

## Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Muerte De Persona Por Nacer Omision De Informar Riesgos Al Paciente Perdida De Chance De Sobrevida

### JURISPRUDENCIA

### Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Muerte de persona por

nacer. Omisión de informar riesgos al paciente. Pérdida de chance de sobrevida Se modifica la sentencia recurrida y se le atribuye al médico demandado un 20% de responsabilidad como pérdida de chance de sobrevida, pues una vez detectada la doble circular de cordón, omitió indicarle a la paciente cuáles eran los signos de alarma -entre ellos, la disminución de la actividad fetal- que debía tener en cuenta para acudir a consultar al médico o a la clínica. En la ciudad de Mar del Plata, a los 10 días del mes de Mayo de dos mil dieciocho, reunida la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: "O. M. A. y ot. c. ODDONE Elmer Fernando s. Daños y perjuicios?". Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi. El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1) ¿Es justa la sentencia apelada? 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo: I: En la sentencia dictada a fs. 613-628 la Sra. Jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda promovida por M. O. y J. B. M. contra Elmer Oddone, condenándolo en forma concurrente con la citada en garantía Seguros Médicos SA -en la medida del seguro-, a abonarles la suma de \$ 128.800 y \$ 97.500 respectivamente, con más intereses calculados a la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires desde la fecha del hecho, salvo respecto al rubro pérdida de chance de ayuda económica, en que, por tratarse de un daño futuro, estableció que se liquidaran desde la fecha en que el fallo adquiriera firmeza. Para así decidir, comenzó por establecer que la ley que habrá de regir el caso es la vigente al momento de la producción del daño, es decir el Código Civil ley 340, sin perjuicio de aplicar la nueva a las consecuencias no agotadas de aquella relación jurídica que pudieran verificarse en el proceso (cita como ejemplo a fs. 618 vta., daños e intereses moratorios devengados con posterioridad). Encuadró la responsabilidad del médico dentro de la responsabilidad civil en general, señalando que a la culpa médica se le aplican los parámetros de los arts. 512 y 902 del CC, y en ese marco asignó fundamental importancia a la prueba pericial médica producida a fs. 390/99 y sus explicaciones de fs. 523/25, y a la historia clínica (fs. 620). Tuvo por acreditado que el feto presentaba una "triple circular" y un "nudo real de cordón", que causó su muerte, aunque aclaró que este hecho fue conocido en el momento en que fuera extraído del vientre de la madre, pues con anterioridad sólo se había advertido una "doble circular". La conducta de Oddone, hasta la consulta del 17 de octubre de 2005 se ajustó a la evolución del embarazo, y ese día, anotó una anomalía en la ficha prenatal, "Ojo, doble circular de cordón", revelada por el estudio eco-doppler realizado el 11 de octubre. Es en estos casos cuando, según el perito, hay que avisar a la paciente que tiene que estar alerta si aparecen contracciones muy intensas, hemorragias y/o disminución de los movimientos fetales, y realizar un seguimiento con monitoreos semanales, para detectar alteraciones en los latidos cardíacos. Al brindar las explicaciones requeridas, agregó que una vez detectada la doble circular, corresponde efectuar un seguimiento intenso, monitoreo, eco doppler, etc., para evitar complicaciones (subrayados en el fallo a fs. 620 vta.). El Dr. González Rial no encontró constancias en la historia clínica de que ante esa situación se haya solicitado monitoreo fetal, que "podría demostrar una disminución de la vitalidad fetal y/o sufrimiento fetal agudo", y tampoco surge de ese instrumento, de la ficha prenatal u otro elemento probatorio, que se le haya indicado a la madre cuáles eran los síntomas de cuidado ante los que debía dirigirse con urgencia al nosocomio (fs. 620 cuarto párrafo). Agregó a fs. 395 vta., que no había registro de que se hubiera efectuado un seguimiento de la evolución de los latidos cardíacos. Sobre este material probatorio, la Sra. Jueza estableció que el demandado había faltado al cuidado y atención permanente del embarazo de una madre primeriza, y, fundamentalmente, ante las complicaciones que presentaba en el último control (fs. 621 tercer párrafo); no ordenó ningún monitoreo, ni indicó información particular o advertencia a la paciente sobre los signos de alerta. La volvió a ver el 26 de octubre cuando el deceso y la cesárea ya habían ocurrido. Ello configura una conducta negligente por omisión (arts. 512 y 902 del C.C.), que lo obliga a responder, porque de haber ordenado los controles que, de acuerdo al patrón de un buen médico de la especialidad no podía desconocer, se hubieran elevado las chances de nacimiento con vida de la criatura (fs. 621 vta.). A fin de establecer la relación de causalidad entre aquella omisión y la muerte del feto, consideró que el daño resarcible era esa "pérdida de chance de curación", y reconociendo las dificultades existentes para fijarla porcentualmente, se atuvo nuevamente a las conclusiones periciales, que determinaron que las anomalías de cordón ocupan el 10,4 % del total de las complicaciones obstétricas que constituyen factores de riesgo de muerte fetal, y en cuanto a la morbilidad perinatal, que está relacionada con el porcentaje de circulares "no deslizables" que presentan:

cuando son únicas sólo el 18,2% son no deslizables, mientras que si son dobles o triples, el porcentaje se eleva al 27,3% (fs. 397 vta., fs. 623 del fallo). Atribuyó al demandado un 50 % de responsabilidad por los daños. Fijó la indemnización por daño moral en \$ 60.000 para cada actor (habían reclamado \$ 120.000); en \$31.200 por el costo del tratamiento psicológico para M. O., en razón de que M. no había acreditado ese daño, y como pérdida de chance de ayuda futura, en \$ 35.700 para cada uno de los progenitores (habían reclamado \$ 75.000 para cada uno), en función del porcentaje de responsabilidad establecido. II: Apeló el apoderado de los actores a fs. 636, y el del demandado y la citada en garantía a fs. 647, los recursos fueron concedidos libremente a fs. 637 y 648, obrando las respectivas expresiones de agravios a fs. 666-673 y 674-678. Solo mereció contestación esta última a fs. 679-682. II.1: Los agravios de los actores pueden sintetizarse de la siguiente manera: i: Critican la atribución de responsabilidad en el porcentaje del 50 %, porque luego de tener por acreditada la culpa del demandado, la a quo estudió la incidencia causal de esa omisión en base a porcentuales y estadísticas, cuando de las pruebas aportadas al expediente de Diligencias Preliminares, surge que la causa de muerte fue la triple circular de cordón. El ?riesgo? de muerte analizado, queda así superado por la ?causa? de la muerte, y estando acreditada la culpa del médico debe atribuírsele el 100 % de responsabilidad. No hubo varias causas de muerte, sino un ?único factor de muerte?, ya que ni el embarazo ni el feto tenían otra patología o riesgo (cita a fs. 668 las conclusiones de la pericia a fs. 391 punto 2). En el mismo agravio señalan el error, a su criterio, de indemnizar a título de ?chance perdida?, porque de haberse efectuado los controles ?el feto no habría tenido chance de vivir, habría vivido? (fs. 667 vta., último párrafo). ii: En el segundo agravio cuestionan el rechazo de la indemnización por daño psicológico en relación a M., porque su afectación psicológica, sostienen, está acreditada por las declaraciones testimoniales. Mal puede considerarse que a O. le corresponda la indemnización y no a M., si ambos sufrieron por igual. Acreditado el daño, al juez sólo le resta estimar su monto, pues cuenta en autos con pautas objetivas para ello, como el valor promedio de la consulta psicológica establecido por el perito psicólogo. Solicitaron la suma de \$ 20.000 reclamada en la demanda. iii: El comienzo del cómputo de los intereses en el rubro pérdida de ayuda futura fue objeto de la tercera crítica. Sostuvieron que considerar como ?futuro? un daño estimado en valores del pasado, no se adecua a la reparación integral que ordena el art. 1740 del CCCN, aplicable -según la propia sentencia- a los daños que son consecuencia no agotada del hecho (fs. 669 apartado b), máxime cuando en el reclamo se determinó el monto al momento del hecho, es decir hace 12 años (fs. 669 segundo párrafo). iv: El monto fijado en concepto de pérdida de chance de ayuda futura fue objeto de su cuarta crítica, porque, adujeron, la indemnización establecida en la sentencia es ?total y absolutamente desproporcionada en menos? con relación a lo demandado (fs. 670 vta.), que fue la misma suma de \$ 150.000 pero estimada al 24-10-2005, y con el agregado de la fórmula ?o lo que en más o en menos resulte del presente expediente??. La situación económica de nuestro país, argumentaron, determina que aquel monto reclamado, a valores constantes, implicara una capacidad adquisitiva muy superior a la de la misma suma a la fecha de la sentencia, o al momento de cobrar efectivamente el crédito. Sobre la base comparativa del salario de un empleado de comercio administrativo ?A?, señalaron que la suma reclamada en la demanda equivalía a 174 salarios (\$ 861,40 en octubre de 2005), y hoy equivale a 8 salarios (\$ 18.193, 47 a mayo de 2017). Sostuvieron que al tratarse de una consecuencia no consumida de la relación jurídica, le resulta aplicable el art. 772 del CCCN, que consagra la categoría de deudas de valor, distinguiéndolas de las obligaciones dinerarias regladas en el art. 765 (fs. 671 vta.); ello permite cuantificarlas a ?valores actuales? en consonancia con la doctrina de la Suprema Corte provincial en causas C. 117.735 y C. 117.501 (fs. 671 vta. último párrafo). Solicitaron la elevación del monto indemnizatorio al momento de la sentencia ?en salarios? (fs. 672 vta.). II.2: El apoderado del médico demandado y la citada en garantía, dirigió su crítica contra la atribución de responsabilidad a su mandante, comenzando por señalar las ?inequívocas? falsedades en que habría incurrido la actora en algunas de sus afirmaciones (embarazo múltiple, placenta previa, visitas y consultas ficticias a la clínica o al consultorio entre el 21/10 y el 26/10), que, a su criterio, ilustran y debieron guiar las pautas interpretativas de los hechos. Adujo que era un error del primer juzgador considerar que no se le habían informado a la paciente los signos de alerta que deben observarse ante una doble circular de cordón, inferencia a la que calificó como ?arbitraria y falsa?. Destacó que la propia actora reconoció que fue el Dr. Quaglia quien al realizarle una ecco doppler el 11-10-2005 se lo informó, y que Oddone en la consulta del 17-10-2005 le dijo que había que tener cuidado porque el feto tenía doble vuelta (cita textualmente fs. 54 vta. de la demanda), por lo que resulta inverosímil que en esos dos momentos no preguntara y no se le informara sobre los riesgos (fs. 674 vta.). Ella misma aportó la ficha prenatal que siempre estuvo en su poder, donde el médico anotó ?OJO: Doble circular de cordón?. Se le atribuyó culpa al demandado por no haber ordenado monitoreos sin advertir que el perito en respuesta al punto 20 de fs. 395 señaló que son semanales, por lo que no se comprende cuál pudo omitirse a partir del 17-10-2005, y, ?además, la indemostrada relación causal con el óbito del feto? (fs. 675 segundo párrafo). Argumentó también que la actora, había afirmado -sin demostrarlo- que el día 21/10 comenzó a sentir la disminución de movimientos del feto; si este hecho le llamó la atención, adujo, fue porque le había sido señalado como uno de los signos de alerta, y sin embargo, no fue al consultorio ni a la clínica sino hasta el 24/10 a las 20 horas. Esa fue la real causa de muerte, y ?como lo

