

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Culpa Medica Responsabilidad Del Establecimiento Asistencial

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Culpa médica. Responsabilidad del establecimiento asistencial

Se mantiene el fallo que hizo lugar a la demanda de mala praxis médica, pues surge probado que la necrosis en las extremidades del menor y las otras complicaciones derivaron de realización de un vendaje deficiente y una falta de control post-quirúrgico por parte del demandado.

En Buenos Aires, a los 7 días del mes de noviembre del año dos mil dieciséis, hallándose reunidas las señoras jueces de la Sala ?M? de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Dras. Elisa M. Diaz de Vivar, Mabel De los Santos y María Isabel Benavente, a fin de pronunciarse en los autos ?Tumini, N. Daniel y otros c/Borghí, Alberto Osvaldo y otros s/daños y perjuicios?, expediente n° 113923/2010, la Dra. Diaz de Vivar dijo: I.- La sentencia dictada por el señor Juez Gustavo Caramelo, admitió parcialmente la demanda planteada por N. Daniel Tumini y Carina Alejandra Puentes representantes necesarios de su hijo C. N. T. Condenó al Dr. Alberto Osvaldo Borghi, junto con la citada en garantía Seguros Médicos S.A., en la medida de la cobertura; a AC24 S.A. -ex Flamarión S.A.-, junto con la citada, TPC Compañía de Seguros Sociedad Anónima, también en la medida de la cobertura y a la Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles, ?in solidum?, a pagar al niño la suma de \$287.000 con más intereses a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, y costas. Rechazó la demanda contra el Dr. Eduardo E. Stefano y Seguros Médicos S. A.- Muy sintéticamente refiero que el niño nació con sindactilia entre los dedos medio y anular de la mano derecha con segmento de huesos compartidos. Es un síndrome genético por el cual aparecen unidos dedos de la mano o del pie y se clasifica en simple cuando solo están unidos por la piel y compleja, cuando los huesos de los dedos aparecen fusionados. Frente al cuadro, los padres consultaron por intermedio de OSECAC al Dr. Borghi, quien el 10 de enero de 2005 lo operó en la Clínica de los Virreyes. Posteriormente, el 20 de enero de 2005, el menor se internó para que el Dr. Borghi le efectuara una toilette y desbridamiento quirúrgico, donde constató una necrosis en la falange 3, flogosis global con hematoma sin signos de infección. Se desbridó en forma amplia la zona necrosada, cepilló con Pervinox y le colocó una valva de yeso, controlándolo en dos oportunidades, el 26 de enero y el 2 de febrero de 2005. Los actores decidieron consultar con el Dr. Eduardo Stéfano, quien en una cirugía debió amputar la primera falange del dedo anular por necrosis; posteriormente se constató que el niño presentaba desviación curvolateral del dedo medio. Después de otras consultas los padres decidieron no llevar a cabo nueva intervenciones. El sentenciante consideró que eran responsables de las consecuencias del obrar antijurídico: 1) el demandado Dr. Alberto Osvaldo Borghi, por ser el responsable directo tanto del déficit en la provisión de información a los padres del paciente como de la práctica o indicación de un vendaje inadecuado, causante de consecuencias perjudiciales para el paciente, como de la ausencia de indicación de un adecuado régimen de control de la evolución del estado del niño operado, así como a la citada en garantía Seguros Médicos S.A., en la medida de la cobertura; 2) AC24 S.A. -ex Flamarión S.A.-, por las consecuencias derivadas de las deficiencias en la provisión de información médica relevante con base en los formularios de consentimiento informado que dispuso para ello; así como en la inadecuada realización de los vendajes y atención postoperatoria del paciente, prácticas que cabe considerar desarrolladas con intervención del personal de enfermería por ella provisto; los efectos de la condena, se extendió a TPC Compañía de Seguros Sociedad Anónima, firma que desistió de su defensa de falta de legitimación, y 3) la Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles, principal de los nombrados en el diseño, organización y gestión de la estructura prestacional dentro de la que se produjo el hecho antijurídico consistente en la deficiente atención médica del niño C. T. Dada la distinta vinculación causal que con las circunstancias antijurídicas evaluadas presentan los codemandados contra los que progresa la acción, ellos deberán responder ?in solidum? por las consecuencias dañosas que puedan verificarse como derivación causal adecuada de aquéllas. Mientras que respecto del codemandado Dr. Eduardo E. Stefano, ningún reproche jurídico encontró por lo que rechazó la demanda contra él planteada, por la que fue también citada en garantía Seguros Médicos S.A. II.- Los actores no apelaron el fallo. En cambio sí lo hicieron y expresaron agravios: 1) el Dr. Borghi a fs. 859 y sgtes., los que fueron contestados a fs. 875/79. 2) AC24, presentó sus quejas a fs.831/42, contestados a fs. 891. 1.-Borghi se agravio en primer lugar porque según opina el señor Juez se apartó de las peritación de autos que consideró las secuelas como propias de sindactilia compleja y no de una mala praxis, ya que se trata de una operación de alto riesgo porque los dedos suelen compartir circulación arterio-venosa.- En segundo lugar consideró que la valoración del consentimiento informado había sido errónea, se ha hecho en formularios que provee la institución asistencial y por otro lado, no fue un tema propuesto en la demanda así como tampoco la falta de información. Con lo cual ha quedado afectada la congruencia (art. 163 del Cód.

