDICOS Y AUX.”, el 31/07/2024 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dictó sentencia condenando a los demandados por los daños y perjuicios sufridos por mala práctica médica por considerar que existió un mal manejo de sufrimiento fetal al momento de abordarse la cesárea y alumbramiento de un niño, provocándosele severos daños a su salud.

La sentencia en comentario pone de relieve el impacto que produce en los derechos del paciente la falta y las omisiones en las historias clínicas y su relación con la conducta diligente que se espera por parte de los profesionales de la salud.

Ante el requerimiento de un servicio, por parte de los pacientes –en tanto usuarios del sistema sanitario– se genera una serie de obligaciones no solo para los profesionales de la salud, sino también para los centros asistenciales y precisamente esas obligaciones constituyen un derecho para los pacientes.

La información sanitaria, el consentimiento informado y la historia clínica constituyen derechos fundamentales para los pacientes. Ello es así porque la información que el paciente reciba por parte del profesional de la salud hace a la validez del consentimiento informado y ello no es otra cosa que el ejercicio de la autonomía de los pacientes.

Además, la historia clínica –cuya titularidad pertenece al paciente– acreditará o no la actuación diligente de los galenos. Por lo tanto, reviste importancia superlativa el modo en que los profesionales asientan la evolución de la salud del paciente.

## 2. Los argumentos de la sentencia

### 2.1. El acto médico y la responsabilidad profesional

Se ha dicho que el acto médico es una forma especial de prestación de servicios en la que el médico, en tanto

profesional capacitado, intentará promover la salud, curar o rehabilitar y eventualmente acompañar cuando la clínica ya no alcance.

La sentencia parte de la base de que la responsabilidad médica es de naturaleza contractual y resalta que la responsabilidad profesional de los médicos es la misma cuando contratan directamente con el paciente y en forma independiente, así como también cuando son dependientes de una clínica o sanatorio privado.

Asimismo, señala que las obligaciones que integran el contenido de la prestación médica son aquellas que, conforme su ciencia, arte o técnica tengan por finalidad curar o mejorar la salud del paciente.

De ello se colige entonces que la responsabilidad médica –entendida como el deber que tienen los profesionales de dar cuenta a la sociedad– surgirá cuando el cumplimiento de tales obligaciones resultare deficiente, es decir, cuando la conducta exigida no haya sido diligente.

### 2.2. La conducta diligente de los profesionales de la salud

La responsabilidad médica exige de los galenos un estándar superior y acorde con los conocimientos específicos, pues su objeto de estudio es un paciente. Dicho de otro modo, el médico interviene sobre la vida y la salud de un ser humano, es decir, que las consecuencias de su accionar pueden terminar con la vida o la salud del paciente e incluso afectar la vida de terceros.

En cuanto al contenido de las obligaciones de los profesionales dispone que estas deben estar encaminadas a realizar todos aquellos actos necesarios que tengan por finalidad curar o mejorar la salud de su paciente. Entonces, al médico “se le reprocha haber decidido por lo injusto cuando pudo haber obrado lícita y jurídicamente”.

Al analizar el instituto de la culpa, resalta que el análisis de la acción –siguiendo la línea tradicional deberá hacerse sobre la base de las circunstancias de las personas, tiempo y lugar–, pues las condiciones personales del agente deben ser tenidas en cuenta a los efectos de estimar el mayor o el menor deber de previsión. En efecto, la culpa es el límite mínimo de la culpabilidad, por debajo de ese nivel no existirá responsabilidad<sup>(1)</sup>.

Agregando que el juez no se vale solo de esos elementos concretos, sino que también conformará un tipo abstracto de comparación, flexible, circunstancial, específico, que represente la conducta que debió obrar el agente en la emergencia.

El tribunal, citando a otra doctrina autorizada<sup>(2)</sup>, aclara que la introducción del elemento normativo connota la culpa como un defecto de la voluntad que se traduce en la violación a un deber.

Ciertamente ese defecto de la voluntad encierra las dos formas culposas: la negligencia y la impericia, violando así los deberes de previsión y cuidado. Ese déficit en la actuación profesional es lo que da cuenta de un menosprecio por aquellos bienes que protege el ordenamiento jurídico. Más aún, en el ejercicio de la medicina, ese deber jurídico se traduce en propender hacia la salud humana dedicando para ello toda la diligencia y sapiencia de quien la ejerce.

En consecuencia, la actuación voluntaria negligente, imprudente o imperita del médico, violatoria de aquel deber jurídico, es juzgada por el ordenamiento como una conducta culposa.

Ello no empece a que el contenido de la obligación asumida por el profesional sea de medios, es decir, no se exige el resultado, en el sentido de que deba asumir sobre sus hombros un sinfín de avatares propios, pues no podemos perder de vista que no solo se trata de un diagnóstico correcto y de una práctica adecuada y consistente con ese análisis y conclusión precedente, sino que el cuerpo hu-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *La indemnización correspondiente por la no obtención del consentimiento informado en la praxis médica*, por ROBERTO A. VÁZQUEZ FERREYRA, ED, 197-709; *Derecho a la salud y medidas cautelares*, por LUIS CARRANZA TORRES, EDCO, 2004-213; *Breves reflexiones sobre la prueba del nexo causal: la gran vedet de la responsabilidad médica*, por JUAN MANUEL PREVOT, ED, 216-649; *Historia clínica. Encuadre probatorio. Responsabilidad médica. Responsabilidad omisiva*, por LUCÍA GRACIELA SAVARESE, ED, 216-642; *El derecho a la salud como derecho social. Garantía de la dignidad del hombre*, por VIOLETA CASTELLI, EDA, 2007-743; *El plazo de la prescripción liberatoria en materia de responsabilidad médica en los hospitales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, por INÉS AMURA, ESTEBAN CENTANARO Y JUAN PABLO RODRÍGUEZ, ED, 234-708; *Los presupuestos de la responsabilidad civil en los procesos de mala praxis médica*, por MARCELO OSCAR VUOTTO, ED, 248-683; *Responsabilidad médica por mala praxis*, por MARIANO GAGLIARDO, ED, 251-465; *Los médicos y el consentimiento informado (Necesarias precisiones sobre el tema en el marco del nuevo CCC)*, por MARCELO J. LÓPEZ MESA, ED, 266-703; *La doctrina de la “real malicia” y el derecho a la información sobre cuestiones médicas*, por MARÍA ANGÉLICA GELI, ED, 277; *El médico y la virtud de la prudencia en tiempos de pandemia*, por GERMÁN CALABRESE, ED, 289-1581; *Odontólogos. Responsabilidad civil profesional en tiempos de pandemia*, por DANTE GÓMEZ HAISS, 289-1434; *La responsabilidad del médico especialista*, por MILTON H. KEES, ED, 290-809; *Responsabilidades derivadas de la mala praxis en el marco de una prestación médica de emergencia*, por JORGELINA L. RODRÍGUEZ, ED, 296-114; *Algo más sobre clínicas, médicos y pacientes*, por MARCELO J. HERSALIS, ED, 307. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Abogada, doctoranda en Ciencias Jurídicas, profesora de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Fundación H.A. Barceló y Universidad de Buenos Aires. Coordinadora Subrogante del Comité de Bioética del Hospital Bernardino Rivadavia.

(1) Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Tomo II, 2ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 15.

(2) Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad Civil de los Médicos*, 2ª edición ampliada y actualizada, Código Civil y Comercial de la Nación, t. II, Rubinzal-Culzoni Editores, ed. 2016, p. 16 y ss.

mano posee dinámicas que lo alejan de la idea de ser un elemento inerte a la intervención del profesional del médico, presentando cada persona una singularidad, única y distinta aun con patologías similares.

Sin embargo, señala el tribunal, existen ciertos procedimientos, previsiones, diagnósticos, estudios, que permiten al galeno tratante el mejor ejercicio del arte, entendido este no solo como el más eficaz –que siempre debe ser perseguido en el arte de curar– sino también en la realización de las mejores prácticas médicas acordes con el más moderno estado de la ciencia y minimizando los riesgos a los que puede someterse al paciente.

Reafirmando que “la culpa consiste en un error de conducta, en aquello que no habría cometido una persona prudente y cuidadosa, preocupada por tener en cuenta las eventualidades desgraciadas que pueden derivarse para otro de acuerdo con nuestra ley positiva es la omisión de las diligencias que exigiese la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”<sup>(3)</sup>.

En el estado actual de la doctrina, señala Lorenzetti, hay consenso en que cuando existe un factor subjetivo de imputación (dolo o culpa) el deudor se libera demostrando su falta de culpa o alguno de los eximentes de responsabilidad que poseen virtualidad suficiente para romper el nexo causal<sup>(4)</sup>.

### 2.3. La importancia de la historia clínica como eximente de responsabilidad

Sabido es que la historia clínica, como ya hemos dicho, reviste una importancia superlativa. En el caso en análisis, “no existe aportada la historia clínica prenatal”, a pesar de que se habían realizado dichos controles (ello se encuentra probado por una constancia agregada al expediente).

Nótese que la historia clínica es el documento por excelencia para que el profesional de la salud acredite su actuación diligente, al no haberse aportado la documental médica del control prenatal, que permita evaluar el seguimiento por parte de los profesionales actuantes y evolución del embarazo, entonces, resulta indiscutible la responsabilidad profesional.

En este sentido, la perito neonatóloga citando las recomendaciones del Código de Ética de la AMA, sostuvo que la misma ha sido confeccionada en forma parcial y que el resto de las historias clínicas aportadas no siguen un orden cronológico en diversos pasajes.

A su vez, señala el fallo que “se ha sostenido que el valor que tenga la historia clínica redactada o confeccionada en forma incompleta, se debe distinguir el tipo y la magnitud de los defectos que ésta ostente, no obstante resulta evidente que su imperfecta redacción o confección privan al paciente de un crucial elemento de juicio para constatar los presupuestos que darán sustento a su pretensión, quebrantándose el deber de colaboración que debe existir por parte del accionado para facilitar la prueba, incumpliendo el deber de información que pesa sobre el profesional y, por consiguiente, menoscabando el derecho a ser informado del paciente y acceder al documento clínico”<sup>(5)</sup>.

En este orden de ideas, la historia clínica se erige en todos los procesos seguidos por responsabilidad médica como una prueba esencial, al constituir un dato de extraordinaria importancia en el ámbito sanitario, ya que en ella han de quedar reflejadas todas o al menos las más importantes incidencias en el tratamiento, seguimiento y control del enfermo<sup>(6)</sup>.

El tribunal resalta que las anotaciones que los profesionales médicos hacen en la historia clínica no son tareas administrativas sino de índole profesional que, como tales, deben ser realizadas con rigor, precisión y minucia, pues de ello depende el correcto seguimiento de la evolución del paciente, que es visitado por diversos profesionales que adecuan su tarea a la evolución consignada. Precisamente por ello, un error o una omisión puede derivar en consecuencias graves y hasta fatales para el paciente.

También se ha dicho en circunstancias análogas, señala el tribunal, que las omisiones que contiene la historia clí-

nica no favorecen en absoluto la postura de los demandados. De allí, si dicho instrumento –que es primordial para reconstruir el modo en que tuvieron lugar los hechos– es incompleto o fue mal confeccionado y el desenlace aparece como exorbitante frente a los antecedentes verificados, no cabe otra explicación que sostener que el obstetra no obró con la diligencia que es exigible durante los controles inmediatamente anteriores al parto.

Finalmente, la sentencia remarca que siquiera es coherente la historia clínica en los enunciados que sí contiene, a poco que se advierte –a modo de ejemplo– que a fs. 54 se informa que el motivo de la internación es una “cesárea de urgencia” y en fs. 55 que la paciente “se interna por cesárea programada”.

### 2.4. La operatividad del art. 1735 del Código Civil y Comercial

El fallo señala la operatividad del artículo 1735 del CCyC, pues el *a quo* dispuso expresamente la valoración de la carga de la prueba en los términos de dicho artículo y además los demandados se hallaban en mejores condiciones de probar que el paciente no padeció el sufrimiento fetal agudo que le provocó las lesiones neurológicas que hoy debe cargar.

En este sentido, la mentada norma otorga como facultad al judicial la distribución de la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación de aportarla, pudiendo el juez, si lo considera pertinente, informar de este temperamento a las partes en cuanto a la aplicación de este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

Dicha norma encuentra su fundamento en la igualdad consagrada en el artículo 16 de la CN, que pondera las diferencias, y en la tutela efectiva de los artículos 8 y 25 de la CADH.

En esta línea argumental, cabe concluir que debieron ser los demandados quienes debían probar que la afección neurológica del niño se debió a una malformación congénita o de cualquier otro orden.

Finalmente, resalta que la incompleta confección de la historia clínica genera una presunción judicial de culpa que impone al establecimiento asistencial demandado la obligación de aportar prueba en contrario para exculpar su responsabilidad.

La historia clínica consiste en la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales, familiares, como actuales relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad actual. En consecuencia, debe ser completa, permanente, lo que de suyo entraña una condición de calidad de los cuidados galénicos, a la par que demuestra una correcta asistencia facultativa.

Dicho de otro modo, frente al derecho del paciente a ser informado y a acceder a la historia clínica, surge como contrapartida la obligación del médico de llevar un correcto registro del tratamiento.

En este sentido, el fallo recuerda que el médico será responsable por razón de su culpa, en caso de que cometa un error objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. Pero si el equívoco es de apreciación subjetiva por el carácter discutible u opinable del tema o materia, el juez no tendrá, en principio, elementos suficientes para inferir su culpa.

## 3. Conclusiones

El ejercicio de la profesión médica lleva consigo una enorme responsabilidad, pues lo que el galeno pone en juego es ni más ni menos que la vida de su paciente o su calidad de vida. Desde el surgimiento de la medicina hipocrática hasta la declaración de Ginebra el médico jura como miembro de la profesión médica, prometiendo solemnemente dedicar su vida al servicio de la humanidad<sup>(7)</sup>.

Así es entonces que, como señala el fallo, el reproche se produce por haber decidido por lo injusto pudiendo haber obrado de otro modo. Ello da cuenta, tal como señala Lorenzetti, en una preeminencia de deberes morales que se extrae especialmente de la propia actividad médica a lo largo de la historia de la medicina que se encontraba regu-

(3) CNCivil, “Almonacid Miguel c. Débora S.R.L. Centro Médico y/u otra”, 22/12/1981, LL, t. 1982-D, 475.

(4) Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Tomo II, 2ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 8.

(5) Conf. Prevot, *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Abeledo-Perrot, 2008, p. 395.

(6) Galán Cortés, *Responsabilidad civil médica*, 3ª edición, Civitas, Madrid, p. 134.

(7) Declaración de Ginebra, <https://www.wma.net/es/policias-post/declaracion-de-ginebra/>. [Acceso: 22/01/2025].

lada fundamentalmente por deberes morales<sup>(8)</sup>. Más aún, Marañón señala “lo único que se le puede exigir al médico, es buena fe, buena voluntad, honradez, moralidad. Si falta a ellas sí será culpable...”<sup>(9)</sup>.

Otro aspecto que resulta importante resaltar es la conducta diligente exigida a los profesionales de la salud, sería necesario abandonar aquel concepto decimonónico y exclusivamente normativo que estudia muchas veces los institutos de un modo abstracto y generalizado para analizarlo de un modo global. Ello es así porque la medicina actual es eminentemente transdisciplinaria<sup>(10)</sup> y los profesionales deben actuar coordinadamente en beneficio del paciente.

Por lo tanto, la conducta exigible al médico, desde nuestro punto de vista, es algo más que cumplir con el deber, sino que esa buena fe exigible se relaciona con el quehacer diario: interconsulta si el caso es complejo, información sanitaria al paciente para que ejerza verdaderamente su autonomía, historia clínica completa y, finalmente, frente a una eventual judicialización, entonces colaborar poniendo a disposición todos los elementos que acrediten la diligencia requerida.

