

Mala Praxis Medica Perdida De Chance Embarazo Dano Moral Obstetra Dano Moral Legitimacion Paterna Menor Discapacitado

JURISPRUDENCIA

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de

la República Argentina, a los 18 días del mes de mayo del año dos mil veinte, en acuerdo -en los términos de los arts. 3 y 4 de la acordada n° 12/2020 de la C.S.J.N.- los Señores Jueces de la Sala "A" de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: "F., M. G. y otros c/ Clínica Privada Monte Grande SA s/ interrupción de prescripción", respecto de la sentencia de fs. 1029/1048, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿ES AJUSTADA A DERECHO LA SENTENCIA APELADA? Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: SEBASTIÁN PICASSO - RICARDO LI ROSI - HUGO MOLTENI. A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL DR. SEBASTIÁN PICASSO DIJO: I.- En la sentencia de fs. 1029/1048 se admitió la excepción de prescripción respecto de P. F. P. y M. P. P., se desestimaron las demás excepciones planteadas por las demandadas, se admitió la demanda interpuesta, y se condenó concurrentemente a Clínica Privada Monte Grande SA, a Swiss Medical SA y a QBE Seguros La Buenos Aires SA (a esta última, en la medida del seguro) a abonar, dentro del plazo de diez días, la suma de \$ 2.718.000 a M. E. P., la de \$ 180.000 a M. G. F., y la de \$ 180.000 a P. J. P., más los intereses y las costas del juicio. El pronunciamiento fue apelado por las partes. Clínica Privada Monte Grande SA expresó agravios a fs. 1169/1248. A fs. 1252/1256 y a fs. 1262/1271 hicieron lo propio la parte actora y Swiss Medical SA, respectivamente. A fs. 1278 QBE Seguros La Buenos Aires SA adhirió a las quejas de Swiss Medical SA. Finalmente, a fs. 1343/1347 presentó su memorial la Sra. defensora de menores de cámara, en representación de M. E. P. (cuya capacidad ha sido restringida de acuerdo con la sentencia que luce a fs. 97/99 de los autos caratulados "P., M. E. s/ determinación de la capacidad", n° 19.844/2017). A fs. 1280/1282, fs. 1284/1286, fs. 1287, fs. 1289/1294, fs. 1347/1348, fs. 1350/1353, fs. 1355/1356 y fs. 1357/1359 se encuentran agregadas las contestaciones de los traslados. II.- Memoro que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes, ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino que pueden centrar su atención únicamente en aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 386, Código Procesal). Por otra parte creo menester poner de resalto que, si bien a partir del 1 de agosto de 2015 ha entrado en vigor el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, los hechos ventilados en el sub lite (y por ende, la constitución de la obligación de reparar) han acaecido durante la vigencia del Código Civil derogado. Por consiguiente -y con excepción de lo que enseguida diré respecto de la cuantificación del daño- la cuestión debe juzgarse -en principio- a la luz de la legislación derogada, que mantiene ultractividad en este supuesto (art. 7, Código Civil y Comercial de la Nación; vid. Roubier, Paul, *Le droit transitoire. Conflit des lois dans le temps*, Dalloz, Paris, 2008, p. 188/190; Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 158). Debe hacerse excepción a esta regla en lo que respecta a las normas relativas a la cuantificación del daño, dado que ellas no se refieren a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino solo a las consecuencias de ella, y no varían la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, pues se limitan a sentar una pauta para su liquidación. En este sentido dice Kemelmajer de Carlucci: "Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*. Segunda parte, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 234). Por este motivo las reglas contenidas en los arts. 1741 -último párrafo-, 1746 y concs. del Código Civil y Comercial son directamente aplicables al sub lite. Asimismo señalo que, incluso en los aspectos que continúan siendo regidos por la legislación derogada, las disposiciones del Código Civil y Comercial constituyen una valiosísima pauta interpretativa, en tanto condensan las actuales tendencias doctrinales y jurisprudenciales y expresan además la intención del legislador de nuestros días (esta sala, 25/6/2015, "C., Jélica María c/ B., Carlos Ricardo y otros s/ Daños y perjuicios"; ídem, 30/3/2016, "F., Celeste Ester c/ D. P., Virginia Gabriela y otro s/ Daños y perjuicios", expte. n.º 11.725/2013; 11/10/2016, "R., Jorge Oscar c/ A., Adrián Bartolomé y otro s/ Nulidad de acto jurídico" y "A., Adrián Bartolomé y otro c/ R., Jorge Oscar s/ Restitución de bienes", exptes. n.º 47.289/2001 y 38.328/2003; ídem, CAC y C, Azul, sala II, 15/11/2016, "Ferreira, Rodríguez Amelia c/ Ferreira Marcos, y otra s/ Desalojo", LL 2017-B, 109, RCCyC 2017 (abril), 180; Galdós, Jorge Mario, "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", LL 16/11/2015, 3). Finalmente es conveniente explicar brevemente por qué, pese a algunos avatares legislativos, continúa plenamente vigente la doctrina plenaria elaborada a lo largo del tiempo por esta cámara. En efecto, si bien el art. 303 del Código Procesal fue derogado por el art. 12 de la ley 26.853, en virtud del

art. 15 de aquella norma tal disposición recién entraría en vigor a partir de la efectiva integración y puesta en funcionamiento de los tribunales que allí se crearon (vid. la acordada n° 23/2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). Ahora bien, esos tribunales nunca vieron la luz, y de hecho, el art. 4 de la ley 27.500 abrogó, a su vez, la ley 26.853 -con excepción de su art. 13- y reinstauró el recurso de inaplicabilidad de ley y la obligatoriedad de los fallos plenarios. III.- En su demanda, M. G. F. y P. J. P., por sí y en representación de sus hijos por entonces menores de edad, P. F. P., M. E. P. y M. P. P., reclamaron a Clínica Privada Monte Grande SA y a Swiss Medical SA una indemnización por los daños generados a raíz de la conducta culposa del médico tocoginecólogo que había atendido a la primera mencionada durante el embarazo de M. E.. Describieron en su escrito inicial cómo habían sido los controles médicos que el Dr. E. (este es el apellido que consta en el documento firmado por la viuda del galeno ante escribano público; vid fs. 199, reservada en Secretaría) había efectuado a la paciente. Puntualizaron que, en el primer trimestre, dentro de los exámenes de laboratorio se incluyó un pedido de determinación de anticuerpos para toxoplasmosis, cuyo resultado fue negativo. En cambio, y a pesar de que así lo indicaban los protocolos a nivel mundial, en los controles de rutina del segundo y del tercer trimestre no se solicitó tal estudio. Afirmaron, entonces, que debido a la falta de diagnóstico y tratamiento adecuado, M. E. P. nació con toxoplasmosis congénita y una incapacidad total y permanente del 100% (vid. escritos de fs. 9/11 y fs. 91/117). A fs. 204/224, Clínica Privada Monte Grande SA, al contestar el traslado de la demanda, opuso excepción de prescripción. Consideró que el plazo para iniciar la acción había comenzado a correr el 23/6/1998, fecha en la que, según la visión de los actores, se debería haber ordenado el examen de laboratorio de rutina por el que se podía determinar si la Sra. F. tenía toxoplasmosis. Agregó que, como el Sr. P. es médico, se encontraba en condiciones de advertir esa supuesta omisión, que él mismo calificó de grosera. En definitiva, como la demanda presentada a los fines de interrumpir la prescripción data del 30/6/2008, entendió que la acción se encontraba prescripta.

En lo sustancial, sostuvo que el médico sí había ordenado los exámenes de laboratorio, detectado que la paciente tenía toxoplasmosis e indicado el tratamiento adecuado, circunstancias que surgían de las fichas médicas acompañadas. Según su relato de los hechos, la viuda del Dr. E. le había entregado la historia clínica ambulatoria de la paciente ante el reclamo del establecimiento médico, después de recibir el mandamiento de secuestro. También adujo la demandada que, a todo evento, no debía responder por la actuación del médico, porque este atendía en un consultorio externo, que alquilaba desde el año 1980, y que por ello no pertenecía al staff permanente de la clínica. A fs. 301/307, Swiss Medical SA (empresa fusionada y absorbente de Docthos SA, que era la empresa de medicina prepaga del grupo familiar al momento en que sucedieron los hechos) adhirió a la contestación de la clínica y amplió sus defensas. Planteó la falta de legitimación pasiva, dado que -según afirmó- no había tenido injerencia alguna en la atención médica que había recibido la Sra. F. durante la gestación de M. E. P.. También alegó la falta de legitimación activa de los progenitores y hermanos de esta última para reclamar el resarcimiento de daños iure proprio, y la prescripción bienal de su acción.

Además de lo ya expresado por la clínica en cuanto a la ausencia de conducta omisiva por parte del Dr. E., la empresa de medicina prepaga afirmó que no había evidencia científica suficiente para aseverar que el tratamiento de toxoplasmosis durante el embarazo evitaba la infección fetal. En subsidio, solicitó que se otorgara una indemnización a título de pérdida de chance. Por último, HSBC-La Buenos Aires Seguros SA (hoy QBE Seguros La Buenos Aires SA), citada en garantía por Swiss Medical SA, adhirió a la contestación de demanda de esta última (fs. 375/377). IV.- El magistrado de la anterior instancia consideró que el vínculo que unía a M. P. P. y P. F. P. con la empresa de medicina prepaga -quien planteó la prescripción de la acción en los términos del art. 4037 del Código Civil derogado- era extracontractual. Por ese motivo, hizo lugar a la excepción opuesta por Swiss Medical SA y rechazó la demanda a su respecto. Por otra parte, luego de encuadrar la relación de los restantes co-actores con las excepcionantes bajo la órbita contractual, entendió que la acción había quedado expedita cuando se había confirmado el diagnóstico de toxoplasmosis congénita de M. E. P.. Entonces, y dado que la promoción del incidente de prueba anticipada había tenido la aptitud de interrumpir el plazo todavía en curso, desestimó la excepción de prescripción opuesta por las demandadas respecto de la nombrada en último término y sus progenitores. Desde otra perspectiva, el juez consideró que la clínica demandada y Swiss Medical SA debían responder por la actuación del Dr. E., contrariamente a lo que habían alegado. Para así decidir, encuadró ¿la trama de relaciones negociales habida entre los litigantes? en la figura de la estipulación a favor de terceros, y entendió que la responsabilidad médica era de naturaleza contractual, para luego categorizar a las obligaciones que asumen los facultativos como ¿de medios?. También dijo que las clínicas, sanatorios, establecimientos asistenciales y obras sociales responden en forma objetiva y directa por la violación de la obligación tácita de seguridad implicada en el contrato celebrado a favor del tercero beneficiario y que, para que nazca su responsabilidad, es necesario demostrar que el médico ejecutor de la obligación obró con culpa. En cuanto a las pruebas, tuvo en cuenta el anterior sentenciante lo informado por los peritos médicos designados de oficio; que las fichas médicas adjudicadas al Dr. E., traídas por la clínica demandada, carecían de firma; así como que los registros que ellas contenían se contradecían con otros elementos de la causa. Consideró acreditado que era de buena práctica realizar estudios trimestrales para detectar una infección de toxoplasmosis, y que el galeno tratante había obrado culpablemente haber omitido realizarlos en el