subraya el perito médico, si bien no puede asegurarse que una concurrencia inmediata a la Clínica del Niño y la Madre hubiese evitado el óbito fetal, no hay duda alguna que el feto habría tenido más chance de factibilidad de vida? (fs. 675 tercer párrafo). Invocó la aplicación de la teoría de los actos propios, porque, a su modo de ver, en la conducta ?indolente, desidiosa? de la actora debe buscarse la causa del fallecimiento del feto (fs. 675 vta. y 676 vta.), y por ende, la configuración de la eximente culpa de la víctima, ya que no se ha acreditado en autos la relación causal entre la conducta del médico y el resultado lesivo (con cita de jurisprudencia de la SCBA y doctrina, destaca la idoneidad causal de conductas como incumplir parcial o totalmente un plan terapéutico o las instrucciones de los facultativos). Solicitó la revocación de la sentencia con costas. III: A fs. 687-689 se encuentra agregada el acta de la audiencia convocada para que el perito médico interviniente efectuara las aclaraciones y precisiones solicitadas por el Tribunal, las que serán valoradas en el tratamiento de los recursos IV: Ambas partes, con distinto fin, cuestionaron la relación de causalidad y la consecuente atribución de responsabilidad determinadas en el fallo, por lo que constituye el primer tema a tratar. IV.1: En el certificado de defunción se asentó que la causa de la muerte fue ?triple circular de cordón ajustada + nudo real de cordón? (fs. 428). En la planilla para obtenerlo (fs. 8 y 9 del expediente caratulado ?O. M. A. c. Oddone Elmer y otros s. Diligencia Preliminar?, que tengo a la vista), se indicó además ?asfixia intrauterina no traumática?. En la foja quirúrgica que integra la Historia Clínica remitida por la Clínica del Niño y la Madre (fs. 297-316; fs. 37 del expediente de Diligencias Preliminares), puede leerse que el médico que efectuó la cesárea el día 26 de octubre de 2005, indicó como diagnóstico preoperatorio: ?Gesta 37 semanas. Feto muerto?, y en la descripción de la operación: ?feto muerto con triple circular de cordón ajustada c/ signos de maceración (ampollas en dorso) + nudo real de cordón?. Al ingresar a la Clínica, el 25 de octubre de 2005, se le había practicado una ?IC con ecografista?, constatando ?feto único dorso oblicuo CEF LCF (-). Se observan signos de Spalding a nivel de calota craneana. L A disminuido? (HC fs. 299). IV.1.1: Para ingresar en el estudio de los respectivos agravios resulta insoslayable acudir previamente a la pericia médica agregada en autos (fs. 390-399 y explicaciones de fs. 523-525). El Dr. González Rial explicó que la circular de cordón aparece con una frecuencia del 15 al 20 % en los embarazos únicos y del 10 % aproximadamente en los dobles, y que los problemas que puede provocar son: trabajo de parto prolongado, fracaso del descenso de la presentación, inercia uterina, desprendimiento de la placenta, embolia de líquida amniótico, sufrimiento fetal y muerte fetal. ?La circular ajustada es igual a doblar la manguera haciendo que se corte la circulación; en la medida que se va ajustando la manguera, cada vez es menor el flujo que pasa por ella. Esto significa que cada vez que el feto se mueve, se podía ir ajustando cada vez más esa circular?. Si además en algún sector de esa manguera, aparece nudo real dando una disminución mayor a la luz interna, con esto se disminuye la cantidad del fluido que por ella pasa. Explicó que a partir del sexto mes, cuando los requerimientos del feto aumentan, si el flujo sigue siendo el mismo, comienza a sentir esa falta de alimentos, apareciendo primero el retardo de crecimiento intrauterino, si el flujo sanguíneo sigue siendo escaso pero constante, crece muy lentamente y se va alejando, en menos, de las curvas para crecimiento y desarrollo. Pero, si por alguna causa ese flujo disminuye en forma más importante, a ese retardo de crecimiento se le agrega un sufrimiento fetal; lo primero que el feto hace es redistribuir la circulación para tratar de compensar, enviando oxígeno a los órganos ?más nobles? (corazón y cerebro), dejando la parte abdominal casi sin irrigación, por eso es que los riñones casi no funcionan, formándose el oligoamnios (disminución del líquido amniótico). Hay otra posibilidad, finalizó, la circular del cordón o el nudo real, por algún movimiento más brusco o una mayor tracción hace que el flujo disminuya bruscamente, hasta se puede hacer nulo, en ese momento se produce un sufrimiento fetal agudo, que si se mantiene por unos minutos se produce la muerte del feto (respuesta a primer punto de pericia de la actora, fs. 390 vta. y 391, la cursiva me pertenece). i: Señaló que en la documentación aportada por las partes no existe otro motivo -triple circular y nudo real de cordón-, que hiciera sospechar la causa de la muerte, pero que ?lo que no se puede determinar es el porcentaje de responsabilidad de cada una de las patologías, por sí solas, que se encuentran involucradas?. En cuanto a si hubiese sido posible adoptar medidas que impidieran el deceso, dijo que la única posibilidad de impedirlo, es descubrir el sufrimiento fetal en el momento en que éste aparece, y que en la ecografía doppler -la de fs. 30-32, realizada el 11 de octubre de 2005- ?no hay signos de oligoamnios, ni redistribución circulatoria, ni alteración de los latidos fetales, que nos podría hacer sospechar de un sufrimiento fetal crónico? (fs. 391 y 391 vta., respuesta al punto de pericia 3). Hago un alto para destacar que a la fecha de realización de la eco doppler color, en la que se constató la ?doble circular de cordón en cuello?, a las 35 semanas de gestación, se consignó que el feto era único, la placenta posterior y el líquido amniótico normal (fs. 32), es decir, la ausencia de oligoamnios reveladores de sufrimiento fetal que indica el perito. Los informes ecográficos agregados a fs. 108-111, indican lo mismo; en el del 22-4 se lee ?feto único?, con la anotación ?2° saco en involución?? (fs. 111 vta.), en el del 13-5, líquido amniótico normal y placenta posterior (fs. 110 vta.), y en el del 31-8, ?feto único, líquido amniótico normal y localización placentaria posterior? (fs. 108 vta.). Sólo en el del 18-7, en relación a la placenta se asentó ?posterior previa marginal? (fs. 109 vta.), pero este hallazgo, explicó el perito, ?no tuvo ninguna relevancia en la evolución posterior del embarazo y no hubo ninguna complicación derivada de la ubicación placentaria? (fs. 397, respuesta a punto de pericia e) de la

parte demandada). En la consulta del 17 de octubre de 2005, tampoco había evidencia de alteración de los latidos fetales, y en la ficha prenatal de fs. 29, figura LF (++) y MF (++)). En esa consulta y en el frente de la ficha anotó el Dr. Oddone: "OJO: Doble circular de cordón?", firmando abajo. El experto agregó que no existían constancias de que se le hubiera solicitado monitoreo fetal, "que podría demostrar una disminución de la vitalidad y/o sufrimiento fetal agudo?". Aclaró no obstante que "ninguno de estos estudios es preventivo, esto quiere decir que se puede realizar el estudio, dando normal y pocos minutos después, por un movimiento brusco, se produce la muerte fetal. Con la extracción fetal precoz, se corre el riesgo de sacar un recién nacido prematuro, con los riesgos que esto conlleva" (fs. 391 vta., la cursiva no es original; fs. 395 vta., respuesta a punto de pericia 20 de la actora). A fs. 524 vta., amplió diciendo que los monitoreos, para ser efectivos, deben ser semanales "como máximo" y que la Sra. presentaba un embarazo de 36 semanas y cuatro días, es decir 8 meses y 3 días, por lo que "existe la posibilidad de que presente algún riesgo si se lo extrae sin maduración previa?".

ii: Las distocias del cordón, indicó, "con una aparición de alrededor del 18 al 21 %", están relacionadas con las variaciones en su longitud (brevedad real o brevedad aparente), torsión exagerada, nudos, implantación anormal (inserción lateral, marginal o velamentosa), procidencia del cordón y rotura del cordón. "La gran mayoría de las veces cualquiera de estas situaciones no provocan ninguna complicación y cuando aparece alguna, siempre está relacionada con la insuficiente circulación, provocando un sufrimiento fetal. Es muy difícil su detección, casi siempre fue diagnosticada en forma retrospectiva y si aparece es por la ecografía doppler color" (fs. 392 vta., punto de pericia 4 de la actora). Citó un estudio de la Universidad de Utah, donde se describen los factores de riesgo fetal, entre los que las anomalías de cordón ocupan un 10.4 % del total de complicaciones obstétricas. "La incidencia total de circular de cordón es del 20 % en la circular única, la doble es entre el 1,7 a 3,8 %, de tres o más es entre el 0,2 al 0,3 %". Existe controversia sobre si la circular de cordón -el punto de pericia fue formulado en singular, "embarazos que cursan con circular de cordón"- está asociada con una mayor morbimortalidad perinatal, esto está relacionado al porcentaje de circulares no deslizables que el feto presenta, ya que éstas, sí tiene la posibilidad de incrementar la morbimortalidad. En las circulares únicas, solamente el 18,2 % son no deslizables. En las dobles o triples el 27,3 % son (no) deslizables. En cambio, con cuatro o más circulares, las no deslizables son el 100%" (fs. 397 vta., respuesta a punto de pericia i) de la parte demandada; la negrilla me pertenece). En relación a si el diagnóstico de una circular de cordón impone la interrupción del embarazo (punto g) de la parte demandada, fs. 397), respondió que la evidencia disponible en la actualidad "no soporta de manera consistente la asociación entre la presencia de circular de cordón fetal y resultados perinatales adversos, al compararlos con fetos sin circular de cordón. Existe algún riesgo en situaciones especiales como las múltiples vueltas de cordón y la circular ajustada al cuello. No hay evidencia que soporte la realización de cesárea ante la presencia de circular única. Ante la detección de una circular de cordón, lo aconsejado es controlar el perfil biofísico fetal, si existe redistribución sanguínea o si hubiera alteración de la frecuencia cardíaca fetal, para evitar complicaciones (cursiva y negrilla me pertenecen). A fs. 524 -al contestar las impugnaciones de la actora-, agregó que una vez detectada la circular se debe efectuar un seguimiento intensivo, monitoreo -semanales-, eco doppler, etc., para evitar las complicaciones (párrafos cuarto y octavo).

