

## Datos del Expediente

**Carátula:** GIUSTRA ARIEL MARTIN Y OTRO/A C/FATI ARIEL J.Y OTRO/A S/ DAÑOS Y PERJ.POR DEL.Y CUASID.SIN USO AUTOM.(SIN RESP.EST.)

**Fecha inicio:** 21/11/2018

**N° de**

**Receptoría:** 13817 - 2007

**N° de**

**Expediente:** 166974

**Estado:** Fuera del Organismo - En Juz.  
Origen

## REFERENCIAS

**Resolución - Folio** 984

**Resolución - Nro. de Registro** 246

**Sentido de la Sentencia** Revoca

**08/10/2019 - SENTENCIA DEFINITIVA**

## Texto del Proveído

----- Para copiar y pegar el texto seleccione desde aquí (sin incluir esta línea) -----

REGISTRO N° 246.S FOLIO N° 984

*Sala Primera de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mar del Plata*

Expte. N° 166974.-

**Autos:** "GIUSTRA ARIEL MARTIN Y OTRO/A C/FATI ARIEL J.Y OTRO/A S/ DAÑOS Y PERJ.POR DEL.Y CUASID.SIN USO AUTOM.(SIN RESP.EST.)".-

En la ciudad de Mar del Plata, a los 8 días de Octubre de 2019, habiéndose practicado oportunamente en esta Sala Primera de la Cámara de Apelación Civil y Comercial el sorteo prescripto por el artículo 263 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, del cual resultó el siguiente orden de votación: **1º) Dr. Ramiro Rosales Cuello** y **2º) Dr. Alfredo Eduardo Méndez**, se reúnen los Señores Magistrados en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos "**GIUSTRA ARIEL MARTIN Y OTRO/A C/FATI ARIEL J.Y OTRO/A S/ DAÑOS Y PERJ.POR DEL.Y CUASID.SIN USO AUTOM.(SIN RESP.EST.)**".

**Instruidos los miembros del Tribunal, surgen de autos los siguientes**

## **A N T E C E D E N T E S :**

A fojas 724/733 vuelta dictó sentencia definitiva el Sr. Juez de primera instancia. A través de ésta rechazó la demanda promovida por Ariel Martín Giustra y María Soledad Colello, por sí y en representación de la menor Priscila Abigail Giustra Colello contra Ariel Fati y, por consecuencia, la dirigida contra Centro Cardiovascular de Mar del Plata S.A. y Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A.

Dicha sentencia viene a conocimiento de esta Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto y fundado por la parte actora (fs. 738 y 753/755), cuyo traslado fue objeto de sendas

evacuaciones por Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. y por Centro Cardiovascular de Mar del Plata S.A. (e.e. 14/02/2019, 11:38:02 a.m. y e.e. 18/02/2019, 09:28:42 a.m.), y de su similar interpuesto y fundado por la Asesora de Incapaces (e.e. 27/06/2018, 01:13:11 y fs. 757/759), cuyo traslado no fuera contestado (fs. 761).

A fojas 761 se llamaron AUTOS PARA SENTENCIA.-

**En base a ello, los Señores Jueces resolvieron plantear y votar las siguientes**

**C U E S T I O N E S :**

1ª) ¿Ha cumplido el apelante de fojas 738 con la carga que impone el artículo 260 de Código Procesal?

2ª) ¿Es justa la sentencia de fojas 724/733?

3ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RAMIRO ROSALES CUELLO DIJO:**

Al solicitar la deserción, tanto el sanatorio codemandado como la citada en garantía incurrir en la misma abstracción y generalidad que achacan a la fundamentación del recurso, circunstancia que me impide conocer y analizar el vicio concreto en que apoyan su petición.

Sin perjuicio de ello, y siendo atribución del Tribunal analizar de oficio el contenido de los memoriales de los recursos de apelación, advierto que éste contiene alguna crítica a los razonamientos que dan pábulo a la sentencia, señalando el error incurrido y por qué debe considerárselo tal (art. 260 y 261 del CPCC).

El subsiguiente tratamiento del recurso y su desarrollo consecuente, dan cuenta del cumplimiento de la considerada carga procesal.

Por lo brevemente expuesto, a la primera cuestión **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

**EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.**

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RAMIRO ROSALES CUELLO DIJO:**

I.- Atribución de responsabilidad.

No obstante admitir que la lesión se produjo durante el parto o con anterioridad, el señor Juez de Primera Instancia rechazó la demanda fundándose en la inexistencia de factores de riesgo de distocia de hombros indicativos de la necesidad de una cesárea y en la ausencia de constancia en el protocolo quirúrgico de maniobras adicionales para ayudar al parto, en correlación a los normales rangos de peso y medida que acusó el bebé al nacer. Citó en su apoyo la pericia médica obstétrica.

Los coactores sostienen que el médico obstetra demandado no obró correctamente puesto que de haberlo hecho las maniobras para resolver el cuadro hubieran constado en la historia clínica. Afirma que la actitud del profesional y la omisión de informar al pediatra del estado en que terminó el parto de la recién nacida, demuestran la intencionalidad de ocultar los hechos evadiendo la responsabilidad médica inherente a la profesión ejercida.

De su parte, la Asesora de Incapaces asevera que aunque se trate de una obligación de medios, el médico no obró con la prudencia que exigía su especialidad e imponían las apremiantes circunstancias imperantes en las cuales debió actuarse con premura y diligencia.

Los agravios exhiben procedencia.

El razonamiento judicial revisado adolece del error de atenerse al parte quirúrgico labrado por el demandado con motivo del parto, desentendiéndose por completo de la impresión diagnóstica que dejó el estado de la menor al médico que la revisó en la nursery momentos después, al consignar “miembro sup derecho en abducción (pegado al cuerpo) x tironamiento plexo braquial?!” o “paresia plexo braquial der x estironamiento?!” (sic) (fs. 88 protocolo quirúrgico, fs. 87 – parte de evolución médica- de la niña, fs. 79 y 397 historia clínica- consultorio externo- de la niña).