segundo y el tercer trimestre. Esa conducta negligente, según el magistrado, privó a la paciente de efectuar el tratamiento adecuado, y por ello, el resarcimiento por el que condenó a las emplazadas consistió en la pérdida de esa chance frustrada. Consideró que las posibilidades de obtener un desenlace favorable para M. E. P. eran muchas, y las estimó en un 90%. El juez fijó partidas por incapacidad sobreviniente, gastos futuros y daño moral para M. E. P., y por daño psicológico y daño moral para sus progenitores. Finalmente, dispuso que los intereses debían calcularse de acuerdo con la tasa pasiva promedio del BCRA desde la fecha del nacimiento de M. E. P. (momento en el que, según el fallo, comenzaron los padecimientos) hasta la fecha de la sentencia y, desde allí y hasta el efectivo pago, a la tasa activa establecida en el plenario "Samudio". Como excepción, dispuso que los intereses correspondientes a los gastos futuros no correrían desde el nacimiento de la co-actora sino desde que la condena fuera exigible. Impuso las costas del juicio a los responsables.

V.- En su escrito de expresión de agravios, Clínica Privada Monte Grande SA sostiene, en lo sustancial, que el magistrado de grado ha evaluado erróneamente las pruebas producidas en el expediente y que, por ende, la condena resulta arbitraria. Critica el rechazo de la excepción de prescripción y de la defensa esgrimida respecto del vínculo que la unía al Dr. E.. Asimismo, objeta la valoración que se efectuó de la historia clínica y la culpa que se endilgó al médico. Pide, además, que se tengan en cuenta los dictámenes presentados por los consultores técnicos. Por otra parte, si bien coincide con que la incapacidad de M. E. P. es "grande" (sic), entiende que ella no tiene una relación estadísticamente significativa con la realización del tratamiento. Considera, además, que no se ha conceptualizado correctamente la figura de la pérdida de chance. Impugna las partidas asignadas y su cuantía, y el momento desde el cual deberían computarse los intereses. A su tiempo, la parte actora se agravia de las sumas otorgadas en concepto de incapacidad, daño psicológico, moral y gastos futuros, de la aplicación de la tasa pasiva de interés, y de la fecha desde la que deberían correr los intereses de los gastos futuros. Asimismo, se queja de que se haya admitido la excepción de prescripción respecto de M. P. y P. F. P..

Swiss Medical SA -con la adhesión de QBE Seguros La Buenos Aires SA- sostiene que debe otorgarse fuerza probatoria a la historia clínica ambulatoria del médico tratante. Por otro lado, aduce que, como el supuesto no puede encuadrarse bajo la órbita contractual, la acción de M. G. F. y de P. J. P., al igual que la de los hermanos de M. E. P., también se encontraba prescripta al momento de iniciar la demanda. Respecto del daño, considera que, como únicamente deben indemnizarse las consecuencias inmediatas y necesarias del incumplimiento, no corresponde abonar suma alguna por chance de curación o, a todo evento, ella debe establecerse en una proporción mucho menos significativa que la ordenada en la sentencia en crisis. Finalmente, se queja de los montos de las partidas adjudicadas por incapacidad sobreviniente y gastos médicos, de la legitimación de los padres de M. E. P. para reclamar el daño moral, de la fecha de inicio del cómputo de los intereses, y de la tasa aplicada.

Finalmente, la Sra. defensora de menores de Cámara objeta las sumas fijadas en concepto de incapacidad sobreviniente, daño moral y gastos futuros otorgados a su asistida, y la tasa de interés establecida en la sentencia.

VI.- En primer lugar aclaro que, al cumplir los agravios de la Sra. defensora de menores la crítica concreta y razonada que exige el art. 265 del Código Procesal, en aras de la amplitud de la garantía de defensa en juicio, y conforme al criterio restrictivo que rige en esta materia (Fenochietto, Carlos E. - Arazi, Roland, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1993, t. 1, p. 945 y sus citas), no propiciaré la sanción de deserción que postula QBE Seguros La Buenos Aires SA a fs. 1355.

Precisado ello, y antes de ingresar en el tratamiento de los agravios, es pertinente destacar que no se encuentra controvertido en esta instancia que M. G. F. fue atendida durante la gestación de su hija M. E. por el Dr. E., en el consultorio externo que este tenía en el ámbito la Clínica Privada Monte Grande SA, establecimiento en el que la niña nació el 29/9/1998. Tampoco, que el diagnóstico de esta última fue el de toxoplasmosis congénita.

En cambio, las cuestiones debatidas en autos se centran en determinar si las acciones intentadas por los actores se encontraban prescriptas al ser iniciadas, si existió negligencia por parte del Dr. E., y si -en su caso- por ella debe responder la clínica demandada. Por último, también -de confirmarse que el médico obró culposamente-, si su conducta generó los daños por los que se ha reclamado, y si estos han sido justipreciados correctamente.

VII.- Corresponde ante todo encuadrar jurídicamente la cuestión planteada, lo que exige desentrañar la normativa aplicable a cada uno de los demandados.

a) Aplicación de la ley 24.240 respecto de las clínicas y las empresas de medicina prepaga En la medida en que está demandada la clínica donde fue atendida la Sra. F., así como la empresa de medicina prepaga a la que el grupo familiar estaba afiliado, resulta de aplicación la ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Esto es así, ante todo, en tanto, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación -y lo ha ratificado el legislador mediante la sanción de la ley 26.682 (arts. 4, 27 y concs.)-, "es aplicable el régimen de defensa del consumidor al contrato de cobertura médica celebrado con una empresa de medicina prepaga, habida cuenta que se trata de un contrato de adhesión y consumo" (CSJN, 3/13/2001, "E., R. E. c/ Omint S.A. de Servicios, LL, 2001-B-687; por remisión, en el caso, al dictamen del Sr. Procurador General de la Nación). En el mismo sentido se ha expedido esta cámara: "Los contratos de afiliación a empresas de medicina prepaga, regulados por la ley 24.240, son contratos de adhesión y consumo, siéndoles aplicables, por ende, las disposiciones de aquella normativa y las pautas jurisprudenciales generadas sobre ella" (esta sala, 4/7/2005, "D. de R., S.E. c/ Medicus S.A., ED, 215-23). Por otra parte, como es sabido, si bien los servicios de los

profesionales liberales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la ley 24.240 (art. 2, ley citada), no ocurre lo propio con los contratos celebrados entre los pacientes y las clínicas, que -en tanto importan la prestación del servicio de salud para el consumo final de los enfermos- deben regirse por esa normativa (Lorenzetti, La empresa médica, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 355; idem, Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 102 y 114). En ese sentido, ha dicho la jurisprudencia que la ley 24.240 ¿...es de aplicación a los servicios médicos porque esta establece que quedan obligadas todas las personas físicas o jurídicas de naturaleza pública o privada que, en forma profesional aun ocasionalmente, produzcan, importen distribuyan o comercialicen cosas o prestan servicios a consumidores o usuarios? (Cám. Nac. Civ. Com. Fed., Sala III, 26/9/2006, RCyS, 2006-685; vid. asimismo SCJ Mendoza, Sala 1, 11/10/1995, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, JA, 24/5/06; esta cámara, Sala L, ¿C. de A., O. R. c/ Obra Social del Personal Rural y estibadores de la República Argentina y otros?, L. n° 568.586, del 2/2/2012). Por lo demás, el hecho de que los padres - afiliados a la empresa de medicina prepaga demandada- hayan contratado con la clínica la atención médica a nombre de su hija por nacer tiene por virtualidad anudar también una relación contractual (que, como ya lo expliqué, reúne los caracteres de un contrato de consumo) entre ellos y el mencionado nosocomio. Como lúcidamente lo señala Bossert, en ejercicio de la patria potestad, los progenitores, además de las tareas que cumplen en el cuidado personal, asistencia y educación de los hijos, deben realizar negocios jurídicos con terceros. Si estos negocios consisten en la administración de los bienes de los hijos, ninguna duda cabe de que los padres actúan como meros representantes, y no contratan por sí. Sin embargo, continúa diciendo el autor citado: ¿Distinto debe ser el enfoque cuando no se trata del ejercicio de las facultades de administración de los bienes. Los progenitores, en cumplimiento de los vastos y variados deberes que la paternidad les impone, frecuentemente deben negociar con terceros; por ejemplo, con el colegio donde inscriben al hijo, con la empresa de turismo que se encargará de llevarlo en vacaciones, con el sanatorio que prestará un servicio médico o quirúrgico a aquel, etcétera. En tales casos, no puede sostenerse que los padres actúan como representantes de sus hijos, pues a través de esos negocios, están cumpliendo con deberes que le son propios: cuidar la salud, la educación, el esparcimiento, etc., de los hijos. De manera que no son hijos quienes asumen, en virtud de tales negocios, las obligaciones que implican las contraprestaciones a que se obligó el padre. Pero, indiscutiblemente, los hijos son los beneficiarios de las prestaciones de los terceros con quienes sus padres contratan. (...) En esta forma negocial, el estipulante (el padre), contrata con el promitente, que se compromete a determinada prestación (por ejemplo, el colegio o el sanatorio que prometen un servicio de educación o de atención médica) en beneficio de un tercero (el hijo) convertido así en el beneficiario del contrato? (Bossert, Gustavo A., ¿Contratos en interés del hijo menor?, LL, 1991-B-773). Esta última constatación es fundamental para fundar la responsabilidad contractual (en los términos de la ley 24.240) de las sociedades demandadas. Los progenitores de M. E. P. no actúan en la especie en tanto damnificados directos en la esfera extracontractual, sino como contratantes insatisfechos, en la medida en que habían contratado -en nombre de la persona por nacer, pero también a título personal- la atención médica para su hija. Concluyo, entonces, que resulta aplicable al sub lite la ley 24.240 y las normas que con ella se integran. Y aunque resulte sobreabundante, señalo que esta afirmación es independiente de que las partes hayan o no invocado dicho microsistema legal pues, como es sabido, corresponde al juez determinar el derecho aplicable a los hechos planteados por los litigantes, más allá de la calificación que estos les hayan asignado (iura novit curia). Adicionalmente, surge del art. 63 de la norma citada que se trata de una ley de orden público y, como tal, debe ser aplicada de oficio por el juez. Y si no he mencionado hasta aquí a los hermanos de M. E. P., es porque la prestación médica que se alega incumplida no era debida por las demandadas frente a aquellos, a diferencia de lo que, según se ha explicado, sucede con los padres. En definitiva, resulta acertado considerar que el vínculo de P. F. P. y M. P. P. con las demandadas se enmarca bajo la órbita extracontractual. b) Sistema de responsabilidad de las demandadas por el hecho de los médicos que emplean para cumplir sus obligaciones De más está decir que, de probarse la defectuosa actuación del médico que atendió a la Sra. F., eso haría responsable a la empresa de medicina prepaga y a la clínica. Como lo ha decidido esta sala con anterioridad (L. n° 581.002, ¿Leguizamón, Hilda del Valle c/ De La Fare, Mauricio y otros?, del 8/3/2012; ídem., L. n° 571.184, ¿Peralta, Ricardo, c/ Obra Social Ferroviaria?, del 23/2/2012), para llegar a esta conclusión, no es preciso recurrir -un tanto ficticiamente- a la teoría de la obligación de seguridad, ni de la estipulación a favor de terceros, sino que basta con constatar que la empresa de medicina prepaga y el nosocomio siguen siendo los deudores de las prestaciones médicas -aunque las hagan ejecutar materialmente por otro-, y en esa medida (es decir, en su carácter de deudoras) responden naturalmente por el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea el sujeto que de hecho haya materializado esa inejecución (vid. Picasso, Sebastián - Sáenz, Luis R.J., Tratado de daños, La Ley, Buenos Aires, 2019, t. II, p. 363; vid. asimismo mis trabajos La singularidad de la responsabilidad contractual, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 29 y ss. y ¿Responsabilidad civil en un caso de transfusión de sangre contaminada?, RCyS, agosto de 2006, p. 42; Bénac-Schmidt, Françoise y Larroumet, Christian, ¿Responsabilité du fait d'autrui?, en Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil, París, 2002, t. IX, p. 4; Durry, Georges, informe conclusivo en La responsabilité du fait d'autrui, Responsabilité Civile et Assurances, noviembre de 2000, p. 63; Rémy, Philippe, ¿La 'responsabilité contractuelle': histoire d'un faux