iii: Sobre la función de los controles por monitoreo y su frecuencia, dijo que se trata de una herramienta de alarma más que diagnóstica, que consiste en una observación continua de la fisiología y los patrones de frecuencia cardíaca fetal, que parecen asumir ciertas características bajo la influencia de diversas situaciones de estrés hipóxico y no hipóxico. "Ante un monitoreo normal, que se denomina reactivo, la posibilidad de morir de un feto es menor al 1 % en la semana siguiente de haberse efectuado, siempre que no varíen las condiciones clínicas de la paciente en ese lapso" (fs. 395 respuesta a punto de pericia actora n°18). Reiteró que no había constancia en la HC de que a la actora se le hubiera indicado y/o efectuado algún monitoreo (fs. 395 punto de pericia 19), o seguimiento de la evolución de los latidos cardíacos (fs. 395 vta. punto de pericia 22), y en relación al diagnóstico de doble circular de la eco doppler color, preguntado sobre si exigía controles adicionales y de qué tipo, indicó que en el carnet prenatal figuraba como alerta, en la primera hoja, por cualquier eventualidad. "Se le debe avisar a la paciente que debe estar alerta su aparecieran contracciones muy intensas, hemorragias y/o disminución de los movimientos fetales. Además, realizar un seguimiento con monitoreos semanales para detectar alteraciones en los latidos cardíacos". También señaló como posible -no imprescindible- madurar los pulmones con corticoides "por si hubiera que extraer al feto antes de tiempo". En respuesta al punto de pericia m) de la parte demandada, relativo a si la conducta del médico "se ajustó y fue adecuada a la evolución del embarazo", dijo que hasta el 17/10/2005 lo fue, porque una vez detectada la doble circular resaltó en el carnet prenatal esta contingencia. "No existe en la historia clínica evidencia que se le hubieran explicado los signos de alerta ni que se le haya solicitado un monitoreo" (fs. 398).

iv: En el punto de pericia 25 se le solicitó que indicara si el feto tenía maceración (HC fs. 24) y de qué grado, y en base al resultado de la ecografía que se le practicó a la actora el día 25 de octubre de 2005 (HC a fs. 13), respondió que una vez que el feto fallece sufre un proceso de putrefacción; "ese proceso de maceración comienza a aparecer recién a los 3 o 4 días del deceso? En la maceración de primer grado aparecen en la epidermis las flictena (ampollas) que contienen líquido serosanguinoliento, esto ocurre en la primera semana de la muerte fetal" (es lo que

constató Scafetto el 26-10-2005 al efectuar la cesárea, ver foja quirúrgica de fs. 24)? Al final del primer grado de maceración aparece el signo de Spalding en la ecografía (fs. 13), que no es nada más que la maceración del cerebro y el cabalgamiento de los huesos del cráneo? se puede deducir que el feto falleció entre 3 o 4 días como mínimo y 7 como máximo? (fs. 396). Si la ecografía que constató el signo tiene fecha 25-10-2005, ello nos lleva al 22 o 21 de octubre como mínimo, y al 18/10 como máximo, porque no hay constancias en la HC que describan la presencia del segundo y tercer grado de maceración indicados por el perito en su respuesta. La parte demandada preguntó si ante la percepción de disminución del movimiento el 21 de octubre de 2005, la consulta precoz por parte de la actora ¿podría haber determinado un cambio en la evolución o seguimiento del embarazo? (punto 1) de fs. 398). El perito remitió a la respuesta al punto 20 de la actora, diciendo que puede ser un signo de alerta. ¿Probablemente si hubiese concurrido en esa oportunidad, se hubiera podido detectar algún otro signo de sufrimiento fetal, y se hubiera podido actuar en consecuencia?.

IV.2: La teoría de la causalidad adecuada (art. 906 del CC ley 340, art. 1726 del CCCN), considera causa del daño a aquella que según el curso ordinario y natural de las cosas es idónea para producir el resultado, es decir, cuando se presenta como probable, regular y razonablemente previsible. ¿Ese juicio de idoneidad o cálculo de probabilidades tiene que plantearse en abstracto, o en general, con prescindencia de lo efectivamente sucedido, atendiendo a lo que usualmente ocurre; y no en concreto o en particular, es decir, como se han producido realmente las cosas? (Goldenberg Isidoro, ¿La relación de causalidad en la responsabilidad civil?, ed. Astrea, Buenos Aires 1989, pág. 30 a 34). En la responsabilidad médica, sostiene Calvo Costa, suelen suscitarse dificultades a la hora de establecer la relación de causalidad, y en relación a ella, constituye un principio rector, en principio, que quien acciona debe acreditar el nexo causal y la culpa del médico, ¿aun cuando en la práctica la prueba de ambos presupuestos se superpone? (porque lo sucedido aparece en forma conjunta; con cita en nota 191 de Bueres, ¿Responsabilidad civil de los médicos?, 3ª. edición, pág. 251; y en nota 193 de Fernández Hierro, ¿Sistema de responsabilidad médica?, pág. 365), creando muchas veces la confusión de creer que la relación causal debe darse entre la culpa del médico y el daño, y no entre la actuación médica y el perjuicio que sufre el paciente? (cita en nota 193 a Pantaleón Prieto, ¿Causalidad e imputación objetiva: criterio de imputación?, en ¿Centenario del Código Civil (1889-1989)?, Tomo II, pág. 1561 y sgtes.). ¿No distinguir entre la causalidad y la culpa constituye, en definitiva, una confusión entre la previsibilidad abstracta con la previsibilidad concreta (o previsibilidad concreta abstracta)? (Calvo Costa Carlos A., ¿Daños ocasionados por la prestación médico- asistencial?, ed. Hammurabi, Bs. As. 2007, pág. 193, con cita en nota 194 de Bueres, ob. cit., pág. 267). El autor destaca que aun cuando existiera culpa en la conducta del profesional, no será responsable cuando el perjuicio hubiera ocurrido de todas formas, si su comportamiento culposo carece de toda relevancia causal (ob. cit., pág. 194). En la sentencia se le atribuyó al demandado una "conducta negligente por omisión" (fs. 621 vta. cuarto párrafo), y se calificó al daño resarcible como ¿pérdida de chance de curación? (fs. 622, tercer párrafo).

IV.2.1: Goldenberg (ob. cit. pág. 200), señala que el concepto normativo de omisión no se identifica con una mera conducta pasiva del agente, sino que es necesario que el comportamiento que se omite sea una acción esperada, en cuanto presupone la preexistencia de un deber jurídico de obrar en una determinada forma. Cuando el ordenamiento considera una conducta como omisión va en ello implícita la existencia de una regla de actuación positiva: está ella referida necesariamente a una acción cierta. Por ello, continúa, la nota que tiñe de antijuridicidad a la abstención está dada por el quebrantamiento del deber jurídico que tenía el sujeto de llevar a cabo un accionar positivo (ob. y autor citados, pág. 201), por lo que su conducta ha de juzgarse ¿a la luz del deber general de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902), que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar (art. 512), dentro del marco de licitud en que tiene que desenvolverse la libertad de no actuar (art. 1071)? (ob. cit., pág. 210). Eso nos permite sostener, concluye, que desde el punto de vista de la relación de causalidad, ese no hacer viene a ser una condición apta o adecuada para que el desmedro se produzca. ¿Esta afirmación no significa, sin embargo, que deba imputarse al autor de la omisión la totalidad del daño, ya que tal conducta incidió concurrentemente y como coadyuvante con los demás factores desencadenantes del perjuicio? (ob. cit., págs. 212 y 213). Prévot y Chaia señalan que el problema principal que plantea la omisión es que obliga a suponer una causalidad hipotética, esto es, lo que hubiera sucedido de haberse dado el comportamiento legalmente previsto. ¿Difícilmente podrá sostenerse la existencia de nexo causal si el daño se hubiera producido igualmente pese a la adopción de la conducta debida?, y destacan la estrecha relación que guarda la omisión o conducta inerte del profesional con la doctrina de la pérdida de chance de curación o supervivencia (Prévot Juan Manuel y Chaia Rubén Alberto, ¿Pérdida de chance de curación?, ed. Astrea, Bs. As. 2007, pág. 238; sobre el nexo causal entre la omisión del tratamiento debido y la privación de la posibilidad de curación que podía esperarse razonablemente, ver SCBA, sent. del 15-12-1992, en LL-1993-B-249; sent. del 20.5.1980 en LL-1980-A-413, con nota aprobatoria de Bustamante Alsina, ¿Responsabilidad civil del médico por omisión de asistencia?, CNCiv. Sala H, sent. del 19-3-1999, en LL-1999-F-802).