Procesal). Pidió la revocatoria del fallo con costas y si se confirmara solicitó que lo fueran en el orden causado. Subsidiariamente consideró excesivos los montos indemnizatorios y la tasa de interés aplicable. Seguros Médicos adhirió a fs. 873 a estos argumentos.- 2) AC24, manifestó sus discrepancias en cuanto se consideró que los padres no fueron suficientemente informados sobre la práctica a que se sometería al niño y sus posibles consecuencias. Los padres en el apartado III Hechos enmarcaron la cuestión que atribuyeron al Dr. Borghi y Stéfano por la mala praxis de la que resultó la pérdida de la primera falange del dedo anular y la curvatura patológica con desviación lateral del dedo medio de la mano derecha. De ahí que se ha fallado ultra petita, al considerar que la mala praxis consistió en la insuficiente información a través de lo que surge del formulario de Consentimiento Informado. El art. 59 del Cód. Civ. y Com. y la ley 26.529 permiten que sea verbal, salvo entre otros de los casos de intervención quirúrgica, no lo es para las indicaciones y controles anteriores o posteriores. En el plano de suponer es también probable que en las varias consultas hechas antes de programar la operación, haya recibido la necesaria información para decidir operar al niño. El segundo agravio consistió en conjeturar como inadecuado el vendaje por no haber sido hecho de cada dedo por separado. 3) Osecac se agravio en los términos de fs. 845/51 (contestación a fs. 884/9). Sostuvo que el fallo no indica que tuviera responsabilidad por el incumplimiento del deber de garantía de eficiencia en el servicio. No puede ejercer la dirección y control de las personas que actuaron con posibilidad de intervenir y rectificar un actuar ajeno. Por otra parte las secuelas que padece el actor constituyen una patología de la enfermedad y no un caso de mala praxis. Finalmente repasó cada uno de los ítems resarcitorios dejando sentada su crítica por la procedencia y montos. 4) TPC a fs. 852 aseguradora de AC 24 S.A. sostuvo que no existía relación contractual con Borghi por lo cual solo prestaba servicios de quirófano y hotelería, no hay incumplimiento del deber de seguridad. AC 24 S.A es una institución de régimen abierto que permite que especialistas externos a quienes solo se le exige que estén adecuadamente habilitados.

En segundo lugar tampoco es responsable por haber suministrado el formulario del consentimiento informado. Finalmente la peritación médica estableció que el niño conserva la funcionalidad de la mano en forma más que aceptable y las secuelas derivan de la patología genética pero no de un caso de mala praxis. III.- a) En materia de responsabilidad médica a consecuencia de que el deber de los facultativos es por lo común "de actividad", en principio incumbe al paciente que reclama, la prueba de la culpa del médico. En las obligaciones de actividad o de medio -cuya infracción apareja responsabilidad subjetiva el incumplimiento (al menos desde el punto de vista funcional), la demostración supone tanto como hacer patente el incumplimiento, que es lo que interesa a los fines probatorios. El concepto clásico es que quien alega la culpa de otro para demandarlo por daños y perjuicios tiene la carga de probarla, pero por aplicación del sistema de las cargas probatorias dinámicas, ello recae no sólo en quien alega el hecho sino también en aquél que se encuentra en mejor situación para desvirtuarlo. Una conducta pasiva en materia probatoria, constituiría una violación de elementales principios de buena fe, que el juez no podrá dejar de ponderar al momento de dictar sentencia (CNCIV, sala H - L. n° H363020, del 9/10/03). Si un profesional médico alega que actuó de un modo diligente y pretende que el juez recepte tal criterio deberá colaborar con el órgano aportando todos los elementos a su alcance para demostrar su no culpa. Se genera así una presunción en contra, que debía ser desvirtuada como carga de los accionados para demostrar que el proceder médico fue correcto, que se extremaron todos los recaudos y que el resultado ocurrió como un riesgo ordinario que se corre en la práctica de la especialidad que se trate. El aporte de tal prueba sólo puede quedar en manos de la demandada. El principio de las cargas probatorias dinámicas con toda razonabilidad se ha ido abriendo paso en la doctrina (Borda, G: "Naturaleza jurídica de la responsabilidad médica", T. III-B y cita 23, en La Ley del 14/2/95) y en su vigencia converge la opinión de la doctrina mayoritaria nacional, aceptando el desplazamiento de la carga de la prueba hacia el demandado en este tipo de juicios de responsabilidad en función de las normas procesales exige al profesional médico -o al personal paramédico- una amplia colaboración en la dilucidación de los hechos relativos a la controversia. Nada aportó la demandada que se encontraba en mejor situación de hacerlo. La apreciación más severa del actuar de los médicos se justifica por cuanto su misión tiende naturalmente a preservar la integridad física y la vida de las personas, obligándose entonces a los máximos cuidados y a poner la suficiente aptitud en el ejercicio de esa delicada actividad profesional, a tal punto que cualquier imprudencia o descuido adquiere, sin duda, peculiar gravedad. Por otro lado, al ponerse en tela de juicio el prestigio profesional de un médico o institución de asistencia, cabe también al juzgador extremar su cuidado en la ponderación del caso de modo de lograr el adecuado equilibrio entre los valores comprometidos, como único medio de lograr una decisión justa. Es tesis mayoritaria la que considera de índole contractual la relación basada en la actuación médica, cayendo incluso dentro del ámbito obligacional las relaciones nacidas del incumplimiento de cualquier obligación no sólo las emergentes del contrato, sino las impuestas por la ley (en tal sentido Mosset Iturraspe, por ejemplo). Ahora bien, en orden a la demostración de la culpa médica, no ha de considerarse si la fuente de la relación es contractual o aquiliana, sino que se tiene en cuenta el contenido de la prestación asumida por el deudor. Como ha dicho Bustamante Alsina, la culpa profesional del médico no es distinta de la noción de culpa en general y se regula por los mismos principios que enuncia el art. 512 del Código Civil en cuanto define un concepto unitario de culpa, que se complementa con las precisiones que contienen los arts. 902 y 909 del mismo código