concept?, Revue trimestrielle de droit civil, 1997-323, p. 346; Starck, Boris - Roland, Henri - Boyer, Laurent, Droit civil. Les obligations, Litec, París, 1996, t. 2, p. 709; Flour, Jacques - Aubert, Jean L. - Savaux, Éric, Les obligations, Armand Colin, París, 2002, t. 3, p. 132/133 ; Larroumet, Christian, ¿Pour la responsabilité contractuelle?, en Le droit privé français à la fin du XXe siècle, obra en homenaje a Pierre Catala, Litec, París, 2001, p. 15 ; Jordano Fraga, Francisco, La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento, Civitas, Madrid, 1994 ; Lorenzetti, La empresa médica, cit., p. 113, 117/118 y 426 y ss. ; Ramella, Anteo, ponencia presentada en las I Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1967; Trigo Represas, Félix A. y Stiglitz, Rubén S., ¿El daño moral en el incumplimiento contractual. El contrato forzoso y la relación paciente-obra social?, LL, 1985-B-156; Kemelmajer de Carlucci, Aida, Daños causados por los dependientes, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 41; Pizarro-Vallespinos, Obligaciones, cit., t. 3, p. 157; Banchio, Enrique C., Responsabilidad obligacional indirecta, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 66; Tobías, José W., ¿El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas?, LL, 1983-b, 1143). En este sentido, debe tenerse en cuenta que la obligación principal del establecimiento asistencial no se agota en la provisión de los profesionales necesarios para la atención del paciente, sino que consiste en prestar al paciente el servicio médico en su totalidad, desarrollando un plan de conducta diligente a fin de obtener el resultado perseguido por el acreedor, el cual, obviamente, no se encuentra garantizado, dado que se trata de una obligación de medios. En otros términos, el plan de conducta que lleva adelante el facultativo constituye, en realidad, la ejecución de la obligación principal a cargo del establecimiento asistencial, razón por la cual su inexacto cumplimiento comprometerá la responsabilidad de este último, no por el incumplimiento de una supuesta obligación de seguridad, sino por el de la mencionada obligación principal. Es allí donde adquiere relevancia la culpa del médico en el desarrollo del plan de conducta, pues dicho plan es lo debido por el ente asistencial, y será este último quien responderá, en el marco del contrato, por su propio incumplimiento (Sáenz, Luis R. J., ¿La responsabilidad de las clínicas, hospitales y demás establecimientos asistenciales en el marco de la ley de defensa del consumidor?, en Picasso, Sebastián - Vázquez Ferreyra, Roberto A., Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, ps. 626 y ss). Por ello, coincido con Lorenzetti en que la relación entre la clínica, el paciente y el médico no puede analizarse como una estipulación a favor de terceros, porque los dos centros de interés principales son los del paciente que paga y los de la entidad médica que presta el servicio. El problema a resolver se vincula entonces con esta relación jurídica, y no con la que se entabla entre el médico y la clínica con efectos subsidiarios hacia terceros. El paciente no es tercero sino parte. Por lo demás, en la estipulación a favor de terceros el tercero adquiere un beneficio cuya extensión está vinculada al contrato base, mientras que en el contrato médico hay una contraprestación y no un mero beneficio, y la extensión del vínculo se determina en función de aquella reciprocidad. Si fuera un mero beneficiario, el paciente solo podría adherir y no discutir nada, y se desvirtuaría la noción de consentimiento informado. Por ello, en virtud de la estructura del vínculo obligatorio, debe entenderse que la clínica responde contractualmente y de modo directo por el incumplimiento, sin importar que la prestación haya sido materialmente cumplida por un médico dependiente de aquella (Lorenzetti, La empresa médica, cit., p. 334 y ss.). Esta es la posición de la jurisprudencia francesa, que descarta la aplicación de la estipulación a favor de terceros y considera que la clínica es la única deudora de las prestaciones médicas, y en tal carácter responde en forma directa por su incumplimiento (Corte de Casación, primera Sala civil, 4/6/1991, Gazette du palais, 1992-II-503, con nota de François Chabas; Revue trimestrielle de droit civil, 1992-123, con nota de Patrice Jourdain; JCP, 1991-II-21730, con nota de Jean Savatier; Ídem, 26/5/1999, JCP, 1999-II-10112; Droit et Patrimoine, n° 73, julio-agosto de 1999, p. 84, con nota de François Chabas; Défrenois, 1999-1334, con nota de Jean-Luc Aubert; Dalloz, 1999, somm., n° 386, con nota de Jean Penneau; Ídem, 9/4/2002, JCP, 2002-I-186, con nota de Geneviève Viney; Responsabilité civile et assurances, 2002, chron. n° 13, con nota de Christophe Radé; Revue trimestrielle de droit civil, 2002-516, con nota de Patrice Jourdain ; Droit et Patrimoine, n° 106, p. 96, con nota de François Chabas ; Idem., 13/11/2002, Gazette du palais, 7-8/3/2003, jurisp., 42, con nota de François Chabas ; Dalloz, 2003, somm., n°460, con nota de Patrice Jourdain; Tribunal des Conflits, 14/2/2000, JCP, 2001-II-10584. Vid. al respecto mi trabajo ¿La responsabilité contractuelle du fait d'autrui dans la jurisprudence récente, en particulier dans le domaine du droit médical?, Gazette du Palais, n° 126/127, 5/6 de mayo de 2004, y Welsch, Sylvie, Responsabilité du médecin, Litec, Paris, 2003, p. 223 y ss.). El Código Civil y Comercial (que, como ya expliqué, no resulta aplicable al caso a raíz de la fecha en que los hechos que aquí se debaten sucedieron, mas es útil como una guía interpretativa de la legislación derogada) ha despejado las dudas acerca de este tema, pues lo ha regulado en forma expresa de acuerdo con el punto de vista expuesto. En efecto, el actual artículo 732 dispone: ¿El incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado?, lo que zanja cualquier duda que se pudiera plantear al respecto. Es sabido que la prestación principal a cargo de los médicos es -en principio- de medios, puesto que solo se comprometen a la realización de un comportamiento diligente para alcanzar el resultado esperado por el paciente, que no se encuentra afianzado, dada su aleatoriedad (Bueres, Alberto J., Responsabilidad civil de los médicos, Hammurabi, Buenos Aires,