IV.2.2: La cuestión relativa a la pérdida de la chance de sobrevivencia y curación ha dado lugar a una abundante bibliografía (Trigo Represas Félix ¿Pérdida de chance de curación y daño cierto, secuela de mal praxis?, en LL-1986-C-37, y ¿Pérdida de chance?, ed. Astrea, Bs. As. 2008, pág. 147 y sgtes.; Kemelmajer de Carlucci Aída,

¿Reparación de la chance curación y relación de causalidad adecuada?, en Revista de Derecho de Daños, 2003-2, ¿Relación de causalidad en la responsabilidad civil?, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2003, pág. 221; López Mesa Marcelo ¿La cuantificación de los daños por mala praxis médica y los problemas que ella acarrea?, publicación de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; Gamarra Jorge, ¿Pérdida de una probabilidad en materia de responsabilidad médica?, en ¿Derecho Privado?, en homenaje a Alberto J. Bueres, ed. Hammurabi, Bs. As. 2001, pág. 1586; Prévôt Juan Manuel y Chaia Rubén Alberto, ¿Pérdida de chance de curación?, citado; Lorenzetti Ricardo Luis, ¿Responsabilidad civil de los médicos?, ed. Rubinzal Culzoni, segunda edición ampliada y actualizada, Santa Fe 2016, Tomo II, capítulo XX, ¿El nexo causal?, pág. 199 y ssgtes.; SC Mendoza, Sala I, ¿Palluchini Margarita c. Rodríguez Antonio s. Daños y perjuicios?, sent. del 3-7-2009; esta Sala II, exped. 141.335, ¿Fallesen María Ester c. Hospital Municipal de Coronel Vidal y otros s. Daños y perjuicios?, sent. del 26-10-2009, R913 (S) F°5008/24; CCC Dolores, causa n°85.185, ¿Palma Pablo Esteban y otra c. Municipalidad de General Belgrano y otra s. Daños y perjuicios?, sent. del 7-2-2008; CCC Azul, Sala I, exped. 46.476, ¿Mondini Rubén Darío y otro c. L.R.C. y/o quien resulte responsable s. Daños y perjuicios?, sent. del 1-7-2004), que da cuenta de las posturas doctrinarias negativas, positivas e intermedias asumidas en el tema. Trigo Represas enseña que en estos casos, no se le puede imputar causalmente al profesional el resultado final que padece el paciente, pues en parte obedece a un proceso natural; no se lo puede condenar a pagar una indemnización equivalente a la que se debería si él hubiese realmente ¿matado? al enfermo. El límite de su responsabilidad estará dado por la pérdida de la chance de curación y no por el desarrollo definitivo de la enfermedad. ¿Por ello lo que corresponde determinar -en el peor de los casos- a los efectos de la indemnización, es la chance de curación o de sobrevida que le fue privada al paciente por el accionar eventualmente irresponsable del demandado. Pero siempre teniendo en cuenta que la muerte igual pudo haber ocurrido en tiempo más o menos prematura a causa del mal preexistente? (¿Pérdida de chance?, ob. cit., pág. 198; con cita en nota 152 de Vázquez Ferreyra Roberto, ¿Responsabilidad por las actividades médicas y gestión de los riesgos. La prueba de la relación causal y de la culpa en los litigios por daños?, en RCyS-2001-44; ¿Responsabilidad médica. Error en el diagnóstico patológico. Valoración de la culpa profesional. Pérdida de la chance como daño indemnizable y otras interesantes cuestiones?, en LL-1999-F-28 n° IV y ¿La cuantificación del daño en la responsabilidad de médicos y abogados?, en ¿Revista de Derecho de Daños?, 2001-I-199; CSJN, ¿Amante Leonor y otros c. Asociación Mutual Transporte Automotor?, sent. del 24-10-1989, Fallos 306.187, en JA-1990-II-126 y ED-136-681 con nota de Bidart Campos Germán, ¿La diligencia médica y el derecho a la vida?). El monto indemnizatorio, por ende, ha de ser menor del que hubiera correspondido si el demandado hubiera causado directamente el daño con su accionar (CNCiv., Sala F, sent. del 14-6-2000, en LI-2001-C-432, con nota de Meneghini Roberto, ¿Pérdida de ¿chance? en la responsabilidad civil médica?, cita on line AR/DOC/7796/2001; esta Sala II, exped. n°141.335 citado); para fijarlo el maestro platense recomienda que los jueces razonen del siguiente modo: ¿primero tienen que establecer el daño que ha causado el resultado final, y luego fijar la fracción que se atribuye a la pérdida de chance de no llegar a ese resultado. Parece correcto también, reservar el concepto de pérdidas de chances de sobrevida sólo a aquellos casos en los que, sin estar en discusión la eficacia causal del comportamiento del facultativo, éste ha privado al paciente que ya se encontraba en peligro de vida, de la probabilidad favorable de sobrevida. Por el contrario, si el obrar médico correcto y tempestivamente realizado, tenía posibilidades apreciables de éxito - en el sentido de que la vida del paciente con cierta probabilidad, habría podido salvarse - entonces, determinado el nexo causal entre la mala praxis y el deceso del enfermo y que el médico omitió la conducta debida, o realizó la indebida, puede resultar posible responsabilizarlo de tal muerte, en cuyo caso el daño deberá resarcirse integralmente y no en la forma parcial, de la pérdida de una chance? (¿Pérdida de chance?, ob. cit., pág. 195; CNCiv., Sala K, sent. del 21-10-2014, publicado en DFyP 2015 (mayo)-205, con nota de José D. Mendelewicz, cita on line AR/JUR/79531/2014; cursiva y subrayado me pertenecen). IV.3: La carga de la prueba de la relación causal entre el comportamiento del médico y el daño reclamado pesa sobre quien peticiona la indemnización, e incumbe al demandado la prueba de que cumplió con la atención debida y del casus como origen del perjuicio. ¿No produciendo el accionado esas probanzas, se mantienen las presunciones sobre el incumplimiento, antijuridicidad imputable a título de culpa y causación del daño? (Prévôt -Chaia, ob. cit., pág. 186; art. 1736 del CCCN; Lorenzetti Ricardo L., ¿Responsabilidad? ?, ob. cit., Tomo II, pág. 226). El obrar médico puede ser causa exclusiva o no del daño. Ante la acumulación causal entre dos hechos para producir un resultado, los factores extraños pueden constituirse en una concausa excluyente -eximentes- o coadyuvante. Este es el caso en que concurren la enfermedad y el obrar medical para la causación dañosa del paciente (Lorenzetti, ob. cit., pág. 216). La coadyuvante, para el autor, debe ser necesariamente conexa, y puede ser examinada a nivel de autoría o de extensión del daño resarcible, y en ambos casos, para ser imputable debe ser previsible (ob. cit., pág. 217). La enfermedad del acreedor, señala, no ha merecido mucha atención de la doctrina porque se la considera una condición y no una causa. Las dificultades para fijar porcentualmente la chance han sido comentadas por la doctrina citada y, en especial, por Marcelo López Mesa (¿Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación (La ¿mala praxis médica? y el reclamo por la no recuperación de la salud o el agravamiento de la enfermedad)?, en Revista

de Derecho de Daños 2008-1, 'Chances?', ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2008, pág. 29) quien con cita de la doctrina de la Corte de Casación francesa recuerda que esta indemnización no presenta un carácter tarifado ni equivale a la concesión de un consuelo, y que para cuantificar la chance perdida debe hacerse un cálculo de probabilidad a la luz de los dictámenes médicos existentes en la causa, en consonancia con Aída Kemelmajer de Carlucci (ob. cit., pág. 222), que señala que la evaluación de la chance perdida necesita fundamento técnico que normalmente se encontrará en la pericial rendida (en igual sentido, López Mesa Marcelo, 'Los daños por mala praxis médica y su cuantificación en algunos aspectos particulares', en LL-2004-B-1283, cita on line AR/DOC/604/2004). También, señala Lorenzetti (ob. cit., pág. 217), puede recurrirse a los datos estadísticos y del caso, y luego como segundo paso, definir cómo influyeron cada una de las concausas.

IV.3.1: Está acreditado que el día 11 de octubre de 2005 al realizarse la eco doppler, se detectó una 'doble circular de cordón', pero no la existencia de un nudo real. También, que hasta ese momento, con 35 semanas de gestación, el embarazo se había desarrollado con normalidad, sin complicaciones, y que la madre y el feto estaban sanos (ver informe de eco doppler de fs. 32, y ecografías y sus informes de fs. 108-111). En la consulta realizada el día 17 de octubre -seis (6) días después-, el Dr. Oddone anotó y resaltó en la ficha prenatal esta circunstancia; ese día tampoco había evidencia de alteración de los latidos fetales, y así surge de las anotaciones del médico en esa ficha (fs. 29). ¿Cuáles fueron las conductas que se le imputan como omitidas al facultativo? 1: Ordenarle a la actora que se realizara un monitoreo fetal, que si, como indica el perito, para ser eficaz debe ser semanal (fs. 524 vta.), nos lleva hasta el lunes 24 de octubre (la semana que va desde el 18/10, al día siguiente de la consulta del 17/10), cuando ya la madre, según sus propios dichos, había advertido que el feto no se movía. ¿Cuál fue el control omitido?, se pregunta su apoderado a fs. 675. El monitoreo que podría haber revelado una 'disminución de la vitalidad y/o sufrimiento fetal agudo' (fs. 391 vta.). La única posibilidad de impedir la muerte de un feto, dijo el perito, es 'descubrir el sufrimiento fetal en el momento en que éste aparece' (fs. 391 último párrafo); y que ante un monitoreo reactivo, si no varían las condiciones clínicas de la madre, la posibilidad de muerte del feto es menor al 1 % en la semana siguiente a su realización (fs. 395). En la audiencia celebrada el día 20 de marzo, ante la pregunta sobre la frecuencia con que los obstetras acostumbran a ordenar los monitoreos cuando se presenta una doble circular de cordón, el perito respondió que 'pueden ser semanales en cualquier situación: normalmente lo son. Lo que pasa es que el 17/10 no está sentado que se le haya pedido otra cosa, ninguna solicitud?'. Interrogado sobre si se piden con independencia de los signos clínicos, respondió que sí, porque 'nos da el latido del corazón? es como un electrocardiograma pero marca la cantidad de latidos? aparecen aceleraciones y depresiones normales. Primero se establece la línea de base: cuántos latidos de promedio tiene el feto en ese momento, puede ser 140 y por debajo (110) o por encima (160). Ese rango que se considera normal. Cuando hay una disminución o aceleración muy importante, significa que hay algo raro que lo estimula o frena mucho (bradicardia)? El monitoreo demuestra los promedios y las aceleraciones o disminuciones severas: si pasan de determinado pico (en especial de la base) nos está indicando que algo está pasando. Cuando hay un monitoreo patológico o no reactivo, ahí podemos indicar uno más seguido En este caso no aparece uno más seguido? (fs. 687 vta., y 688 primer párrafo). El tribunal insistió con la frecuencia de los monitoreos, preguntándole luego de la consulta del día 17, ¿cuándo habría que haberle hecho el monitoreo?, ¿cuándo es de buena práctica hacerlo?, ¿que lo haga ese día?, ¿a la semana siguiente?, a lo que el médico respondió 'hacerlo a partir de la semana 36 una vez por semana siempre que sea reactivo, si no es reactivo, con más frecuencia? el eco doppler es importante que se lo hayan hecho: había dado todo normal, además de la doble vuelta de cordón? no hay problema en la circulación al menos hasta ese momento? (fs. 688 y 689). Al pedirle precisión sobre el porcentaje del 1 % informado sobre la posibilidad de muerte del feto en la semana siguiente a la realización de un monitoreo reactivo, el perito explicó: 'estamos hablando de nudo cuando ya apareció el problema. Antes se sabía que había circular, la circular es más laxa, da más tiempo de actuar. El nudo no había aparecido porque es muy difícil encontrarlo? el eco era normal, la circular era normal, pero que el feto se haya movido un poco más fuerte, con más intensidad, que se haya estrangulado, depende de las modificaciones que aparezcan en la madre y el feto?'. Se le preguntó sobre cuándo calculaba la fecha de fallecimiento y si la diferencia de 2 o 3 días no cambiaría la situación, a lo que respondió que 'si le hubiesen hecho el monitoreo el 18 le habría dado bien igual, pudiendo fallecer el feto el 19? (fs. 688 in fine). El tribunal indagó si normalmente la omisión de indicar el monitoreo genera la consecuencia -la muerte- estando la doble vuelta de cordón, a lo que respondió que 'no es una consecuencia directa. Personalmente yo lo hubiera hecho, pero la falta de monitoreo no es causa directa. Hasta ese momento el feto venía bien?, y que no hay estadísticas porque no es frecuente la muerte por la circular, ?el bebé se muere por el nudo, que no es deslizable. La doble circular no lo mató: fue el nudo, si la circular lo comprime el bebé se acomoda. Un ecodoppler y un monitoreo pueden salir bien y a los pocos instantes el bebé se puede mover bruscamente, se ajusta y se muere? (fs. 688 vta., la negrilla es propia). Antes, al comenzar la audiencia, se le había preguntado si un nudo real de cordón puede generarse en las últimas semanas o sólo cuando el feto tiene más espacio, y respondió que cuando va creciendo la relación entre el útero y el feto se va modificando, al principio el líquido facilita el movimiento? pero a veces los movimientos son tan importantes que el mismo feto se enrosca y se hace el nudo. No es común el