En síntesis, la actuación diligente del profesional de la salud requiere desde el inicio del acto médico de la responsabilidad en el modo que brinda la información al paciente y que esta sea un reflejo de lo que quede asentado en la historia clínica sin perder de vista que dicho documento es parte del acto médico.

Sin dudas en este camino se encuentra nuestro Código Civil y Comercial que faculta al juez a distribuir la carga de la prueba<sup>(11)</sup>, de modo que el juez a la hora de resolver pueda aproximarse a la verdad material.

(8) Cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Tomo I, 2ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 15 y ss.

(9) Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Tomo I, 2ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 16.

(10) Cuando hablamos de transdisciplinariedad lo que queremos significar es que cada especialidad, cada servicio debe no solo integrar sus saberes sino colaborar con vistas a mejorar la calidad de vida de un paciente.

(11) Código Civil y Comercial, art. 1735: Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál

Finalmente, vale la pena realizar algunas consideraciones en torno a la historia clínica; en efecto, se trata de un registro de datos médicos sobre el diagnóstico, terapia y evolución de la salud del paciente que es un documento médico-legal. Además, constituye la prueba documental por excelencia que acredita la actuación diligente de los profesionales de la salud y por ello entonces las anotaciones deben ser realizadas con rigor, precisión y minucia, tal como se señalara en el fallo en comentario.

Además, la historia clínica constituye un derecho esencial del paciente que le permite acceder a toda su información sanitaria y entonces tomar decisiones informadas.

Como señalara Weingarten, en situaciones conflictivas resulta un eficaz medio de prueba en que el médico tiene derecho de apoyarse en ella para demostrar que de su obrar no deviene responsabilidad civil y el paciente para demostrar su inculpación, eventualmente probando la mala práctica clínica<sup>(12)</sup>.

La falta de la historia clínica respecto a los controles prenatales del niño, sumado a las omisiones y falta cronológica de las agregadas al expediente, sin lugar a duda dan cuenta de que la actuación médica no ha sido la que se debe esperar de los profesionales de la salud, pues ante estos incumplimientos no hay eximente de responsabilidad que justifique tal acción.

**VOCES: MÉDICO - DAÑOS Y PERJUICIOS - RESPONSABILIDAD CIVIL - - DAÑO - INTERESES - LUCRO CESANTE - PERSONA - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - OBRAS SOCIALES - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - MALA PRAXIS - MEDICINA PREPAGA - PROFESIONALES DE LA SALUD - CULPA - CARGA DE LA PRUEBA - PRUEBA - HISTORIA CLÍNICA - OBLIGACIÓN DE MEDIOS**

de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

(12) Weingarten, Celia y Lovece Graciela, *Tratado de Derecho a la Salud*, 2ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 132.

## Médico:

CCyCN: responsabilidad contractual; causa; apreciación en concreto. **Daños y Perjuicios:** Obligación de medios: culpa; error objetivamente injustificable; historia clínica; errores y omisiones; efectos; obras sociales; lucro cesante; ayuda futura; actualización monetaria. **Intereses:** Indemnización: determinación a valores actuales.

### Con nota a fallo

- 1 – El Código Civil y Comercial de la Nación ha difuminado prácticamente las diferencias en torno a los principios aplicables tanto a la responsabilidad contractual como extracontractual, empero, el encuadre en una u otra órbita no difieren en esencia en cuanto al análisis de la responsabilidad del médico, puesto que, en definitiva, el principal parámetro para examinar la responsabilidad profesional es la culpa, que será apreciada siempre de la misma manera (conforme a las circunstancias de persona, tiempo y lugar) quedando a cargo del pretensor, por regla general, la acreditación de su prueba. Así al tratarse de una responsabilidad profesional no se debe soslayar que los mismos deberes de la profesión recaerán sobre los médicos tanto cuando contratan directamente con el paciente y en forma independiente, así como también cuando son dependientes de una clínica o sanatorio privado.
- 2 – La responsabilidad médica es de naturaleza contractual, y reconoce su causa en el incumplimiento, por parte del profesional, de aquellas obligaciones que integran el contenido de la prestación médica: realizar todos aquellos actos que, conforme su ciencia, arte o técnica tengan por finalidad curar o mejorar la salud de su paciente.
- 3 – Cuando se trata de apreciar la diligencia y la culpa, observamos que nuestro art. 512 ha suprimido, aparentemente, toda referencia a un tipo abstracto de comparación, desde el momento en que se hace sobre la base de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, a diferencia de otros ordenamientos y de las referencias más antiguas que se remontan al derecho romano, en los que se ha partido de un tipo abstracto de comparación, generalmente el buen padre de familia. Sin embargo, que el art. 512 no contemple un tipo abstracto de comparación no es óbice, por el juego de otras normas (como los arts. 902 y 909 del Cód. Civil), para que se confronte la conducta en concreto con un tipo, patrón o metro abstracto, que se tornará elástico y flexible, adaptable a cada situación en particular.
- 4 – En la consabida obligación de medios que cabe comprendida en el ejercicio de la medicina asistencial, no es posible aguardar de la intervención de un galeno una cura garantizada del paciente, así como la asunción sobre los hombros del profesional de un sinnúmero de avatares propios de un ejercicio tan delicado como es el arte de curar, teniendo en cuenta que no se trata sólo de un diagnóstico correcto y de una práctica adecuada y consistente con ese análisis y conclusión precedente, sino que el cuerpo humano posee dinámicas que lo alejan de la idea de ser un elemento inerte a la intervención del médico, o cirujano en este caso, presentando cada persona una singularidad, única y distinta aun con patologías similares.
- 5 – La medicina, a pesar de sus grandes y constantes avances, no es una ciencia exacta, ni se puede esperar el mismo resultado de iguales diagnósticos, e idénticas prácticas, en pacientes distintos. Sin embargo, existen ciertos procedimientos, previsiones, diagnósticos, estudios, que permiten al galeno tratante el mejor ejercicio del arte, entendido este no solo como el más eficaz (objetivo siempre perseguido en el arte de curar), sino en la realización de las mejores prácticas médicas acordes con el más moderno estado de la ciencia.
- 6 – El médico será responsable por razón de su culpa, en caso de que cometa un error objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. Pero si el equívoco es de apreciación subjetiva por el carácter discutible u opinable del tema o materia, el juez no tendrá, en principio, elementos suficientes para inferir la culpa de que informa el art. 512 del Código Civil.
- 7 – En el marco de un registro capital como es la historia clínica en un proceso de mala praxis, en su carácter de “cuaderno de bitácora” de la actividad médica y asistencial desplegada, sus deficiencias documentales –objetivadas por las peritas– deben ser evaluadas de consuno con las cargas probatorias y los demás elementos colectados en autos.
- 8 – Respecto del valor que tenga la historia clínica redactada o confeccionada en forma incompleta, se debe distinguir el tipo y la magnitud de los defectos que esta ostente, “no obstante resulta evidente que su imperfecta redacción o confección privan al paciente de un crucial elemento de juicio para constatar los presupuestos que darán sustento a su pretensión, quebrantándose el deber de colaboración que debe existir por parte del accionado para facilitar la prueba, incumpliendo el deber de información que pesa sobre el profesional y, por consiguiente, menoscabando el derecho a ser informado del paciente y acceder al documento clínico”.
- 9 – Las anotaciones que los profesionales médicos hacen en la historia clínica no son tareas administrativas sino de índole profesional que, como tales, deben ser realizadas con rigor, precisión y minucia, pues de ello depende el correcto seguimiento de la evolución del paciente, que es visitado por diversos profesionales que adecuan su tarea a la evolución consignada. Por ello, un error o una omisión puede derivar en consecuencias graves y hasta fatales.
- 10 – La deficiencia de la historia clínica comporta una presunción clara en contra del médico que tiene la obligación de confeccionarla, dado que dicha falta, de por sí, implica una omisión de la conducta debida de acuerdo a la naturaleza de la obligación asumida, que configura culpa en los términos prescriptos por el art. 512 del Cód. Civil.
- 11 – El vínculo jurídico entre una obra social y sus afiliados y beneficiarios no tiene su fuente en un acuerdo voluntario, sino en la ley, que establece una relación de derecho público; esta relación responde a principios de solidaridad, de justicia distributiva, y no de justicia conmutativa propios del contrato. Este vínculo particular del derecho público, donde la relación jurídica entre la obra social y el beneficiario o afiliado tiene una base legal prevista en las leyes 23.660 y 23.661, encuadra en una relación jurídica de seguridad social, cuyo objetivo asistencial brinda mediante una prestación en favor de un tercero que –con base contractual– la obra social ha concertado con prestadores para dar cumplimiento a sus obligaciones legales con el beneficiario o afiliado.
- 12 – La consideración del lucro cesante reclamado y ponderado dentro del resarcimiento correspondiente a la incapacidad sobreviniente tiende a obtener la reparación integral de la víctima respecto del perjuicio injustamente sufrido en la integridad inescindible de su persona.
- 13 – Es factible que, aunque en la actualidad una persona no revista la calidad de alimentario o no siendo ahora esperable algún género de sostén o colaboración, concurriera la probabilidad de una ayuda en el porvenir. Dicha probabilidad configura una chance, en tanto oportunidad todavía no concretada de recibir más adelante un beneficio, cuya realización es coartada por el hecho lesivo. Dentro del curso natural y ordinario de las cosas, esa chance es especialmente legítima cuando la invocan los padres del hijo incapacitado de manera grave y perdurable o si ha fallecido.
- 14 – Sin obviar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser la última ratio y que la misma es operativa solamente en casos de extrema gravedad, corresponde concluir que en el pedido de inconstitucionalidad de las leyes 23.928, 25.561 y 25.820 incoado en autos no se encuentran reunidos dichos extremos. Ello así, pues los términos en los que se efectuó el planteo resultan ser generales, sin esbozar argumentos consistentes sobre la posible vulneración de principios y garantías constitucionales, así como el perjuicio concreto por el que se verían afectados los peticionarios. Súmese a ello que la cuantificación del resarcimiento expresamente ha sido efectuada a valores actuales y con la fijación de una adecuada tasa de interés –sin que ella provoque una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido– permite arribar a una indemnización justa e integral para las víctimas.
- 15 – En casos en donde los valores de indemnización son fijados a valores actuales, la tasa que debe liquidarse es la del 8% anual desde la fecha del débito prestacional hasta el dictado de la sentencia de grado y de allí en adelante, hasta el efectivo pago, la tasa activa establecida en la doctrina plenaria emanada de los autos “Samudio de Martínez, Ladislaa / Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios”

–del día 20 de abril de 2009– a fin de mantener incólume el contenido de la indemnización. M.M.F.L.

**62.285 – CNCiv., sala G, julio 31-2024. – L., V. B. y otro c. Hospital Dr. Alberto Duhau Asociación Civil s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.**

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 31 días de julio de Dos mil veinticuatro, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos “L., V. B. Y OTRO C/ HOSPITAL DR. ALBERTO DUHAU ASOCIACIÓN CIVIL S/ DAÑOS Y PERJUICIOS – RESP. PROF. MÉDICOS Y AUX.”, Expte. nro. 62.571/2014, respecto de la sentencia de fs. 1323, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores GASTÓN M. POLO OLIVERA - CARLOS ALBERTO CARRANZA CASARES.

A la cuestión planteada, el señor Juez de Cámara Doctor *Polo Olivera* dijo:

I. a. En la sentencia dictada en fecha 12.10.21, que luce en el sistema *Lex 100* a fs. 1323, el colega de grado encontró probada la mala práctica médica imputada por la parte actora (V. L., su hijo A. J. A. J. y J. M. J.) contra M. E. N., D. C. R., Hospital Dr. Alberto Duhau Asociación Civil y Obra Social del Personal de la Industria del Calzado (OSPICAL), y los condenó a pagar las sumas que allí determinó, con más sus intereses y las costas del proceso. Por otro lado, hizo lugar a las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por Ensalud Sociedad Anónima y TPC Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima; rechazó la demanda contra F. E. O. C. y G. N. O., así como respecto a sus aseguradoras, con costas por su orden; y en relación con H. J. G. del C. y C. E. G. y sus aseguradoras, también dispuso el rechazo pero con imposición de las costas a los actores; respecto de B. J. P., si bien también dispuso el rechazo de la pretensión, decidió distribuir las costas por su orden.

También rechazó el planteo de inconstitucionalidad de las leyes 23.928, 25.561 y 25.820. Dispuso además que el importe de condena resuelto en favor del menor A. J. A. J., sea depositado en una cuenta judicial e invertido a plazo fijo hasta tanto se resuelva una alternativa mejor.

b. Esa sentencia fue apelada por Federación Patronal Seguros S.A., la Obra Social, la parte actora, Hospital Duhau y por la Defensora ante la instancia anterior, conforme luce en el sistema *Lex 100*.

Hospital Duhau presentó los agravios que lucen en fs. 1396/1400 (contestado el traslado por la actora en fs. 1428/30); Federación Patronal en fs. 1432/3, contestado por la Obra Social en fs. 1474; la actora hizo lo propio en fs. 1403/1427 (contestada la sustanciación en fs. 1462/6 por la codemandada O., en fs. 1459/61 por G. del C., en fs. 1455/8 por G., en fs. 1448/54 por TPC Seguros y en fs. 1476/83 por Federación Patronal). Asimismo, plantearon sus quejas la Obra Social demandada en fs. 1435/41, cuyo traslado fue contestado por la parte demandante en fs. 1443/6; hizo lo propio la Defensora ante la Cámara en fs. 1487/93, cuyo traslado fue contestado por TPC en fs. 1495/6 y por la Obra Social en fs. 1498.

El Hospital Dr. Alberto Duhau Asociación Civil (Hospital Duhau) cuestionó la responsabilidad decidida, la cuantía y rubros indemnizatorios otorgados. La Obra Social del Personal de la Industria del Calzado (OSPICAL), criticó la responsabilidad, los rubros y la imposición de costas. Federación Patronal Seguros S.A. hizo cuestión respecto de la imposición de costas: postuló que sean impuestas todas a los demandados vencidos. La parte actora cuestionó la responsabilidad decidida respecto de los codemandados exonerados de ella, también se agravió de los rubros indemnizatorios por considerarlos escasos, y la omisión de tratamiento del costo de adaptación de la vivienda, asimismo criticó el rechazo de la inconstitucionalidad planteada. A su turno, la Defensora ante esta Cámara sostuvo el recurso de su colega de la instancia anterior; cuestionó los rubros otorgados, por considerarlos escasos, remarcó la procedencia del daño psicológico y estético, y remarcó respecto de la imposición de costas al menor.

II. Preliminarmente, en razón de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, evaluaré

cuál resulta la ley aplicable a la cuestión traída a decisión judicial.

Debido a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación cabe señalar que si bien el CCCN:7 establece la aplicación inmediata de sus disposiciones con posterioridad al 1.8.2015 (t.o. ley 26.994), esto no implica la retroactividad de la norma, específicamente vedada por la disposición positiva, en análogo sentido a lo dispuesto por el Código Civil en su artículo 3, que ha sido su fuente (arg. Kemelmajer de Carlucci, *La Aplicación del Código Civil y Comercial a las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes*, pág. 16, ed. Rubinzal – Culzoni, año 2015). Introduce sí cierta novedad respecto de las normas protectorias del consumidor, estipulando que cuando las nuevas leyes supletorias sean más favorables al consumidor, las mismas serán aplicables a los contratos en curso de ejecución.

En consecuencia, teniendo en cuenta las particularidades del caso traído a decisión judicial, resulta aplicable la normativa vigente con anterioridad al 1.8.2015.

No obstante, no es posible soslayar que el Código Civil y Comercial de la Nación resulta, asimismo, una pauta interpretativa extremadamente valiosa respecto de cuestiones sujetas a la normativa derogada. Ello en su carácter de síntesis de rumbos y matices que el Derecho Privado argentino ha ido adquiriendo, aun en la vigencia de los Códigos Civil y de Comercio anteriores, en virtud del laborioso enriquecimiento derivado de los pronunciamientos judiciales y del aporte de la Doctrina.