2006, p. 469 y ss; esta sala, 16/7/2004, RcyS 2004-113; ídem, Sala C, 1/6/2004, LL 2004-F, 206; ídem, Sala B, 4/3/2004, RcyS 2004-IV, 70; ídem, Sala D, 30/9/1998, sum. 0011916, BaseIsis; CNCiv y Com. Fed, Sala 3, 26/8/1992, JA 1993-I, 301; CCiv. Com. Azul, Sala II, 11/3/2004, LLBA 2004-630, entre muchos otros precedentes). La misma obligación compete, entonces, a las clínicas y las empresas de medicina prepaga, en la medida en que ellas se comprometen -como obligación principal, y con independencia de la obligación de seguridad de resultado que les imponen los arts. 42 de la Constitución Nacional y 5 de la ley 24.240- a hacer todo lo posible para que el paciente reciba cuidados atentos, concienzudos, y acordes al estado actual de la ciencia médica, mas sin comprometer un resultado (la curación) que resulta sin duda alguna aleatorio. Ahora bien, la clínica sostiene en sus agravios que no debe adjudicársele responsabilidad alguna porque, aun de considerarse negligente al Dr. E., como él solo alquilaba un consultorio externo pero no pertenecía a su staff permanente, no estaba de modo alguno en relación de dependencia, ni había supervisión técnica, jurídica o económica por parte del establecimiento. Por otra parte, la quejosa considera que no puede darse el significado otorgado en la sentencia al supuesto silencio de la institución frente al pedido de la historia clínica ambulatoria por parte del Sr. P., ni al membrete incorporado en ese instrumento, ni al documento por el que la viuda del Dr. E. hizo entrega de él, Pide, además, que se valore que la historia de internación, en la que no hubo intervención de este último galeno, fue aportada directamente por la institución, y que si ciertos testigos manifestaron que el médico trabajaba allí fue porque él alquiló el consultorio desde el año 1980 hasta su muerte. No obstante este esfuerzo argumental, pongo de resalto que las circunstancias recién apuntadas en nada impiden considerar que la culpa del médico que atendió a la Sra. F. trae aparejada automáticamente la responsabilidad contractual de la clínica. En primer lugar, el hecho de que el galeno hubiera atendido a la co-actora en uno de los consultorios externos de la clínica demandada no tiene entidad para eximir a esta última de responsabilidad. Los consultorios externos son parte integrante de los establecimientos de salud y, dado que se trata de espacios destinados a la atención ambulatoria bajo la modalidad de consulta programada o de demanda espontánea, no puede haber duda de que allí se brindan prestaciones de atención médica de la institución a la que pertenecen. Es decir, la característica propia de un consultorio externo de un establecimiento médico es, precisamente, que pertenece a la estructura organizativa de esa institución. En ese entendimiento, la circunstancia de que el médico que atiende a un paciente lo haga en un consultorio externo de una entidad hospitalaria, como sucede en el caso, no modifica -ni mucho menos extingue- la obligación que pesa sobre el establecimiento, porque -como ya lo expliqué- este se ha valido de aquel tercero para llevar a cabo las prestaciones médicas que debía contractualmente. Por otra parte, si bien advierto que el hecho de que la propia clínica expresó que el Dr. E. había atendido por consultorios externos desde el año 1980 parece entrar en colisión con lo también afirmado en cuanto a que él no pertenecía al staff permanente, lo cierto es que resulta irrelevante que mediara o no relación de dependencia entre el galeno y el nosocomio. De hecho, lo que determina -en su caso- la responsabilidad de la institución es el haberse valido de un tercero ejecutor para el cumplimiento de sus obligaciones, independientemente de la modalidad (contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios, etc.) con la que eligió ligarse con ese tercero. En otras palabras, la clínica, en tanto solvens que hizo cumplir su obligación por un tercero -el médico-, responde en forma directa por el incumplimiento materializado por este último, del mismo modo que si hubiese sido ella quien causó personalmente la infracción del plan prestacional. En suma, en materia obligacional, el deudor ya es responsable directo por su simple condición de obligado, y esa situación en nada se ve alterada por el hecho de que se emplee a un tercero para ejecutar materialmente el plan de conducta comprometido. La dependencia, entonces, no juega ningún rol apreciable en el campo ?contractual? (vid. Picasso - Sáenz, Tratado..., cit., t. II, p. 369/370 y 375). En ese contexto, varios de los otros argumentos expuestos por la apelante -más allá de ser tangenciales- no hacen más que abonar la idea de que la clínica debe responder en forma directa por el obrar del médico. En efecto, no resulta ser un dato menor que las fichas médicas ambulatorias adjudicadas al Dr. E. -y aportadas por la clínica- tienen el membrete de esta última, ni tampoco las afirmaciones de algunos de los testigos -ofrecidos por el propio nosocomio demandado- en cuanto al vínculo entre este y el médico fallecido. En definitiva, de acuerdo con el marco jurídico que he explicado, de corroborarse que el médico del que se valió Clínica Privada Monte Grande SA actuó negligentemente, quedaría acreditado el incumplimiento de las obligaciones del nosocomio -y también de la empresa de medicina prepaga- respecto de M. E. P. y sus progenitores. VIII.- Encuadradas jurídicamente las cuestiones traídas a debate, pasaré a dar tratamiento a las quejas referidas a la prescripción de la acción. El magistrado de grado rechazó la excepción de prescripción respecto de los progenitores de M. E. P. - fundado en que el vínculo que los unía a la empresa era contractual- y la admitió respecto de sus hermanos -cuya relación fue encuadrada bajo la órbita extracontractual-. Considero que el plazo de prescripción debía computarse desde que los estudios médicos efectuados a la niña habían confirmado el diagnóstico de toxoplasmosis congénita (alrededor de dos meses después del nacimiento). Tuvo en cuenta la fecha del escrito de demanda -presentado a los fines de interrumpir la prescripción- del 30/6/2008, y que se había solicitado prueba anticipada aún antes de ello. Clínica Privada Monte Grande SA afirma en su escrito de expresión de agravios que el inicio del plazo de prescripción debe computarse desde la presunta omisión del Dr. E., hecho generador del reclamo, y no desde el conocimiento del daño. Sostiene, en

definitiva, que el curso de la prescripción comenzó el 23/6/1998, doce semanas luego de haberse solicitado el primer examen serológico, razón por la que el inicio de la acción el 30/6/2008 resultó extemporánea. Agrega que, como P. J. P. es médico, tenía los conocimientos básicos sobre toxoplasmosis y las medidas de prevención, control y tratamiento para detectar la omisión del tocoginecólogo. En todo caso, pide que se considere la fecha del nacimiento de M. E. P. como la de inicio del plazo, ya que las afecciones congénitas graves eran ¿fácilmente advertibles hasta para legos? (sic), y los estudios de laboratorio solo sirvieron para confirmarlas, pero no para detectarlas. Swiss Medical SA y QBE Seguros La Buenos Aires SA consideran que las acciones de P. J. P. y de M. G. F. se encontraban prescriptas, al fundarse en un supuesto extracontractual de responsabilidad. Por su parte, P. F. P. y M. P. P. objetan que se haya admitido la excepción de prescripción opuesta contra ellos. Ya ha sido explicado en el considerando anterior que la acción de los padres de M. E. P. contra las demandadas se funda en el vínculo contractual que unía a estas. También, que los daños reclamados por sus hermanos se enmarcan en la órbita extracontractual. Es por eso que las quejas sobre esos aspectos deben ser simplemente desechadas. Dicho ello, resta recordar que, como regla general, el transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible. En materia de daños, entonces, el principio es que el plazo de prescripción de la acción comienza a correr desde la fecha en que se produce el daño, lo que normalmente coincide con la producción del hecho ilícito, aunque no necesariamente es así en todos los casos. En efecto, puede ocurrir que la víctima tome conocimiento del daño luego de que sea afectada. En definitiva, y siguiendo el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el punto de partida del curso de la prescripción es el momento en que el demandante conoce que la acción indemnizatoria quedó expedita a su favor (Picasso - Sáenz, Tratado..., cit., t. II, p. 588, y jurisprudencia citada en la nota 19). Siguiendo tales lineamientos, resulta fácil concluir que el temperamento adoptado por el juez de la anterior instancia sobre este punto ha sido correcto. La acción quedó expedita desde el momento en que, a través de los exámenes de laboratorio, se confirmó el diagnóstico de M. E. P. de toxoplasmosis congénita. Precisaré que ese hecho sucedió el 28/11/1998 con el informe del Centro de Estudios Infectológicos SA del Dr. Stamboulían (fs. 46/47). Ahora bien, el plazo que comenzó a correr en esa fecha y que, por ende, vencía el 28/11/2008, se vio interrumpido por el pedido de secuestro de la historia clínica como prueba anticipada realizado el 27/5/2008 (fs. 237/240). Sin perjuicio de ello, es importante destacar que, aun si se consideraran como punto inicial del cómputo las fechas propuestas por la quejosa, el resultado no variaría. Si el plazo se contara desde el 23/6/1998 (12 semanas luego de haber solicitado el médico el primer examen serológico) o desde el 29/9/1998 (nacimiento de M. E. P.), la solución sería la misma ya que, como recién expliqué, el curso de la prescripción se vio interrumpido el 27/5/2008 con el pedido de secuestro de historia clínica, es decir, antes de que el plazo hubiera fenecido. Por esas razones, propongo que se rechacen las quejas formuladas tanto por Clínica Privada Monte Grande SA, Swiss Medical SA y QBE Seguros La Buenos Aires SA como por P. F. P. y M. P. P., y se confirme la sentencia en tanto rechazó la excepción de prescripción opuesta respecto de M. E. P. y sus progenitores, e hizo lugar la relacionada con sus hermanos. IX.- Corresponde dar tratamiento ahora a las quejas referidas a las culpa médica. Me ocuparé, entonces, de dilucidar si efectivamente se encuentra acreditada la impericia del Dr. E., quien -según se alegó- habría omitido ordenar la realización de los estudios de toxoplasmosis correspondientes al segundo y tercer trimestre, así como la indicación del tratamiento adecuado. El nosocomio demandado dirige sus quejas a la forma en que se valoró la historia clínica. En particular, al hecho de que el magistrado haya hecho suya la duda expuesta por el perito oficial acerca de la verosimilitud de la historia clínica, cuando -según dice- no fue negada su autenticidad. También refiere que no puede restarse eficacia probatoria a esas dos fichas que contienen el sello aclaratorio de la clínica, porque no estarían firmadas por el profesional. Transcribe el contenido del pedido de aclaraciones presentado en la oportunidad de contestar el traslado de la pericia médica, y solicita que se tengan en cuenta los informes de los consultores técnicos. A todo evento, afirma que la comprobación de ciertos errores en la historia clínica puede ser un indicio de la negligencia del galeno, pero no puede ser suficiente para tener por acreditada la relación causal. Insinúa que es probable que el diagnóstico y tratamiento de toxoplasmosis ¿hubiera sido indicado por automatismo en la práctica profesional? (sic) y que el registro, sencillamente, no fuera efectuado por simple olvido. Swiss Medical SA -con la adhesión de QBE Seguros La Buenos Aires SA- considera que debe otorgarse fuerza probatoria a la historia clínica confeccionada por el médico tratante, a pesar de no contener su firma, debido a que ese requisito no es exigido por ninguna norma (sic). Así las cosas, luego de una detenida lectura de las constancias agregadas a la causa, y habiendo ponderado las posturas que han adoptado las partes en el proceso, debo adelantar que también consideraré acreditado el actuar negligente del Dr. E. en la atención de la Sra. F.. Desarrollaré mi parecer en los párrafos que siguen. Como lo he afirmado con anterioridad, no es posible sentar a priori una regla según la cual el médico prestará siempre la culpa grave, o bien la levísima, sino que el parámetro de comparación deberá construirse en cada caso teniendo en cuenta cómo habría actuado, en la especie, un buen profesional de la especialidad de la que se trate (arts. 512, 902 y 909 del Código Civil; vid. mi trabajo ¿Error y culpa médica?, en Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.), Responsabilidad civil. Liber amicorum a Francois Chabas, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 267; esta sala, 29/10/2012, ¿G. P. c/ R., E. A. R. y otros s/ Daños