("Teoría General de la Responsabilidad Civil", Abeledo Perrot, 9na. ed., Nº 1359, pág. 511). La conducta esperable y exigible a quien posee el diploma de médico, es la de que ponga al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que el otorgamiento de tal título supone, prestándole la diligente asistencia profesional que el estado del paciente requiera en cada caso. No se trata de exigir una lucha victoriosa contra lo que sea humanamente imposible, un conocimiento o dominio extraordinario de la ciencia, ni -por supuesto-, pedir infalibilidad. Lo que se le exige al profesional es que posea el caudal de preparación que comúnmente tienen los de su clase; que emplee los cuidados ordinarios, la pericia y la diligencia que guardan los demás médicos en casos iguales. La culpa médica, por lo tanto, estriba en obrar de un modo distinto al debido y exigible o sea en tener un comportamiento inadecuado frente a determinadas exigencias ordinarias (conf. CNCiv, esta sala causa Nº166594 del 20/10/95). Al evaluar las características del caso y cada una de las responsabilidades, el juez debe colocarse en la situación de la actora y del médico en el momento en que los hechos ocurrieron, pues la mirada retrospectiva de todo lo que pudo haberse hecho, no ayuda a resolver la cuestión a decidir.

b) Independientemente de la responsabilidad médica que pudiera atribuirse por culpa en la actuación profesional, existe también una responsabilidad directa de la entidad que se ha obligado a dar protección asistencial al paciente, pues lleva implícita una obligación tácita de seguridad, de carácter general y accesorio, impuesta en el contrato de asistencia médica y que requiere la preservación de los contratantes pacientes. En general la jurisprudencia ha admitido que en casos de responsabilidad de médicos relacionados a establecimientos asistenciales donde el damnificado fue atendido, la obligación resarcitoria se extiende a dichas entidades. El fundamento de tal extensión de responsabilidad se ha encontrado o bien en la relación de dependencia del médico con la clínica o en la figura de la estipulación a favor de terceros (art. 504 del Código Civil) o en la obligación de seguridad ya que para el paciente acreedor el comportamiento seguido por su auxiliar o sustituto es equivalente al comprometido por aquél. Ese deber de las clínicas se origina en la existencia de una obligación tácita de seguridad que funciona con carácter accesorio de la obligación principal de prestar asistencia médica. Así para aquéllos la clínica, obra social o la empresa de cobertura asistencial prepaga, responden frente al paciente (beneficiario) en virtud de la estipulación celebrada previamente por aquellos (como estipulantes) con el médico (como promitente). De ello emerge la responsabilidad contractual y directa de tales entes, que descansa, además, en la obligación de seguridad (conf., CNCivil, Sala E, 25/11/1980, L.L., 1981-D-136 y ss.; ídem, Sala C, fallo 36.846-S, L.L. 1985-C-638). En cuanto a la vigencia de la obligación de seguridad, en general y en determinados contratos, ha encontrado razón de ser suficiente en la norma del artículo 1198, párrafo 1º del Código Civil, que contiene el principio de la buena