La serie de acciones variadas y sucesivas que compromete el proceso de valoración de la prueba debe ser una derivación razonada del correcto entendimiento humano mediante criterios de lógica basados en la ciencia, la experiencia y la observación aplicados a las circunstancias particulares de la causa (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado, López Mesa, Marcelo – director-, La Ley Bs. As. 2012, págs. 969/973). Bajo esa óptica resulta difícil ensayar algún motivo válido que justifique que en la elección de elementos capaces de arrimar convicción respecto del proceder sanitario, se haya omitido el resultado de la revisión del paciente por un médico distinto al demandado, ocurrida horas después de la intervención de este último (art. 384 del CPCC).

La consideración del elemento referido en párrafo precedente insinuando un tironeamiento del bebé, en combinación con la ausencia de otro elemento que posibilite vislumbrar algún factor o constancia capaz de instalar la idea de que la paresia del plexo braquial pueda haberse producido con anterioridad o posterioridad al alumbramiento, me persuade de que ese problema se suscitó a raíz de las maniobras de tracción efectuadas durante el parto (fs. 572 vta. rpta. pto. 3 cit. gía). El experto traumatólogo refiere a la existencia de trauma obstétrico que las presupone, y el obstetra las califica como causa más frecuente (fs. 469 vta., dictamen perito traumatólogo, “Estado Actual de la Niña”, y fs. 565, rpta. pto. “d” pte. actora). Incluso el primero de ellos calificó de indudable su ocurrencia (fs. 489, “Perito Contesta Impugnación”).

La coincidencia entre ambos médicos auxiliares de la justicia fulmina los motivos de la impugnación formulada por la citada en garantía. Bien explica el traumatólogo que las causas de los traumas que asiste son también incumbencia de su especialidad, y el obstetra que la posibilidad de que la lesión se produzca en un parto eutócico no contradice su mayor frecuencia de ocurrencia ante maniobras de tracción (fs. 487 y 489, fs. 578 y 583/585, rpta. pto. 1º, párr. primero y tercero). Es criterio inveterado que frente a supuestos donde existen zonas de contacto entre las diversas ramas de una misma profesión, resulta aconsejable su indistinta admisión en favor de la amplitud probatoria (Código procesal Civil y Comercial, Anotado, comentado y concordado, López Mesa –director-, La Ley, Bs. As. 2012, T. IV, pág. 15).

En cuanto al motivo de realización de las maniobras de tironeamiento, la existencia de distocia de hombros aparece como la hipótesis de probabilidad más aceptable (fs. 382 vta. y 383, rpta. pgta. 9). El perito obstetra y también el traumatólogo dan por sentada la ocurrencia de esta complicación que califican de imprevisible (fs. 570, rpta. pto. 5 pte. co-demandada; fs. 470, pto. IV dictamen perito médico traumatólogo). El nombrado en primer término la describe como un cuadro donde la cabeza del bebé se impacta sobre la vulva porque los hombros quedan retenidos en el estrecho superior de la excavación, lo que torna necesario ejercer presión sobre el cráneo fetal para desprenderla o el uso de fórceps para lograr ese objetivo (fs. 565, rpta. pto. “d” pte. actora).

La ausencia de toda constancia de estas maniobras adicionales en los documentos confeccionados por el médico obstetra con motivo del parto, como así también de la lesión que portaba la niña al finalizar la intervención, proyecta serias sombras sobre la corrección de su accionar (567 vta, rpta. pto. “n” pte. actora). La vital importancia que la historia clínica, y en este supuesto el protocolo quirúrgico, reviste en el proceso de revisión del proceder médico desplegado en la ocasión, hace que ante la producción de daños esa omisión de datos relevantes revierta en sospechas sobre su proceder. El carácter de presunción contraria a los intereses del médico y establecimientos de salud que representa la confección defectuosa de la historia clínica, ha sido corroborado por la jurisprudencia (Molina Quiroga, Eduardo, “El derecho a la información de salud y el habeas data específico en la legislación argentina”, SJA 29/11/2017, 29/11/2017, 39, Cita Online: AP/DOC/1050/2017).

Por lo demás, el profesional sospechado siquiera ha intentado brindar motivos razonables que tornaren atendible la falta de completitud de esa valiosa información. Tratándose de cuestiones complejas o de difícil comprobación incumbe a la parte que cuenta con los conocimientos específicos o con el acceso a los medios relevantes de información contribuir a esclarecer el hecho mediante la exposición de una hipótesis de probabilidad aceptable junto a la indicación de elementos que la respalden. El apartamiento de ese patrón de conducta en cuestiones de tal índole traduce la posibilidad de extraer indicios derivados de la omisión de aportar elementos para esclarecer la verdad, en contra de la parte que razonablemente los debería tener a su disposición (Código procesal Civil y Comercial, Anotado, comentado y concordado, López Mesa –director-, La Ley, Bs. As. 2012, T. III, ps. 952/954).

Las vicisitudes acaecidas en el quirófano, reservado y complejo ámbito médico, como así también los conocimientos para interpretarlas, se presentan para los médicos tratantes y el establecimiento que los ocupa, como una verdad sabida o historia conocida, lo que exige una mayor colaboración de su parte en el hallazgo de una versión razonable de cómo ocurrieron los hechos (arg. art. 1735 del Cód. Civ. y Com.; Mosset Iturraspe, De la casualidad a la causalidad en la responsabilidad médica, Revista de Derecho de Daños, 2003-3, Rubinzal - Culzoni, Responsabilidad de los profesionales de la salud, p. 13).