y Perjuicios?, L. n° 595.100). Ahora bien, la conclusión a la que he llegado se funda principalmente en el modo en el que valoro las fichas médicas de fs. 201/202 (reservadas en Secretaría, y que en este momento tengo a la vista), que -destaco- fueron agregadas al expediente recién con la contestación de demanda de la clínica (vid. fs. 213, punto 11). Tengo en cuenta que, como resultado de la diligencia preliminar, se secuestró -en lo que aquí interesa- solamente la historia clínica correspondiente al parto de M. G. F. del año 1998, y a la primera atención que recibió M. E. P. (fs. 234/290), mas no las fichas médicas que contenían los registros relacionados con el tratamiento de la madre durante el embarazo por parte del Dr. E. (vid. fs. 297). En ese contexto, resulta concluyente que, al contestar el traslado de la documental de esa historia clínica ambulatoria, que no fue secuestrada sino traída al proceso -reitero- por el nosocomio demandado, la parte actora ha negado su autenticidad (fs. 323 vta.), y que no se ha producido la prueba pericial necesaria para acreditarla. No pierdo de vista que, al abrir la causa a prueba, a fs. 414 se resolvió producir con antelación la prueba pericial médica (obstétrica) y la informativa necesaria, a fin de evaluar la posibilidad de arribar a un acuerdo. Sin embargo, advierto que en el acta en la que se plasmó la celebración de la audiencia prevista en el art. 360 del CPCC, y en la que -destaco- estuvo presente el representante de la clínica junto con su letrado, se dejó constancia del ofrecimiento de las distintas pruebas, lo que incluyó el de la pericial médica y el de la psicológica, pero no el de la caligráfica ofrecida por la institución médica demandada a fs. 213 vta. ¿para el caso de desconocimiento de la Historia Clínica de Consultorios Externos llevada por el Dr. Speridioni? (sic). En efecto, frente al pedido de la actora para que se proveyera el resto de la prueba ofrecida, el magistrado de grado ordenó otras, pero no la producción de la pericial caligráfica. En suma, independientemente de la ausencia de firma en ellas, la autenticidad de las fichas médicas acompañadas por el nosocomio demandado nunca fue acreditada. Por esa razón, no resulta determinante la discusión acerca de su contenido. De todos modos, y en el mejor de los casos, la relevancia de la historia clínica ambulatoria acompañada por la clínica quedaría signada por las observaciones que el perito médico obstetra hizo respecto de los registros que contiene (diagnóstico y tratamiento de la toxoplasmosis). El experto destacó que, si esa historia clínica no era puesta en duda, debería entenderse que el médico tratante había actuado correctamente. Pero que no se entendía que no hubiera sido informado en la historia de internación, ni por Obstetricia, ni por Neonatología, un antecedente de una seroconversión con tratamiento por toxoplasmosis. Agregó que tampoco se comprendía el control ambulatorio registrado el 30/9/98, cuando la paciente estaba internada (fs. 510). El experto insistió luego en que le había llamado la atención que la paciente fuera controlada por el médico de cabecera en consultorios externos el día 30/9/98, cuando la operación cesárea había terminado el día anterior a las 14 horas, y que, si el profesional visita a un paciente en la habitación, esa circunstancia se anota en la historia clínica de internación (589 vta. y fs. 592).

Como puede observarse, no se trata ya de darle carácter definitorio a las apreciaciones del perito acerca de la verosimilitud de la historia clínica de fs. 201/202, según lo que -palabras más, palabras menos- esbozó Clínica Privada Monte Grande SA en su memorial, sino de que -incluso obviando algo tan definitorio como la falta de firma- la autenticidad de ese documento fue negada y no se produjo prueba pericial caligráfica para demostrarla. Los argumentos que el establecimiento médico construyó de acuerdo con las valoraciones de los consultores técnicos carecen, de acuerdo con lo antes dicho, de su piedra basal, y deben ser descartados.

En ese contexto, es preciso tener en cuenta que, cuando se discute la atención médica de un paciente, es fundamental la historia clínica, que ¿...es la documentación del deber de información que pesa sobre el médico (...) erigiéndose en la prueba fundamental del actuar médico en su relación con el paciente? (esta sala, L. n° 571.184, ya citado; Calvo Costa, Carlos A., Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 227). Es sabido que el galeno tiene el deber de informar y de asentar los datos relevantes del diagnóstico, la terapia y la enfermedad del paciente. De allí que la falta de acreditación de la autenticidad de tan importante instrumento conduce a presumir la omisión del médico en el oportuno diagnóstico y tratamiento de la toxoplasmosis que presentó M. G. F.. En virtud de todo lo antes expuesto, poca duda cabe en cuanto a que ha sido correcto tener por acreditado que el Dr. E. fue negligente en la atención de su paciente. Como ya lo señalé, su culpa hace igualmente responsables -en los términos de los arts. 512, 520, 522 y concs. del Código Civil y 19 y concs. de la ley 24.240- a la empresa de medicina prepaga demandadas y a la Clínica Privada Monte Grande SA, en tanto constituye el incumplimiento de la obligación principal a su cargo. Por lo tanto, si mi voto fuere compartido, deberían rechazarse los agravios de las emplazadas y confirmarse la sentencia en crisis en este medular aspecto del debate.

X.- Determinada entonces la responsabilidad de los codemandados por la negligente atención médica prestada a la Sra. F., resta determinar si, de haber existido un diagnóstico y tratamiento oportuno de la enfermedad que padecía la paciente, existía la posibilidad de que esta no se transmitiera su hija y, en su caso, cuáles son los daños que deben ser resarcidos. Clínica Privada Monte Grande SA asegura que el tratamiento por toxoplasmosis efectuado a una embarazada no garantiza la ausencia de enfermedad en la persona por nacer. Si bien coincide con que la incapacidad de M. E. P. es ¿grande?, entiende que ella no tiene una relación estadísticamente significativa con la realización del tratamiento. Considera, además, que no se ha conceptualizado correctamente la pérdida de chance. Swiss Medical SA y QBE Seguros La Buenos Aires SA consideran que, si el caso se encuadra en un supuesto de responsabilidad contractual, solo deben indemnizarse las consecuencias inmediatas y

necesarias y que, por ende, la chance de curación no es indemnizable o, en todo caso, solo es indemnizable en una proporción mucho menos significativa que la ordenada en la sentencia en crisis (un 15% o 20% como máximo). Indican que ningún tratamiento podía garantizar la falta de transmisión de la enfermedad a su hija, y que el magistrado interpretó erróneamente los guarismos de probabilidad de transmisión de la enfermedad, que es del 39-50%. Al respecto corresponde señalar que el daño que se imputa a los demandados en autos es el sufrido por M. E. P. y sus padres por la pérdida de la chance de curación con las que se contaba al producirse el hecho ilícito. Es que el accionar negligente del Dr. E., si bien no causó directamente la toxoplasmosis congénita de aquella, impidió una mayor probabilidad de que la enfermedad, padecida por su madre durante el embarazo, no le fuera transmitida. En estos casos no resulta posible imputar causalmente el resultado final (toxoplasmosis congénita) a la defectuosa labor del galeno.

Descarto el agravio que sostiene que no debe indemnizarse la pérdida de chance, al no ser una consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento contractual. Es que la mentada postura parte de una posición que no comparto. Como he lo explicado recientemente, esta especie de daño no es una consecuencia resarcible más del hecho ilícito sino un "daño evento" o "daño-lesión" propiamente dicho, del cual surgirán las consecuencias resarcibles, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales (Picasso - Sáenz, Tratado..., cit., t. I, p. 492). En ese contexto, mal se podría predicar de la pérdida de chance su carácter de "mediata o inmediata", cuando no estamos ante la consecuencia resarcible sino frente a la lesión al bien del que derivarán las consecuencias en cuestión. Determinado entonces que el daño causado a los actores deriva, justamente, de la pérdida de chances de curación de M. E., es preciso establecer si, en el caso, esta contaba efectivamente con una probabilidad cierta de que el resultado fuera distinto. Es que el daño por pérdida de chance es un daño cierto, pues la incertidumbre se refiere al eventual resultado. La característica de los casos encuadrables en este instituto es, precisamente, la existencia de un aleas respecto de cuál será el desenlace de los hechos. La pérdida de ese aleas es, en consecuencia, el daño que debe resarcirse. Por ello, lo resarcible no es el resultado final que se produjo sino, por el contrario, las chances de no contraer la enfermedad con las que contaba M. E. P. al nacer (y cuya frustración puede, como en el caso, causar perjuicio a otros damnificados). Entonces, para que proceda el resarcimiento por pérdida de chances, debe estar acreditada la existencia de la probabilidad que se ve perdida por el accionar del autor pues, en caso de que el enfermo no cuente con esa chance, no resultará procedente el resarcimiento, por la inexistencia del daño propiamente dicho (Sáenz, Luis R. J., "Los límites al resarcimiento por pérdida de 'chance' en la responsabilidad civil médica", DJ 2004-3, 1160; CNCiv, Sala F, "García Paz c/ Pere Vignau Osvaldo y otros", del 30/10/2003, RCyS 2004, 654). Con las pruebas de autos, puede concluirse que existían chances de que, si la toxoplasmosis que padecía M. G. F. era tratada a tiempo, se pudiera haber evitado la transmisión a su hija. En este aspecto, cobra especial relevancia el dictamen del perito médico legista (especialista en obstetricia), quien aseguró que la toxoplasmosis congénita puede evitarse, sin la certeza absoluta de sus resultados, si es tratada durante el embarazo (fs. 510 vta.). También, que no hay evidencia de que el tratamiento garantice el resultado de ausencia de enfermedad (fs. 512). En virtud de esas apreciaciones, entiendo que M. E. P. contaba con chances de no padecer de toxoplasmosis congénita, lo que permite tener por probada la existencia del daño causado a ella y a sus padres como consecuencia de la pérdida de la chance de curación con las que contaba la paciente. En cuanto al porcentaje de las chances, considero que el 90% establecido por el magistrado de grado se funda en una interpretación plausible de las palabras utilizadas por el perito oficial. Si bien este sostuvo que no había evidencia de que el tratamiento oportuno garantizara el resultado (tipo de afirmación que se encuentra ínsita en la ciencia médica), aseguró que, con el tratamiento, la enfermedad "podía evitarse". Ahora bien, respecto a las quejas por las que se pretende que se reduzca el porcentaje, varias cosas deben decirse. La consultora técnica de la clínica demandada citó algunos trabajos médicos, que acompañó en fotocopias simples y que carecen -por ende- de eficacia probatoria per se. De todos modos, no dejo por ello de ponderar que el artículo científico citado por aquella como fundamento de que "todavía no se sabe si el tratamiento prenatal en las mujeres con toxoplasmosis reduce la transmisión congénita del toxoplasma gondii" (fs. 564) no fue acompañado en su totalidad. Advierto que el "resumen en términos sencillos" no contiene la información señalada, y que, si bien se encuentra plasmada en "las conclusiones de los autores", este acápite pertenece a un típico abstract de un trabajo científico, el que - insisto- no fue acompañado en su totalidad, lo que impediría, a todo evento, su seria valoración (vid. fs. 522/524). La consultora también sostuvo que "en los estudios se demostró que la transmisión de toxoplasmosis en las madres tratadas fue del 39 al 50%". Observo que el informe acompañado a fs. 525/533 fue elaborado en base a una cantidad no representativa de casos, razón por la que no sería prudente intentar dar alcance general a sus conclusiones. En efecto, dice allí que se estudiaron 38 niños, que se encontraron 26 niños afectados, y que la transmisión de madres tratadas ocurrió en 9 de los 18 casos estudiados (50%). Añado que el artículo acompañado a fs. 534/559, junto con el informe de la consultora, y titulado "Consenso argentino de toxoplasmosis" contiene, en lo que aquí interesa, la descripción de algunos estudios efectuados en el mundo, con diferentes estadísticas de acuerdo con los distintos tratamientos indicados para la toxoplasmosis en embarazadas. Luego de su lectura completa, fácil es detectar la imprecisión y parcialidad con la que ha sido utilizado su contenido para sostener los porcentajes citados al inicio de este párrafo. Por las