fe (conf., CNCivil, Sala C, "Kucharuk, Ricardo Fernando c/ Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ cobro de sumas de dinero", 23/08/02; ídem, Sala D, "Fava, Ricardo c/ Institutos Médicos Antártida", del 30/5/2003; CNCCom., Sala B, "C. de B.M.G. y otro c/ L.S.A. y otro s/ ordinario", del 11/4/2003). Así, la responsabilidad de las clínicas es objetiva, pues revelada la culpa del médico, dicha responsabilidad se torna inexcusable o irrefragable (queda de manifiesto la violación del crédito a la seguridad; el establecimiento sanitario no puede probar su no culpa en la elección o en la vigilancia). Al respecto señalo que la codemandada AC24 S.A., no suministró sólo la hotelería como pretende, sino también servicios de enfermería y auxiliares médicos. El Dr. José Tobías autor que menciona para eximirse, remarca que existe responsabilidad de la entidad asistencial por los actos culposos del personal de enfermería que se produce cuando el deudor efectúa la prestación a través de sus subordinados o auxiliares, así como por las deficiencias de las cosas o el ambiente (condiciones sépticas del quirófano) de que se vale (ED. T. 84, pág. 833, nº49). Más allá de que el ámbito de los sujetos por los cuales se responde no se limita al concepto jurídico de los dependientes, sino que comprende a todo el que auxilia al deudor en el cumplimiento de la obligación asumida, o la cumple en lugar suyo. Como consecuencia de ello, el deudor debe responder por todos los daños ocasionados por sus auxiliares en el desempeño de las funciones encomendadas (conf., Kemelmajer de Carlucci, Parellada y otros, "Responsabilidad Civil", Hammurabi, Bs. As., 1992, p g.378 y ss.; ver también, Trigo Represas, "Responsabilidad civil de los médicos y establecimientos asistenciales", L.L., 1081-D-133 y ss.; CNCivil, Sala E, 31/10/78, citado a su vez por Gherzi, "Responsabilidad por prestación médico asistencial", pág.106, nº 33).- De tal manera, se supera la ausencia de subordinación profesional del médico al ente asistencial, obstáculo insoslayable para dar pie a una responsabilidad refleja, a pesar de que entre ambos sujetos pueda haber de por medio una locación de servicios o un contrato de trabajo que suponga subordinación jurídica entre el médico y la institución, pues esta circunstancia difiere de la anterior en razón de que no atañe a la dependencia técnica, científica, puramente intelectual, sino a las facultades del establecimiento de fijar reglas destinadas al galeno para la atención de pacientes, cumplimiento de horarios, condiciones del lugar, empleo de personal, etcétera (conf., Bustamante Alsina, "Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión", nº 6, p g.64 y nº 15, pág. 66). La misma codemandada AC24, aceptó que si bien la empresa no tuvo actuación en la cirugía realizada al menor, pero sí la tuvo en cuanto a la provisión del quirófano y el servicio de enfermería hasta el momento de su externación. Se ha señalado que era un imperativo de previsión y prudencia, controlar que se hiciera un seguimiento estricto del paciente en las horas siguientes al posoperatorio; pero se lo envió a la casa a las pocas horas y nada indica que se haya instruido a los padres acerca de tener que

