

## Responsabilidad Del Hospital Cuidados Intensivos Neonatología Quemadura Química En Antebrazo Extravasación

### JURISPRUDENCIA

### Responsabilidad del hospital. Cuidados intensivos. Neonatología.

Quemadura química en antebrazo. Extravasación Se eleva el monto indemnizatorio y se confirma el resto de la sentencia que condenó a resarcir a la actora de los daños y perjuicios ocasionados a raíz de la deficiente atención médica que recibió al nacer su hija, por parte del hospital demandado, en el servicio de cuidados intensivos neonatológicos. En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los días del mes de abril de dos mil dieciocho, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excm. Cámara Nacional de la Apelaciones en lo Civil, Sala 2ª, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados "MURRIE Cintia Eleonor c/ HOSPITAL BRITANICO de Buenos Aires s/ daños y perjuicios - Responsabilidad profesional médicos y auxiliares", el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara doctores Osvaldo Onofre Álvarez, Patricia Barbieri y Liliana E. Abreut de Begher. A la cuestión propuesta el doctor Osvaldo Onofre Álvarez, dijo: I - Por sentencia obrante a fs. 1152/1165 se hizo lugar a la demanda y en consecuencia se condenó al Hospital Británico de Buenos Aires y a Noble Compañía de Seguros S.A. en su carácter de continuadora de Noble S.A. Aseguradora de responsabilidad profesional, de conformidad con lo prescripto en el art. 118 de la ley 17.418 y en la medida del seguro pactado, a pagar a C. V. la suma de setecientos veinte mil pesos (\$720.000), con más intereses y costas a las vencidas (conf. art. 68 del Código Procesal). Por último se difundió la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes. Apelaron las partes en el presente proceso. A fojas 1178/1185 fundó su recurso la actora y cuestiona el rechazo resuelto por la juzgadora a los reclamos efectuados por la madre de la menor en concepto de daño moral y psicológico. Luego cuestiona las indemnizaciones fijadas a favor de su hija en concepto de tratamiento de fisioterapia, detrimento moral, incapacidad sobreviniente y daño estético por considerarlas reducidas. Por último cuestiona que no se indemnizara el daño psicológico de la niña C.. A fojas 1187/1199 presenta sus quejas la codemandada Hospital Británico, y en primer lugar controvierte la responsabilidad resuelta en el fallo de grado, luego subsidiariamente impugna los montos fijados en concepto de incapacidad sobreviniente, daño moral y estético, por resultar según sus dichos elevados. Por último se queja de la tasa de interés fijada en el fallo de grado. A fojas 1191/1199 presenta agravios la citada en garantía, y opugna también la condena y los montos asignados a favor de la menor. Luego se agravia de los intereses y las costas por la intervención de la Dra. Pesce y su Cía. A fojas 1213/1216 presentó su dictamen el señor Defensor de Menores de Cámara, adhiriéndose a la presentación de la actora. Luego cuestiona que se rechazara la indemnización solicitada por su representada en concepto de de daño psicológico, e impugna las indemnizaciones fijadas en concepto de incapacidad sobreviniente, daño estético, tratamientos, y daño moral por considerarlas exiguas. II. Solución Los temas que debemos decidir, la medida en que ha quedado abierta la jurisdicción de esta Cámara para conocer del caso, son los antes resumidos (arts. 244, 265, 271, 277 y concs. del CPCC; CSJN Fallos: 313:912; 315:562 y 839). Para hacerlo no estamos obligados a analizar cada una de las argumentaciones de las partes, ni ponderar todas las pruebas agregadas, sino sólo las consideradas decisivas para la resolución de la contienda (Fallos: 144:611; 258:304, 262:222, 265:301, 272:225, 274:113, 276:132, 280:3201, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121, entre otros). II - 1) Primer agravio de la actora Se queja la reclamante en punto a que la sentenciante concluyera que más allá de las vicisitudes que habría sufrido después de la cesárea, no hay un reproche concreto, como así tampoco se produjo prueba al respecto, por lo que se resolvió rechazar el resarcimiento solicitado. Adelanto desde ya, que en mi opinión, la presente queja, -la que apenas constituye una mera crítica concreta del fallo de grado- deberá ser rechazada. En efecto, pretende la accionante que se condene a una indemnización por la supuesta negligencia en que habría incurrido el hospital luego de serle practicada una operación cesárea, sin determinar concretamente que daño le ha provocado, como así tampoco ofrecer prueba al respecto que acredite fehacientemente sus dichos. Es sabido que nada se indemniza en abstracto, que el daño debe ser cierto, y la actora -reitero- no fue clara al iniciar la demanda. Nótese que al presentar la acción, si bien relata que luego de dar a luz fue intervenida de peritonitis y se le realizó un raspaje, no hay un reproche concreto en la actuación profesional. A lo largo del presente pleito se debatió un hecho distinto, por el cual se ofreció prueba, resultando ser la lesión sufrida por la recién nacida. Así pues, la jurisprudencia ha dicho reiteradamente que: "El principio de congruencia, que impide que el juez falle extra, ultra o infra petita, sufre una doble limitación en lo que atañe a los poderes del tribunal de segunda instancia, por un lado, porque la alzada no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a decisión del juez de primera instancia -como ocurre en el sub lite-; por el otro, porque no podrá decidir acerca de otras cuestiones que las que se constituyeron materia de los agravios expresados por el apelante. Esto es así, por cuanto la apelación no importa un nuevo juicio