razones que he expuesto, y que me alejan de los argumentos de las demandadas, considero apropiado confirmar el porcentaje de la pérdida de chance establecido por el juez de grado en un 90 %. XI.- Resta establecer, en consecuencia, el monto que los condenados deberán pagar a los actores en concepto de indemnización. Ya se ha dicho que el resarcimiento procede a título de pérdida de chance. Así, ya establecido que existió una frustración de la probabilidad, y que esta guarda relación de causalidad con la culpa médica, el cálculo del monto que habrá de determinarse por este concepto constituye una de las mayores problemáticas del instituto. En casos como el presente, la chance perdida recae sobre la evitación de un perjuicio futuro. En consecuencia, mientras que, cuando se frustra la obtención de una ganancia la cuantificación de la pérdida de chance, partirá del monto de ese beneficio pretendido, al perderse la oportunidad de evitar un perjuicio la valuación de la probabilidad estará determinada por el valor del resultado final que efectivamente se produjo. Respecto de dicho valor se determinará el resarcimiento correspondiente por la frustración de la chance (Chabas, Francois, ?La pérdida de chance en el derecho francés?, JA-IV-928). Deberá aplicarse un procedimiento consistente en, primeramente, valuar el resultado final y, luego, establecer cuál era el porcentaje de chances de evitar dicho menoscabo. Por último, deberá aplicarse el porcentual de chances con las que contaba el sujeto al valor del ?resultado final? (Sáenz, Luis R. J., ?Algunas consideraciones acerca de la pérdida de chance como daño resarcible?, Revista crítica de derecho privado, Carlos Álvarez, Montevideo, 2008, n° 5, ps. 603 y ss.). Así las cosas, esa operación deberá practicarse respecto de cada uno de los rubros reclamados por los actores en concepto de ?daño final?, pues si bien, como queda dicho, la pérdida de chance es un daño autónomo, su valuación debe hacerse partiendo del monto del resultado final, respecto del cual se calculan las chances. En ese sentido, ha dicho la Corte de Casación francesa que: ?la culpa del médico ha hecho perder al paciente la chance de escapar de una lesión a su integridad física, el daño que resulta para este está en función de la gravedad de su estado real y de todas las consecuencias que resultan de él: (...) su reparación no se limita al daño moral, sino que corresponde a una fracción de los diferentes rubros de daños que ha sufrido? (Corte de Casación, primera Sala Civil, fallo del 29/6/2009, con nota de Zhouvenin. Vid. asimismo esta cámara, Sala B, 5/6/2009, ?De Innocentis, Norma c/ Unidad Coronaria Móvil Quilmes S.A.?, RCyS, diciembre de 2009, p. 134, con nota de Roberto A. Meneghini; ídem, 12/9/2011, ?S. V. De N. y otros c/ OSDIC y otros?). Esa es la operación que debe realizarse en el presente caso para determinar la indemnización correspondiente, lo que me llevará a analizar la valuación que correspondería para cada uno de los rubros reclamados por los actores en concepto de ?daño final? (es decir, derivados de la toxoplasmosis congénita que presenta M. E. P.), para afectarlos luego al porcentaje de chances que he confirmado (90 %). A) Valuación del resultado final 1. Incapacidad sobreviniente Por las consecuencias patrimoniales causadas por las lesiones psicofísicas que presenta M. E. P., el magistrado fijó la suma de \$ 1.800.000, que representa la chance frustrada. Es decir que -aunque el juez no lo mencionó expresamente- el resultado final fue valuado en \$ 2.000.000. A su vez, en concepto de daño psicológico de los padres, el magistrado otorgó un monto de \$ 45.000 para cada uno de ellos, también por la chance frustrada, lo que importa la suma de \$ 50.000 como resultado final. Clínica Privada Monte Grande SA, Swiss Medical SA y QBE Seguros La Buenos Aires SA objetan el monto fijado para resarcir la incapacidad de M. E. P., y solicitan que sea disminuido. Los actores, por su parte, se agravia en el sentido opuesto, al igual que la Sra. defensora de menores. Por otra parte, se queja la clínica codemandada del otorgamiento de la partida por daño psicológico a M. G. F. y a P. J. P.. A su vez, la parte actora critica el monto asignado, por considerarlo bajo. Desde un punto de vista genérico, la incapacidad puede definirse como ?la inhabilidad o impedimento, o bien, la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales? (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, t. 2a, p. 343). Ahora bien, es evidente que esa disminución puede, como todo el resto de los daños considerados desde el punto de vista ?naturalístico? (esto es, desde el punto de vista del bien sobre el que recae la lesión; vid. Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Daños a la persona, n° 1, Santa Fe, 1992, p. 237 y ss.), tener repercusiones tanto en la esfera patrimonial como en la extrapatrimonial de la víctima. Este último aspecto no puede, a mi juicio, subsumirse en la incapacidad sobreviniente, sino que se identifica, en todo caso, con el daño moral. No coincido, entonces, con quienes engloban en el tratamiento de este rubro tanto a las consecuencias patrimoniales de la incapacidad como otras facetas relacionadas con lo espiritual (la imposibilidad de realizar ciertas actividades no lucrativas que llevaba adelante la víctima, tales como deportes y otras atinentes al esparcimiento y la vida de relación), pues tal tesitura implica, en puridad, generar un doble resarcimiento por el mismo perjuicio, que sería valorado, primero, para fijar la indemnización por incapacidad sobreviniente, y luego para hacer lo propio con el daño moral. De modo que el análisis a efectuar en el presente acápite se circunscribirá a las consecuencias patrimoniales de la incapacidad sobreviniente, partiendo de la premisa -sostenida por la enorme mayoría de la doctrina nacional, lo que me exime de mayores citas- según la cual la integridad física no tiene valor económico en sí misma, sino en función de lo que la persona produce o puede producir. Se trata, en última instancia, de un lucro cesante actual o futuro, derivado de las lesiones sufridas por la víctima (Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, t. 4, p. 305). Lo hasta aquí dicho

en modo alguno se contraponen con la doctrina que sigue actualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a cuyo tenor ¿cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural, y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida? (CSJN, 27/11/2012, Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios?; ídem, Fallos, 308:1109; 312:752 y 2412; 315:2834; 327:3753; 329:2688 y 334:376, entre otros). En efecto, entiendo que el eje de la argumentación del alto tribunal estriba en los siguientes parámetros: a) por imperio constitucional, la reparación debe ser integral; b) eso quiere decir que deben resarcirse todas las consecuencias de la incapacidad, y no únicamente las patrimoniales, y c) a los efectos de evaluar la indemnización del daño patrimonial es insuficiente tener en cuenta únicamente los ingresos de la víctima, pues la lesión de su integridad física afecta también sus posibilidades de realizar otras actividades que, aunque no resulten remuneradas, son económicamente mensurables. Es en este último sentido, a mi juicio, que debe interpretarse la referencia de la corte a que la integridad física ¿tiene en sí misma valor indemnizable?, pues la otra alternativa (esto es, afirmar que debe asignarse a la integridad física un valor en sí, independientemente de lo que produzca o pueda producir) conduciría al sinsentido de patrimonializar un derecho personalísimo, y asignar artificialmente (¿sobre la base de qué parámetros?) un valor económico al cuerpo de la persona. Por otra parte, el criterio que se propone en este voto respeta el principio de reparación integral de todas las consecuencias de la incapacidad sobreviniente, aunque distingue adecuadamente según que ellas se proyecten en la esfera patrimonial o en la espiritualidad de la víctima. Respecto del primer punto, y como se verá enseguida, no tomaré en cuenta exclusivamente el monto de un salario que M. E. P. eventualmente hubiera podido percibir, sino que evaluaré también la incidencia de la incapacidad en la realización de otras actividades no remuneradas pero patrimonialmente mensurables, así como sus eventuales posibilidades de mejorar su situación laboral o patrimonial por medio de su trabajo. No otra cosa dispone ahora, expresamente, el art. 1746 del Código Civil y Comercial, específicamente aplicable a estos casos. Establecidos de ese modo la naturaleza y los límites del rubro en estudio, corresponde hacer una breve referencia al método a utilizar para su valuación. Al respecto, el texto del ya mencionado art. 1746 del Código Civil y Comercial -en cuya redacción participé personalmente, en tanto miembro del grupo de trabajo que asesoró a la Comisión de Reformas en materia de responsabilidad civil- es terminante en tanto dispone que los jueces deben aplicar fórmulas matemáticas para evaluar el lucro cesante derivado de una incapacidad sobreviniente. Es que no existe otra forma de calcular ¿un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades? (art. 1746, recién citado). Por lo demás, esa es la interpretación ampliamente mayoritaria en la doctrina que se ha ocupado de estudiar la citada norma (López Herrera, Edgardo, comentario al art. 1746 en Rivera, Julio C. (dir.) - Medina, Graciela (dir.) - Esper, Mariano (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV, p. 1088/1089; Picasso Sebastián - Sáenz Luis R. J., comentario al art. 1746 en Herrera, Marisa - Caramelo, Gustavo - Picasso, Sebastián (dirs.) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. IV, 9. 461; Carestia, Federico S., comentario al art. 1746 en Bueres, Alberto J. (dir.) - Picasso, Sebastián - Gebhardt, Marcelo (coords.), Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. 3F, p. 511; Zavala de González, Matilde - González Zavala, Rodolfo, La responsabilidad civil en el nuevo Código, Alveroni, Córdoba, 2018, t. III, p. 335; Picasso, Sebastián - Sáenz, Luis R- J., Tratado de Derecho de Daños, La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 440 y ss.; Pizarro, Ramón D. - Vallespinos Carlos G., Tratado de responsabilidad civil, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, p. 761; Ossola, Federico A., en Rivera, Julio C. - Medina, Graciela (dirs.), Responsabilidad Civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016. p. 243; Azar, Aldo M. - Ossola, Federico, en Sánchez Herrero, Andrés (dir.) - Sánchez Herrero Pedro (coord.), Tratado de derecho civil y comercial, La Ley, Buenos Aires, 2018, t. III, p. 560; Acciarri, Hugo A., ¿Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código?, LL, 15/7/2015, p. 1; ídem, ¿Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad?, JA 2017-IV, cita online: AR/DOC/4178/2017; Galdós, Jorge M., ¿Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746 CCCN)?, RCyS, diciembre 2016, portada; Sagarna, Fernando A., ¿Las fórmulas matemáticas del art. 1746 del Código Civil y Comercial?, RCyS 2017- XI , 5). El hecho de que el mecanismo legal para evaluar la incapacidad sobreviniente consiste ahora en la aplicación de fórmulas matemáticas es reconocido incluso por autores que en un primer momento habían sostenido que no era forzoso recurrir a esa clase de cálculos. Tal es el caso de Galdós, quien -en lo que constituye una rectificación de la opinión que expuso al comentar el art. 1746 en Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII, p. 527/528, citado por mis colegas- afirma actualmente: ¿el art. 1746 Código Civil y Comercial ha traído una innovación sustancial pues prescribe que corresponde aplicar fórmulas matemáticas tendientes a calcular el valor presente de una