retornar para controles o sobre los signos de alerta a observar.? ¿Es posible ante este incumplimiento sostener que no hubo responsabilidad, cuando el perito indicó que el vendaje debe dejar visible el extremo distal de los dedos para su control por el personal de enfermería cada hora o cada dos horas la temperatura y la coloración? En cuanto a la Obra Social el distinguido sentenciante, aludió a la proyección sobre la institución que debe responder por el actuar de sus dependientes en razón de la obligación de seguridad que le compete como organizadora del sistema prestacional, cuya actividad se basa en principios de seguridad social, a la que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional confiere un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios, ni subestime la función que compete a los profesionales que participan en la atención brindada en tales entidades (conf. CSJN, 155/11/2011, ?D., D. O. y otros c. Sanatorio Modelo Quilmes y otros s/daños y perjuicios resp. prof. médicos y aux.?, La Ley 2011-F, 517). Y recordó que la relación de dependencia considerada por el derecho de daños no se ciñe a lo estrictamente laboral sino que opera en todo caso en que exista organización por otro de un sistema prestacional, como ocurre en el caso, en el que la obra social demandada diseñó la estructura de servicios de salud de la que fueron parte los médicos y la clínica en la que se efectuó la intervención, lo que la integra a la trama de posibles asignaciones de responsabilidades, también en los términos del artículo 1113, primer párrafo, del C.C. recientemente derogado. Lo anterior y ?las circunstancias de la persona? demandada que persigue una finalidad de lucro, a mi juicio deben pesar en la valoración de la situación planteada al momento de evaluar la culpabilidad del deudor en los términos del art. 512 del Código Civil (aplicable al caso por el art. 7 del Cód. Civil y Comercial). Por estos argumentos y los propios del fallo propongo confirmar la sentencia en cuanto a la atribución de responsabilidad. c) Agrego corroborando lo anterior ya que no modifica la solución, que es cierto que la insuficiente información respecto de los riesgos que importaba la operación para separar los dedos del niño, como las características y alcances del consentimiento informado, son hechos que no han sido esgrimidos por los actores al demandar. Recién en el alegato ha sido incluida alguna referencia (fs. 680). El principio de congruencia impone a los jueces y tribunales decidir de conformidad con los hechos y pretensiones deducidas (arts. 34, inc. 4° y 163, inc. 6° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). La CSJN ha dicho que tal limitación infranqueable en el terreno fáctico (congruencia objetiva), no rige en el plano jurídico donde la fundamentación en derecho o la calificación jurídica efectuada por los litigantes no resulta vinculante para el juez a quien, en todos los casos, le corresponde "decir el derecho" (iuris dictio ó jurisdicción) de conformidad con la atribución iura curia novit. Este principio faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes (causas "Alegre de Ortiz", (Fallos: 333: 828; "Calas", Fallos: 329:4372). Agregó el alto Tribunal que los jueces -en el cumplimiento de su misión constitucional de conocer y decidir las causas contenciosas; art. 116 de la Carta Fundamental, tienen el deber de examinar autónomamente los hechos controvertidos para poder encuadrarlos en las disposiciones jurídicas que apropiadamente los rigen (causas "Chiappe", (Fallos: 326: 3050); y "Galera"; Fallos: 329: 3517). El ejercicio prudencial de tal atribución, por lo tanto, no configura una alteración del principio de congruencia y, por consiguiente, no importa un agravio constitucional (caso "Peralta", Fallos: 329:1787, Fallos: 327: 3010). Y agrego que no está demás hacer presente que es función de los jueces la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se les presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso (cfr. doctrina de Fallos: 315:158, 992 y 1209, entre otros). Tal cometido, por lo demás, debe ser armonizado con la necesidad de acordar primacía a la verdad objetiva, considerada como una exigencia propia del caso (Monteagudo Barro, Roberto José Constantino el Banco Central de la República Argentina si reincorporación). En el caso no ha sido esgrimido el tema del incumplimiento de la suficiente información a los padres respecto de los riesgos quirúrgicos, frente a la falta de reproche en principio no es posible exceder los límites fácticos de la pretensión, porque importaría poner en estado de indefensión a los demandados quienes no tenían requerimiento alguno al respecto. Por el contrario, dijeron los padres que antes de decidirse buscaron opiniones médicas y, el Dr. Stéfano dijo que fue derivado a él por el Dr. Pereyra y a su vez, los derivó a Borghi y así se llevó a cabo la cirugía. A mi criterio y mas allá de lo señalado, el solo reconocimiento al contestar la demanda del Dr. Borghi, respecto de que el 10 de enero de 2005 efectuó la cirugía en la Clínica Virreyes, sin ninguna complicación y, en la consulta del 19 de enero de 2005, se observó adherencia de las gasas a la herida por el sangrado post operatorio, circunstancia que dificultaba la curación por causarle mucho dolor al paciente, por lo que se efectuó en quirófano y que el 26 de enero de 2005, encontró signos de sufrimiento vascular del dedo anular de la mano derecha pero se esperó a la evolución dado que no había signos de infección y las heridas estaban en proceso de cicatrización, marca la suerte del caso. Ello porque la mala praxis consistió en el vendaje inadecuado, causante de consecuencias perjudiciales para el paciente y la falta de control posterior de la evolución del estado del niño operado, adviértase que pasaron nueve días hasta que se observó adherencia de las gasas a la herida por el sangrado post operatorio y además, ante evidencias de sufrimiento vascular del dedo anular no actuó de inmediato sino que esperó una semana más para ver la evolución. El resultado fue en palabras del perito, ampliamente insatisfactorio, en lo estético y funcional, con mayor razón por los