nudo real, es muy difícil que se haga el nudo en las últimas semanas, eso ocurre en las primeras semanas? (fs. 687 in fine). A la pregunta de si un ecodoppler permite detectar el nudo real, dijo que era difícil porque el problema es que puede tener un nudo, el movimiento lo va comprimiendo de a poco, se detecta por monitoreo o ecodoppler, ¿el problema es cuando el ajuste es imprevisto?.

Sobre si era suficiente para responsabilizar al médico no haber indicado el monitoreo, dijo que era difícil, y que personalmente lo hubiera hecho, pero repreguntado sobre si haciéndolo se hubiera salvado, respondió: ¿sí o no. De haberse detectado el sufrimiento fetal, se lo saca?. Señaló que la disminución de los signos fetales es un signo de alerta (a veces es normal cuando se encaja o está más grande), si no, ya hay algo que lo está afectando, deja de recircular sangre a los brazos y piernas -porque no son esenciales para el feto- y por eso se mueve menos. ¿Si la madre hubiera concurrido en ese momento, le hubieran auscultado los latidos al feto y según que fueran altos o bajos, hubieran actuado en consecuencia? (fs. 689). El análisis efectuado me lleva a considerar que la infracción consistente en no haber indicado el monitoreo semanal que se le imputa al médico, si bien se ha probado, no tiene relación causal suficiente con el resultado, porque no puede afirmarse que de haberse realizado, las chances de sobrevivida del feto hubieran aumentado. Si se hubiera ordenado el estudio, y teniendo en cuenta la frecuencia semanal ratificada por el perito, sólo se hubiera podido conocer en qué condiciones estaba el feto durante los escasos minutos que dura el monitoreo, dentro de un lapso tan amplio de una semana, por lo que las posibilidades de que - eventualmente - coincidiera esa oportunidad semanal con el momento en que el feto mostró signos de sufrimiento fetal - vuelvo a destacar que el médico señaló reiteradamente en la pericia y en la audiencia, que la única posibilidad de impedir el deceso es descubrir el sufrimiento fetal cuando éste aparece-, son tan ínfimas como la proporción del tiempo que dura el monitoreo respecto a una semana. La actora afirmó en la demanda que el viernes 21 de octubre comenzó a sentir la disminución del movimiento del feto (fs. 54 vta., segundo párrafo) y que la muerte se había producido ¿hace aproximadamente tres días?, antes de la cesárea (fs. 54 vta. último párrafo y fs. 55), fijándola en el mismo viernes 21 de octubre (sobre la ecografía del día 25/10, el perito dedujo a fs. 306 que el feto falleció entre 3 o 4 días como mínimo y 7 como máximo de acuerdo al grado de maceración y a la aparición del signo de Spalding). Al no haber podido obtener más precisiones, podemos inferir que el accidente intrauterino se produjo en la semana que va entre el 18 y el 25 de octubre de 2005, y en consecuencia no puede atribuírsele a la omisión de indicar el estudio, relación causal directa con la pérdida de chances de sobrevivida del feto. 2: Distinta parece la participación causal de la segunda infracción atribuida al médico demandado: la omisión de indicarle a la paciente cuáles eran los signos de alarma - entre ellos la disminución de la actividad fetal-, que debía tener en cuenta para acudir a consultar al médico o a la clínica. La historia clínica no tiene ninguna anotación al respecto (fs. 391 vta., 395, 395 vta., 398 de la pericia médica), ni tampoco constancia de que se le hubieran explicado a la madre cuáles eran los signos de alerta, explicaciones que el perito consideró necesario darle (fs. 395 respuesta a punto 20, segundo párrafo, fs. 398 respuesta a punto m) de la demandada). Ello lo llevó a afirmar que hasta el 17 de octubre la conducta del médico fue ajustada a la evolución del embarazo (fs. 398), pero que una vez detectada la doble circular de cordón, sólo resaltó esta contingencia en la ficha, sin que exista en la HC evidencia de que le hubieran explicado los signos de alerta -los enumeró a fs. 390 vta.- ni que se le haya solicitado un monitoreo (el punto de pericia m) de la demandada fue si la conducta de Oddone ¿se ajustó y fue adecuada a la evolución del embarazo?). En la audiencia celebrada en el tribunal, el perito reiteró que no había constancia de que se haya advertido a la paciente. ¿la ficha decía: ¿ojo doble circular de cordón?, pero no figuran las medidas de alerta?; preguntado sobre si es habitual asentar esa advertencia, dijo: ¿se asienta, aunque depende del tiempo y las condiciones. Hay quienes asientan todo. Si no se asienta el perito no puede informar que se hayan impartido o no las advertencias a la paciente. En la ficha suelen indicarse cuáles serían signos de alerta o recomendaciones ante determinados eventos. En este caso no está asentado. Hay centros que lo tienen sistematizado. El 96 % de los partos son normales. Ante una situación diferente se le explica a la paciente el problema que tiene por si aparece algo extraño? (fs. 687 vta.). A fs. 689 agregó que es habitual informarle los riesgos a la paciente. ¿Normalmente se informa aunque no quede asentado todo?. Minutos antes, a la repregunta sobre si se debió alertar a la madre que ante la disminución de la frecuencia de los latidos debía concurrir a la consulta, reiteró que ¿no está indicado que se le haya dicho lo que tenía que hacer?, y sobre si de haber concurrido el feto hubiera podido salvarse, respondió: ¿sí. Si va y se constata que hay una disminución de los movimientos, existe la posibilidad de que se hubiera visto una alteración de los latidos y se hubiera adoptado la conducta. Aunque es especulativo? (fs. 689 in fine). Sobre el porcentaje de probabilidades que una adecuada información de los signos de alerta y la indicación del monitoreo hubieran tenido para advertir la situación y salvar al feto, respondió que era muy difícil establecerlo, que normalmente hay una posibilidad por estadística -aunque controvertida- sobre si es necesario sacarlo o no; agregó que consideraba que aun detectando que el feto estaba más afectado (pocos latidos), sacarlo era un riesgo porque hay que madurarlo pulmonarmente con corticoides y dejarlos actuar por 72 horas, durante cuyo transcurso el feto igualmente habría muerto. ¿De todos modos, ante una urgencia se la opera, se saca al feto y luego se lo trata por la cuestión pulmonar? (fs. 688 vta.). Preguntado sobre la existencia de estadísticas que determinen la producción de este resultado en los casos de omisión de indicar a la madre que concurra urgentemente al centro médico en caso de

alguna anomalía, respondió que "el no haber dado alertas en última instancia lleva al mal resultado. La cuestión está muy controvertida. Es muy difícil saber si la muerte es consecuencia directa de la falta de monitoreo y de las indicaciones mencionadas a la madre. Haciéndole los monitoreos no se sabe qué habría pasado: no es una patología. Si en el monitoreo se hubiera detectado un sufrimiento fetal, se la habría operado, se habría sacado al feto? Las estadísticas son buenas de haberlo sacado?" (fs. 688 in fine).