(prohibición del *ius novarum*) sino un control de la legalidad de la sentencia de primera instancia, quedando por ello excluida de la segunda la posibilidad de introducir nuevas pretensiones o defensas, como lo autorizaba, por ejemplo, el Código Procesal italiano de 1865 hasta la reforma de 1940 (conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, del 28/08/2012, in re : ? Caruso José c/ Caja de Seguros de Vida S.A. S/ ordinario?). Por lo expuesto, se rechazan los agravios y se confirma la decisión de grado. II

- 2) Responsabilidad Como lo adelantara las coaccionadas controvierten la decisión de grado en cuanto las condena a resarcir a la actora de los daños y perjuicios ocasionados a raíz de la deficiente atención médica que habría recibido la niña C. V. el día de su nacimiento, por parte del hospital demandado. Antes de analizar las quejas vertidas por las partes haré una breve reseña de los hechos que motivaron el presente litigio. Así pues, el pertinente reclamo lo inicia la madre de la menor, quién lo hace por sí y en representación de su hija, persiguiendo el cobro de los daños y perjuicios de una mala praxis médica que dice haber sufrido la recién nacida en el servicio de cuidados intensivos neonatológicos a cargo de la Dra. Graciela Rosa Pesce. Aclara que la bebe nace por cesárea el día 18 de agosto, con una edad gestacional de 39 semanas, con un pesos de 3.540 kg, con un cuadro de distrés respiratorio, -Apgar 7/8/10- siendo necesario realizarle aspiración de secreciones, bolseo y oxígeno en la sala de recepción, luego quedó internada en incubadora con oxigenoterapia durante siete días. Agrega que a los cuatro días - 22/08/2007- el jefe de neonatología le explica que a C. se le había salido la vía que estaba pasando y se había quemado el antebrazo derecho con gluconato de calcio, que había sido un accidente y que era para prevenir un mal mayor y que en ese momento ya estaba en manos del cirujano plástico Dr. Pereyra.

Resalta - según sus dichos- que la realidad de lo ocurrido a la niña - ocultada por los médicos-, fue que tuvo una evolución estable en neonatología del Hospital Británico hasta que en el segundo día de vida, recibe por vía endovenosa una corrección electrolítica con gluconato de calcio, produciéndose una extravasación del mismo, ocasionando a su vez una lesión ulcerativa, con pérdida de sustancia de antebrazo derecho de 6 cm por 3 cm., equivalente a una quemadura química profunda AB-B, correspondiente al 10 % de la superficie corporal. Posteriormente la menor fue sometida a tres intervenciones quirúrgicas de escarectomía, un injerto de piel y once curaciones bajo anestesia, sufriendo asimismo como complicación un proceso séptico a punto de partida de la herida en el antebrazo y brazo derecho, requiriendo antibiótico específico y evaluaciones periódicas por el servicio de infectología del Hospital Británico. Resalta que las indicaciones de los profesionales del nosocomio demandado se llevaron a cabo en forma deficiente. La accionada niega los hechos que se relatan en la demanda, y reconocen que la actora ingresó el día 17 de agosto de 2017 al Hospital Británico, cursando un embarazo de 39,5 semanas, internada por contracciones uterinas irregulares y monitoreo fetal no tranquilizante, por lo que los profesionales médicos decidieron realizar una prueba de tolerancia a las contracciones y eventual inducción al parto. Al constatar la presencia de líquido amniótico meconial, se decidió en forma consensuada realizar una cesárea a fin de evitar el sufrimiento fetal. Finalmente la niña nació el día 18 de agosto, con un peso de 3540 kg, y fue trasladada a la unidad de cuidados intensivos neonatales, colocada en incubadora, iniciándose un plan de hidratación y medicación antibiótica. Agrega, que al día siguiente, con manifestaciones clínicas de hipertensión pulmonar, con verificación de hipocalcemia (6mg/dl), se determinó realizar una corrección con gluconato de calcio EV, según los criterios habituales para esta condición y posteriormente se constató una extravasación de gluconato de calcio en el miembro superior derecho, a la altura del codo, suspendiéndose la corrección y colocando compresas de sulfato de magnesio en forma permanente. Aclara que la doctora Graciela Pesce consignó en la historia clínica que los padres de la menor fueron informados. Luego se continuó con tratamiento tópico local, e inmediatamente se consultó a Cirugía Plástica por la quemadura química y se aconsejó seguir con las curaciones con sulfadiazina y recubrir con film, verificando el Dr. Pereyra una lesión necrótica estimada en un 10% de la superficie corporal total, estableciéndose un plan terapéutico para curación de la escara y preparación de un autoinjerto. El día 23 de agosto, se comprobó desmejoría de la lesión y edema de la región distal sin evidencia de síndrome compartimental, que al revertir se postergó la escarectomía hasta el momento oportuno. Manifiesta que durante el mes de septiembre el equipo de cirugía plástica realizó curaciones bajo anestesia en quirófano y se practico un autoinjerto tomando piel de cara anterior de la muñeca, prendiendo en un 95% de su extensión. Por último el día 25 de septiembre se la trasladó a la sala de clínica pediátrica, continuando con el plan de rehabilitación kinésica y terapia ocupacional con colocación de férula, y ante la buena evolución del injerto se propone internación domiciliaria para continuar con las curaciones y la rehabilitación, egresando del Hospital Británico el día 29 de octubre de 2007. Concluyen que la complicación que sufriera la niña C. V. es frecuente en los neonatos debido a la delgadez, mala perfusión de la piel y del tejido celular subcutáneo, sumado al pequeño calibre de las venas y a la incapacidad para localizar el dolor. Que conforme a las complicaciones que sufría la recién nacida, la indicación de gluconato de calcio ha sido la correcta, y la extravasación un evento que puede resultar frecuente en supuestos como el que se trae a estudio en el caso de autos. En cuanto al fondo de la cuestión, En atención a los agravios y en razón de la decisión arribada en la instancia de grado cabe -en primer lugar- hacer algunas precisiones acerca de los hechos origen de la litis y, en su caso, del nexo de causalidad con los daños denunciados imputados a las conductas de las demandadas. En materia de atribución de responsabilidad -partiendo de los presupuestos que, en general, se mencionan para que se configure este deber de resarcir- el