III. Por otro lado, debe recordarse que el Juzgador no tiene la obligación de ponderar todas las pruebas colectadas en la causa, sino solo aquellas que juzgue, según su criterio, pertinentes y conducentes para resolver el caso (CSJN, fallos 274:113; 280:320, entre otros). Asimismo, tampoco tiene el deber de tratar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que estime posean relevancia para sustentar su decisión (Fallos 258:304, 262:222; 310:267, entre otros).

a) *La responsabilidad médica decidida y sus implicancias*

El juez de grado halló probado que existió un mal manejo de sufrimiento fetal al momento de abordarse la cesárea practicada a V. B. L. y el alumbramiento de A., provocándole al niño severos daños cuya reparación dispuso en la sentencia en crisis. Condenó a los médicos que, a su juicio, participaron activamente al proveer la mala práctica médica y rechazó la demanda respecto de otros profesionales codemandados. También condenó al nosocomio y a la obra social; excluyó de la condena a la empresa Ensalud S.A. y su seguro.

Actualmente, como es sabido, el Código Civil y Comercial de la Nación ha difumado prácticamente las diferencias en torno a los principios aplicables tanto a la responsabilidad contractual o extracontractual. Empero, se ha expuesto que el encuadre en una u otra órbita no difieren en esencia en cuanto al análisis de la responsabilidad del médico, puesto que en definitiva, el principal parámetro para examinar la responsabilidad profesional es la culpa, que será apreciada siempre de la misma manera (conforme a las circunstancias de persona, tiempo y lugar) quedando a cargo del pretensor por regla general, la acreditación de su prueba. Así al tratarse de una responsabilidad profesional no se debe soslayar que los mismos deberes de la profesión recaerán sobre los médicos tanto cuando contratan directamente con el paciente y en forma independiente, así como también cuando son dependientes de una clínica o sanatorio privado (Calvo Costa, *Derecho de las Obligaciones*, Hammurabi, pág. 983, ed. 2017).

Agrega esta cita que hoy es prácticamente unánime tanto la doctrina como la jurisprudencia en determinar que el deber de responder de los médicos se debate, por lo general, en el ámbito de la responsabilidad contractual (Calvo Costa, op. cit., pág. íd.).

Así se ha sostenido que la responsabilidad médica es de naturaleza contractual, y reconoce su causa en el incumplimiento, por parte del profesional, de aquellas obligaciones que integran el contenido de la prestación médica: realizar todos aquellos actos que, conforme su ciencia, arte o técnica tengan por finalidad curar o mejorar la salud de su paciente (CCiv y Com Córdoba, 15.5.98, C. De B., M.E. c/ M., A.A., LLC, 199, 1156).

En relación con la conducta que debe tener un profesional, fácil es colegir que se aplica acá un standard superior y acorde con los conocimientos técnicos específicos que es dable esperar de un galeno (arg. Cciv 512 y 902).

Al respecto se ha sostenido que cuando se trata de apreciar la diligencia y la culpa, observamos que nuestro art. 512 ha suprimido, aparentemente, toda referencia a un tipo abstracto de comparación, desde el momento en que se hace sobre la base de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, a diferencia de otros ordenamientos y de las referencias más antiguas que se remontan al derecho romano, en los que se ha partido de un tipo abstracto de comparación, generalmente el buen padre de familia. Sin embargo, que el art. 512 no contemple un tipo abstracto de comparación no es óbice, por el juego de otras normas (como los arts. 902 y 909 del cciv), para que se confronte la conducta en concreto con un tipo, patrón o metro abstracto, que se tornará elástico y flexible, adaptable a cada situación en particular (Prevot, Responsabilidad Civil de los Médicos, Abeledo Perrot, pág. 242, ed. 2008).

Se ha expuesto asimismo que la culpa se aprecia inicialmente en concreto, sobre la base de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar. Las condiciones personales del agente deben ser tenidas en cuenta a los efectos de estimar el mayor o el menor deber de previsión con arreglo a lo dispuesto por el art. 902 –y sin perjuicio de correlacionar esta norma con la recta interpretación que debe efectuarse en derredor del oscuro texto del art. 909–. Con estos elementos concretos el juez conformará un tipo abstracto de comparación, flexible, circunstancial, específico, que represente la conducta que debió obrar el agente en la emergencia. Y de la confrontación entre el actuar real y el actuar debido (idealmente supuesto) surgirá si hubo o no hubo culpa (Bueres, Responsabilidad Civil de los Médicos, 3ra. Edición renovada, reimpresión, Hammurabi, ed. 2010, pág. 516 y ss.).

Otra autorizada doctrina ha expresado que modernamente se estableció que la culpa encierra un juicio de valor del ordenamiento jurídico acerca del agente, reprochándosele el menosprecio que implica su actuar al no haberse conducido conforme a derecho. Se decidió por lo injusto cuando pudo haber obrado lícita y jurídicamente. La introducción del elemento normativo connota la culpa como un defecto de la voluntad, que se traduce en la violación de un deber. Desde la óptica kelseniana, se podría opinar que en el acto culposo se viola una norma secundaria. El defecto de la voluntad encierra las dos formas culposas, la negligencia y la imprudencia; esto es, que el autor del daño contrario a derecho no previó las consecuencias de su acto, o bien fue previsor, pero no observó la conducta necesaria para evitarlo, pues confiaba en que no se produciría. La desatención a la que se hace referencia es congénita con el acto mismo. Ese déficit en el actuar sugiere un menosprecio por aquellos bienes que protege el ordenamiento; amparo éste que no se evidencia en la norma sancionadora (primaria) sino en la norma secundaria. En el supuesto del ejercicio de la medicina, agrega la cita, ya se fundamente éste en un contrato o en la ley; la norma secundaria se singulariza en el deber jurídico de propender hacia la obtención de la salud humana, dedicando para ello toda la diligencia y sapiencia de quien la ejerce. La actuación voluntaria negligente, imprudente o imperita del médico, violatoria de aquel deber jurídico, es juzgada por el ordenamiento como afrentosa hacia el mismo, configurándose una ilicitud culposa (Lorenzetti, Responsabilidad Civil de los Médicos, Segunda edición ampliada y actualizada, Código Civil y Comercial de la Nación, t. II, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 16 y ss., ed. 2016).

Claro está que la consabida obligación de medios que cabe comprendida en el ejercicio de la medicina asistencial, no es posible aguardar de la intervención de un galeno una cura garantizada del paciente, así como la asunción sobre los hombros del profesional de un sinfín de avatares propios de un ejercicio tan delicado como es el arte de curar, teniendo en cuenta que no se trata sólo de un diagnóstico correcto y de una práctica adecuada y consistente con ese análisis y conclusión precedente, sino que el cuerpo humano posee dinámicas que lo alejan de la idea de ser un elemento inerte a la intervención del médico, o cirujano en este caso, presentando cada persona una singularidad, única y distinta aún con patologías similares.

La medicina, a pesar de sus grandes y constantes avances, no es una ciencia exacta, ni se puede esperar el mismo resultado de iguales diagnósticos, e idénticas prácticas, en pacientes distintos.

Sin embargo, existen ciertos procedimientos, previsiones, diagnósticos, estudios, que permiten al galeno tratar el mejor ejercicio del arte, entendido este no sólo como el más eficaz (objetivo siempre perseguido en el arte de curar) sino en la realización de las mejores prácticas médicas acordes con el más moderno estado de la ciencia.

El correcto seguimiento de una secuencia de actos y conductas, que de acuerdo con pautas empíricas de la ciencia médica otorgan las condiciones adecuadas para la mejor resolución de la patología a tratar, minimizando los riesgos o al menos sujetándolos a las circunstancias de cada paciente, representa básicamente el estándar de conducta que subyace la labor del profesional a la luz de lo dispuesto por el coci. 512 y 902, y que consistente con el cabal cumplimiento de esa obligación de medios que se reconoce a la labor profesional del médico.

Esta sala tiene dicho al respecto que la culpa consiste en un error de conducta, en aquello que no habría cometido una persona prudente y cuidadosa, preocupada por tener en cuenta las eventualidades desgraciadas que pueden derivarse para otro de acuerdo con nuestra ley positiva es la omisión de las diligencias que exigiese la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (arg. cciv 512; 21.12.1981, Almonacid, Miguel H. c/ Débora S.R.L. Centro Médico y/u otra, LL, t. 1982-D, 475).

Siendo pues, como fue expuesto más arriba, el factor de atribución de la responsabilidad médica, la culpa, la carga de la prueba se encuentra principalmente en cabeza de la parte actora, conforme lo dispone la norma general prevista por el cpr 377 (sin perjuicio de lo que luego se expondrá en relación con la operatividad en el caso del CCCN:1735).

Desde esta óptica y en relación con el actuar profesional específico, resultó de particular relevancia la valoración de la prueba pericial médica practicada en autos, que en la especie se divide en tres dictámenes diferentes, vertidos por profesionales de diversas especialidades médicas.

El juez de grado ha evaluado los tres peritajes medulares, el brindado por el perito neurólogo pediátrico, el efectuado por la neonatóloga, y el obstétrico (v. fs. 1045/1049, 1054/1068 y fs. 1070/1098).

El *a quo* consideró que:

El médico O. C. aquí codemandado, participó de los controles prenatales de L. el día 12.5.08, y que le extendió una constancia que luce en fs. 26. No en otro momento sin que estuviere acreditada impericia en su accionar.

Que no existe aportada la historia clínica prenatal.

Que la sra. L. fue ingresada al hospital el 1.7.08 a las 9,55 hs. y a las 11 hs. se le hizo el monitoreo fetal, que dio cuenta de signos de alarma que impuso la cesárea que se le practicó entre las 11:15 hs. y finalizó a las 11:40 hs.

Juzgó que, conforme los elementos colectados en autos, ese tiempo entre el resultado del monitoreo y la cesárea fue adecuado a la *lex artis*, pues se efectuó con la premura del caso.

También tuvo en consideración lo expuesto por la perita obstetra, quien destacó que la presencia de líquido amniótico meconial junto con las mentadas alteraciones en la frecuencia cardíaca fetal son signos de alerta de sufrimiento fetal. También ponderó la existencia de dos circulares de cordón.

Evaluó el dictamen de la perita neonatóloga, en cuanto afirmó que los espasmos infantiles, o *Síndrome de West*, son muy variados y frecuentemente son consecuencia de una lesión cerebral, sea estructural o metabólica.

Consideró también el dictamen de la perita mencionada con el aporte científico vertido por el perito neurólogo infantil, quien afirmó que “A. ha padecido un cuadro de disfunción neurológica temprana al nacer debida muy probablemente a un cuadro hipóxico agudo intraparto” (v. fs. 1047, vta. y 1048vta.).

Concluyó en base al dictamen de este auxiliar que el cuadro que presenta hoy A. no se debe a patología genética, falta de alimentación en sus primeros días de vida sino “en un evento que se verificó durante el trabajo de parto, y no en un momento distinto”; consideró en base a esto que tal conclusión compromete pues la responsabilidad de los profesionales intervinientes en el parto: dres. D. C. R. y M. E. N., sin lograr establecer qué tareas cumplió uno u otro en esa instancia, pues no han contestado el traslado de la demanda.

Respecto de los doctores G. N. O. (neonatóloga), C. E. G. (médica neuropediatra), B. J. P. (director del Hos-

pital Duhau), y H. J. G. del C., consideró que no existían operativos factores de atribución de responsabilidad a su respecto, lo cual condujo al rechazo de la demanda.

Coincidió con el razonamiento que desemboca en la atribución de responsabilidad, con base en una deficiente prestación médica que ha mermado la chance de un adecuado abordaje del cuadro que presentó la sra. L. al momento del nacimiento de A., cuya eficiencia pudo haber mermado o evitado las graves consecuencias en la condición psicofísica que hoy padece.

A los elementos probatorios que surgen de autos cabe sumar dos pautas de valoración que considero sustanciales: la primera vinculada con la importancia de la Historia Clínica y la segunda referida a la operatividad del CCCN:1735.

La perito neonatóloga detectó una serie de faltas, omisiones y enmiendas en la Historia Clínica consultada.

En efecto, en fs. 1054 la perita expuso que la Historia Clínica neonatal y la reinternación del niño A. “fue confeccionada en forma parcial conforme a las recomendaciones del Código de Ética de la A.M.A. - CAPITULO 11 página 68 a 69 –DE LA HISTORIA CLÍNICA– Art. 168 al 185”.

Así agregó que “no se cumple o se cumple parcialmente con los siguientes artículos en su confección: Art. 170 (deberá ser redactada y firmada por el mismo médico que realizó la prestación), Art. 171 (La Historia Clínica debe ser legible, no debe tener tachaduras, no se debe escribir sobre lo ya escrito, no debe ser borrada, no se debe dejar espacios en blanco y ante una equivocación debe escribirse ERROR y aclarar lo que sea necesario. No se debe añadir nada entre renglones); Art. 173 (En la Historia Clínica se deberá hacer una descripción exacta de todos los estudios y análisis que se vayan practicando, y en el supuesto que se arribare a un método invasivo, una descripción plena de todos los síntomas que aconsejaron practicarla. Debe ser contemporánea a las distintas prestaciones que se vayan realizando); Art. 174 (Debe constar en la Historia Clínica el libre Consentimiento informado firmado por el paciente, la familia el responsable legal); y Art. 178 (La Historia Clínica completa y escrita en forma comprensible es una de las mayores responsabilidades del Equipo de Salud y su redacción defectuosa es un elemento agravante en los juicios de responsabilidad legal)”.

También dijo en diversos pasajes que las Historias Clínicas “No siguen un orden cronológico los informes de los estudios de imágenes y laboratorio comprendidos entre las fs. 94 a 129, y se repite igual situación con las indicaciones Médicas que se encuentra comprendida entre la fs. 130 a 151” (fs. 1054).

A su vez, la perito médica obstetra expuso que “el Htal. Dr. Alberto Duhau no aportó la documental médica del control prenatal: ficha obstétrica o carnet prenatal o historia clínica prenatal que permita evaluar el seguimiento por parte de los profesionales actuantes y evolución del embarazo” (v. fs. 1075).

Tales deficiencias documentales, en el marco de un registro capital como es la Historia Clínica en un proceso de mala praxis, en su carácter de “cuaderno de bitácora” de la actividad médica y asistencial desplegada, sus deficiencias –objetivadas por las peritas– deben ser evaluadas de consuno con las cargas probatorias y los demás elementos colectados en autos.

Máxime si se advierte que existieron identificados signos de sufrimiento fetal, como fueron la existencia de líquido amniótico meconial y una merma en el registro cardíaco obtenido en el monitoreo fetal efectuado a las 11 hs. del día de internación de la codemandante L., sin que esto pueda ser consultado con otros registros de otros monitoreos previos, para responder a la pregunta central del tiempo en que se habrían presentado aquellos síntomas de sufrimiento fetal que indicaron la cesárea de urgencia.

Se ha sostenido pues que el valor que tenga la historia clínica redactada o confeccionada en forma incompleta, se debe distinguir el tipo y la magnitud de los defectos que ésta ostente, “no obstante resulta evidente que su imperfecta redacción o confección privan al paciente de un crucial elemento de juicio para constatar los presupuestos que darán sustento a su pretensión, quebrantándose el deber de colaboración que debe existir por parte del accionado para facilitar la prueba, incumpliendo el deber de información que pesa sobre el profesional y, por consiguiente, menoscabando el derecho a ser informado del paciente y acceder al documento clínico” (conf. Prevot,

Responsabilidad Civil de los Médicos, pág. 395, A. Prevot, 2008).