A mayor abundamiento, ninguna modificación al criterio explicitado conllevaría la posibilidad de que durante el parto no se haya producido una distocia, tal como lo sostiene el médico demandado. Por el contrario, la existencia de maniobras que derivaron en daño del sistema nervioso surgiría allí como injustificada comprometiendo también su responsabilidad (art. 512 del Cód. Civ. Ley 340 aplic. en virtud arts. 1 y 7 del Cód. Civ. y Com.).

En síntesis, la imposibilidad de revisar la corrección de las maniobras realizadas para lograr la expulsión del bebé obedece a la ausencia de toda constancia de su realización en los documentos sanitarios

labrados en la emergencia, circunstancia que sólo puede redundar en perjuicio del médico demandado, quien tenía la obligación profesional de confeccionar el protocolo quirúrgico dejando debida cuenta de todo lo actuado durante el parto (fs. 567 vta. rpta. pto. "n" pte. actora y fs. 585, rpta. pto. 4 impug, cit. gta).

El análisis efectuado demuestra la presencia de culpa, negligencia e impericia en el accionar del doctor Ariel Fati, lo cual compromete su responsabilidad y la del Centro Cardiovascular Mar del Plata S.A. Esto último en razón de que la prueba de aquella culpa sería la demostración de la violación del deber de seguridad que le incumbe como obligación propia, y cuya omisión genera la responsabilidad directa de la entidad contratante, además de la que también en forma directa y personal alcanza al profesional (Ac. 50.585, sent. del 15-XI-1994, "Acuerdos y Sentencias", 1994-IV-212, "D.J.B.A.", 148-103, "Jurisprudencia Argentina", 1995-III-387, "El Derecho", 165-682; Ac. 58.720, sent. del 12-VIII-1997, "Acuerdos y Sentencias", 1997-IV-69; Ac. 84.616, sent. del 3-III-2004; Ac. 87.884, sent. del 14-XII-2005; Ac. 88.305, sent. del 3-VIII-2005, entre otros).

Ello así, puesto que comprendiendo la prestación específica asumida por el establecimiento la intervención bajo supervisión de personal médico, mal podría endilgársele responsabilidad por el desempeño de los profesionales de los que se vale sin comprobarse la concurrencia del factor de atribución que justifica que en las obligaciones de medios que éstos asumen, el daño sufrido por una persona se traslade económicamente a otra que debe soportarlo (Calvo Costa, Carlos A., Responsabilidad civil de los establecimientos asistenciales, empresas de medicina prepaga y obras sociales. Un cambio de paradigma, LA LEY 23/05/2016, 23/05/2016, AR/DOC/1452/2016). El contrato se formaliza entre el paciente y la entidad médica, comprometiéndose esta última frente a aquél a brindarle por intermedio de su staff médico un servicio de salud acorde con las exigencias propias de la medicina moderna que resulte ser adecuado a las afecciones y a las necesidades padecidas por el enfermo (Calvo Costa, Carlos A., "Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2da. Ed., 2014, p. 59).

Es más, viene imponiéndose una postura que considera a los servicios médicos organizados en forma empresarial comprendidos dentro de la Ley de Defensa del Consumidor, la cual ante el incumplimiento de la obligación principal consistente en una prestación adecuada a cargo del médico, reputa al ente asistencial responsable solidario de los daños inferidos al paciente (arg. arts. 512 y 1109 del Cód. Civ. Ley 340 aplic. en virtud arts. 1 y 7 del Cód. Civ. y Com, art. 40 Ley 24240; Calvo Costa, Carlos A., Responsabilidad civil de los establecimientos asistenciales, empresas de medicina prepaga y obras sociales. Un cambio de paradigma, LA LEY 23/05/2016, 23/05/2016, 1AR/DOC/1452/2016).

## II.- Daños.

### a. Ley aplicable.

De un tiempo a esta parte un reestudio de la cuestión me ha llevado a concluir que en el proceso de cuantificación de los distintos rubros resulta aplicable el Código Civil y Comercial (Ley N° 26.994). Es que si bien a los elementos y hechos constitutivos de las relaciones jurídicas indemnizatorias deben aplicárseles las normas vigentes a la fecha producción del daño, no ocurre lo mismo con las que rigen la cuantificación de la obligación. Estas últimas reglas no aluden a la constitución de la obligación sino sólo a sus consecuencias, y no varían la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, pues sólo se limitan a sentar una pauta para su liquidación (arts. 1 y 7 del Cód. Civ. y Com;

Depetris, Carlos Emilio, “El derecho transitorio en materia de responsabilidad civil”, RyCS2016-VII, 21 – RCCyC 2017, agosto, 10/08/2017, 139, AR/DOC/1553/2016).

Me permito agregar que aún en el análisis de los elementos constitutivos de la relación jurídica tampoco podría desconocerse el valor interpretativo que ostentan las nuevas disposiciones. Éstas condensan actuales tendencias doctrinales y jurisprudenciales que ya venían haciéndose oír bajo la vigencia del régimen anterior y expresan una clara intención del legislador en ese sentido (Cám. Nac. Civ. sala K, 25/06/2105, “C., Jérica M. c. B., Carlos R. y otros s/Daños y perjuicios”).

b. Incapacidad sobreviniente.

Los coactores reclaman la suma de \$ 100.000 en concepto de lo que denominan incapacidad permanente. Lo fundan en el 20 % de incapacidad comprendiendo dentro de este reclamo la alteración y disminución de las aptitudes y facultades que resultaron del ilícito, haciendo la salvedad que éste no debe acotarse sólo al aspecto del trabajo sino que debe abarcar todas las actividades del damnificado. Agregan que la indemnización debe compensar también las expectativas frustradas.