damnificado tiene la carga de probar el daño y que ese daño -cuya reparación se pretende- se encuentra en relación causal adecuada con el hecho de la persona a la cual se atribuye su producción, ya que de otra forma se estaría imputando a una persona el daño causado por otro. En este sentido se ha sostenido que "la noción de daño resarcible se vincula con un hecho lesivo que sea su causa adecuada e imputable a otra persona (...) Ningún perjuicio se indemniza en el vacío, sino en vista de un concreto antecedente fáctico respecto del cual se investigan los presupuestos de resarcibilidad (...) Así pues el hecho lesivo constituye uno de los extremos esenciales de prueba en el juicio de daños" (Zavala de González, Matilde "Resarcimiento de daños", Ed. Hammurabi, Tomo 3, pág. 155). Es decir, que ante la negativa general y expresa del demandado, recae sobre la parte actora la carga de probar la existencia del hecho dañoso y su relación causal, prueba que resulta esencial para la procedencia de una indemnización resarcitoria de daños y perjuicios. Ello, sin perjuicio de lo que infra expondré, en cuanto al particular caso que hoy decidimos. Antes de resolver si el daño se debió a la acción culpable de una persona hay que establecer que fue realmente su acción la que lo produjo (Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967, pag. 36). Sin autoría o coautoría no es procedente entrar a indagar sobre la culpa. Es condición previa a toda investigación sobre responsabilidad, establecer la vinculación del autor con el acto que produjo el daño. En efecto a través de la determinación de la relación causal se puede ante todo conocer si tal o cual resultado dañoso puede -objetivamente- ser atribuido a la acción u omisión física del hombre; o sea si éste puede ser tenido como autor del mismo, y establecido ello, la medida del resarcimiento que la ley le impone como deber a su cargo resultará a su vez de la propia extensión de las consecuencias dañosas derivadas de su proceder, o que puedan ser tenidas como "efectos" provocados o determinados por su conducta, la que así vendría a ser su "causa" (Trigo Represas, Félix y Compagnucci de Caso, Rubén H. en "Responsabilidad civil por accidentes de automotores", 2ª ed. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986, pag. 41). Por otra parte, para que un sujeto sea condenada al pago de una indemnización por daños y perjuicios -tenga origen contractual o extracontractual- no sólo es necesario -salvo excepciones- que estén presentes los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil (daño, relación causal, antijuridicidad y factor de atribución), sino que resulta fundamental que la presencia de esos elementos esté probada en la causa judicial (Vázquez Ferreyra, Roberto "Prueba del daño al interés negativo, en La prueba del Daño", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1999, pág. 101). Asimismo se ha expresado que en los procesos de daños la necesidad de prueba se subordina a los requisitos de la responsabilidad resarcitoria, cuyo eje está constituido por la producción de un daño injusto, que lesiona un interés del actor y que ha sido causado adecuadamente por un hecho; el daño debe ser jurídicamente atribuible al demandado, en virtud de un motivo que torne justa su responsabilidad (Zavala de González, Matilde "La prueba en los procesos de daños y perjuicios", en Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina", Vol. II, pág. 331). La prueba del daño y de la relación causal, cuando menos en su fase primaria, puramente material, incumbe al pretensor. Es una simple aplicación del principio que fluye del artículo 377 del CPCC (Brebba, Roberto H. "Hechos y actos jurídicos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, pág. 141; Vázquez Ferreira, Roberto A. "Responsabilidad por daños -elementos" Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, pas. 226 a 230; Bustamante Alsina, Jorge "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires, 1993, N° 606 y 607, pag. 269). De consuno, sabemos que el pretensor del resarcimiento de daños debe demostrar los presupuestos de la norma que lo beneficia. Debe probar la existencia del hecho por el que demanda, o de la acción antijurídica, o el incumplimiento; también el factor de atribución, el nexo causal y el daño serán motivo de su esfuerzo demostrativo (Lorenzetti, Ricardo Luis "Carga de la prueba en los procesos de daños", en LL 1991-A-995, ver también Tanzi, Silvia "La prueba en el daño", en Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1999, págs. 444/6/7/9). Debemos decidir -conforme los elementos probatorios acercados y los agravios expresados- si la reclamante ha cumplido con aquella carga procesal. En el caso, la actora imputa responsabilidad al hospital demandado por la deficiente atención médica que habría recibido la recién nacida en dicho nosocomio. Adelanto que la responsabilidad de los profesionales -subjética- deberá ser evaluada -como infra expondré- en términos de culpa (arts. 512, 902, 1109 y concs. del Código Civil). II - 2) La responsabilidad del centro asistencial Esta Sala tiene decidido que en materia de responsabilidad médica, y como consecuencia que el deber jurídico central asumido por el facultativo es por lo general de actividad, en principio incumbe al paciente (pretensor) la carga de demostrar la culpa de aquél (demandado). Dicha conclusión -tal como lo sostuvo el doctor Bueres en reiterados votos como integrante de este Tribunal (v.gr.: 28/02/96, in re "G., F. M. y otro c/ Centro Médico Lacroze y otros")- hoy día parece estar afianzada en el derecho vigente tras un fructífero debate doctrinal de más de tres lustros, puesto que en las aludidas obligaciones de actividad, cuya infracción genera responsabilidad subjética, el incumplimiento -cuando menos en el plano funcional-, se conforma con la culpa, razón por la cual la demostración de ésta entraña tanto como hacer patente aquel incumplimiento -al cual prima facie debe ir dirigida la prueba- (Jordano Fraga, Francisco, "La responsabilidad contractual", Ed. Civitas, Madrid. 1987, pág. 170 y sstes.). No basta pues con revelar la mera infracción estructural -la causación el daño médico- para deducir sic et simpliciter el elemento subjetivo (culpa), aunque tal trasgresión al alterum non laedere provoque antijuridicidad, que es asunto diverso (véase la opinión del doctor Alberto J. Bueres, en