Se expuso pues que la historia clínica se erige en todos los procesos seguidos por responsabilidad médica, como una prueba esencial, al constituir un dato de extraordinaria importancia en el ámbito sanitario, ya que en ella han de quedar reflejadas todas o, al menos, las más importantes incidencias en el tratamiento, seguimiento, y control del enfermo (Galán Cortés, Responsabilidad civil Médica, tercera edición, pág. 134, ed. Civitas, Madrid).

Así se ha señalado que las anotaciones que los profesionales médicos hacen en la historia clínica no son tareas administrativas sino de índole profesional que, como tales, deben ser realizadas con rigor, precisión y minucia, pues de ello depende el correcto seguimiento de la evolución del paciente, que es visitado por diversos profesionales que adecuan su tarea a la evolución consignada. Por ello, un error o una omisión puede derivar en consecuencias graves y hasta fatales (cita de jurisprudencia nacional, CNCiv., sala I, 19.2.97, en Galán Cortés, op. cit., pág. 135).

También se ha decidido, en circunstancias análogas a las evaluadas acá, que las omisiones que contiene la historia clínica no favorecen en absoluto la postura de los demandados. De allí, si dicho instrumento —que es primordial para reconstruir el modo en que tuvieron lugar los hechos— es incompleto o fue mal confeccionado y el desenlace aparece como exorbitante frente a los antecedentes verificados, no cabe otra explicación plausible que sostener que el obstetra no obró con la diligencia que es exigible durante los controles inmediatamente anteriores al parto (CNCiv., sala M, K., F. M. y otros c. Clínica Bazterrica (OMINT de Servicios) y otros s/ daños y perjuicios - Resp. prof. médicos y aux. • 09/08/2021, TR LALEY AR/JUR/117926/202).

Siquiera es coherente la historia clínica (arg. 150111) en los enunciados que sí contiene, a poco que se advierta (por ejemplo) que si bien en fs. 54 se informa que el motivo de la internación es una “cesárea de urgencia”, en fs. 55, en el apartado “tratamiento” la dra. N. consignó que la paciente “se interna para cesárea programada”.

Esta falta de elementos, pero la existencia de otros sí colectados en autos, permitieron al perito neurólogo infantil efectuar el enunciado científico que dio base a la solución condenatoria arribada por el *a quo*.

En efecto, el perito neurólogo infantil expuso que el niño A. nació el 1° de julio del 2008 a las 11,30 hs. en el Htal. Duhau; y por cesárea abdominal de urgencia debido a Bishop desfavorable (fs. 54-Historia Clínica 150-111); de término con 40 semanas de edad gestacional, pesó 3300 grs. Y la puntuación Apgar 8/10, de presentación cefálica, con líquido amniótico meconial, según constató de la epicrisis neonatal. Fue externado el día 3 de julio de 2008 junto con su madre, reingresando a las 48 hs. (5.7.08), por mala actitud alimentaria, hipotonía, hiporreactividad, hipoglucemia asociadas a convulsiones clónicas y mioclónicas segmentarias y generalizadas que sólo cedieron con el suministro de fenobarbital (fs. 1045).

Agregó el experto que se descartaron procesos sépticos y meningoencefálicos, y metabopatías así como lesiones malformativas o hemorrágicas encefálicas, a través de diversos exámenes (fs. íd.).

Agregó el perito M. que se concedió el egreso hospitalario, con indicaciones de controles neurológicos ambulatorios y estimulación psicomotriz temprana y kinesiología; y advirtió que “con el transcurso de los primeros meses, se configuró un cuadro de encefalopatía crónica evolutiva con importante retardo psicomotor, epilepsia sintomática lesional, en la forma electroclínica muy grave de Síndrome de West”.

Reafirmó que “entre los 4 y 5 meses de vida sufrió un Síndrome de West como forma de encefalopatía epiléptica grave o catastrófica de base lesional, que requirió nuevos esquemas farmacológicos...” con un retraso global del neurodesarrollo en los aspectos sociales, lingüísticos, cognitivos, y en menor medida motores; con dependencia total de terceros y con fracaso en la escolaridad común. Su situación es irreversible con pobre pronóstico funcional personal social (v. fs. 1045vta.).

Con los elementos colectados en autos, y principalmente los signos y síntomas, la evaluación del menor y los datos suministrados en la Historia Clínica, el perito expresó que “es muy probable que el déficit motor – cognitivo y el síndrome de West se encuentren vinculados a

una encefalopatía neonatal, por probable hipoxia durante el trabajo de parto” (fs. 1047 bis).

Confirmó esa conclusión en términos más técnicos al establecer que no todos los estudios de neuroimagen realizados al menor fueron normales, y detalló que “se le practicaron dos ecografías cerebrales, la primera (10-7-08) con evidencia edema difuso cerebral y la segunda (26-8-08) fue normal. La TAC cerebral fue normal, se descartaron lesiones hemorrágicas (15-7) (fs. 32). La RMN encefálica realizada el 21/8/08 evidenció un aumento discreto –para la edad– de cisternas y espacios subaracnoideos. Resto normal. Fs. 41. Una segunda RMN posterior y ambulatoria (18-3-09) evidenció asimetría ventricular con predominio izquierdo (fs. 52)” y remarcó luego que “la observación personal de estas últimas imágenes durante la pericia médica, detectó un aumento de los espacios subaracnoideos de la convexidad y a predominio temporo Silvano; así como una asimetría y dilatación ventricular especialmente en astas posteriores... **Indicando una retracción cortico subcortical por un probable evento hipóxico suficientemente intenso y prolongado**” (el destacado me pertenece; v. fs. 1048vta.).

Se critica al *a quo* que su condena de responsabilidad parte pues de afirmaciones científicas que no son categóricas, pues fue utilizado un modo potencial como probabilidad causal por parte del experto neurólogo infantil.

Omite ese cuestionamiento considerar que en la especie los accionados no sólo se hallaban en mejores condiciones de probar que el niño Alexis no padeció el sufrimiento fetal agudo que le provocó las lesiones neurológicas que hoy debe cargar, sino que en la especie se dispuso expresamente la valoración de la carga probatoria conforme el CCCN:1735 (v. fs. 845vta.), siendo pues, la ley del caso al respecto.

La mentada norma otorga como facultad judicial la distribución de la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla, pudiendo el juez, si lo considera pertinente (como lo hizo acá en fs. 845vta.) informar de este temperamento a las partes en cuanto a la aplicación de este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

Esta sala, en su anterior composición y en oportunidad del tratamiento de recursos contra tal decisorio, destacó para su confirmación que la disposición de marras, utilizada por la Corte Suprema de la Nación mucho antes de la sanción del actual Código Civil y Comercial de la Nación, encuentra su fundamento en la igualdad consagrada en el CN:16, que pondera la diferencias, y en la tutela efectiva de la CADH:8 y 25 (v. fs. 988/990 y sus citas).

En esta línea argumental, cabe concluir que debieron ser los demandados quienes debían probar que la afección neurológica de A. se debió a una malformación congénita o de cualquier otro orden (v. fs. 1079vta. *in capit*), imprevisible e imposible de abordar aun en el más diligente de los tratamientos, tanto en el control prenatal como en la oportunidad del parto.

Lejos de ello, en la especie no se encuentra ningún elemento documental médico que permita conocer, siquiera someramente, el estado y evolución del embarazo, los monitoreos, y aún aquella atención que la actora dijo haberle dispensado el dr. O. C. del 25.6.08 (pocos días antes del alumbramiento), sin registro alguno de monitoreo fetal, que debió habersele dispensado a la paciente a fin de efectuar un “diagnóstico de bienestar fetal o en su defecto indicación de finalización del embarazo”, según la perita obstetra (v. fs. 1686vta.).

Nada de esto consta en autos, que permita acreditar un adecuado seguimiento de las instancias finales del embarazo y el parto, con el debido control de la salud fetal: véase que, concretamente, no se conoce cuál pudo ser el período de tiempo que existió sufrimiento fetal pues antes del monitoreo de las 11 hs. que informó la disminución del ritmo cardíaco del bebé, no existió otro cotejable con registro “normal”.

Recuérdese que según luce probado en autos, con base en el dictamen pericial de obstetricia, “las alteraciones de la frecuencia cardíaca fetal junto al hallazgo intraoperatorio del líquido amniótico meconial constituyen signos de altera de sufrimiento fetal. La presencia de dos circulares de cordón (descriptas a fs. 61) constituye causal idónea para comprometer la circulación útero-placentaria con la

consiguiente hipoxia y muerte fetal intrauterina o provocar sufrimiento fetal” (v. fs. 1086).

Se ha sostenido en un fundado fallo que es cierto que, en principio la actividad probatoria recae sobre quien afirma un hecho, pero a la contraparte no le basta con negarlo, cuando está en su poder aportar prueba suficiente para desvirtuarlo. Como se ha sostenido, la incompleta confección de la historia clínica genera una presunción judicial de culpa que impone al establecimiento asistencial demandado la obligación de aportar prueba en contrario para exculpar su responsabilidad (conf. CNCiv., Sala G, 26/09/2000, LA LEY, 2001-A, 118). En otro precedente la Sala “G” (en voto de la Dra. Areán citando al Dr. Bellucci) se expresó que la deficiencia de la historia clínica comporta una presunción clara en contra del médico que tiene la obligación de confeccionarla, dado que dicha falta, de por sí, implica una omisión de la conducta debida de acuerdo a la naturaleza de la obligación asumida, que configura culpa en los términos prescriptos por el art. 512 del Cód. Civil. Es bien conocida la trascendencia que reviste la historia clínica como prueba primordial en los juicios de mala praxis para demostrar el proceder médico. Y que aquélla consiste en la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales, familiares, como actuales relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad actual (ver mi voto, L. 213.703, del 21/08/1997, y su cita). De modo que, por definición, debe ser completa, permanente, lo que de suyo entraña una condición de calidad de los cuidados galénicos, a la par que demuestra una correcta asistencia facultativa (conf. Ryckmans y Meert-Van de Put, en “Les droits et les obligations des médecins”, Bruselas, 1972, p. 715, cit. por Vázquez Ferreyra, La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica, en LA LEY, 1996-B, 807). De allí que su confección incompleta constituye una presunción en contra de la pretensión exculpativa del profesional (conf. Lorenzetti, Ricardo L., Responsabilidad civil de los médicos, T. II, p. 245; Andorno, Luis O., Responsabilidad civil médica. Deber de los facultativos. Valor de las presunciones judiciales. Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos, en JA, 1990-II-73). Por lo tanto, si los datos que ella contiene están plagados de deficiencias y omisiones, este hecho imputable a los médicos que intervinieron en el acto son suficientes para generar una presunción judicial de culpa que impone a los demandados aportar prueba en contrario” (conf. CNCiv., Sala “G” del 26/09/2000, LA LEY, 2001-A, 118 y c. “Wade, Sandra D. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros” del 20/11/2007, publicado en: RCyS 2008, 762 La Ley Online: AR/JUR/8955/2007). Frente al derecho del paciente a ser informado y a acceder a la historia clínica, surge como contrapartida la obligación del médico de llevar un correcto registro del tratamiento. De otro modo, el damnificado por un error carecería de la documentación necesaria para concurrir al proceso en igualdad de posibilidades probatorias (CNac.Civil; Sala D, 12/05/1992, causa N° 95.276; ver CNCiv, sala E, D. L. L. y otro c. R. J. y Otros s/ daños y perjuicios, 21/08/2020; TR LA LEY AR/JUR/44455/2020).

Súmase a ello la falta de contestación de la demanda, y lo expresamente previsto por el cpr 356-1.

Estimo que estos elementos son suficientes para rechazar los cuestionamientos a la atribución de responsabilidad de los médicos condenados en autos.

Resta evaluar las críticas vertidas por la actora en relación con los sujetos demandados respecto de los cuales ha sido rechazada la demanda, o se ha accedido favorablemente a la excepción de falta de legitimación para obrar.

Respecto de la dra. O., la actora cuestionó la decisión exoneratoria del *a quo*, en el entendimiento que éste omitió considerar que, aun cuando su accionar haya sido posterior, le dio el alta hospitalaria, omitiendo constatar que no se verificaron parámetros de normalidad.

Se imputa a esta profesional un deficiente diagnóstico de la condición de A. para otorgarle el alta. Sin embargo considero, al igual que el juez de grado, que no existen pruebas concretas que con los elementos apuntados pueda concluirse que el alta hospitalaria haya derivado de una violación de la *lex artis* (arg. cciv 512).

Es cierto que existirían dos registros no coincidentes de patologías que afectaron a A., pues en fs. 206 la profesional O. expuso como diagnóstico definitivo “sínd. (síndrome) convulsivo, se descarta Neurometabolopatía... Se

asume como secuela peripartal” (sin mayores precisiones) y que esto habría sido modificado en el resumen de la Historia Clínica, habla más de las desprolijidades en el registro de la Historia Clínica y demás documentación, que ha definido la culpa arribada, que la imputación concreta y específica de un yerro en el diagnóstico por parte de la dra. O., a quien sólo cabe imputarle la documentación manuscrita de fs. 206 y no el resumen señalado.

Respecto de la dra. G., cabe destacar que no existe acreditación del mentado hundimiento craneano que invocó la actora en la demanda, ni ello aparece científicamente conectado con el sufrimiento fetal agudo y las afecciones neurológicas que representan el elemento causal por el cual se ha atribuido responsabilidad. Tampoco aparece acreditado un error de diagnóstico que implique un acto reñido con la *lex artis* (arg. cpr 377, 386 y su doctrina).

Respecto de ambos casos (vgr. G. y O.) debe recordarse que el médico será responsable por razón de su culpa, en caso de que cometa un error objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. Pero si el equívoco es de apreciación subjetiva por el carácter discutible u opinable del tema o materia, el juez no tendrá, en principio, elementos suficientes para inferir la culpa de que informa el art. 512 del Código Civil (Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, Hammurabi, pág. 569).

En relación con el dr. B. J. P., cabe consignar que se lo ha incorporado al proceso en calidad de demandado, dado su carácter de director médico del Hospital Duhau.

La ley 17.132:40 establece que los establecimientos asistenciales deberán tener a su frente un director, médico y odontólogo, según sea el caso, el que será responsable ante las autoridades del cumplimiento de las leyes, disposiciones y reglamentaciones vigentes en el ámbito de actuación del establecimiento bajo su dirección y sus obligaciones serán reglamentadas. La responsabilidad del director no excluye la responsabilidad personal de los profesionales o colaboradores ni de las personas físicas o ideales propietarias del establecimiento.

A pesar de los defectos considerados acá respecto de la guarda y consistencia de las historias clínicas apuntadas, medulares para resolver el litigio, no es menos cierto que no aparece que el director médico haya tenido una incidencia causal directa en el evento de autos.

Análogas conclusiones cabe arribar respecto del dr. G. del C., cuya intervención aparece sólo al momento de la redacción del resumen de la Historia Clínica, sin ninguna participación en los actos médicos referenciados.

Respecto de O. C., no existe registro de atención médica alguna pues no consta historia clínica de la evolución del embarazo. La ausencia de ella y la simple afirmación de la actora no aparece suficiente, a mi juicio, para establecer la responsabilidad. Sólo en el resumen de la Historia Clínica emerge referenciado un “seguimiento sin inconvenientes con frecuencia mensual hasta el 25/06/2008”; sin poder constatar si fue atendida, si lo fue por el mentado profesional, y si éste u otro omitió efectuar un monitoreo fetal, como fue expuesto más arriba.

Al respecto, como en el resto de los médicos referidos *supra* en este apartado, cabe destacar que la responsabilidad plural o colectiva invocada en el escrito de demanda, sólo aparece aplicable en el caso que no haya sido esclarecida la autoría efectiva en el actuar asistencial donde han participado diversos galenos. En la especie, como se dijo, se concluyó que existió un defecto en la asistencia perinatal imputable a los profesionales condenados.

Con relación a ENSALUD SA, también fue cuestionado el progreso de la excepción a su respecto.