Luego de negar la existencia de incapacidad, el apoderado del médico demandado se opone a la procedencia de este reclamo por carecer de la explicitación de las pautas y el método para arribar a la suma peticionada.

El establecimiento codemandado también se opone, pero alegando la recuperación total de la movilidad del brazo y lo excesivo de la suma solicitada.

En cuanto a la existencia de incapacidad, el perito médico traumatólogo efectúa una larga descripción del resultado de la revisión de la niña a la altura de las consideraciones médico legales, luego de lo cual transcribe sus conclusiones. A esa altura de la exposición expresa que la menor padece Secuela de Trauma Obstétrico por estiramiento del plexo braquial, con limitación actual del miembro superior derecho, de los músculos rotadores externos del brazo, a nivel del manguito rotador de dicho hombro, limitación de la abdoelevación del brazo, de la extensión total del codo y limitación de la pronación del antebrazo. Califica esas limitaciones funcionales como de grado parcial y carácter provisorio, cuantificándolas en un 18 % de la Total Obrera.

La concordancia lógico – formal que exhibe el dictamen y la inexistencia de otros elementos que lo contradigan respecto a la verificación de la lesión y su causa frecuente, reviste a este aporte científico de un valor trascendente que no debería ser desoído en los aspectos técnicos que exceden los conocimientos de un profesional del derecho (CSJN, 01/12/92, "Posse Daniel c/Chubut, pcia. del y otra"; (mismo tribunal, 01/09/87, ED, 130-135, CNCiv., Sala D, 12/5/92, ED, 149-144).

Con referencia a la magnitud de la incapacidad, y aunque en principio no exista necesidad de atenernos estrictamente al porcentaje que arrojan los baremos dado que éstos constituyen un elemento más a considerar junto a un haz de pautas fundamentales ajenas al mundo de las matemáticas, no hallo aquí motivo valedero para apartarme de la cuantificación ensayada por el experto (SCBA, C 118085 S 08/04/2015, voto De Lázzari, “Fagúndez, Daiana Tamara c/ Morinigo, Adrián Alexis y otros s/ Daños y perjuicios”). Los porcentajes genéricos han sido ajustados al caso particular, y la escasa edad de la víctima a la fecha del hecho tampoco permite alejarnos de ese guarismo con causa en actividades productivas o

economicamente valorables concretas, dado que por su condición de menor ésta aún no las desarrollaba (fs. 471 “Conclusiones del perito”).

En cuanto a la base sobre la cual deberá determinarse el cálculo de la probabilidad de ingresos futuros, debe tenerse presente que –como se dijo- se trata de una víctima que por ser menor todavía no desarrollaba actividades productivas, no habiéndose alegado tampoco el desempeño de actividades económicamente valorables. Esa carencia de indicadores objetivos de la situación que atravesaba la menor al momento del hecho que permitan calcular su presumible ganancia futura sobre bases ciertas, me compele a valerme del salario mínimo vital y móvil (\$ 16.875, Resol. CNEP y SMVM N° 06/2019), unidad remuneratoria apta para conjurar este tipo de supuestos dado representar el mínimo ingreso que la generalidad de las personas son capaces de procurarse (Zavala de González, Matilde; *Resarcimiento de daños, Daños a las personas, Integridad psicofísica*, Hammurabi, Bs. As. 1990, t. 2ª, p. 358).

El período de tiempo durante el cual se devengaría este parcial abarca desde los 18 años, edad a partir de la cual se presume una persona podría procurarse ese acotado ingreso, hasta el alcance de la edad jubilatoria (60 años), al cabo de la cual la víctima debería encontrarse en condiciones de acceder a un haber previsional (art. 19 Ley 24241).

Conforme lo dispuesto por el Código Civil y Comercial, el cálculo de los ingresos futuros frustrados exige una evaluación mediante la determinación de un capital cuyas rentas se agoten al término de la existencia de la limitación, ya sea por rehabilitación o muerte del damnificado (art. 1746 del Cód. Civ. y Com.).

La modalidad de suma única percibida por adelantado en concepto de ingresos futuros impone la necesidad de que por una razón de justicia recíproca, ese importe cuya mayor parte se recibe en forma prematura, refleje la detracción de los intereses que a una tasa pura le hubiese costado al deudor la mera indisposición del capital. Vale decir, a cada ingreso futuro mensual integrante de la sumatoria anual, deberá deducírsele la diferente acumulación de accesorios que surge de la cantidad de días adelantados en que éste se percibe por imperio del pago precoz del capital en un importe total único.

La ecuación de matemática financiera preanunciada, cuyas variables fueron despejadas en los razonamientos contenidos en los párrafos anteriores, arroja una suma de \$ 601.179,15 total, permitiéndose su revisión mediante la desagregación de sus pasos y componentes explicitados en planilla adjunta (<https://www.derechouns.com.ar/formula-y-planilla-de-calculo-de-indemnizacion-por-incapacidad-art-1746-ccyc>).

Un rexamen de la conformación de los elementos que componen la referida operación financiera me persuade de fijar la tasa de descuento en el 6 %. Esto con el objeto de equiparar su tratamiento al interés

que se le cobra al deudor por la mera indisposición del capital desde el momento del hecho hasta el de la sentencia, en aquellos supuestos en que los daños son cuantificados a valores vigentes a esta última fecha (SCBA, 03/05/18, C. 121.134, "Nidera S.A. contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios").