renta futura no perpetua. A fines de cuantificar el daño patrimonial por incapacidad psicofísica (lo que también es aplicable al daño por muerte del art 1745 CCCN) las referidas fórmulas se erigen como un parámetro orientativo que no puede ser omitido por la judicatura a la hora de cuantificar los daños personales por lesiones o incapacidad física o psíquica o por muerte (...) Por consiguiente, conforme lo prescribe el art. 1746 CCCN, resulta ineludible identificar la fórmula empleada y las variables consideradas para su aplicación, pues ello constituye el mecanismo que permite al justiciable y a las instancias judiciales superiores verificar la existencia de una decisión jurisdiccional sustancialmente válida en los términos de la exigencia consagrada en los arts. 3 y 1746, Código Civil y Comercial (arts. 1, 2, 3, 7 y concs. Código Civil y Comercial)? (Galdós, Jorge M., su voto como juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, in re ?Espil, María Inés y otro c/ APILAR S. A. y otro s/ Daños y perjuicios?, causa n.º 2- 60647-2015, de fecha 17/11/2016). En conclusión, por imperativo legal, el lucro cesante derivado de la incapacidad sobreviniente debe calcularse mediante criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (y/o de la valuación de las tareas no remuneradas, pero económicamente mensurables, que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita al damnificado obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado. Así se tiene en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir, y, por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio (Zavala de González, Resarcimiento de daños, cit., t. 2a, p. 521). Sentado que ese es ahora el criterio legal, señalo que si bien los fallos y los autores emplean distintas denominaciones (fórmulas ?Vuoto?, ?Marshall?, etc.), se trata en realidad, en casi todos los casos, de la misma fórmula, que es la conocida y usual ecuación para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua (Acciarri, Hugo - Irigoyen Testa, Matías, ?La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muertes?, LL, 9/2/2011, p. 2). Emplearé entonces la siguiente expresión de la fórmula: $C = A \cdot (1 + i)^a - 1 \quad i \cdot (1 + i)^a$ Donde ?C? es el capital a determinar, ?A?, la ganancia afectada, para cada período, ?i?, la tasa de interés a devengarse durante el período de extracción considerado, decimalizada (emplearé una tasa del 6%), y ?a?, el número de períodos restantes hasta el límite de la edad productiva o la expectativa de vida presunta de la víctima.

Corresponde ahora aplicar estas directrices al caso de autos. M. E. P. tiene hoy 21 años de edad. Al ser evaluada por el perito neuropediatra designado de oficio, el médico informó: ?es una adolescente de 13 años, sin patología clínica actual, con una marcada disminución visual, se maneja en el ambiente y en forma importante con el apoyo de los estímulos táctiles y sonoros. No presenta fijación ocular, sus ojos evidencian movimientos permanentes, involuntarios y disarmónicos, llamados nistagmus de tipo horizontal y rotatorio, expresión clínica indudable de su disminución visual severa; padece de un retardo mental severo, no se halla alfabetizada y su conducta presenta una carga de ansiedad importante. El perímetro cefálico de 52 cm. corresponde a valores normales bajos (PC -1DS). Padece un hemiparesia braquio-crural izquierda, con hipotrofia muscular de dichos segmentos corporales. Deambula en forma independiente. Controla esfínteres y necesita de la supervisión y asistencia de terceros. Nunca ha padecido una crisis epiléptica, ni recibe tratamiento psicofarmacológico. [...] En síntesis, se ha evaluado a una joven con una discapacidad crónica y permanente, de tipo motora, mental y sensorial visual, expresada por una hemiparesia congénita braquio-crural izquierda, un retardo mental severo y una marcada minusvalía en la capacidad visual perceptiva, respectivamente? (fs. 690 vta/691). Según el mismo experto, la co-actora presenta una discapacidad total y permanente de tipo motora, mental y sensorial visual, con dependencia de terceros. Por tener una discapacidad mental importante, están afectados su independencia personal, el ?autovalimiento? (sic) de la vida diaria, la imposibilidad de obtener un trabajo y la constitución de una familia (fs. 691). Dadas las características reseñadas, deberé acudir a la facultad que otorga a los magistrados el art. 165 del Código Procesal y partiré para efectuar el cálculo de un ingreso actual y mensual de \$ 16.875, correspondiente al salario mínimo, vital y móvil. En definitiva, para determinar el quantum indemnizatorio de este rubro tendré en cuenta los siguientes datos: 1) la vida productiva de una persona normalmente es de 57 años (desde los 18 hasta los 75 como edad máxima); 2) el ingreso probable debe fijarse en la suma de \$ 16.875, como ya lo mencioné; 3) una tasa de descuento del 6 % anual, equivalente a la ganancia pura que se podría obtener de una inversión a largo plazo, y 4) que la incapacidad estimada en este caso, por lo ya dicho con anterioridad, es de un 100 %. Por lo que los guarismos correspondientes a la fórmula antes mencionada quedarían establecidos del siguiente modo: $A = 219.375; (1 + i)^a - 1 = 26,697101; i \cdot (1 + i)^a = 1,661826$. En función de lo expuesto, teniendo en cuenta asimismo las posibilidades de progreso económico que habría tenido la actora y el hecho de que la indemnización debe computar también la pérdida de la capacidad de la víctima para efectuar otras actividades no remuneradas, pero mensurables económicamente, considero que el importe del ?daño final? reconocido en la instancia de grado es reducido, por lo que propongo elevarlo a la suma de \$ 3.540.000 (art. 165, Código Procesal). El recurso de Clínica Privada Monte Grande SA, en lo que se refiere al daño psicológico de los padres, se encuentra desierto. En efecto, su escrito

de expresión de agravios contiene meras opiniones sobre este aspecto, pero no la crítica concreta y razonada de la sentencia, de acuerdo con lo que exige el artículo 265 del CPCC. Ahora bien, según el informe elaborado por la perito psicóloga designada de oficio, M. G. F. presentaba una estructura de personalidad neurótica con características post-traumáticas debidas a la exposición prolongada a estrés excesivo y continuado. De acuerdo con el DSM IV, determinó que la co-actora padecía un trastorno adaptativo con ansiedad en grado crónico (fs. 864/865). El cuadro de P. J. P., por su parte, se correspondía, según el informe elaborado, con un trastorno adaptativo con ansiedad crónico (fs. 899/900). A pesar de que en ninguno de los dos casos se estableció un porcentaje de incapacidad, la actora guardó silencio frente al traslado de los dictámenes presentados. En ese contexto, y al no contar con un parámetro certero sobre el cual basar mis conclusiones, no puedo sino descartar las quejas de la actora, que se fundan en la insuficiencia de la suma adjudicada para resarcir el daño. Es que, si bien se ha probado su existencia, la pretensora no cumplió con la carga de traer los elementos que denoten su magnitud, y eso impide la ponderación que pretende la apelante en esta instancia. En ese marco, habré de descartar este agravio, y propiciaré la confirmación de las sumas otorgadas por el juez de grado (\$ 50.000 para cada uno de los padres, como resultado final).

2.- Daño moral El juez de la anterior instancia justipreció el daño extrapatrimonial en la suma de \$ 270.000 para M. E. P. y en \$ 135.000 para cada uno de sus padres, ya calculada la chance establecida. Es decir, se determinaron en \$ 300.000 y en \$ 150.000 los montos por el ?resultado final?. La clínica demandada se agravia de que se hayan otorgado sumas en concepto de daño moral a M. E. P. y a sus padres. Respecto de estos últimos, Swiss Medical SA y QBE Seguros La Buenos Aires SA entienden que no tienen legitimación para el reclamo de este ítem. A su vez, M. G. F. y P. J. P. objetan la partida por escasa. La Sra. defensora de menores critica también el monto otorgado a su representada. Las quejas referidas a la falta de legitimación de los padres para reclamar el daño moral se fundan en que el vínculo que los unía a las demandadas debía encuadrarse en la órbita extracontractual, lo que ya ha sido descartado y deja sin sustento el argumento ensayado.