El juez de grado consideró, con base en la documental de fs. 670/733 (contrato entre la coaccionada y OSPICAL) del cual surge que “la obra social contrató a ésta última entidad para que a partir del 1 de febrero de 2008 brinde a sus afiliados los servicios de asistencia médica ambulatoria de acuerdo a los anexos I a VII, a través de las entidades y profesionales médicos que se encuentran adheridos a la denominada “red del prestador” incluidos en el anexo II del contrato. Precisamente, al cotejar el aludido anexo II advierto que en ningún momento aparece mencionado el Hospital Duhau (fs. 678/709), por lo que cabe darle la razón a Ensalud Sociedad Anónima”.

Esta conclusión no aparece concretamente rebatida por la crítica. Recuerdo lo dicho más arriba: no se trata acá de un autor anónimo que compromete la responsabilidad colectiva de los sucesivos servicios profesionales brindados, sino que ha quedado en la especie establecida la órbita

y autoría de los responsables por el evento dañoso (hoy CCCN:1761), lo cual encuadra el hecho en el ámbito de asistencia en el Hospital Duhau, sin que exista relación convencional entre OSPICAL y Ensalud al respecto (en los términos del cciv 504, 1137, 1197, 1198).

Comparto pues el temperamento adoptado al respecto por el *a quo*.

Distinto es la conclusión condenatoria respecto de la Obra Social.

En efecto, ha sostenido autorizada doctrina que el vínculo jurídico entre una obra social y sus afiliados y beneficiarios no tiene su fuente en un acuerdo voluntario, sino en la ley, que establece una relación de Derecho Público; esta relación responde a principios de solidaridad, de justicia distributiva, y no a la de justicia conmutativa propios del contrato (Lorenzetti, La Empresa Médica, segunda edición ampliada y actualizada, pág. 93 y ss.).

Este vínculo particular del Derecho Público, donde la relación jurídica entre la obra social y el beneficiario o afiliado tiene una base legal prevista en las leyes 23.660 y 23.661, y que encuadra en una relación jurídica de seguridad social, cuyo objetivo asistencial brinda mediante una prestación en favor de un tercero que –con base contractual– la obra social ha concertado con prestadores, como el Hospital Duhau, para dar cumplimiento a sus obligaciones legales con el beneficiario o afiliado (arg. cciv: 504).

#### IV. LAS PARTIDAS INDEMNIZATORIAS

Previo a analizar estos cuestionamientos, debo señalar que está visto que la ponderación autónoma o conjunta de ciertas partidas o rubros indemnizatorios no es pacífica, pues los jueces distribuyen su ubicación o evaluación –ya sea respetando el modo en que se ha manifestado en la pretensión o por disposición propia– dentro o fuera de tal o cual concepto susceptible de reparación en el caso, obediendo a una u otra técnica argumentativa de la decisión judicial que se arribe (arg. CCCN:3). Ello parece una cuestión que no afectará la solución en la medida, claro está, que tales disquisiciones no impliquen una omisión o una duplicación en la indemnización.

##### a. A. J. A. J.

i. Incapacidad sobreviniente. Daño físico, psíquico y estético

La incapacidad sobreviniente no cubre sólo la faz laborativa sino que por ser integral abarca todos los aspectos de la vida de una persona y por ende todas sus actividades.

Cabe señalar que la incapacidad para ser indemnizable debe ser total o parcial y como consecuencia que cubre todas las erogaciones futuras atendiendo a la índole de la actividad impedida, sea o no productiva, puesto que la reparación no sólo comprende el aspecto laborativo, sino también todas las consecuencias que afectan la personalidad del damnificado.

Asimismo, el perjuicio psicológico se configura mediante la alteración de la personalidad, la perturbación del equilibrio emocional de la víctima, que debe guardar adecuado nexo causal con el hecho dañoso y, a su vez, debe entrañar una significativa descompensación que perturba su integridad en el medio social.

En cuanto a la lesión estética, se ha dicho que en tanto daño patrimonial indirecto, integra el de incapacidad –como se efectuó en el caso y comparto– y en cuanto a aspecto extrapatrimonial, el daño moral.

Es así que la pretendida autonomía respecto de los argüidos daños psíquicos y estéticos no puede prosperar; repárese que el anterior sentenciante cuantificó los daños físicos y psíquicos dentro de la esfera de la incapacidad sobreviniente y en cuanto a los daños estéticos los ponderó en el abordaje del daño moral.

Pues bien. Se ha dicho que la valoración de la incapacidad sobreviniente queda sujeta al prudente arbitrio judicial previa consideración de las pautas obrantes en el proceso y las condiciones personales de la víctima.

Por otro lado, tal mensura debe guardar estricta relación con las secuelas subsistentes que la provocasen y a los efectos de la determinación de su cuantía corresponde tener en cuenta la edad de la víctima, su sexo, situación familiar, actividades habituales, por cuanto todo ello confluirá para configurar pecuniariamente el perjuicio (CEsp. Civ.Com., sala III, “Eguino Marcos c/ Gugenheim SAICA y otro s/ sumario”, 14.9.82; íd. “Blanco, Carlos José c/ Aguilar Néstor s/ sumario”, 28.12.87).

De este modo, sin perjuicio de la valoración que cabe de la existencia y entidad de las lesiones, a la luz de la regla de la sana crítica (conf. cpr 386), la prueba pericial

resulta de particular trascendencia, ya que el informe de los expertos no es una mera apreciación sobre la materia del litigio sino un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos, motivo por el cual, esta prueba resulta de fundamental importancia.

Es que para la determinación de la procedencia de la indemnización del presente rubro, ha de acreditar el pretensor de manera concluyente, la existencia del daño, siendo imprescindible la intervención de un experto en la materia a los efectos de establecer la existencia, magnitud de la perturbación y su relación causal con el hecho invocado.

En el ya extensamente analizado informe pericial médico neurológico, el experto resultó categórico al señalar respecto de A. J. A. J. que, a raíz de la encefalopatía crónica con grave retardo mental que padecía, **“su discapacidad es total, permanente, predominantemente mental social, con máxima dependencia de terceros”**, además de indicar que era crónica e irreversible, el experto estimó la incapacidad civil genérica “mayor del 85 %” (cfr. fs. 1045/1049; cpr 386 y 477).

Debo destacar que a fin de determinar el *quantum* del resarcimiento corresponde ejercer el prudente arbitrio judicial independientemente de los porcentuales de incapacidad estimados por los auxiliares de justicia. Es que ello constituye un elemento referencial y no de exactitud matemática, por lo que el juzgador goza de un amplio margen de valoración junto a las particularidades del caso a fin de determinar el monto indemnizatorio y que no se resume a la ecuación numérica de multiplicar cada punto de incapacidad por una determinada suma de dinero.

En este sentido, cabe destacar que el daño provocado al niño A. culminó con una incapacidad permanente superior al 85 % de la total obrera que claramente afecta tanto la faz física como la psíquica, ello, en tanto, todos los aspectos de su vida han sido mermados al punto tal de depender de terceras personas para su desarrollo y despliegue vital demostrando una pérdida total de su autonomía y cercenamiento de su vida de relación, de manera tal que pueda presumirse la existencia del perjuicio psicofísico y que se encontraba en cabeza de los emplazados desvirtuar tal extremo (Daray Hernán, Daño psicológico, pág. 82 y ss.; cpr 377).

Por lo tanto, al tener en cuenta las constancias de la causa, el porcentual de incapacidad estimado –considerado como una pauta referencial–, y su incidencia en el despliegue de todos los aspectos de la vida de A., estimo que la suma de \$ 15.000.000 fijada en la anterior instancia para afrontar el resarcimiento de esta partida y estimada a valores actuales resulta un tanto escasa; propongo elevarla a la de \$ 104.000.000 (Pesos Ciento cuatro millones; cpr 165). Así lo propongo al Acuerdo.

#### ii. Gastos médicos y de traslado. Tratamientos futuros

Los gastos médicos, de farmacia y traslados deben ser admitidos si de las lesiones sufridas por la víctima son presumibles, aunque no se hayan traído al juicio las constancias documentales correspondientes.

Así, dado las lesiones padecidas por la víctima, conforme se desprende de las constancias obrantes en autos, estimo indudable que se debieron efectuar algunas erogaciones para su asistencia medicinal y farmacológica, por cuyo motivo debe indemnizarse, aun cuando no fueren gastos documentados (conf. CNCiv. Sala C, ED. 3-93; y Sala F Ed. 26-320).

Es que aun cuando la víctima haya recibido atención médica en un hospital y/o la que pueda brindar una obra social y/o medicina prepaga, igualmente es admisible fijar una suma por este rubro, dado que los centros asistenciales nombrados anteriormente no son totalmente gratuitos, ni cubren el total de gastos o insumos, pues debe abonarse algún monto por coseguros, y/o bono, para solventar los gastos por medicación, placas, radiografías, demás estudios, etc.

Asimismo, si como consecuencia de las lesiones psicofísicas, se encuentra acreditada la necesidad de que la víctima deba someterse a tratamientos terapéuticos a efectos que su afección no tienda a agravarse progresivamente, el costo de tales sesiones aparece como un daño indemnizable.

En efecto, los tratamientos terapéuticos representan un perjuicio patrimonial (emergente) producto del daño sufrido cuya reparación habrá de ser contemplada.

Por ello, teniendo en cuenta lo que surge de la prueba rendida, específicamente lo señalado por el perito neu-

rólogo infantil en cuanto a la necesidad “permanente” de tratamiento interdisciplinario (kinesiología, terapia ocupacional, fonoaudiología, psicología, centro educativo terapéutico, etc.) además de controles neurológicos, psiquiátricos y ortopédicos neuroortopédicos de carácter periódico; estimo que la suma de \$ 100.000 fijada por el *a quo* para afrontar los gastos pasados resulta adecuada. Postulo su confirmación (cpr 165).

No así respecto de la cuantía estimada para afrontar los gastos de tratamientos futuros señalados por el experto neurólogo que considero que, al poner como Norte el interés superior del niño y en miras de lograr una reparación integral y justa, corresponde diferir su determinación, de acuerdo a lo señalado por el experto en su informe, para el momento de ejecución de sentencia; todo ello, a fin de establecer de modo más preciso el resarcimiento teniendo en consideración el particular desarrollo y crecimiento del niño A. (cpr 165). Tal mi parecer.

#### iii. Lucro cesante

El lucro cesante importa el quebranto patrimonial representativo de las ganancias efectivamente dejadas de percibir, como cesación de un lucro específico relacionado causalmente con el accidente (CNCIV., Sala A, 4/11/1997, *in re* “Beaumarie, Carlos F. y otro c/ Transportes Sargento Cabral SA y otro s/ daños y perjuicios”).

La pérdida de ganancia que importa este menoscabo es un hecho cuya prueba le incumbe a quien lo invoca y requiere además una demostración clara y efectiva, dado que no corresponde su reconocimiento sobre la base de meras inferencias. Por tanto, debe ser debidamente comprobado.

En sintonía con ello, la certeza que debe revestir el lucro cesante, aunque sea relativa, impone demostrar el perjuicio alegado. Es que la acreditación debe poner de relieve el daño mismo (las ganancias o utilidades frustradas) y no sólo la situación lesiva que constituye su génesis (Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas – Disminuciones psicofísicas*, t. 1, ed. Astrea, págs. 411/412).

En la especie, si bien la presente partida aparece reclamada como rubro autónomo, haciendo hincapié a lo que fuera señalado al inicio de este apartado respecto de la ponderación autónoma o conjunta de ciertas partidas, lo cierto es que el *a quo* expresamente indicó que este menoscabo fue considerado al momento de cuantificar la incapacidad sobreviniente.

En base a esos lineamientos, coincido con el razonamiento efectuado por el anterior sentenciante, pues encuentro que la consideración del lucro cesante reclamado y ponderado dentro del resarcimiento correspondiente a la incapacidad sobreviniente tiende a obtener la reparación integral de la víctima respecto del perjuicio injustamente sufrido en la integridad inescindible de su persona (actuales CCCN:1740 y 1746 y CN 17 y 19).

En consecuencia, propicio al Acuerdo confirmar en este aspecto el pronunciamiento apelado.

#### iv. Daño moral o extrapatrimonial

El daño moral se ha definido certeramente como cualquier lesión en los sentimientos o afecciones legítimas de una persona, o cuando se le ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos o, en fin, cuando de una manera u otra se han perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de la vida del damnificado.

Su reparación está determinada por imperio del cciv 1078 en la órbita extracontractual que, con independencia de lo establecido por el cciv 1068, impone al autor del hecho ilícito la obligación de indemnizar sin exigir prueba directa de su existencia (CNEsp.Civ.Com., sala I, “Sgro Dora L. c/ Caruso Antonio s/ sumario” del 27.12.83). Asimismo, respecto de la órbita de la responsabilidad contractual, la reparación del daño moral se encuentra prevista en el cciv 522.

Lo que define el daño moral –se señala en la doctrina– no es, en sí, el dolor o los padecimientos. Ellos serán resarcibles a condición de que se provoquen por la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico (conf. Zannoni, Eduardo, “El daño en la responsabilidad civil”, Ed. Astrea, 2da. edición actualizada y ampliada, 1987, pág. 290).

Reconocida doctrina explica que el daño moral importa, pues, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con

mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial (Pizarro, “Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición”, Colección Responsabilidad Civil, 17, Hammurabi, 2004, p. 33.).

Respecto de la prueba del daño moral, se ha señalado que: “cuando el daño moral es notorio no es necesaria su prueba y quien lo niegue tendrá sobre sí el *onus probandi*. Fuera de esta situación, esta clase de daño, como cualquier otra, debe ser objeto de prueba por parte de quien lo invoca” (Cazeaux-Trigo Represas, “Derecho de las Obligaciones”, tomo 1, página 387/88).

En cuanto a las pautas para la valoración del perjuicio, se ha sostenido que: “En cuanto a la naturaleza espiritual y personal de los bienes afectados por el daño moral implica que su traducción económica deviene sumamente dificultosa, no resultando pauta ajena al mismo la gravedad objetiva del daño y la recepción subjetiva de éste (CNEsp. Civ.Com., sala I, “Abraham Sergio c/ D’Almeira Juan s/ daños y perjuicios” del 30.10.87).

En este mismo orden de ideas, se ha destacado en la doctrina que: “El principio de individualización del daño requiere que la valoración del daño moral compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto las de naturaleza objetiva (la índole del hecho lesivo y de sus repercusiones), como las personales o subjetivas de la propia víctima” (Matilde Zavala de González, “Resarcimiento de daños”, 2a –Daños a las personas–, Ed. Hammurabi, pág. 548, p. 145).

Conviene recordar la reflexión de Alfredo Orgaz: “No se trata, en efecto, de poner “precio” al dolor o a los sentimientos, pues nada de esto puede tener equivalencia en dinero, sino de suministrar una compensación a quien ha sido herido en sus afecciones” (“El daño resarcible”, Bs. As., 1952, pág. 226). El dinero no sustituye al dolor, es el medio que tiene el derecho para dar respuesta a una circunstancia antijurídica ya acontecida. La traslación a la esfera económica del efecto del daño moral, significa una operación muy dificultosa, sea cual fuere la naturaleza (sanción ejemplar, indemnizatoria o ambas a la vez) que se atribuya a la respuesta que da el derecho ante el daño moral.

Así, en orden a lo arriba reseñado, ponderando las angustias y sufrimientos que debió soportar A. J., teniendo en cuenta lo que surge de las circunstancias y consecuencias del mismo, estimo que la suma de \$ 4.000.000, que incluye el resarcimiento también del daño estético y fue fijada por el *a quo*, aparece un tanto reducida para reparar este perjuicio. Por lo que propicio al Acuerdo elevarla a la de \$ 40.000.000 (Pesos Cuarenta millones; cpr 165).