2.1: La información es una necesidad insoslayable de la contratación actual, y puede importar el objeto de una verdadera obligación. "Ello ocurre cuando se particulariza de tal manera que pasa a ser un deber calificado o primario de conducta, objeto de una relación jurídica obligatoria. Por ejemplo, en el caso de la obligación de informar del proveedor en la relación de consumo, o en la que está a cargo del médico frente al paciente?" (Vallespinos Carlos Gustavo, Ossola Federico Alejandro, "La obligación de informar en los contratos. Consentimiento informado. Derechos del consumidor?", ed. Hammurabi, Bs. As. 2010, pág. 192; quienes señalan que las últimas reformas legislativas en torno a la actividad médica han emplazado a este deber jurídico como una verdadera obligación, en alusión al art. 2 inc. f) de la ley 26.529, pág. 204). Los autores citados consideran que el deber de informar, por su naturaleza jurídica participa de la categoría de "obligación", y que, correlativamente, en el polo activo de la relación, existe un derecho subjetivo de crédito, que en el caso de un paciente es calificado como un derecho fundamental (ob. cit., pág. 215). La Suprema Corte provincial se ha pronunciado señalando que, "La falta de información y claridad en cuanto al diagnóstico, tratamiento, pronóstico, etc., de la enfermedad del paciente crea una presunción de verdad sobre su conducta antiprofesional (conf. causas C 82.684, "Abdelnur de Molina, sent. del 31-III-2004; C. 96.308, "González", sent. del 30-IX-2009)" (SCBA, causa C. 121.010, "García Rodolfo Ricardo y otro c. Vasallo Gabriela y otros s. Daños y perjuicios", sent. del 21-3-2018). La historia clínica debe ser clara, precisa, completa y metódicamente realizada, porque "es la documentación del deber de información que pesa sobre el médico" (Calvo Costa, ob. cit., pág. 227; art. 175 del Código de Ética Médica de la Asociación Médica Argentina (AMA), que ordena detallar en la HC la información que se le va suministrando al paciente y sus familiares, así como la respuesta que va teniendo frente al tratamiento médico o quirúrgico, citado por Toscano Silvia Susana, en Calvo Costa, ob. cit., pág. 253 y sgtes.; ver definición del art. 12 de la ley 26.529; Pizarro Ramón Daniel y Vallespinos Carlos Gustavo, "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", ed. Hammurabi, Bs. As. 2012, Tomo 5, pág. 365 y sgtes.). Su confección incompleta constituye presunción en contra de la pretensión eximitoria del profesional (Vázquez Ferreira Roberto, "La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica", en LL-1996-B-807; Andorno Luis, "Responsabilidad civil médica. Deber de los facultativos. Valor de las presunciones judiciales. Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos?", en JA-1990-II-76; CSJN, F.120, Recurso de Hecho. "Pla Silvio Roberto y otros c. Clínica Bazterrica y otros?", sent. del 4-9-2001; CN Civ. y Com. San Nicolás, sent. del 23-4-94, en JA-del 15-3-1995). En el fallo citado (causa 121.010), la SCBA-con referencia al libro de guardia-, dice que los datos vertidos en él -al igual que en la historia clínica, aun cuando se interprete que no revisten idéntica naturaleza- "resultan esenciales a la hora de evaluar la conducta llevada a cabo por el médico, para demostrar su actuar diligente". La agregada por la Clínica del Niño y la Madre en el expediente de diligencias preliminares (fs. 31-47), y a fs. 297-314 de autos, bajo el n°19.380, da cuenta de la intervención quirúrgica realizada, aunque en ambas se agrega la ficha pre- natal. Ninguna de ellas contiene la "ficha de consultorio", como la denomina el apoderado del demandado a fs. 138 vta., que lleva el n°24.878 y está agregada en copia por la actora a fs. 26-28 y repetida a fs. 49-51. Ese es el número que aparece entre paréntesis en la ecografía doppler, al lado del nombre de la Sra. O. (fs. 32), por lo que no puede desconocerse su vinculación. Al contestar la demanda, el profesional que representa al médico, destacó que "no pertenecen a mi mandante las inscripciones de la ficha de consultorio insertas fuera de texto" (fs. 138 vta., punto III primer párrafo), haciendo referencia a las anotaciones de fs. 50 vta. y 51. Más allá de esos "agregados" y tal como lo afirmó el perito en ninguna parte surge la indicación de la práctica de monitoreo, ni que se le hayan advertido los riesgos a la paciente. La sola indicación contenida en la ficha pre natal en un recuadro, que dice: "Urgencias fuera del horario de consultorio Clínica del Niño y la Madre", con la dirección del establecimiento y un teléfono (fs. 52), no suple la omisión, si no se le indican previamente en qué consisten o cuáles son esas urgencias. La inferencia del abogado del accionado - basada en los dichos de la actora al demandar a fs. 54 vta. - (fs. 674 vta. de su expresión de agravios), en el sentido de que si Oddone le dijo que había que tener cuidado por la doble vuelta de cordón, torna irrazonable pensar que no le informó sobre las pautas de alarma, no modifica el hecho de que las omisiones en una historia clínica generan una presunción judicial de culpa que impone a los demandados la prueba de su falta de culpa (CNCiv., Sala D, sent. del 24-5-1990, con voto del Dr. Bueres, en LL-1991-D-469; CNCiv. Sala K, sent. del 21-10-2014 ya citado; ver por todos, Lorenzetti, ob. cit., pág. 382 y 383; arts. 12 a 21 de la ley 26.529, sin perjuicio de su inaplicabilidad al caso en virtud de lo dispuesto por el art. 7 del CCCN). El cumplimiento del deber de informar ha de acreditarse en el caso concreto y no mediante genéricas referencias a la conducta generalmente observada por el médico en otros casos, por lo que de nada sirven las alegaciones relativas a que esa advertencia es habitualmente realizada por todos los obstetras, incluyendo al demandado, ni tampoco es posible trasladar a este supuesto la propia experiencia, a riesgo de tener por cumplida la obligación de

informar en el caso porque en otros habitualmente se cumple. La carga de la prueba está a cargo del profesional (Pizarro-Vallespinos., ob. cit., pág. 369, con cita de Ghersi y Weingarten), y no he encontrado otros elementos que acrediten su cumplimiento (art. 375 del CPCC).

2.2: Resta entonces establecer la relación causal entre esa omisión y el daño que se reclama, que, coincido con la sentenciante, debe ser indemnizado a título de pérdida de chance. Omitir esa información, ¿es una conducta adecuada para disminuir las chances de vida de la persona por nacer? Y en caso de que se responda afirmativamente, ¿en qué porcentaje esa omisión disminuyó la chance de nacer con vida?

i: A la primera pregunta solo cabe una respuesta afirmativa: la omisión de indicarle los cuidados y signos de alerta a la paciente, regularmente, conforme el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901 del CC ley 340; art. 1727 del CCCN), aumenta los riesgos y reduce las probabilidades -entre ellas la de nacer con vida-, pues ante la disminución de la actividad fetal -sea progresiva o instantánea-, una atención a tiempo puede evitar la muerte intrauterina (así lo informó el perito a fs. 398 en repuesta al punto de pericia l) de la demandada y en la audiencia ante este tribunal a fs. 689). Ello me lleva a coincidir con la a quo en que existe relación causal entre la omisión del médico y la pérdida de chance de nacer con vida del feto. No puede atribuírsele la responsabilidad por la muerte, porque nada asegura, ni científica ni estadísticamente, en base a los elementos aportados al expediente, que de haber informado adecuadamente a la actora la muerte no se hubiera producido igualmente, dado que al momento de realizar la cesárea se constató que el feto tenía una triple circular de cordón y un nudo real, que es el que le provocó la muerte (certificado de defunción de fs. 6 de las Diligencias preliminares; fs. 391, 688 vta.: ¿la doble circular no lo mató, fue el nudo?), habiendo destacado el perito que no puede confundirse la circular simple, doble o triple deslizable o no, con un nudo real que nunca va a ser deslizable (fs. 524, párrafo séptimo). Por lo tanto, este resultado final no puede imputársele causalmente al médico (Vázquez Ferreira Roberto, Tallone Federico, ¿derecho médico y mala praxis?, ed. Juris, Rosario 2000, pág. 174; CCC Bahía Blanca, Sala I, sent. del 3-12-1998, ¿Urzúa c. Asociación itralaina?, citados en notas 25 y 26 por López Mesa, ¿Los daños?., ob. cit.; CNCiv., Sala K, ¿Monasterio Manuel y otros c. Obra Social del Personal de la Industria del Plástico?, en JA-1993-IV-252), sino, únicamente la disminución de las posibilidades -chances- de vivir del feto, que encuentra su causa en la omisión de informar adecuadamente a la madre para que advirtiera las señales de sufrimiento fetal y concurren en busca de atención. Lo describe claramente Silvia Tanzi, cuando afirma en relación a la responsabilidad médica y la pérdida de chance, que: ¿La omisión de atención adecuada y diligente por parte del médico al paciente puede significar la disminución de posibilidades de sobrevivir o sanar. Resulta indudable que una situación de esa naturaleza configura una pérdida de chance, daño cierto y actual que requiere causalidad probada entre el hecho del profesional y un perjuicio que no es el daño integral sino la oportunidad de éxito remanente que tenía la paciente? (¿La reparabilidad de la pérdida de ¿chance?, en ¿La responsabilidad?, en homenaje a Isidoro Goldenberg, ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 19957, pág. 333; en igual sentido Trigo represas, ¿Pérdida?, ob. cit., pág. 276). La omisión médica no es idónea por sí sola para producir el resultado lesivo muerte, pues como bien señala Prevót (ob. cit., pág. 250), ¿hay que afirmar la causalidad cuando no cabe imaginar la acción esperada sin que desaparezca el resultado?, situación que evidentemente no se da en autos, porque, reitero, aun informando a la paciente - e indicando el monitoreo-, la muerte podría haberse producido igualmente. Por ello el autor remite también a Goldenberg, cuando atribuye a la omisión el carácter de una condición apta o adecuada para que el desmedro se produzca, porque ¿de haberse observado el comportamiento positivo que las circunstancias exigían, se podría haber interrumpido el proceso causal -el de la naturaleza en el caso-, evitándose el desenlace dañoso (Prevót-Chaia, ob. cit., pág. 251; Goldenberg, ob. cit, pág. 212; cita en nota 59 de Bueres, ¿La responsabilidad civil de los médicos?, ob. cit., Tomo I, pág. 327; sobre el control del embarazo y del sufrimiento fetal, ver CNCiv. Sala C, en ED-129-241, y CSJN, ¿Carrizo de Shiroma Silvia y otro c. Hospital Italiano y otros?, en LI-1986-D-612, citados en notas 111 y 112 por Lorenzetti, ob. cit., pág. 525 cuando trata la obligación del ginecólogo durante el embarazo). Dicho de otro modo, la conducta omisiva culposa frustró la posibilidad de que se detectara el sufrimiento fetal a tiempo y se actuara en consecuencia para intentar salvar la vida del feto; pero nada asegura, y así ha quedado demostrado en este expediente, que la patología presente -triple circular de cordón más nudo real advertidas al hacer la cesárea- no hubiera provocado igualmente su muerte. Por ello, entiendo que el único daño indemnizable que se ha probado es la pérdida de esa chance de sobrevivida. Al no haber constancia de que se le hubiera proporcionado a la actora la debida información sobre los recaudos que debía adoptar, descarto, al igual que la A quo (fs. 623 segundo párrafo), las argumentaciones de la parte demandada, en torno a la aplicación de la teoría de los actos propios para juzgar una hipotética conducta ¿desidiosa? de la Sra. O. (fs. 675 y 675 vta.), que tampoco se ha acreditado (art. 375 del CPCC; arg. art. 1734 del CCCN).