"Responsabilidad contractual objetiva", JA 1989-II-964). Este es un tema de prueba del incumplimiento funcional, el cual ante la falta de directivas en dirección diversa sigue el cauce natural por el que transita la obligación de actividad. Es que, en verdad, la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado tiene valor sustancial, dado que sirve para individualizar el factor de atribución: en las primeras el criterio de imputación es la culpa, mientras que en las últimas la responsabilidad es objetiva. Hay, pues, un relativismo de la clasificación, bajo la óptica del derecho adjetivo (la supuesta diversidad de las categorías por razón de la prueba) pues una obligación de medios no muda su naturaleza según el actor deba dar en juicio la culpa del demandado, o bien que éste, frente a la demostración del daño, tenga que liberarse mediante la prueba de su diligencia (cfr. opinión del doctor Bueres en "Responsabilidad Civil de las Clínicas y Establecimientos Médicos", Ed. Abaco, Buenos Aires, 1981, págs. 975/ 977 y en "Aspectos generales de las responsabilidades profesionales", "Revista Jurídica Delta", n° 3, abril 1994, págs. 13/17). No obstante lo expresado, las dificultades probatorias acusadas que debe sortear con frecuencia el paciente (actora) para poner a las claras la culpa del médico, condujeron a la doctrina a conferir un elevado valor, quizá como en ninguna otra materia, a las presunciones judiciales -"praesumptio hominis"- (Bueres, Alberto J., "Responsabilidad Civil de las Clínicas y establecimientos médicos", Ed. Abaco, Buenos Aires, 1981, págs. 240 y 241, en "Responsabilidad Civil de los médicos" Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, t. I., págs. 82 y 85 y 325 a 327). De tal suerte evidenciados por el paciente ciertos datos empíricos, el juez ha de deducir la prueba galénica no probada de forma directa: el magistrado tendrá por probada la culpa, cuando el daño, en su ocurrencia, y según la experiencia común no pudiera explicarse de otro modo que no fuese el de la comisión de una culpa; a menos que el demandado aporte prueba eficaz para liberarse en sentido amplio de responsabilidad. Claro está que en el fondo -y cuando menos desde la perspectiva de autorizada doctrina-, la admisión de las presunciones hominis no importa derogar el régimen de la carga de la prueba en materia de culpa. Habrá que demostrar hechos que generen indicios para extraer de ellos la culpa de manera indirecta. A lo más, cabrá entender que existe un aligeramiento de la actividad probatoria, y una concesión a los jueces de posibilidades para apreciar las circunstancias implicadas sobre la base de equidad (Frossard, Joseph "La distinción des obligations de moyens et des obligations de résultat", cit. ps. 102/103). En esta última instancia, el intérprete podrá recurrir a la teoría de las cargas probatorias dinámicas, que es un recurso técnico aproximado al favor probationis de la doctrina española (Cavanillas Mújica, Santiago "La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia", ed. Aranzadi, Pamplona, 1987, págs. 65/70). II - 2 - 1) La experticia médica A fojas 943/951 obra glosada la pericia médica presentada por el experto, la que nos informa -de acuerdo a las constancias obrantes en la historia clínica- que efectivamente la recién nacida ingresa a neonatología de nursery por dificultad respiratoria, luego de nacer por cesárea, sufriendo finalmente una quemadura química por extravasación de gluconato de calcio. Ahora bien, es un hecho indiscutido que la menor presentó una quemadura química por extravasación de gluconato de calcio durante la administración del mismo en su brazo derecho, el cual fuera medicado para corregir un cuadro de hipocalcemia. Se quejan las recurrentes de la decisión de grado en cuanto resolvió que en la especie existió mala praxis médica, y sostienen al respecto -entre otras consideraciones- que la producción del daño sufrido por la niña es una complicación posible, no resultando reprochable la actuación del servicio de enfermería del Hospital Británico. Adelanto, desde ya, que en mi opinión las quejas serán rechazadas- las que mínimamente conforman discrepancia formal del fallo apelado-. En efecto, el experto médico concluye lo siguiente: a) la extravasación es una complicación posible, no frecuente, dadas las características del producto que se administra y por su posibilidad de lesionar las paredes del vaso, por eso se deben arbitrar los mayores cuidados antes, durante y después de su aplicación; b) no es difícil la evaluación clínica precoz de estas lesiones, se debe ir administrando en forma lenta y controlando el lugar de venopunción a efectos de palpar y/o visualizar cuando comience en caso de presentarse la extravasación; c) la bibliografía española aportada por el hospital demandado, no se aplica al caso debatido en estas actuaciones, toda vez que se trata de un bebe prematuro y no recién nacido a término; d) en cuanto al tratamiento de la quemadura química, hubo un aparente retraso en su detección y en la toma de decisiones, por lo demás fue correctamente tratada; e) la historia clínica del Hospital Británico carece de un cronograma horario acorde a las patologías de la menor y de hojas de enfermería, la extravasación fue detectada en forma tardía, lo cual produjo un mayor daño en los tejidos que el esperado con una detección inmediata, por lo cual el tratamiento instituido si bien fue correcto comenzó en forma tardía ( el resaltado es de mi autoría). En suma, coincido con la primera juzgadora, no así con las recurrentes, en cuanto resolvió responsabilizar al centro asistencial y a su aseguradora por la deficiente atención médica recibida por la recién nacida, traducida en la tardía detección de la extravasación y su consecuente quemadura química en antebrazo derecho de 6 por 3 cm (10% de la superficie corporal). Demostrada la culpa del servicio de enfermería del Hospital Británico, corresponde confirmar la responsabilidad. Dicho deber de reparar es objetivo y directo y -conforme el criterio de este Tribunal- descansa en la violación de una obligación de seguridad generada por aplicación del artículo 504 Código Civil (en igual sentido, Vazquez Ferreyra, R. ¿La obligación de seguridad en el derecho civil y ley de Contrato de Trabajo? Editorial Vélez Sársfield, Rosario, 1988, págs. 157 y 158; Bustamante Alsina, Jorge, ¿Teoría General de la responsabilidad Civil?, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1987, n° 1374, págs.