#### v. Costos necesarios para adaptación de vivienda

Respecto de este agravio esgrimido por los accionantes, adelanto que no corresponde tenga favorable acogida. Ello, en tanto advierto que esta petición no aparece efectuada al momento de interponer la demanda de modo concreto, en los términos del cpr 330.

Es así que, al ponderar también que los perjuicios invocados no pueden ser meramente hipotéticos o conjeturales y, aun en el mejor caso para los apelantes al considerar que tal extremo fue objeto de punto pericial, encuentro que, sin soslayar lo señalado por el experto médico neurólogo en su informe pericial, no aparece debidamente acreditado este extremo de modo tal que permita admitir la procedencia de estos costos.

Esto resulta suficiente para desoír las quejas esgrimidas en este aspecto. Tal mi parecer.

#### b. V. B. L. y J. M. J.

##### i. Pérdida de ayuda futura

Es factible que aunque en la actualidad una persona no revista la calidad de alimentario o no siendo *ahora* esperable algún género de sostén o colaboración, concurriría la probabilidad de una ayuda *en el porvenir*. Dicha probabilidad configura una chance, en tanto oportunidad todavía no concretada de recibir más adelante un beneficio, cuya realización es coartada por el hecho lesivo. Dentro del curso natural y ordinario de las cosas, esa chance es especialmente legítima cuando la invocan los padres del hijo incapacitado de manera grave y perdurable o si ha fallecido (Zavala de González, *Tratado de daños a las personas - Disminuciones psicofísicas*, ed. Astrea, t 2, pág. 305).

Se trata de una esperanza fundada objetivamente. El núcleo resarcible no es la lesión de afectos, sino la privación de una expectativa de contenido económico (Zavala de González, *Tratado... - Perjuicios económicos por muerte*, t. 2, p. 55). Asimismo, es dable señalar que esta ayuda material no se circunscribe sólo a los desembolsos para el sostén de los progenitores, sino que abarca un abanico mayor en el que pueden contemplarse múltiples actos de colaboración, como los traslados al médico, pago de impuesto y atención de enfermedades, entre otros (CCivComMdelPlata, Sala II, 20/9/2005, LLBA, 2006-238).

En consecuencia, teniendo en cuenta lo que surge de las constancias de autos, ponderando la edad de A. así como la existencia de otros hermanos de A., considero que las sumas de \$ 30.000 y \$ 60.000 fijadas para J. M. J. y V. B. L. respectivamente, resultan un tanto escasas; propicio al Acuerdo elevarlas a las de \$ 400.000 (Pesos Cuatrocientos mil) y \$ 600.000 (Pesos Seiscientos mil; cpr 165) respectivamente.

##### ii. Daño psíquico. Psicoterapia

En cuanto a los lineamientos sobre la procedencia de estos ítems resarcitorios me remito a lo señalado anteriormente.

De este modo, encuentro que el razonamiento efectuado por el anterior sentenciante vinculado a la procedencia de este daño invocado por la sra. L., que tuvo como sustento las conclusiones emergentes del informe pericial psicológico y que, junto a las impugnaciones y respectivas aclaraciones, fue minuciosamente analizado por el anterior sentenciante sin que tal prueba se encuentre desvirtuada por algún otro elemento probatorio (cpr 386 y 477; fs. 1133/1136, 1138/1139, 1140/1141, 1143/1144, 1145/1148, 1149, 1152, 1152 bis, 1154/1155, 1156, 1157/1159), estimo que la cuantía de \$ 850.000 (Pesos Ochocientos cincuenta mil) establecida para afrontar el resarcimiento de la incapacidad psíquica estimada respecto de la coaccionante (25 % T.O.) así como la de \$ 50.000 (Pesos Cincuenta mil) para afrontar el tratamiento terapéutico recomendado (duración de al menos un año con frecuencia semanal) resultan escasas.

Propongo al Acuerdo elevarlas a las de \$ 28.600.000 (Pesos Veintiocho millones seiscientos) para afrontar el resarcimiento de la incapacidad psíquica sobreviniente y \$ 576.000 (Pesos Quinientos setenta y seis mil) para el tratamiento terapéutico (cpr 165).

Por otro lado, no encuentro algún otro elemento objetivo que me persuada de variar el temperamento adoptado por el anterior sentenciante en cuanto al rechazo de la presente partida respecto del coaccionante J. M. J. respecto de la falta de acreditación del daño invocado, por lo que no queda más que confirmar en este punto el pronunciamiento apelado (cpr 377).

##### iii. Daño moral

El daño moral se ha definido certeramente como cualquier lesión en los sentimientos o afecciones legítimas de una persona, o cuando se le ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos o, en fin, cuando de una manera u otra se han perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de la vida del damnificado.

Su reparación está determinada por imperio del cciv 1078 en la órbita extracontractual que, con independencia de lo establecido por el cciv 1068, impone al autor del hecho ilícito la obligación de indemnizar sin exigir prueba directa de su existencia (CNEsp.Civ.Com., sala I, “Sgro Dora L. c/ Caruso Antonio s/ sumario” del 27.12.83). Asimismo, respecto de la órbita de la responsabilidad contractual –en la especie aplicable para la sra. L.–, la reparación del daño moral se encuentra prevista en el cciv 522.

Lo que define el daño moral –se señala en la doctrina– no es, en sí, el dolor o los padecimientos. Ellos serán resarcibles a condición de que se provoquen por la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico (conf. Zannoni, Eduardo, “El daño en la responsabilidad civil”, Ed. Astrea, 2da. edición actualizada y ampliada, 1987, pág. 290).

Reconocida doctrina explica que el daño moral importa, pues, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no

patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial (Pizarro, “Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición”, Colección Responsabilidad Civil, 17, Hammurabi, 2004, p. 33).

Respecto de la prueba del daño moral, se ha señalado que: “cuando el daño moral es notorio no es necesaria su prueba y quien lo niegue tendrá sobre sí el *onus probandi*. Fuera de esta situación, esta clase de daño, como cualquier otra, debe ser objeto de prueba por parte de quien lo invoca” (Cazeaux-Trigo Represas, “Derecho de las Obligaciones”, tomo 1, página 387/88).

En cuanto a las pautas para la valoración del perjuicio, se ha sostenido que: “En cuanto a la naturaleza espiritual y personal de los bienes afectados por el daño moral implica que su traducción económica deviene sumamente dificultosa, no resultando pauta ajena al mismo la gravedad objetiva del daño y la recepción subjetiva de éste” (CNEsp.Civ.Com., sala I, “Abraham Sergio c/ D’Almeira Juan s/ daños y perjuicios” del 30.10.87).

En este mismo orden de ideas, se ha destacado en la doctrina que: “El principio de individualización del daño requiere que la valoración del daño moral compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto las de naturaleza objetiva (la índole del hecho lesivo y de sus repercusiones), como las personales o subjetivas de la propia víctima” (Matilde Zavala de González, “Resarcimiento de daños”, 2a –Daños a las personas–, Ed. Hammurabi, pág. 548, pár. 145).

Conviene recordar la reflexión de Alfredo Orgaz: “No se trata, en efecto, de poner “precio” al dolor o a los sentimientos, pues nada de esto puede tener equivalencia en dinero, sino de suministrar una compensación a quien ha sido herido en sus afecciones” (“El daño resarcible”, Bs. As., 1952, pág. 226). El dinero no sustituye al dolor, es el medio que tiene el derecho para dar respuesta a una circunstancia antijurídica ya acontecida. La traslación a la esfera económica del efecto del daño moral, significa una operación muy dificultosa, sea cual fuere la naturaleza (sanción ejemplar, indemnizatoria o ambas a la vez) que se atribuya a la respuesta que da el derecho ante el daño moral.

Así, en orden a lo arriba reseñado, ponderando las angustias y sufrimientos que debió soportar la peticionaria, V. B. L., teniendo en cuenta lo que surge de las circunstancias y consecuencias del mismo, estimo que la suma de \$ 2.000.000 fijada por el *a quo*, aparece un tanto escasa para reparar este perjuicio. Por lo que propicio al Acuerdo elevarla a la de \$ 10.000.000 (Pesos Diez millones; cpr 165).

Por otro lado, y ya vinculado a las quejas esgrimidas respecto del coaccionante J. M. J., resulta preciso destacar que el apelante únicamente cuestiona el rechazo de la partida por el argüido “*incumplimiento contractual*” y no se hace cargo de los argumentos señalados por el anterior sentenciante vinculados a la legitimación para la procedencia del rubro que lo encuadró dentro de la responsabilidad extracontractual y sin que tampoco resulte aplicable lo dispuesto por el cciv 1078.

Nada de esto, más allá de señalar el “*incumplimiento contractual*” ha merecido crítica concreta y razonada en los términos del cpr 265.

Estos extremos resultan suficientes para confirmar el pronunciamiento en este aspecto.

V. La inconstitucionalidad de las leyes 23.928, 25.561 y 25.820

En cuanto a las quejas esgrimidas respecto de este tópico adelanto que no tendrán favorable acogida.

Ello, en tanto cabe recordar que, como fuera señalado por el anterior sentenciante, sin obviar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser la última ratio y que la misma es operativa solamente en casos de extrema gravedad, no encuentro reunidos aquí dichos extremos; repárese que los términos en los que se efectuó el planteo resultan ser generales, sin esbozar argumentos consistentes sobre la posible vulneración de principios y garantías constitucionales así como el perjuicio concreto por el que se verían afectados los peticionarios.

Repárese también que la cuantificación del resarcimiento expresamente ha sido efectuada a valores actuales y con la fijación de una adecuada tasa de interés –sin que ella provoque una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento

indebido–, permite arribar a una indemnización justa e integral para las víctimas.

Estimo que no cabe acceder al planteo efectuado.

#### VI. LA TASA DE INTERÉS

Esta Sala ha sostenido que en casos como el presente –en donde los valores de indemnización son fijados a valores actuales– la tasa que debe liquidarse es la del 8% anual desde la fecha del débito prestacional hasta el dictado de la sentencia de grado y de allí en adelante, hasta el efectivo pago, la tasa activa establecida en la doctrina plenaria emanada de los autos “Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios” –del día 20 de abril de 2009– a fin de mantener incólume el contenido de la indemnización. Ello, con las excepciones correspondientes para cubrir los gastos y tratamientos futuros dispuestas en el pronunciamiento de grado.

Propongo desoír las quejas esgrimidas.

VII. En cuanto a la petición efectuada respecto de la designación de la sra. L. “*como administradora de los montos indemnizatorios de Alexis*” cabe destacar que al haber sido una cuestión recién planteada al momento de expresar sus quejas y no haber sido expuesta oportunamente ante el juez de grado, no es posible abordar su tratamiento ante este tribunal de alzada (cpr 277 y su doctrina), sin perjuicio que la cuestión adquirirá actualidad al momento de la ejecución y cumplimiento de la sentencia.

#### VIII. LAS COSTAS

Vinculado a la imposición de costas, conviene recordar que se las define como las erogaciones o desembolsos que las partes se ven obligados a efectuar, como consecuencia directa de la tramitación de un proceso, o de un incidente dentro del mismo, y no implican una penalidad para el perdedor, sino imponerle la obligación de restituir los gastos que su contrario efectuó para lograr el reconocimiento de su derecho (cf. CNCiv., esta Sala, r. 36.311 del 11-8-1988 y sus citas; r. 404.285 del 29-6-2004; r. 437.991-437.992 del 12-9-2005; y r. 441.149 del 17-10-2005; Fenochietto-Arazi, “*Código...*”, T. 1, pág. 279, n°1).

Así, ha dicho la Sala que la facultad del juzgador de resolver la exención de costas al vencido es una fórmula dotada de suficiente elasticidad, aplicable cuando, por las particularidades del caso, cabe considerar que la parte perdedora actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho pretendido en el pleito o incidente (cf. C.N.Civ., esta Sala, 25/03/88, La Ley 1988-E, 228).

A la luz de lo expuesto, estimo que atento a la naturaleza resarcitoria de este pronunciamiento así como las particularidades del caso, la totalidad de las costas devengadas debe estar a cargo de los demandados sustancialmente vencidos en el principal respecto de quienes han quedado debidamente acreditadas las responsabilidades (cpr 68 y 69).

Por su parte, las costas de Alzada se deberán imponer a los emplazados vencidos, en su calidad de perdedores sustanciales en los agravios sub examen (arg. cpr. 68).

Tal mi parecer.

IX. En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, propongo al Acuerdo: **I.** Modificar el pronunciamiento de grado a fin de: **a.** Respecto del niño A. J. A. J.: **i.** Elevar a las sumas de \$ 104.000.000 (Pesos Ciento cuatro millones) y \$ 40.000.000 (Pesos Cuarenta millones) el resarcimiento de la incapacidad sobreviniente y el daño moral o extrapatrimonial respectivamente. **ii.** Diferir la determinación de los gastos por tratamiento futuro para el momento de ejecución de sentencia. **b.** Respecto de V. B. L.: **i.** Elevar a las sumas de \$ 600.000 (Pesos Seiscientos mil), \$ 28.600.000 (Pesos Veintiocho millones seiscientos), \$ 576.000 (Pesos Quinientos setenta y seis mil) y \$ 10.000.000 (Pesos Diez millones) el resarcimiento de la pérdida de ayuda futura, la incapacidad psíquica sobreviniente, los gastos de tratamiento terapéutico y el daño moral respectivamente. **c.** Respecto de J. M. J.: **i.** Elevar a la suma de \$ 400.000 (Pesos Cuatrocientos mil) el resarcimiento de la pérdida de ayuda futura. **d.** Disponer que la totalidad de las costas devengadas debe estar a cargo de los demandados sustancialmente vencidos en el principal respecto de quienes han quedado debidamente acreditadas las responsabilidades (cpr 68 y 69). **II.** Confirmarlo en lo demás que decide y ha sido materia de agravio. Las costas de Alzada deberán imponerse a los demandados sustancialmente vencidos (cpr 68).

El Señor Juez de Cámara Doctor *Carlos A. Carranza Casares* votó en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el Dr. Polo Olivera.