La superación que el importe fijado reconoce respecto de los montos nominales estimados en demanda no transgrede la debida congruencia. La suma otorgada no supera el valor del que fuera reclamado por los actores si se verifica mediante el cotejo de divisas extranjeras de entonces y de ahora, o a través de cálculos comparativos de la evolución de precios al consumidor, y con el objeto de reponer al damnificado a una situación semejante al estado del que gozaba con anterioridad a la ocurrencia del hecho dañoso, siempre corresponde considerar a la reparación como una obligación de valor estimando el daño en el momento más cercano al del efectivo pago (arg. arts. 772 y 1740 del Cód. Civ. y Com.).

### c. Daño estético.

La parte actora reclama una indemnización de \$ 100.000 por el daño estético que causa en la niña las diferencias anatómicas y funcionales que apreciadas a simple vista exhibe su brazo derecho con relación al otro brazo normal. Postulan una distinción ontológica con la incapacidad sobreviniente y el daño moral en tanto se proyecta sobre la vida individual y de relación de la víctima.

El médico demandado niega que el daño estético constituya una tercera categoría y afirma que de resultar procedente debe considerarse al tratar la incapacidad sobreviniente si su proyección es patrimonial, o el daño moral si sólo acarrea consecuencias extrapatrimoniales.

El sanatorio demandado consigna que es improcedente indemnizar el daño estético de modo independiente si no ha provocado daño patrimonial alguno, como así también que debe justipreciarse como un ingrediente del daño moral cuando, como en el caso, cuando consta la afectación a los sentimientos íntimos de la víctima.

La notoria diferencia de apariencia entre una persona que ejecuta los movimientos de su brazo en forma libre y otra que sólo puede moverlo limitadamente, surge irrefragable. La imagen de anormalidad que proyecta esa realidad y la necesaria compensación que deberá efectuar con otras articulaciones restarán naturalidad a los movimientos de esa parte de su cuerpo, lo cual innegablemente también impactará en su aspecto estético.

No obstante lo señalado en párrafos precedentes, las consecuencias extrapatrimoniales que traduce la lesión descrita será considerada a la altura del daño moral reclamado y a los fines de la correcta cuantificación del mencionado parcial (art. 1741 del Cód. Civ. y Com; SCBA, 27/11/2002, L. 81.159, "Caruso, Pablo Ceferino contra Eland S.A. y otras. Daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo").

De modo similar a lo propuesto para las consecuencias estéticas deberá suceder con las limitaciones en facetas recreativas o sociales capaces de redundar de modo mediato en la predisposición para acometer actividades productivas y/o económicamente valorables. Si bien el régimen anterior toleraba que estos aspectos fueran incluidos en la incapacidad sobreviniente, no ocurre lo mismo con el sistema estatuido por el Código Civil y Comercial donde solo se torna factible valorarlos en la esfera extrapatrimonial. En el nuevo régimen, la indemnización de la incapacidad sobreviniente se identificó con un capital cuya renta cubra la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente

valorables, y el mayor control de las partes en la cuantificación judicial de los rubros patrimoniales que esa modalidad intentó consagrar, impide que al despejar las variables que componen la ecuación para arribar a ese resultado se utilicen guarismos de conformación discrecional (art. 1746 del Cód. Civ. y Com.; González Zavala, Rodolfo M.; “¿Cuánto por incapacidad?”, RCCyC 2016, mayo, 05/05/2016, 191).

Empero la imposibilidad de hacer gravitar las limitaciones derivadas de la menor predisposición para el disfrute de actividades recreativas sobre la capacidad productiva o para desempeñar actividades económicamente valorables, no impide sin embargo que en respeto al principio de reparación integral esas afecciones también sean ponderadas al momento de cuantificarse la indemnización de las consecuencias extrapatrimoniales (art. 522 del Cód. Civ. Ley 340 y arg. art. 1741 del Cód. Civ. y Com.).

#### d. Daño moral.

La parte demandante sostiene que el daño moral ha quedado configurado por el impedimento para el desempeño de actividades propias en los ritmos normales de la vida, sea escribir, comer, vestirse, hacer deportes, apoyarse en caso de peligro, etc. Aclara que no se trata de una merma en su proyección económica sino la afectación del equilibrio espiritual e integridad de la personalidad. Peticiona \$ 100.000 por este parcial.

El profesional demandado apela a la naturaleza del rubro analizado sosteniendo que en las condiciones económicas imperantes, la suma reclamada desborda la finalidad propia de este concepto que solo tiende a una satisfacción equivalente al desasosiego sufrido. Niegan la posibilidad de que su acogimiento se convierta en una fuente de enriquecimiento injusto. Con este mismo argumento, el establecimiento codemandado solicita la reducción sensible del importe reclamado en uso de la potestad prevista en el artículo 1069 del Código Civil.

La indemnización por daño moral comprende las molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes que en el supuesto de lesiones, se configura por el conjunto de padecimientos físicos y espirituales derivados del hecho, y que tiene por objeto reparar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos (SCBA LP C 93343 S 30/03/2011, “Maldonado, Silvia Viviana c/D`Allorso, Carlos y otros s/Daños y perjuicios”).

Toda persona vive en un estado de equilibrio espiritual y tiene derecho a permanecer en ese estado; las alteraciones anímicas perjudiciales deben ser resarcidas. La modificación disvaliosa del espíritu no se limita solo al dolor, porque puede suceder, como resulta de la interferencia antijurídica, que se produzcan también otras conmociones espirituales: la preocupación intensa, la aguda irritación vivencial y demás alteraciones que, por su grado, hieren razonablemente el equilibrio referido. Dicho de otro modo, el daño moral hiere o menoscaba los sentimientos, la integridad física o moral y las afecciones legítimas de una persona, en suma los llamados bienes ideales (Cazeaux-Trigo Represas; *Compendio de las Obligaciones*, T. I, págs. 191 y ss.).