riesgos propios de la situación ya que si las complicaciones son frecuentes, el médico tenía mayor deber que obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (fs. 567). En el pedido de explicaciones el perito dijo que en el momento de la operación no es posible ver cómo se da la irrigación, porque el cirujano no deseca vasos sino que va separando tejidos; la evolución se ve a través de las horas. Lo que hace el cirujano es pedir que el personal de enfermería controle cada hora o cada dos horas la temperatura y la coloración, para lo que se hacen vendajes que permiten visualizar bien el sector operado, no oclusivos, lo hace el cirujano o algún asistente o personal de enfermería entrenado. Señalo que el niño fue dado de alta ese mismo día y el perito precisó que no hay registro de ningún control del paciente entre las 17:00 horas del día de la operación y el 20 de enero. Finalmente, padeció recidivas y en el año 2008 el Dr. Pablo Ruiz le practicó otra intervención en el Hospital Pedro de Elizalde. En la actualidad sólo se le podría ofrecer una cirugía plástica reparadora pero ningún otro tratamiento. Surge de la peritación de autos, explicaciones médicas requeridas y bibliografía especializada consultada, que el objetivo primordial del tratamiento de la sindactilia congénita es sólo uno: separar al máximo los dedos con la mejor función posible. Esto implica que cumplida la primera finalidad el resultado estético pasa a un segundo plano, aunque sea descorazonador sobre todo para los padres, por lo que éstos deben ser informados previo a establecer el plan de tratamiento. Se trata de una alteración congénita frecuente de la mano que generalmente se encuentra asociada a otras alteraciones congénitas torácicas y pélvicas (el niño fue también operado de hernia inguinal bilateral y criptorquídea: posición anormal de un testículo: fs. 564 vta.), es más frecuente en el género masculino con una relación de 2:1 y, aparece en uno de cada 2.500 nacimientos promedio. La sindactilia es clasificada como completa cuando el tejido interdigital se extiende a lo largo de toda la longitud de los dedos y como incompleta cuando lo hace parcialmente. El término sindactilia simple, se refiere a la sindactilia que abarca únicamente tejidos blandos, a diferencia del término sindactilia compleja en la que se encuentran afectados tanto tejidos blandos, como hueso, uñas y zonas articulares. Los objetivos del tratamiento son dos: funcional y cosmético. La tendencia actual para los cirujanos es evitar en lo posible el uso de injertos cutáneos, los cuales presentan una alta incidencia de cicatrices contráctiles secundarias y que comprometen el resultado estético y funcional. La mejor edad para realizar el procedimiento suele ser alrededor de los seis meses, momento en que se encuentran los tejidos óseos y blandos con mejor desarrollo y debido a que se minimiza el riesgo anestésico del procedimiento quirúrgico. Por otro lado, el realizar el tratamiento quirúrgico posterior a los dos años de edad requiere el reentrenamiento de los patrones del uso de la mano a nivel de la corteza cerebral (recuérdese la edad del niño cuando los padres resolvieron encarar la operación). Señaló el señor Juez, que ante una pregunta de la defensa de la actora, respecto de las causas de la recidiva de la sindactilia, el perito precisó que se debió o a una cirugía insuficiente, porque no alcanzó al 100% de los tejidos o bien a la insuficiente separación de los tejidos cicatrizales. Explicó que cada dedo se debe vendar en forma independiente, que en este tipo de cirugías no debe usarse el vendaje tipo guante de box. Preciso que el parte quirúrgico no precisó qué vendaje se empleó. En cuanto a las curaciones posteriores, explicó el perito que no hay un cronograma estipulado, no hay un protocolo, pero la prudencia y la buena práctica indican como prudentes las curaciones cada dos o tres horas. En caso de fracasar la separación por falta de circulación, la necrosis se ve a las 24 horas y la recidiva se debe observar con la primera curación, la que debió haberse hecho dentro de las primeras 24 hs. La perfusión puede verse fácilmente, dejando en el vendaje visible el extremo distal de los dedos. En conclusión y más allá de todos los factores que incidieron malformación congénita, porcentaje de fracasos, etc., es mi convicción que por estos fundamentos debe confirmarse la sentencia en cuanto a la atribución de responsabilidad a los codemandados en autos. IV.- En mi voto en el caso Ludueña tengo dicho respecto de lo establecido por el actual art. 1746 del Código Civil y Comercial -en tanto da las pautas para la evaluación de la indemnización de modo que las rentas del capital cubran la disminución de las aptitudes productivas o económicas de la víctima-, que la reparación plena importa el derecho de obtener una indemnización adecuada en caso de daño injusto. Este principio reconocido desde hace tiempo, fue consagrado en nuestro ordenamiento por los tribunales de justicia, por lo que ahora el nuevo artículo lo ha venido a confirmar como una norma jurídica del derecho vigente (CJN in re ?Santa Coloma?, Fallos: 308: 1160; Ghünter (id.11) y Aquino? (Fallos 327:3753). Se trata pues de fijar con justeza una indemnización ?plena? (art. 1740), no integral porque no coincide con el daño real que se hubiere sufrido. Ello porque el ordenamiento jurídico no contempla todos los aspectos y consecuencias que configuran el daño, de ahí que de lo que se trata es dentro de esta limitación, resarcir en la mayor medida posible. El artículo establece la evaluación del daño mediante un criterio crematístico vinculado con las ?actividades productivas? o ?económicamente valorables? del damnificado, pero cabe señalar que las aptitudes o potencialidades de la persona exceden este aspecto. El derecho a la salud e integridad que posee rango constitucional y está reconocido por convenciones internacionales (art. 75 inc. 22 CN), reconoce que el núcleo esencial es la persona misma en su esencia, en todas sus dimensiones. Y en su condición de tal tiene el derecho de preservar su indemnidad en el goce pleno de sus capacidades y aptitudes físicas, psíquicas, afectivas o espirituales, que no se agotan en lo meramente productivo. Ante el nuevo texto cabe asignarle utilidad práctica a este tipo de herramientas de orientación para proporcionar mayor objetividad, pero no limitarse a ello. Siempre habrá que adecuar la indemnización a las características de cada caso y situaciones personales de