ii: Acreditadas la culpa médica y la relación causal entre esa culpa y la pérdida de chances de sobrevivida del feto, ¿en qué porcentaje cabe asignarle responsabilidad al demandado? Este segundo interrogante es muy difícil de responder, porque no contamos con la información necesaria -el perito no pudo aportar datos estadísticos-, lo que aumenta el riesgo de errar o incurrir en arbitrariedad. La Sra. Jueza lo estableció en el 50 % (fs. 623), atendiendo al porcentaje de morbimortalidad informado en casos de doble circular de cordón (27,33 %), y a la constatación -posterior- de un nudo real, aunque atribuyendo a la falta de

monitoreo una relevancia causal que, a mi modo de ver, y como he explicado, no tuvo en este caso. No sabemos, salvo por las afirmaciones improbables de la demandante, si la disminución de movimiento fue progresiva o instantánea. Dentro de las posibilidades deben barajarse las dos, y sin pretender agotar un amplísimo espectro de contingencias, también cabe pensar en aquel escenario en el que la madre advierte la ausencia de movimiento en forma inmediata, y el otro en el que no lo hace, o se demora a la espera de la reanudación de la actividad del feto, o la confunde con ¿la falta de espacio del feto para moverse? (fs. 623 de la sentencia apelada), o uno en el cual la intervención sea inútil, pero también, otro en el que hubiera sido oportuna. Lo que sí sabemos, reitero, es que tenía una triple vuelta de cordón umbilical y un nudo real, -que se habría formado en las primeras semanas de embarazo (fs. 687 en la audiencia)-, y que el nudo le causó la muerte. Es decir que el mayor aporte causal lo tuvo la naturaleza. ¿Cuáles son las probabilidades de nacer con vida en caso de triple vuelta de cordón con nudo real? ¿Cuáles la de que la madre - estando advertida - llegase a tiempo para que extraigan al feto mediante una cesárea antes de que el nudo real lo asfixiara?. Una primera aproximación lleva a dividir las posibilidades en dos: a) si la disminución de la actividad fue instantánea por un ajuste de cordón absoluto y repentino, las chances parecen muy escasas, casi nulas, y b) si en cambio fue progresiva, aumentan las chances de que la madre pudiera advertir la disminución. Este escenario ya reducido a un 50% debe limitarse aún más al considerar que bien pudo advertirlo a tiempo, aunque también es factible que no lo hiciera, o que se demorara esperando la espontánea reanudación, o confundiera ese estado de inactividad con el espacio reducido para un feto de 36 semanas, y finalmente, ya en la clínica hay que reducir todavía más las chances porque la intervención podría no haber tenido éxito. Todo ello me lleva a valorar las chances perdidas de nacimiento con vida en un veinte por ciento (20%), y proponer al acuerdo que se modifique la sentencia de primera instancia, estableciendo en ese porcentaje la responsabilidad atribuida al demandado. IV.4: No encuentro razones para apartarme de lo decidido sobre el rechazo del denominado ¿daño psicológico? reclamado por J. B. M. Sin dudar de sus afirmaciones sobre el sufrimiento que toda la situación le causó, acreditado mediante prueba testimonial, no puedo obviar que cuando se sorteó una nueva perito psicóloga, la profesional lo citó para que concurriera a las entrevistas fijadas (fs. 569, 570), y que sólo se presentó la Sra. O. (ver fs. 579). No existen constancias de pedidos de fijación de nuevas entrevistas, por el contrario, su apoderado solicitó explicaciones sobre el dictamen producido (fs. 581), pronunciándose la profesional a fs. 586 vta. sobre la duración del tratamiento aconsejado a la actora, cuyo costo había indicado a fs. 578 vta. Estas pautas que ahora califica como ¿objetivas? (fs. 669) están claramente referidas a ella. No se ha producido prueba sobre la necesidad de tratamiento psicológico para el Sr. M. (art. 375 del CPCC), razón por la cual la pretensión de que se le reconozca el daño por ¿analogía? con el sufrimiento experimentado por O. es improcedente. IV.5: El tercer y cuarto agravios de los actores están relacionados, por cuanto la crítica al comienzo del cómputo de los intereses está referida a los fijados para el rubro pérdida de chance de ayuda futura. a) En la sentencia se les reconoció la indemnización del daño material sufrido a título de pérdida de chance de ayuda futura, que legítimamente podían esperar, estimado en la demanda en la suma de \$ 150.000 (fs. 60). Para ello la a quo valoró la condición humilde de los progenitores acreditada por testigos que declararon a los fines del beneficio de litigar sin gastos (a fs. 225, 226 y 227), condición que ¿objetivamente aumenta la chance de ayuda futura por parte de los hijos?, el importe del salario mínimo vital y móvil, como pauta señalada en doctrina por Matilde Zavala de González, y el hecho de que la feto era mujer, que son quienes, de acuerdo al orden natural y ordinario de las cosas, suelen ocuparse con mayor dedicación a la asistencia de los padres en la ancianidad y enfermedad (fs. 626 vta. y 627). La base comparativa del salario del empleado de comercio administrativo ¿A?, además de haber sido introducida recién en esta instancia (art. 272 del CPCC), no reúne el requisito mínimo de certeza exigible para que la chance sea cuantificada sobre esa base (Cazeaux Néstor P. y Trigo Represas Félix, ¿Derecho de las Obligaciones?, ed. LEP, Bs. As. 1987, Tomo I, pág. 402; Tanzi Silvia, ob. cit., pág. 331; Pizarro Ramón D. y Vallespinos Carlos G., ¿Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones?, ed. Hammurabi, Bs. As. 1999, Tomo 2, pág. 653). b) Debe tenerse en cuenta que lo frustrado no es el beneficio esperado sino la mera probabilidad de lograr lo que razonablemente hubiese tenido el damnificado de no mediar el ilícito. La chance, por definición, es en sí misma aleatoria, pues nada permite afirmar que de no haber mediado el evento lesivo, el damnificado hubiese obtenido el provecho económico o espiritual pretendido. Si la probabilidad se frustra, existe una lesión actual al interés legítimo que ella representa, y permite reclamar el valor económico de esa esperanza (conf. Bustamante Alsina Jorge, citado por Trigo Represas Félix, en nota 8, en ¿La pérdida de chances en el derecho de daños. De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad. La noción?, en ¿Revista de Derecho de Daños?, ¿Chances?, 2008-1, Ed. Rubinzal Culzoni, págs. 54-55); como debe tratarse de un interés actual del reclamante (Zannoni Eduardo A., ¿El daño en la responsabilidad civil?, ed. Astrea, 3ª edición actualizada y ampliada, Bs. As. 2005, pág. 105 y sgtes.), en última instancia, lo que se indemniza no es el beneficio mismo que se esperaba obtener, sino el hecho de haber perdido la oportunidad de obtenerlo; por ello, lo que se indemniza es la chance y no la ganancia perdida (CSJN, ¿Trafilam SA c. Galvalisi José?, 4-XII-1986, T°229-XX; CNCom. Sala B, ¿Murano Heriberto c. Eudeba?, sent. del 7-2-1989, en LL-1989-D-289; esta Sala II, expd. n°137.408, ¿Tórtora Mauricio y otro c. Mc Cain Argentina SA s. Daños y perjuicios?, sent. del 2-7-2009, R 501