Influyen en la cuantificación de este rubro las consecuencias estéticas, anatómicas y funcionales que se siguen de las limitaciones mencionadas. Es que sin perjuicio de la consideración de sus consecuencias

materiales a la altura de la incapacidad sobreviniente, aquí es donde debe ponderarse la menor predisposición al disfrute o goce de actividades recreativas e incluso de ayudar a la familia en tareas cotidianas (González Zavala, Rodolfo M.; "*¿Cuánto por incapacidad?*", RCCyC 2016 (mayo), 05/05/2016, 191, AR/DOC/591/2016).

Para arribar a la suma específica que deberá representar esta indemnización parto de la base de que la intimidad no es accesible, razón por la cual necesariamente deberé acudir a parámetros sociales de evaluación, en el sentido de percibir el daño moral según lo experimentaría el común de las personas en similar situación lesiva (cfr. Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de Daños", T° 5 a: "Cuánto por daño moral", Pág. 106 y ss.). Sin desconocer la imposibilidad de colocar al damnificado en la misma situación que se hallaba antes de sufrir el daño mediante la mera entrega de dinero, se intentará compensar los perjuicios que éste representa a través de bienes que pudieren servir en cierta medida de consuelo para mitigar sus consecuencias. La suma deberá traducir la importancia del daño, su prolongación, temporalidad, permanencia y gravedad, para lo cual guardará relación con la índole de las lesiones sufridas, las eventuales secuelas incapacitantes, el tratamiento a que debió someterse al damnificado, la duración del mismo y de las dolencias que éste ocasiona (Iribarne, Héctor Pedro, Daño Moral, Rev. Derecho de Daños, Rubinzal – Culzoni, Sta. Fe 1999, p. 185/215; Mosset Iturraspe, Jorge, en "Diez reglas sobre la cuantificación del daño moral", LL, 1994-A-728; Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo; citado por Jorge Mario Galdós en "Otra vez sobre los daños a las personas en la provincia de Buenos Aires", Revista de derecho de daños, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 161; CCCom. San Martín, sala 1ra. causa 54.803, 28-10-2004, "Bravo de Ramírez, Mercedes, M. c/ Municipalidad de General San Martín s/Daños y perjuicios").

Pues bien, con los parámetros referidos en párrafos anteriores y teniendo presente el tipo y entidad de la lesión inferida, las terapias adecuadas a su tratamiento, el tiempo que demandaron estas últimas, las secuelas físicas resultantes, como así las demás condiciones personales de la víctima (vg. sexo, edad, etc.), estimo justo fijar por la indemnización de este rubro la suma de pesos cuatrocientos diez mil (\$ 410.000) (arg. art. 165 párr. 3° del CPCC).

La explicitación de los motivos concretos que he tenido en cuenta para cuantificar el concepto respeta la ideología que subyace en el Código Civil y Comercial. El reconocimiento legislativo del criterio jurisprudencial que otorgaba naturaleza sustitutiva y compensatoria al concepto, constituye una inmejorable oportunidad para avanzar en la senda de dar a conocer la totalidad de los aspectos ponderados al cuantificar. Ello por más que el uso de una fórmula como la exigida para el lucro cesante futuro por incapacidad sobreviniente no haya sido exigido para el cálculo del daño moral (art. 1741 y 1746 del Cód. Civ. y Com.). El curso de acción que propongo otorga mayores elementos al justiciable para el control de la razonable proporcionalidad entre las consecuencias sufridas y el consuelo con el que se intenta mitigarlas (Iribarne, Héctor Pedro, *Daño Moral*, Rev. Derecho de Daños, Rubinzal –Culzoni, Sta. Fe 1999, p. 185/215, ídem "Marcelino, Leonardo, "*Valoración y cuantificación de la indemnización del daño extrapatrimonial*", Rev. Derecho de Daños, Rubinzal –Culzoni, Sta. Fe, 2018 – 3, "Responsabilidad por daño no patrimonial", p. 427/463).

Con la sumatoria de los importes condenados me permito aquí superar el monto nominal estimado en demanda. Tal proceder halla fundamento en el hecho notorio que constituye la ya apuntada variación de precios durante más de diez años de ocurrido el suceso, extremo que dada esa condición no requiere de

prueba para su acreditación –*notoria non agent probatione*– (Arazi, Roland, *La prueba en el proceso civil, Teoría y práctica*, Ediciones La Rocca, 2da. act. y amp., Bs. As. 1998, ps. 66/67; Devis Echandía, Hernando, *Compendio de la prueba judicial*, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe 2000, ps. 111/114). Conforme ya lo desarrollé, el respeto a la debida congruencia se aprecia mediante el cotejo del valor de la divisa extranjera y el índice de precios al consumidor, teniendo siempre presente la naturaleza de obligación de valor que reconoce la de reparar el daño y la consecuente necesidad de fijar sus valores a la fecha más cercana a la sentencia. El propósito de reponer al damnificado a una situación semejante al estado del que gozaba con anterioridad a la ocurrencia del hecho dañoso, es lo que justifica considerar a la reparación como una obligación de valor. Allí la fijación del daño a valores vigentes no alude a la amplitud del capital reclamado sino al importe concreto que éste traduce a ese momento, instante a partir del cual recién tiene nacimiento la obligación dineraria (arg. arts. 772 y 1740 del Cód. Civ. y Com.; Borda, Guillermo A.; *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, T. I, Ed. Perrot, Bs. As., 1976; y Pizarro, R.D. – Vallespinos, C. G., *Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones*, T.I, n° 163, p. 372/375, Hammurabi, Bs. As., 1999, todos citados en el referido voto).

Vuelvo a señalar que en la consideración de la magnitud del importe fijado tuve presente la sumatoria del negativo estado espiritual del que se vio y verá presa la niña al tomar conciencia de su diferencia funcional y estética con sus semejantes. No descuido aquí que la niña carece de recuerdos de su estado anterior que agravarían su impotencia y pesar puesto que la lesión se produjo al momento mismo de nacer, pero tampoco que esa misma condición hace que el sino acompañe a la víctima desde el comienzo de su existencia, lo cual prolongando el tiempo del daño.