Y *Vistos*: Por lo que resulta de la votación de que instruye el Acuerdo que antecede, *se resuelve*: **I.** Modificar el pronunciamiento de grado a fin de: **a.** Respecto del niño A. J. A. J.: **i.** Elevar a las sumas de \$ 104.000.000 (Pesos Ciento cuatro millones) y \$ 40.000.000 (Pesos Cuarenta millones) el resarcimiento de la incapacidad sobreviniente y el daño moral o extrapatrimonial respectivamente. **ii.** Diferir la determinación de los gastos por tratamiento futuro para el momento de ejecución de sentencia. **b.** Respecto de V. B. L.: **i.** Elevar a las sumas de \$ 600.000 (Pesos Seiscientos mil), \$ 28.600.000 (Pesos Veintiocho millones seiscientos), \$ 576.000 (Pesos Quinientos setenta y seis mil) y \$ 10.000.000 (Pesos Diez millones) el resarcimiento de la pérdida de ayuda futura, la incapacidad psíquica sobreviniente, los gastos de tratamiento terapéutico y el daño moral respectivamente. **c.** Respecto de J. M. J.: **i.** Elevar a la suma de \$ 400.000 (Pesos Cuatrocientos mil) el resarcimiento de la pérdida de ayuda futura. **d.** Disponer que la totalidad de las costas devengadas debe estar a cargo de los demandados sustancialmente vencidos en el principal respecto de quienes han quedado debidamente acreditadas las responsabilidades (cpr 68 y 69). **II.** Confirmarlo en lo demás que decide y ha sido materia de agravio. Las costas de Alzada se imponen a los demandados sustancialmente vencidos (arg. cpr 68). **III.** Al referirse a los trabajos profesionales el supremo tribunal federal ha decidido con fundamento constitucional, que el derecho se constituye en la oportunidad en que se los realiza más allá de la época en que se practique la regulación (criterio mantenido en los autos “Establecimiento Las Marías SACIFA c/ Misiones, Pcia. de s/ acción declarativa”, del 4/9/2018, y “All, Jorge Emilio y otro s/ sucesión ab-intestato”, del 26/4/2022). En consecuencia, adviértase que no resulta aplicable la ley 27.423 a los honorarios devengados por tareas realizadas con anterioridad a su vigencia, a los procesos en trámite, en lo que respecta a la labor desarrollada durante las etapas procesales concluidas durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432, o que hubieran tenido principio de ejecución (arg. art. 7 del Dec. 1077/17, considerandos referidos al art. 64 de la ley 27.423 y Fallos 268:352; 318:445 –en especial considerando 7º–; 318:1887; 319:1479; 323-2577; 331:1123, entre otros). Por su parte, cabe señalar que el monto del proceso es la pauta objetiva por excelencia, dada por su propia naturaleza, y debe consistir en un dato sensible que emerge de las constancias de la causa y resulta un elemento computable fundamental (conf. Pesaresi Guillermo Mario, “Honorarios en la Justicia Nacional y Federal. Ley 27.423 anotada, comentada y concordada”, Cathedra Jurídica, 2018; CNCiv, Sala M, “Fernández, Leandro Guillermo c/ FENOYER S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, Expte. nro. 105.941/2005, 20.03.2018). Asimismo, el criterio sostenido por el Tribunal Supremo en cuanto a que frente a montos de magnitud excepcional debe ser ponderada la índole y extensión de la labor profesional cumplida, para así acordar una solución justa y mesurada, que tenga en cuenta que la regulación no depende exclusivamente de dicho monto –o de las escalas pertinentes– sino de todo un conjunto de pautas previstas en los regímenes respectivos, que pueden ser evaluadas por los jueces –en situaciones extremas– con un razonable margen de discrecionalidad, entre las que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, el mérito de la causa, eficacia y extensión del trabajo (Fallos: 320:495). De este modo, de acuerdo a los parámetros señalados precedentemente, la calidad, extensión y mérito de la labor profesional desarrollada y conforme lo establece el cpr: 279 y sin perjuicio de lo que corresponda respecto de las cuestiones diferidas para la etapa de la ejecución de sentencia, se adecuan los honorarios regulados en la sentencia de primera instancia y a lo establecido por los arts. 6, 7, 9, 10, 14, 19, 33, 37, 38 y conc. de la ley 21.839 y la ley 24.432 y arts. 15, 16, 19, 20, 21, 22, 29, 30, 51, 52, 54 y conc. ley 27.423 (Ac. 28/24 CSJN y Resolución SGA 1772/2024). En consecuencia, se regulan los emolumentos de las letradas apoderada y patrocinantes de la parte actora Dras. **N. V. L.** en \$ 17.400.000 (Pesos Diecisiete millones cuatrocientos mil) y en 517,39 UMA equivalentes a \$ 29.500.000 (Pesos Veintinueve millones quinientos mil) por el principal, y en \$ 1.740.000 (Pesos Un millón setecientos cuarenta mil) por el incidente de fs. 948; y **C. S.**

**L.** en \$ 5.412.000 (Pesos Cinco millones cuatrocientos doce mil) y en 287,63 UMA equivalentes a \$ 16.400.000 (Pesos Dieciséis millones cuatrocientos) por el principal, y en \$ 541.200 (Pesos Quinientos cuarenta y un mil doscientos) por la incidencia de fs. 948; los de la letrada apoderada y patrocinante de OSPICAL Dra. **M. L. M.** en \$ 16.670.000 (Pesos Dieciséis millones seiscientos setenta mil) y en 652,44 UMA equivalentes a \$ 37.200.000 (Pesos Treinta y siete millones doscientos mil); los de la letrada apoderada y patrocinante de ENSALUD Dra. **P. A. P. G.** en \$ 22.732.000 (Pesos Veintidós millones setecientos treinta y dos mil) y en 802,96 UMA equivalentes a \$ 45.782.000 (Pesos Cuarenta y cinco millones setecientos ochenta y dos mil); los de las letradas apoderada y patrocinantes del codemandado O. C. Dras. **I. G. C.** en \$ 22.732.000 (Pesos Veintidós millones setecientos treinta y dos mil) y en 801,75 UMA equivalentes a \$ 45.713.000 (Pesos Cuarenta y cinco millones setecientos trece mil); y **N. del P. V.** en 3 UMA equivalentes a \$ 171.048 (Pesos Ciento setenta y un mil cuarenta y ocho); los del letrado apoderado y patrocinante de los codemandados G. del C., G. y O. Dr. **O. A. L.** en \$ 22.732.000 (Pesos Veintidós millones setecientos treinta y dos mil) y 403,39 UMA equivalentes a \$ 23.000.000 (Pesos Veintitrés millones) por el principal y en \$ 1.600.000 (Pesos Un millón seiscientos mil) por el incidente de fs. 948; los del letrado apoderado y patrocinante del demandado O. Dr. **R. J. D.** en \$ 22.732.000 (Pesos Veintidós millones setecientos treinta y dos mil) y 801,79 UMA equivalentes a \$ 45.715.000 (Pesos Cuarenta y cinco millones setecientos quince mil) por el principal y en \$ 1.600.000 (Pesos Un millón seiscientos mil) por el incidente de fs. 948; los de los letrados apoderados y patrocinantes de la aseguradora Federación Dres. **J. A. M.** en \$ 22.732.000 (Pesos Veintidós millones setecientos treinta y dos mil) y en 401,64 UMA equivalentes a \$ 22.900.000 (Pesos Veintidós millones novecientos mil); y **A. V. D.** en 3 UMA equivalentes a \$ 171.048 (Pesos Ciento setenta y un mil cuarenta y ocho); los de los letrados apoderados y patrocinantes de la aseguradora TPC Dres. **F. G. M.** en \$ 22.732.000 (Pesos Veintidós millones setecientos treinta y dos mil); **J. G.** en 3 UMA equivalentes a \$ 171.048 (Pesos Ciento setenta y un mil cuarenta y ocho); **G. N. S.** en 1 UMA equivalente a \$ 57.016 (Pesos Cincuenta y siete mil dieciséis); y **H. J. E.** en 801,52 UMA equivalentes a \$ 45.700.000 (Pesos Cuarenta y cinco millones setecientos mil); y los de los letrados apoderado y patrocinante de Prudencia Dres. **J. N. V.** en \$ 6.500.000 (Pesos Seis millones quinientos mil) y **R. A. A.** en \$ 16.250.000 (Pesos Dieciséis millones doscientos cincuenta mil). Por las labores de Alzada se establecen los honorarios de los Dres. **L.** en 361,54 UMA que equivalen a \$ 20.613.600 (Pesos Veinte millones seiscientos trece mil seiscientos) por el principal y en \$ 522.000 (Pesos Quinientos veintidós mil) por la incidencia resuelta en fs. 988/990; **S. L.** en \$ 162.400 (Pesos Ciento sesenta y dos mil cuatrocientos) por la incidencia resuelta en fs. 988/990; **M.** en 283,44 UMA equivalentes a \$ 16.161.000 (Pesos Dieciséis millones ciento sesenta y un mil); **L.** en 240,63 UMA equivalentes a \$ 13.720.000 (Pesos Trece millones setecientos veinte mil) por el principal y en \$ 480.000 (Pesos Cuatrocientos ochenta mil) por la incidencia resuelta en fs. 988/990; **D.** en 360,14 UMA equivalentes a \$ 20.534.000 (Pesos Veinte millones quinientos treinta y cuatro mil) por el principal y en \$ 480.000 (Pesos Cuatrocientos ochenta mil) por la incidencia resuelta en fs. 988/990; **M.** en 241,16 UMA que equivalen a \$ 13.750.000 (Pesos Trece millones setecientos cincuenta mil); **E.** en 361,30 UMA que equivalen a \$ 20.600.000 (Pesos Veinte millones seiscientos mil); y **M. G. B.**, letrado apoderado y patrocinante del codemandado Hospital Dr. Alberto Duhau, en 283,44 UMA equivalentes a \$ 16.161.000 (Pesos Dieciséis millones ciento sesenta y un mil); todo ello conforme la fecha en que se realizaron las labores. En virtud de la calidad de la labor pericial desarrollada, su mérito, naturaleza y eficacia; la adecuada proporción que deben guardar los emolumentos de los expertos con los de los letrados intervinientes (Fallos: 314:1873; 320:2349; 325:2119, entre otros) y atento lo normado por el art. 21 y conc. de la ley 27.423, se fijan los emolumentos de las peritas médica legista y obstetra **E. M. S.**, neonatóloga **P. T. S.** y psicóloga **M. de las M. M.** en 285,88 UMA equivalentes a \$ 16.300.000 (Pesos Dieciséis millones trescientos mil) para cada una de ellas; y los del perito neuropediatra **J. Á. M.** en 398,67 UMA

equivalentes a \$ 22.731.000 (Pesos Veintidós millones setecientos treinta y un mil). Asimismo, se establecen los honorarios del mediador Dr. F. F. L. en 120 UHOM que equivalen a \$ 998.400 (Pesos Novecientos noventa y ocho mil cuatrocientos) en virtud de lo dispuesto por los decretos 1467/11 y 2536/15. Vueltos los autos a la instancia de grado el tribunal arbitrará lo conducente al logro del ingreso del faltante tributo de justicia, y se recuerda al personal la responsabilidad que impone la ley 23.898. Se deja constancia que la publicación de esta sentencia se encuentra sujeta a lo establecido por el cpr 164-2. Regístrese, notifíquese a las partes al domicilio electrónico denunciado y a la Sra. Defensora de Menores de Cámara, conforme lo dispone la ley 26.685 y acordadas 31/11 y 38/13 de la CSJN, oportunamente cúmplase con la acordada 24/13 de la CSJN; luego, devuélvanse. La vocalía n° 19 no interviene por hallarse vacante. – *Gastón M. Polo Olivera.* – *Carlos A. Carranza Casares.*

\*\*\*

## Seguro:

Aseguradora; cobertura del siniestro; incumplimiento; mora; indemnización por privación de uso del automotor asegurado; rubro autónomo; enriquecimiento sin causa del asegurado; rechazo. **Daño Punitivo:** Comportamiento disvalioso; cumplimiento de la obligación; conducta dilatoria.

1 – *Corresponde confirmar la sentencia de grado que condenó a la aseguradora demandada a abonar al actor el pago de las sumas correspondientes a los rubros daño material, privación de uso y daño punitivo si en el escrito de expresión de agravios la demandada no se hace cargo de los argumentos expuestos por el sentenciante para decidir del modo en que lo hizo, sino que se limita a reeditar la postura que tuvo al contestar la demanda, cuestionando únicamente los rubros indemnizatorios. Ello así, la recurrente dejó firme su responsabilidad quedando sin discusión que la misma incumplió con la cobertura del siniestro asegurado y resultando contraria a derecho su pretensión de seguir beneficiándose, extendiendo la mora, recurriendo a la formalidad de aparentar presentar una apelación, cuando sólo se hace el mero etiquetado de agravios con cariz dogmático, los que en nada atienden al fundamento tenido en cuenta por el sentenciante al decidir.*

2 – *No puede prosperar el agravio de la aseguradora contra la sentencia que la condenó a pagar una indemnización por privación de uso del automotor asegurado, como rubro indemnizatorio autónomo, alegando que hay una duplicación de indemnización, si se desentiende de los perjuicios que ocasionó en el asegurado su incumplimiento, y claramente señala el anterior sentenciante, el que cabe resaltar sigue existiendo al momento de efectuarse este voto.*

3 – *Debe rechazarse el agravio de la aseguradora contra la sentencia que la condenó a pagar una indemnización por privación de uso del automotor asegurado como rubro indemnizatorio autónomo, más intereses sobre el rubro pago de póliza actualizada, alegando un enriquecimiento sin causa del accionante asegurado, pues no se advierte que en el caso exista la mínima posibilidad de su configuración en razón de que los montos otorgados resultan más que prudentes en el caso de la privación de uso y no se ha propuesto la elevación de su cuantía por ausencia de recurso al respecto.*

4 – *No puede prosperar el recurso contra la sentencia de grado que condenó a la aseguradora demandada a abonar al actor el pago de la indemnización por daño punitivo pues no puede la recurrente pretender revertir el pronunciamiento mediante la mera afirmación de que no existió un comportamiento disvalioso si del contenido de su recurso únicamente se advierte que la aseguradora sigue adoptando una conducta dilatoria en el cumplimiento de su obligación, por cuanto ninguno de sus argumentos resultan idóneos para revertir lo resuelto por el primer sentenciante. M.A.R.*

62.286 – CNCom., sala C, diciembre 27-2024. – B., L. R. c. TCP Compañía de Seguros SA s/ordinario.

En Buenos Aires a los 27 días del mes de diciembre de dos mil veinticuatro, hallándose reunidos los Señores

Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos caratulados, “B., L. R. c/ TCP COMPAÑÍA DE SEGUROS SA s/ORDINARIO” (Expte. N° 6355/2023), en los que, al practicarse la desinsaculación que ordena el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Eduardo R. Machin (7), Matilde E. Ballerini (8) y Alejandra N. Tevez (9).

Las Dras. Matilde Ballerini y Alejandra N. Tevez han sido desinsaculadas mediante sorteo realizado el día 26.12.23 para subrogar las vocalías 8 y 9, respectivamente.

La Dra. Tevez suscribe la presente en razón de lo dispuesto por esta Cámara en el Acuerdo del 20.12.23.

La Dra. Matilde E. Ballerini no interviene en la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109, RJN).

Estudiados los autos la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada a fs. 86?

El Señor Juez de Cámara Doctor *Eduardo Roberto Machin* dice:

### I. LA SENTENCIA

Mediante el pronunciamiento de fs. 86, la sentenciante hizo lugar a la demanda promovida por el Sr. L. R. B. contra TCP Compañía de Seguros SA, a fin de obtener la indemnización por el robo de su vehículo Ford Focus 2.0, año 2009, más los daños y perjuicios que adujo haber padecido por el incumplimiento del contrato.

Para así decidir, tuvo por ciertos los hechos alegados por el actor en su escrito de inicio, en los términos del art. 356, inc. 1.

En tal sentido, sostuvo que pese a que la accionada contestó la demanda sólo realizó una negativa de rito, reconociendo tanto la celebración del contrato como el siniestro producido e impugnando únicamente los rubros reclamados.

En ese marco, juzgó que el siniestro fue aceptado y luego desatendido, por lo que hizo lugar al reclamo indemnizatorio en concepto de pago de póliza, privación de uso y daño punitivo.

En consecuencia, condenó a la demandada a abonar al actor el pago de las sumas correspondientes a los rubros daño material –a determinar–, más intereses desde la fecha de mora y hasta el día de la sentencia, calculados a una tasa fija del 12% anual, \$30.000, por privación de uso y \$1.500.000, por daño punitivo.

Impuso las costas a la demandada vencida (art. 68 CPCCN).

### II. EL RECURSO

La sentencia fue únicamente apelada por la accionada, quien expresó agravios a fs. 98/100, los que fueron contestados por el accionante a fs. 108/110.

(i) En primer lugar, se agravia de que se hubiera otorgado una indemnización por privación de uso como rubro indemnizatorio autónomo cuando reconoció intereses sobre el rubro pago de póliza actualizada.

Sostiene que ello consagra una duplicación de la indemnización porque entiende que bajo diferentes rúbricos se está indemnizando dos veces la privación de uso del dinero retenido, generando un enriquecimiento sin causa.

(ii) En segundo término, se agravia de la tasa de interés del 12% fijada para el rubro de daño emergente (pago de póliza), por considerarla excesiva.

Argumenta que la tasa que ha fijado históricamente la jurisprudencia del fuero para supuestos de indemnizaciones valuadas a valor actual ha sido entre el 6% y 8%, por lo que solicita que se reduzca al 6%.