451; Penneau Jena, ¿La responsabilidad médica?, Editorial Sirey, París, pág. 66; Bueres, Alberto J., ¿ Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos?, op. cit. pág. 26 y ss.; también CNCiv., Sala D , ED 103- 271 y ss. ; Sala C., LL. 1976- C- 63 y ss., Sala E, ED 77- 249 y ss. ; Sala D, JA- 1990- II, pg. 69 y ss.). Por lo expuesto, y como ya lo adelantara, se rechazan las quejas y se confirma la responsabilidad resuelta en el fallo de grado. II - 1) Incapacidad sobreviniente - Daño estético Cuestionan las partes obviamente por diferentes motivos la partida resarcitoria fijada en la instancia de grado en el presente rubro. Asimismo la actora se queja en punto al rechazo resuelto por la juzgadora del reclamo efectuado en concepto de daño psicológico. Por último la demanda plantea que el daño estético no es autónomo, resultando una doble indemnización. En cuanto a la queja de la accionada, diré, que efectivamente el daño estético no es autónomo, sin perjuicio de ello, sí la incapacidad resultara permanente,- como en el caso que nos ocupa-tiene repercusión tanto en la faz patrimonial -incapacidad sobreviniente-, como en la esfera espiritual -daño moral- y ambos detrimentos deberán ser resarcidos. Es sabido que la indemnización por menoscabo físico emergente debe valorar la disminución de aptitudes o facultades, aunque ésta no se traduzca en una disminución de ingresos, ya que aún la limitación para realizar en plenitud quehaceres domésticos o una actividad de relación social o familiar constituye un daño indemnizable por importar una lesión a la economía de la persona, o patrimonial indirecta. También es conocido que los porcentuales de discapacidad no tienen tanta relevancia como cuando se trata de acciones fundadas en leyes de indemnización tarifada. Por tanto las objeciones de la demandada a los dictámenes periciales no son fundamentales, en tanto no lo son los cálculos numéricos insertos por los expertos. La menor sufrió una quemadura química por extravasación de gluconato de calcio durante la administración del mismo en su brazo derecho, afectando un 10% la superficie corporal total, presentando en la actualidad un 28% de la T.O. En cuanto al daño psicológico, informó la experta a fojas 980 que la menor no presenta secuelas psíquicas incapacitantes compatibles con daño psíquico, sin perjuicio de que pudo haber padecido trastornos transitorios. El informe fue impugnado por la actora a fojas 989/991, no obstante lo cual no encuentro mérito para apartarme de sus categóricas conclusiones. Se configura la validez científica del dictamen de un perito en cuanto recurre a una característica mas de labor de ese tenor, cual es la remisión a múltiples pautas objetivas para la elaboración de conclusiones verificables y cuya validez no se basa únicamente en el título del experto, sino también en la coherencia interna del dictamen y en la posibilidad de comprobación y verificación de sus referencias a elementos externos útiles, para la ordenación lógica de la labor respectiva (CNCiv., Sala B, 12-05-89, in re "Medina Marta S.B. c Medina María I.C.?, La Ley 1989-E-117). Por tanto, el juez solo puede y debe apartarse del asesoramiento pericial cuando este adolezca de deficiencias