Se pondera también aquí la menor predisposición para el desempeño de actividades sociales, recreativas y lúdicas que ayuden a sobrellevar su estado y el mayor esfuerzo que deberá desplegar para encontrarse en situación de poder disfrutarlas. Es que la particular modalidad de obtención de la indemnización por incapacidad prevista en el nuevo Código Civil y Comercial, obliga al tratamiento de los últimos aspectos mencionados dentro los daños extrapatrimoniales, impidiendo su consideración en los de índole patrimonial so riesgo de indebida duplicación indemnizatoria (art. 1746 del Cód. Civ. y Com.; González Zavala, ob. cit).

e. Gastos de terapeuta ocupacional y traslado.

La parte actora reclama la suma de \$ 1.500 por lo gastado en concepto de contratación de servicios de un terapeuta ocupacional, y lo erogado para los traslados hacia el lugar donde ese profesional la sometió a ese tratamiento. Cita un criterio jurisprudencial por el que para la acreditación de gastos por medicamentos y traslados no se requiere prueba específica.

El galeno accionado niega que la actora haya erogado la suma de \$ 1.500 por los conceptos referidos. Pide se desestime el reclamo.

El nosocomio demandado también solicita el rechazo en virtud de la negativa que formulara respecto de la autenticidad de la documental acompañada con la demanda. Afirma que la posibilidad de acreditar la erogación sin prueba documental solo se extiende a importes menores, no a sumas más abultadas que sí requieren un principio de prueba por escrito.

Comienzo por afirmar que el modesto importe de \$ 1.500 compuesto tanto por la sumatoria de gastos terapéuticos como por gastos de traslado, no reúne la magnitud por la cual en ciertos supuestos se ha exigido prueba documental que avale la erogación (esta sala, 12/07/2011, “Expte. N° 144416 – “Sacostegui, Mariela Luján c/ Riat, Emilio y Otro s/ Daños y perjuicios”, Reg. N° 153, F° 637).

No conmueve el acogimiento de esta partida lo deslizado en la contestación del Sanatorio en cuanto a que los gastos de asistencia podrían haber sido reintegrados por la obra social de la víctima (v. fs. 149 vta.). Considero, por el contrario, que ante la afirmación de la actora de que afrontó los respectivos montos, sumada a la documental en su poder que así lo acredita y la falta de certeza en cuanto a si la obra social cubría en todo o en parte esos gastos, pesaba en cabeza del contendiente la carga de demostrar el hecho contrario (v. Zavala de González, Matilde, “*Daños a las personas*” - v. 2a - Integridad psicofísica, Ed. Hammurabi, 1990, p. 112).

La misma suerte depara al mero desconocimiento de la autenticidad de los recibos y facturas tendiente a acreditarlos. La razonable concordancia de su concepto con el estado y atención requerida por la paciente otorga a su existencia el suficiente grado de hipótesis de probabilidad más aceptable (art. 384 del CPCC; fs. 7327 vta. –desist. informativa-). Debe memorarse que el fin de la prueba no es otro que darle al juez la convicción o certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad (Pelerman, “*La specificité*”, ps. 8 y ss., en sentido similar Guiliani, “*Prova in generale*”, a. Filosofía del diritto, en Enc. dir., XXXVII, Milano 1988, ps. 518 y ss., ambos citados por Taruffo, Michele en su obra “*La Prueba de los hechos*”, Ed. Trotta, Milano 1992, ps.349 y ss.).-

En cuanto a los gastos de traslado, cuadra recordar que el art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial consagra la facultad estimatoria judicial, es decir la facultad judicial de fijar el monto de la indemnización, si los daños aparecen probados debidamente, a diferencia de su importe (Cám. Apels. Trelew, Sala A, 21/12/2009, “Ballesteros, Andrés Elías c/ Arias, Diego Gabriel y otra s/ Daños y Perjuicios”, en La Ley online, voto Dr. López Mesa). Tampoco aquí es impedimento para establecer la indemnización la falta de elementos probatorios que precisen la magnitud de los daños o la extensión del período de reparaciones, desde que el “quantum” retributivo puede ser determinado con sujeción a los parámetros del art. 165 CPCC (Cám. Apels. Trelew, Sala A, 21/12/2009, “Ballesteros, Andrés Elías c/ Arias, Diego Gabriel y otra s/ Daños y Perjuicios”, en La Ley online, voto Dr. López Mesa; C. Nac. Civ., sala A, 12/4/89, “Iurato, Antonio v. Viedma, Vicente s/ daños y perjuicios”; en igual sentido, ídem, 25/10/89, “Martínez, Adrián R. v. López, Antonio R. s/sumario – indemnización”, ambos en Abeledo-Perrot online). Es que el sentido último del artículo 165 del Código Procesal Civil y Comercial es permitir al juez hacer justicia cuando la prueba del monto -no de la magnitud del daño- pueda ser suplida por su propio conocimiento ordinario de las cosas o por su experiencia personal (Cám. Apels. Trelew, Sala A, 21/12/2009, “Ballesteros, Andrés Elías c/ Arias, Diego Gabriel y otra s/ Daños y Perjuicios”, en La Ley online, voto del Dr. Velásquez).