(iii) Por último, cuestiona la procedencia del daño punitivo otorgado.

### III. LA SOLUCIÓN

1. Como surge de la reseña que antecede, el actor reclamó el cumplimiento del seguro contratado y la indemnización por los daños y perjuicios que adujo haber sufrido.

El señor juez de grado hizo lugar a la demanda, lo que motivó los agravios que he sintetizado en el apartado anterior y que seguidamente trato.

2. Adelanto que, a mi juicio, la sentencia debe ser confirmada.

Así lo juzgo en razón de que la expresión de agravios de la accionada no satisface las exigencias previstas en el art. 265 CPCCN en cuanto a su técnica recursiva, por lo que el recurso debe considerarse desierto.

Recuérdese que para que cumpla con su finalidad, el escrito de expresión de agravios debe constituir una exposición jurídica que contenga un análisis serio, razonado y crítico de la resolución apelada tendiente a demostrar que es errónea, injusta o contraria a derecho.

Deben precisarse así los errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen, especificándose con exactitud los fundamentos de las objeciones (conf. CN-Civ. Sala C, in re “Leberat J. c/Raunar S.R.L. s/ ejecución hipotecaria” del 10.5.89; CNCom, Sala: B in re “Banco Crédito Liniers Cía. Financiera SA c/ Skoko Ana s/ sum.” del 02.06.1989; íd. Sala E in re “Tyco Electronics Argentina SA c/NSS SA s/ordinario” del 12.05.2006; íd. Sala C in re “Agua Va S.A. c/Danone Argentina S.A.” del 30.4.10; entre muchos otros).

Ello no ha ocurrido en el mencionado escrito, donde la demandada no se hace cargo de los argumentos expuestos por el sentenciante para decidir del modo en que lo hizo, sino que se limita a reeditar la postura que tuvo al contestar la demanda, cuestionando *únicamente los rubros indemnizatorios* pero sin atender a los extensos fundamentos de cada uno de los rubros concedidos ni a lo prudencial de su cuantificación.

En efecto, la recurrente dejó firme su responsabilidad quedando sin discusión que la misma incumplió, y sigue sin cumplir, con la cobertura del siniestro asegurado.

Es así, que resulta contraria a derecho su pretensión de seguir beneficiándose extendiendo la mora, recurriendo a la formalidad de aparentar presentar una apelación, cuando sólo se hace el mero etiquetado de agravios con cariz dogmático. Los que en nada atienden al fundamento tenido en cuenta por el sentenciante al decidir.

Sostiene en la privación de uso, que hay una duplicación de indemnización, mas se desentiende de los perjuicios que ocasionó en el asegurado su incumplimiento, y claramente señala el anterior sentenciante, el que cabe resaltar sigue existiendo al momento de efectuarse este voto.

En cuanto al enriquecimiento sin causa, no se advierte que en el caso exista la mínima posibilidad de su configuración a favor de la accionante. Véase que los montos otorgados resultan más que prudentes, en el caso de la privación de uso fue fijada en \$30.000 y no se ha propuesto la elevación de su cuantía por ausencia de recurso al respecto. En cambio, quien sigue beneficiándose de la mora en el presente contexto inflacionario es, sin lugar a dudas, la aquí recurrente.

En cuanto a las tasas señaladas se advierte la escasa diferencia porcentual –que a la sazón se corresponden a criterios particulares de las distintas Salas de la Cámara– por lo que, en sí, debió la recurrente explicar por qué en el

caso se debía morigerar la misma, más cuando es clara la conducta reticente de la apelante a los efectos de honrar el contrato de seguro celebrado en pos de beneficiarse con el contexto económico actual.

Similar consideración puede esgrimirse con relación a la queja del daño punitivo, debido a que al haber destacado el sentenciante las conductas que tuvo en cuenta para justificar la sanción pretendida, no puede la recurrente pretender revertir el pronunciamiento mediante la mera afirmación de que no existió un comportamiento disvalioso.

En realidad, del contenido de su recurso únicamente se advierte que la aseguradora sigue adoptando una conducta dilatoria en el cumplimiento de su obligación, por cuanto ninguno de sus argumentos resultan idóneos para revertir lo resuelto por el primer sentenciante.

En tales condiciones, corresponde decidir del modo adelantado.

#### IV. LA CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo declarar desierto el recurso bajo análisis (art. 266 CPCCN) y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado. Costas de alzada a la apelante por haber resultado vencida (art. 68 CPCCN). Así voto.

Por análogas razones, la Señora Juez de Cámara, doctora Alejandra N. Tevez, adhiere al voto anterior.

La Dra. Matilde E. Ballerini no interviene en la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109, RJN).

Con lo que termina este Acuerdo, que firman ante mí los Señores Jueces de Cámara doctores *Eduardo R. Machin, Alejandra N. Tevez* (Prosec.: Manuel R. Trueba).

Buenos Aires, 27 de diciembre de 2024

Y Vistos:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede se resuelve: declarar desierto el recurso bajo análisis (art. 266 CPCCN) y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado. Costas de alzada a la apelante por haber resultado vencida (art. 68 CPCCN).

Notifíquese por Secretaría.

Cúmplase con la comunicación ordenada por el art. 4º de la Acordada de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21.5.2013.

Oportunamente, devuélvase al Juzgado de primera instancia.

La Dra. Matilde E. Ballerini no interviene en la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109, RJN). – *Eduardo R. Machin. – Alejandra N. Tevez* (Prosec.; Manuel R. Trueba).

## Economía de la intención: una cuestión relevante para la bioética

En un trabajo publicado por Yaqub Chaudhary y Jonnie Penn en el *Harvard Data Science Review*<sup>(1)</sup> se propone reflexionar en torno al concepto de “economía de la intención”, al que aludiremos brevemente en esta oportunidad en tanto permite agregar elementos de juicio y capas de análisis para fortalecer nuestra valoración de las tecnologías emergentes.

### Delimitación conceptual

Los autores aluden a la “economía de la intención” como producto de la capacidad de captura y comercialización de datos conductuales y psicológicos asociada a sistemas de inteligencia artificial, específicamente los que han dado en llamarse “modelos de lenguaje grandes” (*large language models* –LLMs–).

Se trata de una extensión de la *economía de la atención*, fenómeno caracterizado por la comoditización de la atención de las personas. En la era del Big Data y de la existencia de una cantidad abrumadora de datos vinculados a los hábitos de las personas, su salud, sus predilecciones de consumo o sus opciones políticas, por ejemplo, se compite por capturar la atención de las personas, desplegando estrategias de oferta de productos, contenidos y prestaciones. La atención de las personas se ha convertido en este contexto en un commodity.

En ese contexto, la economía de la intención representaría una evolución de aquella, en la que las motivaciones y deseos de los usuarios se consolidan como un nuevo objeto de comercio. La cosecha de datos y la monetización de las intenciones de los usuarios, principalmente a partir de su actividad en línea y del uso de LLMs, permiten identificar tendencias, elecciones, cómo piensan y qué sienten.

Comentando el trabajo de Penn y Chaudhary en su columna habitual en el diario “Il Sole”, Paolo Benanti sostiene que “(...) gracias a las inteligencias artificiales (IA) nace la economía de las intenciones, es decir, la economía de la atención ‘seguida en el tiempo’. La economía de la intención es de hecho la profilación de cómo la atención y el estilo comunicativo de los usuarios se relacionan con los patrones de comportamiento y las elecciones que terminan por hacer”<sup>(2)</sup> [la traducción nos pertenece].

### Relevancia bioética

Surge del trabajo comentado que “ya se están explorando estas herramientas para obtener, inferir, recopilar, registrar, comprender, pronosticar y, en última instancia, manipular, modular y mercantilizar los planes y propósitos humanos, tanto mundanos (por ejemplo, la selección de un hotel) como profundos (por ejemplo, la selección de un candidato político)”<sup>(3)</sup> [la traducción nos pertenece].

(1) Yaqub Chaudhary y Jonnie Penn, (2024). Beware the Intention Economy: Collection and Commodification of Intent via Large Language Models. *Harvard Data Science Review*, [Special Issue 5]. <https://doi.org/10.1162/99608f92.21e6bbaa> [Último acceso el 12/2/2025].

(2) Paolo Benanti, Se le aziende guidano l'intenzionalità dei cittadini. En línea en: <https://24plus.ilssole24ore.com/sez/opinioni>.

(3) Yaqub Chaudhary y Jonnie Penn, Op. Cit.

A medida que sistemas basados en IA emergen, evolucionan y amplían su espectro, la predicción e, incluso, la manipulación de las intenciones humanas podría representar peligros concretos en lo relativo a los hábitos de consumo y al modo de concebir la salud, aumentando los riesgos de medicalización de la vida cotidiana y de mercantilización de la salud.

La dinámica de mercado descrita por los autores podría no sólo poseer un impacto en términos comerciales –los que *a priori* nos resultan ajenos– sino que también plantea serias preguntas sobre el ejercicio del poder y la ética en la manipulación de las intenciones humanas en el ámbito de la salud.

El dato dado es fruto de la información personal obtenida en el marco de las redes sociales, de las plataformas digitales, del uso de dispositivos personales de comunicación y de la creciente utilización de aplicaciones y soluciones tecnológicas para llevar a cabo operaciones diarias. Uno de los desafíos fundamentales es dimensionar la cantidad de información brindada y en establecer el destino y el uso al que se hace de esa información.

### Profundizar la comprensión del fenómeno

Imagina Benanti “un mañana que podría no ser más el fruto de la mezcla de la libertad individual con la historia, sino de una acción de *nudging* algorítmico<sup>(4)</sup> en un mercado de profilaciones algorítmicas. Pero aún más, esta frontera nos pide, sin temor a plantear preguntas difíciles sobre cuánto deben, legítimamente, las grandes empresas internacionales, o incluso nacionales, ser capaces de guiar la intencionalidad de los ciudadanos. Está en juego mucho más que la economía; quizás estamos amenazando las bases de una convivencia democrática”<sup>(5)</sup> [la traducción nos pertenece].

Para mitigar los riesgos de intervenciones comerciales y/o políticas más o menos agresivas que pudieran amenazar la autonomía personal, habremos de estudiar el proceso breve-

(4) Por *nudging* algorítmico se entiende al conjunto de pequeñas intervenciones que pueden ir sutilmente conduciendo el comportamiento de las personas, en principio, sin condicionar definitivamente la libertad de elección.

(5) Paolo Benanti, Op. Cit.

mente aludido, aportando una mirada crítica desde cada una de las disciplinas asociadas, procurando poner a la economía en perspectiva, en relación con la naturaleza humana.

Tal como surge de *Antiqua et nova*, documento publicado recientemente por el Dicasterio para la Doctrina de la Fe y del Dicasterio para la Cultura y la Educación para abordar la relación entre la inteligencia artificial y la inteligencia humana, “(...) Como cualquier producto del ingenio humano, la IA también puede orientarse hacia fines positivos o negativos. Cuando se utiliza de manera que respete la dignidad humana y promueva el bienestar de los individuos y las comunidades, puede contribuir favorablemente a la vocación humana. Sin embargo, como en todas las esferas en las que los seres humanos están llamados a tomar decisiones, la sombra del mal también se extiende aquí. Allí donde la libertad humana permite la posibilidad de elegir lo que es malo, la valoración moral de esta tecnología depende de cómo sea orientada y empleada”<sup>(6)</sup>.

El llamado a integrar un balance en clave humanista responde a un posicionamiento concreto en relación con el valor de la persona humana, al carácter instrumental de los frutos de su inteligencia y a la prioritaria búsqueda del bien común.

LEONARDO PUCHETA  
www.centrodebioetica.org  
24 de febrero de 2025

**VOCES: BIOÉTICA - DAÑOS Y PERJUICIOS - COMERCIO E INDUSTRIA - OBLIGACIONES - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - RESPONSABILIDAD CIVIL - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - ECONOMÍA - DEBER DE INFORMACIÓN - ESTADO - DAÑO - JUECES - ABOGADO - EMPRESA - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - INTELIGENCIA ARTIFICIAL - ACCESO A LA JUSTICIA - PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES - BASES DE DATOS**

(6) *Antiqua et Nova*, disponible en línea en [https://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_dcf\\_doc\\_20250128\\_antiqua-et-nova\\_sp.html](https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_dcf_doc_20250128_antiqua-et-nova_sp.html) [Último acceso el 12/2/2025].

## Curso de Posgrado Diplomado Avanzado en Derecho Digital y Tecnología (edición 2025)

Facultad "Teresa de Ávila" – Sede Paraná

El 16 de abril de 2025 comienza este Diplomado diseñado para proporcionar una formación de excelencia, en el campo de los derechos digitales, del derecho informático y las tecnologías emergentes.

El programa de estudios de este curso de posgrado incluye módulos y materias que están a la vanguardia de la innovación y el desarrollo de Derecho y las tecnologías. Estos campos van desde el *legal tech*, la justicia 4.0, propiedad intelectual, protección de datos personales, derecho de la privacidad, ciberdelitos, ciberseguridad, propiedad intelectual, derecho procesal electrónico, y más.

El curso de posgrado busca aportar un valor real, teóricos y prácticos con módulos 100% aplicables en el ejercicio profesional, conforme a las últimas herramientas, tendencias y campos en el marco de las tecnologías, tales como: *blockchain*, criptoactivos, inteligencia artificial & IA Gen.

**Director:** Dr. Miguel Jara

**Coordinadora:** Abog. Esp. Rosa Warlet

**Docentes de primer nivel nacional e internacional:**

El plantel docente está conformado por destacados académicos y profesionales del campo del Derecho y de las

Ciencias Jurídicas, del Derecho informático, con amplia experiencia y reconocimiento internacional. Cada uno de los docentes aportan un enfoque teórico y práctico, totalmente actualizado, garantizando una formación de calidad.

**Docentes nacionales:** Gabriel Hernán Quadri, Andrés Piescorovsky, Carlos Ordoñez, Fernando Branciforte, Ivana Zamara, Rómulo Daniel Araujo, Julieta Zanazzi, Ma. Valentina Ramírez Amable, Gastón Bielli, Gimena Veglia, Matías Coriciano, MAria Celeste Colombo, etc.

**Docentes invitados internacionales y nacionales:** Eduardo López Román (España); Hugo Leonardo Rufiner (Argentina); Sandra Garín (Uruguay); Félix Fabian (Bolívia); Ricardo Prieto, (Paraguay) William Rocha, Marcela Maia (Brasil), y Angela Losada (Colombia), etc.

Para más información e inscripción, ingrese al siguiente enlace: <https://uca.edu.ar/es/cursos-de-educacion-continua/facultad-de-teresa-de-avila/diplomatura/diplomado-avanzado-en-derecho-digital-y-tecnologia-3>

**Datos de contacto:**

Email: [posgrado\\_paraná@uca.edu.ar](mailto:posgrado_paraná@uca.edu.ar)

Tel. 0810 2200 822 WhatsApp 3434386797

**DIPLOMADO AVANZADO EN DERECHO DIGITAL Y TECNOLOGÍA**

INICIA: 16/04/2025 FINALIZA: 26/11/2025

**MODALIDAD**  
Virtual.

**DURACIÓN**  
100 horas reloj

**CURSADA**  
Miércoles de 16 a 20 h.

**DIRECTOR:**  
Miguel L. Jara

**COORDINADORA:**  
Rosa Warlet

 [posgrado\\_parana@uca.edu.ar](mailto:posgrado_parana@uca.edu.ar)

  @posgradoucaparana  
 3434386797

 **UCA** | FACULTAD TERESA DE ÁVILA



# “PREMIO DOCTOR JORGE S. FORNIELES” EDITORIAL EL DERECHO

EDICIÓN 2025

*“Cuestiones patrimoniales a 10 años  
de la vigencia del Código Civil y Comercial  
de la Nación”*



Plazo de entrega: **31 de mayo**

**Descargá el reglamento**



EL DERECHO