significativas, lo que no acontece en el caso de autos. Por lo demás no resultan suficientes para convencer al juzgador que lo sostenido por el experto es incorrecto, las meras objeciones, ni la simple discrepancia de las partes, pues aunque las normas procesales no acuerdan al dictamen carácter de prueba legal, y el magistrado puede formar su propia conclusión al respecto, debe apoyarse en otros elementos de juicio que permitan concluir el fehacientemente; es menester aducir razones de entidad suficiente o razones muy fundadas para apartarse de un dictamen de sólidas bases, que no colisione con principios lógicos o máximas de experiencia (CNCiv, Sala G, 11-11-99, in re ?AG.R. c F.J.J?, en LL, Revista de Responsabilidad y Seguros, tomo 2000-680). Por ello, coincido con la juez a quo en punto a que no corresponde indemnizar el daño psicológico de la menor dentro del presente rubro, sin perjuicio de ello, diré, que los trastornos transitorios sufridos por la niña serán tenidos en cuenta al momento de cuantificar el daño moral, por la repercusión que han tenido en la faz espiritual de la menor. En cuanto al reclamo de la madre, tampoco corresponde su resarcimiento, toda vez que no se produjo prueba pericial psicológica, tampoco se ofrecieron puntos periciales, conforme se desprende de la demandada, de los puntos periciales que se describen a fojas 123/vta, no hay ninguno que se refiera a la progenitora. Ahora bien, para resolver el daño de la víctima tendré en cuenta sus condiciones personales al momento del hecho: recién nacida, vive con sus padres, quienes trabajan en forma independiente (conf. fojas 56 del beneficio de litigar sin gastos). En mérito a lo expresado y habida cuenta de las condiciones personales de la víctima, la incapacidad física, y estética sufrida, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1068, 1086 - actualmente artículos 1746, 1737, 1739 - y concordantes del Código Civil y 165 del CPCC, considero que el monto fijado por el sentenciante -\$ 400.000- resulta reducido, por lo que propongo elevarlo a \$550.000-. En cuanto al fijado en forma independiente en concepto de daño estético -\$10.000- diré, que resulta acorde, si se tiene en consideración que se indemnizó en forma separada, por lo que se rechaza la queja y se mantiene dicha cantidad. II - 2) Daño moral También censuran las partes y el Defensor de Menores de Cámara la cantidad asignada en la instancia de grado en el presente rubro a favor de la menor. A su vez la actora se queja del rechazo resuelto por la juzgadora al reclamo efectuado por el detrimento sufrido a raíz de la discapacidad de su hija. No cabe duda que en la órbita extracontractual, el daño moral en vida de la víctima, sólo puede ser reclamado por ésta; y únicamente si aquella muere, podrán solicitar su reparación iure proprio, sus herederos forzosos (art. 1078 del Código Civil). Esta solución no ha sufrido mayores embates, aunque se han insinuado voces en el sentido que es necesario ampliar el ámbito de los legitimados (v.gr., la cuestión fue planteada en las ¿Jornadas sobre temas de responsabilidad civil por muerte o lesión de personas?, -dictamen de la comisión A, firmado por los doctores Brebbia, Corbella y Barbero-, Rosario,