Ahora bien, comprobado el daño pero no justificado su monto aquí también se vigoriza la pauta de máxima prudencia y criterio restrictivo en la determinación de la cuantía del resarcimiento, con lo que ha de cubrirse no más que el perjuicio efectivamente sufrido, evitando el riesgo de colocar al damnificado en mejor situación a la que tendría si el hecho no hubiere acaecido, lo que equivaldría a sancionar un

enriquecimiento incausado (Cám. Apels. Trelew, Sala A, 28/10/10, "Challu, Cristina Mabel c/ Roth, Mónica Magdalena s / Daños y perjuicios", c. 321/10 S.D.C. 24/10. voto Dr. Velásquez).

En síntesis, la reseñada cuantía debe ser apreciada en concreto, conforme el tipo de afecciones inferidas, prácticas que regularmente se utiliza para tratarlas, lugar donde éstas se prestan, medio y costo corriente de transporte (arg. art. 901 y 906 del Cód. Civ.).

Si bien conforme el domicilio denunciado en demanda (calle Chaco 2561, de Mar del Plata), la parte actora se domiciliaría a unas escasas seis cuadras de la dirección sita en Belgrano 4332 de esta ciudad donde figura funcionaría el centro de rehabilitación, aprecio que el importe reclamado no desborda las necesidades de transporte y el número de oportunidades en que es de presumir los padres debieron trasladar a la pequeña hacia el centro de rehabilitación (art. 163 inc. 3° y 4 del CPCC).

Por lo expuesto en este ítem, y aún bajo el prisma de la prudencia que impone la falta de respaldo documental del total de los gastos efectuados, este concepto deberá proceder por el total del importe reclamado que asciende a la suma pesos de un mil quinientos (\$ 1.500) (fs. 42/68; art. 165 párr. 3° y 363 del CPCC).

f. Intereses.

Al rubro tratado en el subacápite “b” y “d” deberá adicionársele un interés puro del 6% anual desde la fecha del hecho hasta la de la sentencia, y de allí en adelante hasta el efectivo pago, un interés igual a la tasa pasiva más alta que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósitos a treinta días. Si abarcare un período menor, el cálculo será diario (arts. 622 y 623, C.C. de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", 7 y 768, inc. "c", C.C. y C.N.; 7 y 10, ley 23.928 y modif., SCBA, 15/06/2016, C. 119.176, "Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén. Daños y perjuicios", SCBA, 03/05/18, C. 121.134, "Nidera S.A. contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios").

A los gastos terapéuticos documentados tratados en el subacápite “e” también deberán sumársele intereses a la tasa pasiva digital pero desde el momento de su erogación hasta el del efectivo pago. Asimismo para el caso de comprender un período menor a un mes, su cálculo deberá ser diario (legisl. y doct. jurisp cit.).

Los restantes gastos considerados en el subacápite “e”, esto es los gastos de traslado, deberán ser incrementados mediante la aplicación de intereses desde la fecha de notificación de la demanda hasta la del efectivo pago, calculados a la tasa pasiva más alta que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósitos a treinta días. Si abarcare un período menor, el cálculo también será diario (legisl. y doct. jurisp cit.).

**VOTO POR LA NEGATIVA.**

**EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.**

**A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RAMIRO ROSALES CUELLO DIJO:**

Corresponde: **I.-** Tener el apelante de fojas 738 por cumplido con la carga procesal que impone el artículo 260 de Código Procesal. **II.-** Revocar la sentencia de fojas 724/733, condenando a Ariel José Fati, al Centro Cardiovascular de Mar del Plata S.A., y a su citada en garantía, Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. –en la medida de seguro- a abonar a María Soledad Colello y Ariel Martín Giustra, ambos en representación de su hija menor Priscila Abigail Giustra, la suma de pesos seiscientos un mil ciento setenta y nueve con 15/100 (\$ 601.179,15) en concepto de incapacidad sobreviniente, la suma de pesos cuatrocientos diez mil (\$ 410.000.-) en concepto de daño moral, y la suma de pesos un mil quinientos (\$ 1.500.-) en concepto de gastos terapéuticos y de traslado, todo con más sendos intereses discriminados en el subacápite “f”, con costas (art. 68 párr. 1° y 274 del CPCC).- **III.-** Imponer las costas de esta instancia a los codemandados y la citada en garantía, en su carácter de vencidos (art. 68 párr. 1° del CPCC).

### **ASÍ LO VOTO.**

**EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.**

Por ello, en virtud de las conclusiones obtenidas en el Acuerdo que antecede y sus fundamentos, se dicta la siguiente

### **S E N T E N C I A :**

**I.)** Tiénese el apelante de fojas 738 por cumplido con la carga procesal que impone el artículo 260 de Código Procesal. **II.)** Revócase la sentencia de fojas 724/733, condenando a Ariel José Fati, al Centro Cardiovascular de Mar del Plata S.A., y a su citada en garantía, Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. –en la medida de seguro- a abonar a María Soledad Colello y Ariel Martín Giustra, ambos en representación de su hija menor Priscila Abigail Giustra, la suma de pesos seiscientos un mil ciento setenta y nueve con 15/100 (\$ 601.179,15) en concepto de incapacidad sobreviniente, la suma de pesos cuatrocientos diez mil (\$ 410.000.-) en concepto de daño moral, y la suma de pesos un mil quinientos (\$ 1.500.-) en concepto de gastos terapéuticos y de traslado, todo con más los intereses discriminados en el subacápite “f”, con costas. **III.)** Impónese las costas de esta instancia a los codemandados y la citada en garantía, en su carácter de vencidos. **IV.)** Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (art. 31 decr. ley 8.904/77). **NOTIFÍQUESE personalmente o por cédula (art. 135 CPCC). DEVUÉLVASE.-**

**Si-/// ///guen las firmas (Expte. N° 166.974).**

**RAMIRO ROSALES CUELLO ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ**

**JOSÉ GUTIÉRREZ**

**- Secretario-**

----- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -----

[Volver al expediente](#) [Imprimir](#) ^