cada víctima, por lo que la apreciación judicial de las pruebas y circunstancias del caso, siempre seguirá siendo un elemento de interpretación insoslayable al momento de establecer la justa indemnización. Como señalé, las dimensiones de la vida humana trascienden la mera valoración matemática, ya que la persona tiene la potencialidad de producir afectos, transmitir conocimientos a los otros y realizar actividades que trascienden las variables meramente productivas o criterios utilitarios. También las probabilidades o chances del individuo deben integrar de modo realista las correcciones necesarias de los cálculos definitivos que se establezcan (CNC, sala M, exptes. n°21673/2012 y n° 52.531/ 2008). Es interesante, puntualizar la entidad ontológica de las categorías de daños reseñadas, para establecer si se ha llegado o no a una justa indemnización. He sostenido en anteriores pronunciamientos, que en lo que respecta a los daños personales el bien jurídico tutelado es la integridad física y psíquica del damnificado. Se trata del derecho a la salud y comprensión de la persona en todas sus dimensiones, que posee rango constitucional y está reconocido por convenciones internacionales (art. 75 inc. 22 CN). El centro es pues la persona en su esencia, en su condición de tal con el derecho de preservar su indemnidad en el goce pleno de sus capacidades y aptitudes físicas, psíquicas o espirituales. En doctrina y en la jurisprudencia, prevalece la postura que amplía el contenido de una y otra categoría para abarcar los daños a la salud, corporales y a la integridad identificándolos y cuantificándolos, pero manteniéndolos dentro de los daños por así llamarlos, tradicionales. Considero que al momento de establecer el monto indemnizatorio de los daños derivados del ilícito y en la medida en que quede en claro su verdadera naturaleza y conceptualización no es un tema central para resolver este aspecto de la cuestión. Afortunadamente C. ha salido adelante en su vida, con sus estudios, ha sido escolta de la bandera, ha conservado las funciones esenciales de la mano derecha que es la dominante (pinza), tiene amigos, se divierten, es hincha de Boca y le gusta el fútbol. No obstante la repercusión en su psiquismo de los padecimientos y viéndose diferente a los demás llevó a la psicóloga a determinar un 15/20 % de incapacidad psicológica y 25% en el aspecto físico (fs. 498). Con buen criterio el sentenciante señaló que no es posible fijar una indemnización como si los problemas que conlleva la situación de ambos dedos fueran exclusivamente atribuibles a los demandados, sino que deriva de la propia sindactilia que se intentaba corregir y que aconsejaba la práctica de la intervención quirúrgica de alto riesgo. De hecho no se ha apelado el fallo, aceptando la suma establecida por el señor Juez. En lo que se refiere al porcentaje determinado por el experto cabe señalar, una vez más, que constituye una mera pauta orientadora que no ata al juzgador, pues a la hora de pensar el resarcimiento, debe seguirse un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, analizando cuál es la incidencia de las secuelas en la vida de la víctima. Para la determinación de la cuantía es preciso evaluar entonces, las circunstancias particulares de la reclamante, como ser edad, sexo, profesión u oficio, capacidad de progreso, condiciones de vida, etc.- En orden a lo que vengo diciendo la indemnización en concepto de ?daño psicológico?, posee una incidencia distinta a la que pudiera corresponder por el rubro ?gastos de tratamiento psicológico?; la primera tiende a reparar la disminución en la capacidad genérica de la víctima derivada de las afecciones psíquicas que ésta padece, en tanto la segunda tiene como fin resarcir el costo de una terapia que, según el caso, podrá colaborar en mayor o menor medida a menguar la incidencia del daño psíquico, aunque no pueda asegurarse que logrará remitirlo totalmente (conf. esta Sala, ?Agüero, Jorge Osvaldo c/ Furno, Diego Fernando s/ daños y perjuicios?, de fecha 13-07-01; ?Sánchez Molinele María Elisabet c/ El Puente S.A.T. s/ daños y perjuicios?, de fecha 30-03-05). Sabido es que el daño moral es uno de los perjuicios más difíciles de merituar para el juzgador, pues comprende afecciones íntimamente personales; por ello este perjuicio, más que ningún otro, queda sujeto al prudente arbitrio judicial (conf. esta Sala, ?Zambrana Velázquez Ponciana c/ Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A. s/ daños y perjuicios? del 31-07-97; ?Rabal Hedvig E. c/ Spiridinov Migel s/ daños y perjuicios?, del 03-11-99). Entre los factores que colaboran para evaluar la extensión de este agravio, se encuentran los relativos al propio hecho, los concernientes al período de curación y convalecencia y los vinculados a eventuales menoscabos o sufrimientos posteriores al accidente. En atención a lo expuesto y siendo que la reparación se habrá de recibir como una prestación actual y única, para atender a gastos que irán devengándose en el tiempo, podrá ser invertida generando una renta, de la cual no cabe desentenderse esto es, capital y renta deberán agotarse en el tiempo de sobrevida que se estime, considero que las sumas fijadas en la anterior instancia que las codemandadas han considerado excesivas, resultan adecuadas para la situación en análisis (CS, ?Pérez Freddy Fernando c/Ferrocarriles Argentinos s/sumario?, del 25/8/95). V.- La sentencia de grado fue dictada en septiembre de 2015. Como señalé la actora no ha apelado el fallo y la señora Defensora mantuvo el recurso sólo en lo que respecta a los honorarios regulados, pero no respecto del monto indemnizatorio fijado con suma prudencia por el señor Juez. Estos elementos me persuaden de que los intereses deben liquidarse a la tasa activa desde el hecho porque los valores aceptados no comportan una repotenciación de la deuda, ni un enriquecimiento indebido por alteración del significado económico del capital de condena. Siendo pues que no hay tal distorsión de la cuantía económica de reclamo propondré al Acuerdo confirmar también la solución del señor Juez a quo. Las costas deben ser impuestas en su totalidad a los agraviados por el principio de la reparación plena y el criterio objetivo de la derrota (art. 68 y conc. del Cód. Proc). Por estos fundamentos propongo al Acuerdo confirmar en todas sus partes la sentencia de la anterior instancia, con costas. Las Dras. Mabel De los