1979). Sin embargo, parecería que la solución legal es la que mejor responde a la naturaleza de los derechos afectados por el daño moral. Si del hecho no ha resultado la muerte del acreedor, el único titular de la acción es él; si el propio interesado no se siente dañado, nadie puede intentar la acción en su lugar (Beluccio, Augusto C. (dir) y Zannoni, Eduardo A. (coord) en ?Código civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado?, t. 5, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 116). Matilde Zavala de González, dice que tampoco esta motivación es la correcta, ya que el damnificado indirecto no intenta la acción ?en lugar? del damnificado directo, sino que esgrime siempre un perjuicio propio y personal (aunque reflejo o mediato). Se trata de esferas morales subjetivamente autónomas (en ?Resarcimiento de daños?, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pág. 531). No obstante ello, hasta tanto no opere una reforma legislativa en tal sentido -y a falta de impugnación constitucional de aquella norma-, se impone su estricta aplicación al caso, por lo que corresponde extender el análisis de la cuestión, en la esfera del artículo 522 del Código Civil.

En materia contractual, el citado precepto sólo establece la admisibilidad de la reparación por daño moral -sin formular la distinción del artículo 1078 del Código Civil en cuanto al fallecimiento o no de la víctima-, razón por la cual, puede existir cierta vacilación sobre si es aplicable o no aquel criterio. Si se entendiera esto último, podría interpretarse que la legitimación para reclamar el daño moral, aun en caso que la víctima viva -como acontece en el sub examen-, puede extenderse a los damnificados indirectos -los padres de Micaela-. Al respecto, Jorge Mosset Iturraspe dice que en el artículo 1078 del Código Civil, se contempla la situación del damnificado directo, mientras que en el artículo 522 del mismo cuerpo legal, se disciplina la del contratante insatisfecho (En ?Responsabilidad por daños?, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1985, T. IV , N° 74, p. 219). La idea es clara cuando en la órbita del artículo 522 del Código Civil, quien experimenta el daño moral es el contratante, pero no ocurre lo propio en hipótesis como la que nos ocupa, donde los contratantes son los padres de una niña (damnificado directo) que fue víctima de la infracción contractual. En este caso, los auténticos contratantes quedan ?insatisfechos? con respecto al menoscabo -no necesariamente daño- padecido a la par de aquella. Ramón Daniel Pizarro (en ?Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición?, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, ps. 247 y 248), entiende que no hay razones para suponer que en la esfera contractual el vacío normativo existente en el artículo 522 del Código Civil, aventaja a los damnificados indirectos si vive el damnificado directo (a quien reputa legitimado). De ahí, concluye, que la solución debe ser igual a la que informa el artículo 1078 de ese cuerpo normativo.

Y en similar sentido, se expidió Aída Kemelmajer de Carlucci, quien estima que, la continuación de la acción por los herederos (en general) cuando la víctima del daño moral la promovió en vida, en los términos del artículo 1099 del Código Civil, se rige por los mismos principios en las órbitas contractual y aquiliana, más allá de que el precepto esté ubicado ( erróneamente) en el título de los actos ilícitos extracontractuales. Y en cuanto a la legitimación para solicitar el daño moral del artículo 1078 del Código Civil, dice que idéntica solución corresponde adoptar en los casos de incumplimientos contractuales. (Beluccio, Augusto C. (dir) y Zannoni, Eduardo A. (coord) en ob. cit pág. 116) En el mismo sentido, se ha expedido esta Sala (in re ?Contreras, Juan Carlos C/ M.C.B.A? del 16-07-98) y otras de esta Cámara (v.gr., la Sala C in re ?M.L.y otra c/ A. y otros , voto del Dr. Santos Cifuentes del 22/12/87, en ED, T. 131, p. 643 y ss), al margen de que en este último caso el daño moral fue acordado a los progenitores en primera instancia y, al no haber agravio sobre ello, la sentencia de segunda instancia quedo consolidada. De consuno, concluyo que el artículo 1078 del Código Civil, es aplicable por analogía a los supuestos del artículo 522 del Código Civil, pues no hay razones para ampliar la legitimación en la responsabilidad contractual, siendo que, por el contrario, la extensión del resarcimiento en este ámbito es más acotado que en el ámbito aquiliano ( arts. 520 , 521, 901, 903 y 904, en especial). En los dos casos rige la idea de víctima -damnificado directo-, por sobre el de contratante insatisfecho, que puede ser víctima o no -como sucede en el caso-, sin perjuicio de que pueda padecer un menoscabo espiritual que no alcanza la categoría de daño injusto o daño resarcible, en los términos del artículo 522 y 1078 del Código Civil. En la especie, el daño moral constituye una consecuencia mediata del incumplimiento, pues éste ha perjudicado de manera inmediata a la niña. Y en el incumplimiento contractual culposo u objetivo, sólo son reparables las consecuencias inmediatas y necesarias según lo expone el artículo 520 del Código Civil. Por tanto, la analogía entre los artículos 522 y el 1078 del Código Civil, es decisiva para entender que el hecho que menoscaba a los progenitores, y que no deriva inmediatamente de la infracción contractual, no esta enlazado de forma invariable a esta última (al hecho del incumplimiento). En un caso muy similar al presente, esta sala ha decidido que debe revocarse la indemnización por daño moral otorgada a los padres de un menor que sufrió daños a causa de la culpa del médico que atendió el parto -en el caso, presenta una incapacidad del cien por cien por lesiones cerebrales gravísimas a causa del sufrimiento fetal que no fue detectado-, pues el artículo. 1078 del Código Civil, es aplicable por analogía a los supuestos de responsabilidad contractual, siendo que la extensión del resarcimiento en este ámbito es mas acotado que en el aquiliano (30-05-03 in re ?Fava, Ricardo c. Institutos Médicos Antártida?, Colección de Análisis Jurisprudencial Obligs. Civ. y Com. - Gesualdi, Dora M. 85) En definitiva, coincido con la primera juzgadora en punto a que no corresponde indemnizar el presente detrimento a la actora, como así tampoco resulta aplicable el nuevo art. 1741 del Código Civil, -referido a las indemnizaciones de las consecuencias no patrimoniales-, toda vez que la incapacidad a la que hace referencia la