(S) F° 3006-3026; exped. n°157.876, ?Buffa Héctor Hugo c. Ciarfaglia Adrián y otra s. Daños y perjuicios?, sent. del 28-4-2015, R 87 (S) F° 418/438). Zavala de González sostiene que se trata, en sustancia, de un daño futuro, que participa de las contingencias y eventualidades de una vida que puede o no producirse. El fundamento de la reparación de la chance perdida de un beneficio lejano reposa en razones similares a las que justifican la resarcibilidad de un daño futuro cierto, así sea distante. La falta de proximidad puede aminorar la probabilidad pero no la descarta por sí misma. La única diferencia entre aquellos casos es sólo de grado: el juicio de probabilidad de la chance es un poco más débil que el del daño futuro (Zavala de González Matilde, ?Daños a las Personas. Pérdida de la vida humana?, ed. Hammurabi, Bs. As. 1990, Tomo 2b, págs.. 258 y 261). Para la autora, el hecho de que el concebido se hallara alejado de la edad en que podría haber prestado ayuda a sus padres, y más aún, que tuviera que enfrentar aún el riesgo de supervivencia ante el parto, no descarta la chance, sino que sólo sirve para aminorar su intensidad o probabilidad y, consecuentemente, el monto indemnizatorio debido (ob. cit., pág. 298). Señala Dora Gesualdi que la pérdida de chance se cuantifica de acuerdo a las probabilidades objetivas de que suceda, de ahí que el art. 1739 del CCCN resalta que será indemnizable en la medida que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador. No se indemniza todo el beneficio esperado sino la oportunidad perdida (?Pérdida de la chance y el Código Civil y Comercial de la Nación?, en revista de Derecho de Daños, 2017-3 ?Cuantificación del daño?, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2017, pág. 205). c) La pauta a tener en cuenta, es la del salario mínimo, vital y móvil, utilizada reiteradamente por esta Sala cuando no se ha podido acreditar la cuantía de los ingresos tomados como base para reparar, y de acuerdo a los valores más próximos a la sentencia (arg. art. 772 del CCCN; SCBA, causa C. 101.107, ?Arbizu Víctor Esteban y otros c. Provincia de Buenos Aires s. Expropiación inversa?, sent. del 23-3-2010; causa C. 117.926, ?P.M.G. y otros c. Cardozo Martiniano Bernardino y otros s. Daños y perjuicios?, sent. del 11-2-2015; Alterini Atilio, Ameal Oscar, López Cabana Roberto, ?Derecho de Obligaciones?, ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1995, pág. 266; esta Sala II, exped. n°131.976, 131.833 y 130.138, ?Suárez Jorge Oscar y otra c. Mesa Argentino Enrique s. Daños y perjuicios?, ?Caparrós María Soledad c. Mesa Argentino Enrique s. Daños y perjuicios?, ?Royal Sunalliance Seguros Argentina SA c. Mesa Argentino Enrique s. Repetición de sumas de dinero?, sent. única del 16-3-2016, R 56-S F°269/93, exped. n°136.476, ?Lattanzi Vicente c. Henrik Daniel y otros s. Daños y perjuicios?, sent. del 31-11-2008, R 594 (S) F° 4158/67). El último importe del SMVM establecido por Resolución n°3-E/2017 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil ([www.trabajo.gov.ar](http://www.trabajo.gov.ar)), a partir del 1-1-2018 asciende a la suma de \$ 9500. Si bien puedo tomar como base hipotética la de una persona que comienza a trabajar a los 18 años (art. 25 del CCCN; art. 32 de la ley 20.744 reformado por la ley 26.390), no puedo descartar que la obligación alimentaria de los padres se extiende hasta los 21 años (art. 265 segundo párrafo del CC ley 340 reformado por ley 25.579; art. 658 del CCCN), razón por la cual, puedo considerar probable que entre esa edad y los 30 años, contribuyera a la ayuda familiar con el 20 % de lo que obtuviera, ya que es razonable pensar que el 80 % restante lo destinaría para cubrir sus necesidades personales y estudiar. Es decir que en ese lapso de tiempo (108 meses), hubiera aportado al hogar familiar la suma de \$ 222.300 (resultante de multiplicar \$ 1900 x 117, al agregar un mes de aguinaldo en cada año). A partir de los 30 años, edad en que puede presumirse hubiera constituido su propia familia, es poco probable que una persona que está formando y contribuyendo a mantener a su familia pueda destinar una parte de sus ingresos a sus padres, por lo que ese aporte no hubiera existido o se hubiera reducido a un monto irrelevante. Al llegar su hija a los 21 años de edad la actora hubiera tenido 54 años (ver DNI a fs. 5), y para cuando llegara a los 30 años, 63 años, o sea que ya podría estar gozando de una jubilación. Los cálculos los he efectuado sobre la base de un solo progenitor, porque los datos de la fecha de nacimiento del padre están borrosos en la copia de su documento a fs. 4, aunque sí puede presumirse por el número que era menor que la actora. En base a los cálculos realizados, la suma para indemnizar la pérdida de chance de ayuda futura debe elevarse a \$ 222.300, la que, aplicando el porcentaje de responsabilidad establecido (20 %), arroja el monto de \$ 44.460, que implicarían \$ 22.230 para cada progenitor. No obstante, el principio de la reformatio in pejus me impide agravar la situación del recurrente (SCBA, causa 98.059, "Passadore de Mónaco Sara (s. Sucesión) c. Santamaría Silvia Ester s. Nulidad de boleto de compraventa", sent. del 7 de mayo de 2008, con cita de Ac. 36.700, sent. del 28-10-1986; Ac. 51.335, sent. del 3-5-1995; Ac. 83.124, sent. del 5-3-2003; Ac. 74.366, sent. del 19-2-2002, entre otras), por lo que corresponde confirmar el monto establecido en la sentencia de primera instancia (\$ 150.000), el que, si mi voto es compartido, sólo será reducido en proporción al porcentaje de responsabilidad atribuido al médico demandado (20 %). d) El comienzo del cómputo de los intereses para este rubro ha de modificarse. La jueza lo consideró un ?daño futuro? y fijó el inicio del cálculo de los intereses a partir del momento en que la sentencia adquiriera firmeza, con fundamento en el art. 1748 del CCCN (fs. 627). Enseña Zannoni (ob. cit., pág. 97), que daño ?actual? es el menoscabo o perjuicio ya operado y subsistente en el patrimonio el damnificado al momento de la sentencia. Daño ?futuro?, en cambio, es aquel que todavía no se ha producido pero que ciertamente acaecerá; aparece como la previsible prolongación o agravación de un daño actual según las circunstancias del caso y la experiencia de la vida (cita en nota 23 de Orgaz Alfredo, ?El daño resarcible?, pág. 22). La certeza del daño futuro, señala el

mismo autor, no es más que la constatación de que el evento dañoso impide al damnificado conservar, para sí y en el futuro, la satisfacción de un interés patrimonial de que gozaba y que era de prever que hubiera continuado satisfaciendo de no ocurrir aquél (ob. cit., pág. 105). En el caso se trata de indemnizar la pérdida de una chance, la frustración de una esperanza, en la que coexisten un elemento de certeza y una incertidumbre. Certeza de que de no mediar el evento dañoso, el damnificado hubiera mantenido la esperanza en el futuro que le permitiría obtener una ganancia; incertidumbre, definitiva ya, de que manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la chance, la ganancia -ayuda económica- se habría en realidad obtenido (ob. cit., pág. 105). Lo explica claramente Zavala de González (ob. cit., pág. 263, cursiva en el original), lo perdido ya es la oportunidad de la ventaja, pero el contenido objetivo de ésta puede haber estado destinado a realizarse en un tiempo posterior, sin que ello empañe la resarcibilidad actual de la mutilación de tal probabilidad futura. Por ende, lo que determina que el daño pueda conceptuarse como futuro es que no se haya producido aún al momento del dictado de la sentencia, pero que se presente como una previsible prolongación o agravación de un daño actual, o como un nuevo menoscabo derivado de una situación de hecho actual (Pizarro-Vallespinos, ob. cit., pág. 663, con cita de Zannoni, Orgaz, Moisset de Espanés, Mosset Iturraspe), y en el caso de autos, considero que el daño emergente a título de pérdida de chance ya se ha producido, independientemente de que su contenido económico se hubiera concretado en el futuro, de no haber acaecido el evento dañoso. Por ello entiendo que los intereses moratorios deben computarse desde el momento de la producción del daño (Pizarro-Vallespinos, ob. cit., Tomo I, pág. 424), en consonancia con lo que constituye la doctrina legal de la Suprema Corte Provincial, establecida en la causa "Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén. s. Daños y perjuicios" (causa C. 119.176, del 15/06/2016). Este es el histórico criterio que la jurisprudencia mayoritaria ha seguido en la materia (sobre todo a partir del célebre plenario de la Cámara Nacional Civil "Gómez c/Empresa Nacional de Transportes" del 16/12/58; L.L. 93-667), sino que es además la pauta establecida en el nuevo artículo 1748 del Código Civil y Comercial, cuyo texto debe ser compatibilizado con las interpretaciones que de él ha realizado la Casación local (esta Sala II, exped. n° 161.169, ?Ruiz Díaz José Aurelio c. Krey Meyer Iván y otra s. Daños y perjuicios?, sent. del 18-8-2016, R 196 (\$ F° 1035/48). En virtud de ello, propondré al acuerdo que se modifique el comienzo del cómputo de los intereses respecto al rubro pérdida de chance de ayuda futura. **VOTO POR LA NEGATIVA** El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo: Corresponde: I) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación del demandado y de la citada en garantía, y modificar la sentencia de primera instancia, estableciendo el porcentaje de responsabilidad del Dr. Elmer Oddone en un veinte por ciento (20 %). II) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de los actores, ordenando que los intereses para el rubro pérdida de chance de ayuda futura se liquiden a partir del 26 de octubre de 2005. III) Adecuar las indemnizaciones por daño moral y pérdida de chance de ayuda futura fijadas en el fallo apelado, al porcentaje de responsabilidad atribuido al demandado, en la suma de pesos treinta y seis mil (\$ 36.000) y pesos quince mil (\$ 15.000) respectivamente para cada uno de los actores, y la del costo del tratamiento psicológico de la Sra. O. a la suma de pesos dieciocho mil setecientos veinte (\$ 18.720). IV) Por el recurso de la actora se imponen las costas a su cargo, dada su calidad de vencida (art. 68 del CPC); 2.- Por la apelación conjunta de la demandada y citada en garantía en un cincuenta por ciento (50%) a cargo de los recurrentes y en un cincuenta por ciento (50%) a cargo de la actora, atento al resultado obtenido (art. 71 del CPC); 3.- En cuanto a las costas de primera instancia, se imponen en un ochenta por ciento (80%) a la demandada y citada en garantía y en un veinte por ciento (20 %) a la actora conforme a lo establecido por el art. 274 del CPC (arts. 68 segundo párrafo y 71 del CPCC). V) Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967. **ASÍ LO VOTO** El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. **SENTENCIA** Por los fundamentos dados en el acuerdo que antecede se dicta la siguiente sentencia: I: Se hace lugar parcialmente al recurso de apelación del demandado y de la citada en garantía, y se modifica la sentencia de primera instancia, estableciendo el porcentaje de responsabilidad del Dr. Elmer Oddone en un veinte por ciento (20 %). II: Se hace lugar parcialmente al recurso de apelación de los actores, ordenando que los intereses para el rubro pérdida de chance de ayuda futura se liquiden a partir del 26 de octubre de 2005. III: Se adecuan las indemnizaciones por daño moral y pérdida de chance de ayuda futura fijadas en el fallo apelado, al porcentaje de responsabilidad atribuido al demandado, en la suma de pesos treinta y seis mil (\$ 36.000) y pesos quince mil (\$ 15.000) respectivamente para cada uno de los actores, y la del costo del tratamiento psicológico de la Sra. O. a la suma de pesos dieciocho mil setecientos veinte (\$ 18.720). IV: 1.- Por el recurso de la actora se imponen las costas a su cargo, dada su calidad de vencida (art. 68 del CPC); 2.- Por la apelación conjunta de la demandada y citada en garantía en un cincuenta por ciento (50%) a cargo de los recurrentes y en un cincuenta por ciento (50%) a cargo de la actora, atento al resultado obtenido (art. 71 del CPC); 3.- En cuanto a las costas de primera instancia, se imponen en un ochenta por ciento (80%) a la demandada y citada en garantía y en un veinte por ciento (20 %) a la actora conforme a lo establecido por el art. 274 del CPC (arts. 68 segundo párrafo y 71 del CPCC) V: Se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967. Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del CPCC).

Devuélvase.

027496E