Santos y María Isabel Benavente adhieren por análogas consideraciones al voto precedente. Con lo que terminó el acto, firmando las señoras jueces por ante mí que doy fe. Fdo: Elisa M. Diaz de Vivar, Mabel De los Santos, María Isabel Benavente. Ante mí,

María Laura Viani (Secretaria). Lo transcripto es copia fiel de su original que obra en el libro de la Sala. Conste.

MARIA LAURA VIANI Buenos Aires, noviembre 7 de 2016. Y Visto: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal Resuelve: 1) Confirmar en todas sus partes la sentencia de la anterior instancia. 2) Imponer las costas a los agraviados por el principio de la reparación plena y el criterio objetivo de la derrota (art. 68 y conc. del Cód. Proc). 3) I.- A los efectos de conocer en las apelaciones deducidas a fs. 765, 768, 769, 770, 774, 780, 803 y 816 por considerar altos y bajos los honorarios regulados en la sentencia de fs.741/764, se tendrá en cuenta la naturaleza del asunto, el mérito de la labor profesional, apreciada por la calidad, la eficacia, la extensión del trabajo realizado, el resultado obtenido, el monto del proceso, las etapas cumplidas y pautas legales de los arts.6, 7, 9, 10, 19, 37, 38 y cc. de la ley n°21.839 t.o.24.432. En consecuencia, por ser elevados los honorarios regulados en favor de la Dra. Graciela S. Ruiz, en su carácter de letrada apoderada de la parte actora por su labor en las tres etapas del presente, se los reduce a la suma de PESOS CIENTO TREINTA Y DOS MIL (\$132.000), en cuanto su pedido de regulación de honorarios por la actuación en la etapa de previa mediación obligatoria, éste debe ser sustanciado y decidido en la instancia de grado, a los fines de salvaguardar los principios de bilateralidad, la doble instancia y la defensa en juicio. Por ser elevados los fijados a la letrada por la misma parte, Dra. Laura A. Gómez, se los reduce a la suma de PESOS VEINTE MIL (\$20.000). Por resultar elevados los fijados a la letrada apoderada de ?OSECAC?, Dra. Marta B. Cantaluppi, por su labor en las tres etapas, se los reduce a la suma de PESOS CIENTO QUINCE MIL (\$115.000). Por no ser elevados los fijados a los letrados de la parte demandada Borghi y citada en garantía Seguros Médicos S.A., Dres. Mariano C. Stalla y Marco A. Real (n), por sus labores en la primera etapa, se los confirma a ambos; por ser elevados los fijados a la letrada apoderada del Sr. Borghi en parte de la segunda etapa, Dra. Vanina L. Duffy, se los reduce a la suma de PESOS TREINTA MIL (\$30.000) y por ser altos los del Dr. Pedro O. Bancoff, quien intervino en la audiencia de fs. 628 se los reduce a la suma de PESOS TRES MIL QUINIENTOS (\$3.500). Por no resultar elevados los fijados a los Dres. patrocinantes por el co-demandado Stefano, Dres. Mariano C. Stalla, Vanina L. Duffy y Pedro O. Bancoff, se los confirma a todos ellos. Por ser altos los estipulados a las letradas apoderadas por ?AC 24 S.A.? Dras. Silvana Peralta y Lilian L. Lapadula, por sus labores en las dos primeras etapas, se los reduce a cada una de ellas a la suma de PESOS TREINTA Y OCHO MIL (\$38.000). Por ser equitativos los fijados a los letrados apoderados de ?T.P.C.? quienes intervinieron en las dos primeras etapas, toda vez que no alegaron, Dres. Mariano A.S. de los Heros, Alberto A. Zaglio, Manuel A. Pérez Taborda, María B. García Aguirre y Fernando G. Mariona, se los confirma a todos ellos. II.- En cuanto a los peritos intervinientes, se ponderará la naturaleza de las peritaciones realizadas, la calidad, la importancia, la complejidad, la extensión y el mérito tecnicocientífico de las mismas, y proporcionalidad que deben guardar estos emolumentos en relación a los de los letrados actuantes en el juicio (cf. art. 478 del Cód. Proc.). Respecto de los consultores técnicos, su asesoramiento a la parte que lo propuso, no es asimilable al dictamen de los peritos, por lo cual sus honorarios deben ser proporcionalmente menores a los de aquéllos (Peyrano Jorge W., ?El proceso atípico?, Bs. As. 1993 pág. 147; CNCiv., Sala H, n° 168.726; CFedCiv y Com., Sala 2, del 30/03/09, entre muchos otros). Por ser elevados los estipendios en favor de la perito psicóloga, Ruth Dayan, por su informe pericial de fs. 497/8 y contestaciones de fs. 634/6, se los reduce a la suma de PESOS TREINTA MIL (\$30.000) y por ser altos los fijados al perito médico, Dr. Alejandro C. Trubian, por su experticia de fs. 564/9 y contestaciones de fs. 588/9 se los reduce a la suma de PESOS TREINTA Y DOS MIL (\$32.000). Por ser equitativos los del consultor técnico, Esteban Zacharczuk por su informe de fs. 525/50 se los confirma. III.- Ponderando las constancias de autos, naturaleza del asunto, monto comprometido y pautas legales del art.2, inciso g) del Anexo I del Decreto Reglamentario 2536/2015, por no ser elevados los honorarios fijados a favor de la mediadora, Dra. Silvia Carrasco, se los confirma. IV - Finalmente y por la labor profesional realizada en esta instancia y que culminó con el dictado de la presente sentencia definitiva, regúlase a la Dra. Graciela S. Ruiz, la suma de PESOS TREINTA Y OCHO MIL (\$38.000); a la Dra. Vanina L. Duffy, la suma de PESOS TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS (\$34.500) y a los Dres. Silvana Peralta y Lilian L. Lapadula, -en conjunto- la suma de PESOS VEINTINUEVE MIL (\$29.000) discriminándose en 50 % para cada una (conf. art.14, ley de Arancel). Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvase.- ELISA M. DIAZ de VIVAR MABEL DE LOS SANTOS MARIA ISABEL BENAVENTE MARIA LAURA VIANI

012513E