norma, se refiere a la severa -con un 75% - no resultando aplicable -afortunadamente- al caso de la niña. Por ello, se confirma la decisión de grado en lo que a este punto respecta. Ahora bien, entendido el detrimento moral, como compensación de la agresión a derechos inherentes a la persona, a efectos de otorgar la cantidad de dinero que es estimada justa a precio la forma inútil en que ocurrió el accidente, su fácil evitación, las lesiones físicas y psicológicas transitorias sufridas por la menor y su repercusión en su faz espiritual, que fue sometida de recién nacida a diferentes intervenciones quirúrgicas, considero que la cantidad fijada por la señora jueza de grado -\$300.000- resulta reducida, por lo que propongo elevarla a \$400.000.

II - 3) Gastos También se cuestiona la cantidad fijada en el fallo de grado por el presente concepto. Reiteradamente la jurisprudencia ha admitido la procedencia del reintegro de los gastos médicos, de farmacia y traslado en que debió incurrir la víctima como consecuencia de un hecho ilícito. Ello es así aunque no exista prueba documentada que demuestre precisa y directamente su erogación, siempre que resulte razonable su correlación con la lesión sufrida y el tiempo de su tratamiento. Lo propio acontece aún en el caso que la damnificada haya sido atendida en hospitales públicos o que cuente con cobertura social, toda vez que siempre existen erogaciones que no son completamente cubiertas. La presunción es susceptible de rebatirse por prueba en contrario, que deberá producir quien alega la improcedencia del reclamo, o pretende una suma inferior, o superior, a la fijada por el sentenciante en uso de las facultades que le otorga el artículo 165 del CPCC. De las constancias objetivas de autos, surge que la actora cuenta con la cobertura del Hospital Británico, -conf. fojas 56 del beneficio de litigar sin gastos, y que necesita continuar con un tratamiento de fisioterapia, realizando un mínimo de treinta sesiones a los fines evita una mayor retracción, estimándose el costo de cada una de ella entre los \$80 y \$100. Por lo expuesto, considero que el monto fijado por el sentenciante -\$10.000- resulta acorde y ajustado a derecho, por lo que propongo que el mismo sea mantenido.

II - 5) Intereses La sentencia en estudio ordenó liquidar intereses a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina de acuerdo a la doctrina plenaria sentada en los autos ?Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios? del 20/04/2009, desde el hecho ( 19/8/2007) y hasta el momento del efectivo pago. La demandada cuestiona el decisorio. En atención al criterio de la Sala, corresponde confirmar la decisión de grado, en cuanto liquida intereses desde el siniestro y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina de acuerdo a la doctrina plenaria sentada en los autos ?Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios? del 20/04/2009.

III - 7) Costas derivadas de la intervención de la Dra. Pesce y su aseguradora Cuestiona la aseguradora la imposición de gastos causídicos respecto a la médica demandada y a la citada en garantía. Habiendo la recurrente citado a la Dra. Pesce y a su compañía de seguros, y en atención al principio objetivo de la derrota corresponde confirmar el decisorio en cuanto le impone las costas (conf. art. 68 del Código Procesal).

III - Resumen, costas Por lo expuesto, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Defensor de Menores de Cámara, postulo admitir parcialmente las quejas y modificar la sentencia de grado en el siguiente sentido: a) se eleva a quinientos cincuenta mil pesos (\$550.000) y cuatrocientos mil pesos (\$400.000), los montos fijados por la juzgadora en concepto de incapacidad sobreviniente y daño moral respectivamente; b) se la confirma en todo lo demás que ha sido materia de agravios; e) las costas de Alzada se imponen a la demandada vencida (conf. art. 68 del Código Procesal). La regulación de honorarios de los profesionales intervinientes se difiere, de conformidad con lo resuelto a fojas 1165vta. Así lo voto. Las señoras juezas de Cámara doctoras Patricia Barbieri y Liliana E. Abreut de Begher, por análogas razones a las aducidas por el señor juez de Cámara doctor Osvaldo Onofre Álvarez, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto. OSVALDO ONOFRE ÁLVAREZ- PATRICIA BARBIERI - LILIANA E. ABREUT DE BEGHER- Este Acuerdo obra en las páginas n° n° del Libro de Acuerdos de la Sala ?D?, de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires, de abril de 2018. Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Defensor de Menores de Cámara, SE RESUELVE: Admitir parcialmente las quejas y modificar la sentencia de grado en el siguiente sentido: a) elevar a quinientos cincuenta mil pesos (\$550.000) y cuatrocientos mil pesos (\$400.000), los montos fijados por la juzgadora en concepto de incapacidad sobreviniente y daño moral respectivamente; b) confirmar el fallo recurrido en todo lo demás que ha sido materia de agravios; c) imponer las costas de Alzada a la demandada vencida. La regulación de honorarios de los profesionales intervinientes se difiere, de conformidad con lo resuelto a fojas 1165vta. Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Notifíquese por Secretaría y devuélvase. Osvaldo Onofre Álvarez Patricia Barbieri Liliana E. Abreut de Begher 033470E