Ahora bien, dispone el art. 1741 in fine del Código Civil y Comercial: ?El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas?. Se trata de la consagración legislativa de la conocida doctrina de los ?placeres compensatorios?, según la cual, cuando se pretende la indemnización del daño moral, lo que se pretende no es hacer ingresar en el patrimonio del damnificado una cantidad equivalente al valor del daño sufrido sino de procurar al lesionado otros goces que sustituyen o compensan lo perdido. La suma de dinero entregada como indemnización debe ser suficiente para lograr esos goces (Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad por daños, Ediar, Buenos Aires, 1971, t. V, p. 226; Iribarne, Héctor P., ?La cuantificación del daño moral?, Revista de Derecho de Daños, n.º 6, p. 235). De este modo, el Código Civil y Comercial adopta el criterio que ya había hecho suyo la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dijo, en efecto, ese alto tribunal: ?Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida? (CSJN, 12/4/2011, ?Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros?, RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós). En otras palabras, el daño moral puede ?medirse? en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (Galdós, Jorge M., ?Breve apostilla sobre el daño moral (como ?precio del consuelo?) y la Corte Nacional?, RCyS, noviembre de 2011, p. 259). Sobre ese piso de marcha corresponde, entonces, considerar el radical cambio en la vida de M. G. F. y P. J. P. a raíz de la enfermedad que padece su hija, que se encuentra totalmente incapacitada, así como que esta última no ha tenido la chance de tener una vida saludable, autónoma y plena. Ya se ha descripto más arriba la situación vital en la que se encontraba M. E. al momento de ser examinada por los peritos. Ahora bien, al mes de junio de 2008 los actores pidieron por este rubro la suma de \$ 180.000, para cada uno de los padres, y \$ 300.000 para M. E. P. Y, en principio, nadie mejor que la víctima puede cifrar esta clase de perjuicios, en atención a su carácter subjetivo y personal. Por ese motivo, aun cuando el reclamo se haya sujetado -como en el caso- a lo que en definitiva resultare de la prueba a producirse en autos, no corresponde conceder más de lo solicitado si las producidas en el expediente no arrojan elementos adicionales a los que pudieron haber tenido en cuenta los actores al demandar respecto de este punto (esta sala, 22/8/2012, ?R., Flavio Eduardo c/ Bayer S. A. y otros s. Daños y perjuicios?, L n° 584.026; ídem, 18/2/2013, ?S., Sebastián Nicolás c/ Transportes Metropolitanos General Roca S. A. y otros s/ Daños y perjuicios?, L. n° 534.862). Sin perjuicio de ello, tengo en consideración también que por tratarse de una deuda de valor es procedente que el juez fije el importe del perjuicio extrapatrimonial evaluando su

cuantía al momento de la sentencia, aunque -por los motivos atinentes al carácter subjetivo del rubro, que ya he señalado- debe procurar mantener una razonable proporción con lo solicitado al momento de interponerse la demanda. Así las cosas, propongo fijar como ?daño final?, para M. E. P., la cantidad de \$ 1.400.000, y para cada uno de sus padres, la de \$ 830.000 (art. 165, Código Procesal). No soslayo que esa suma es largamente insuficiente para proporcionar a los demandantes placeres que compensen las consecuencias extrapatrimoniales derivadas de la situación de invalidez de la Sra. P., pero se trata de un importe proporcional a lo reclamado en su momento en la demanda, en los términos que ya he expuesto.

3.- Gastos futuros En la sentencia se fijó la suma de \$ 648.000 para sufragar los daños futuros que habrá de necesitar M. E. P.. Esa suma, que representa la chance frustrada, parte de un monto del ?daño final? de \$ 720.000. Objetan los actores el monto establecido por el juez de la anterior instancia, por considerarlo bajo. Lo mismo hace la Sra. defensora de menores. Swiss Medical y QBE Seguros La Buenos Aires SA, por el contrario, se agravan de la cuantificación de la partida, por excesiva. La discapacidad de M. E. P. es permanente y, por lo tanto, el tratamiento de rehabilitación, en sus diferentes modalidades, deberá extenderse durante toda su vida (fs. 691). Requerirá la asistencia de terceros, terapia psicológica, neurológica, oftalmológica, fonoaudiológica y kinesiológica (fs. 512). Advierto que Swiss Medical esboza argumentos muy genéricos respecto de la cuantía de este ítem y, si bien dice que, si se hubiera hecho un análisis más específico, se lo habría cuantificado, a lo sumo, en el 50% de la suma fijada, no explica cómo llega a esa conclusión. Por otra parte, las apreciaciones de la clínica en el sentido de que no resulta necesaria la realización de ciertos tratamientos en el futuro no tienen asidero probatorio, por lo que también deben descartarse. Por último, en cuanto a que es la empresa de medicina prepaga la que abona esos gastos, diré que de la simple lectura del dictamen contable obrante a fs. 702/705 puede concluirse que los tratamientos que la co-actora necesita en el futuro no han sido abonados en el pasado por aquella. Esto hace presumir, razonablemente, que ellos no están incluidos dentro de las prestaciones debidas. La Sra. defensora de menores solicita que la suma sea elevada, pero no explica cuál ha sido -según ella- el yerro del sentenciante al cuantificar la partida, por lo que su recurso, en este punto, debe considerarse desierto (art. 265 del CPCC).

Finalmente, señalo que los guarismos que los actores incorporan en su memorial no tienen apoyo en las pruebas traídas al proceso, por lo que tampoco haré lugar a sus agravios para que la suma sea elevada. En consecuencia, y habiendo sido descartadas las críticas de las partes, propondré a mis colegas la confirmación de la suma otorgada por este ítem (en concepto de ?daño final?).

B) Indemnización Atento a lo expuesto en el punto ?A? del presente, respecto del valor del ?resultado final?, y tomando en cuenta el porcentaje de chances fijado en el considerando X (90%), estimo procedente reconocer a M. E. P. una indemnización de cinco millones noventa y cuatro mil pesos (\$ 5.094.000), y para cada uno de sus padres, una indemnización de setecientos noventa y dos mil pesos (\$ 792.000).

XII.- Clínica Privada Monte Grande SA solicita que los intereses corran desde la notificación de la demanda. Los actores se agravan de que se haya establecido una tasa pasiva de interés hasta la fecha de la sentencia (a esto también se refiere la Sra. defensora en sus quejas) y de la diferencia de inicio del cómputo respecto de los gastos futuros. A su turno, Swiss Medical SA -con la adhesión de QBE Seguros La Buenos Aires SA- entiende que los intereses deben computarse desde la fecha de la condena, y que la tasa de interés debe ser del 8% anual hasta la entrada en vigencia del CCC, con excepción de los rubros incapacidad sobreviniente y costos de tratamientos futuros, cuyos réditos deberían comenzar a devengarse a partir de la exigibilidad de la condena. Con relación al momento desde el cual deben computarse los intereses, aclaro que no coincido con el criterio de quienes -siguiendo la opinión tradicional- consideran que en los casos de responsabilidad contractual ellos se deben recién desde la notificación de la mediación. Doy razones. Ante todo, nadie discute que tanto el incumplimiento obligacional como el acto ilícito extracontractual dan lugar al nacimiento de una nueva obligación -en los términos del art. 499 del Código Civil-, consistente en reparar los daños causados a la víctima (Bustamante Alsina, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 66; vid. asimismo mi Tratado de Derecho de Daños, cit., t. I, p. 151). Dado que la de reparar es una obligación, su régimen se encuentra, en todos los casos -y ya sea que la responsabilidad tenga fuente contractual o no- en los arts. 495 y ss. del Código Civil, y en particular, en los arts. 616 y ss. (obligaciones de dar sumas de dinero). Esta simple constatación echa por tierra cualquier intento de establecer una diferencia, en lo que al curso de los intereses se refiere, entre los que acceden a la obligación de reparar que resulta del incumplimiento de una obligación previa y los que acompañan a la responsabilidad derivada de la comisión de un delito o cuasidelito. Es cierto que la violación del deber general de no dañar -que funda la responsabilidad aquiliana- no precisa la previa constitución en mora del deudor, como sí puede llegar a requerirlo, en algunos casos excepcionales, la configuración de la responsabilidad derivada del retardo en el cumplimiento de una obligación. Pero una vez causado el daño -cualquiera sea su fuente-, nace en cabeza del responsable una obligación dineraria, consistente en resarcir ese perjuicio, que es claramente distinta del deber preexistente vulnerado, y cuyo régimen, según acabo de explicarlo, no puede ser otro que el establecido en los arts. 616 y ss. del Cód. Civil, sea la responsabilidad contractual o delictual. Luego, si -según es universalmente admitido, y lo ha dicho expresamente la jurisprudencia plenaria de esta cámara- en la responsabilidad extracontractual el curso de los intereses se inicia en el momento en

que se sufre cada daño, la misma solución debe ser adoptada en materia de responsabilidad contractual, porque tanto en uno como otro supuesto el responsable está vinculado por una obligación de dar sumas de dinero sujeta a idéntico régimen. Y si, por el contrario, se postulara que en la responsabilidad contractual se debe interpelar porque la obligación de reparar es pura y simple, a similar conclusión debería llegarse también en el terreno aquiliano, donde tampoco cabe duda de que el hecho ilícito ha dado lugar a idéntica clase de obligación. Lo que a mi juicio no es de recibo, empero, es crear por vía pretoriana, y sin base legal ninguna, un régimen de constitución en mora distinto para la deuda de intereses de origen contractual y la extracontractual, so pena de vulneración del principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Por lo demás, tal distinción se revela sumamente problemática en atención a las sutilezas que en el derecho contemporáneo determinan muchas veces la calificación de un caso específico como relevando de la responsabilidad contractual o de la delictual. Así, la responsabilidad del cirujano que celebró un contrato con su paciente es contractual, pero si ese facultativo debe operar al mismo enfermo en un estado tal que le impide prestar su consentimiento (v.g., en estado de inconsciencia), su deber de responder tendrá fuente aquiliana. ¿Puede seriamente afirmarse que, si en ese trance media mala praxis del galeno, los intereses se deberán en un caso desde el traslado de la demanda, y en el otro desde el momento del daño? Otro ejemplo: quien intentando subir a un colectivo es arrollado antes de haber podido ascender al vehículo es una víctima extracontractual, pero si inmediatamente antes ha logrado al menos pisar el primer escalón de acceso a la unidad, y luego resbala y cae, el contrato de transporte se ha perfeccionado, y la responsabilidad es contractual. ¿De esas minucias dependerá que los intereses se computen a partir de momentos tan disímiles? Adicionalmente, si en esos y otros casos existieran también víctimas indirectas -cuya pretensión se enmarcará, por definición, en la esfera aquiliana- la aplicación del criterio que impugno llevaría a la paradójica situación de que, mientras para el damnificado directo (el acreedor contractual) los intereses correrían desde la notificación de la mediación, para los otros damnificados -que únicamente sufren daños ?de rebote?- lo harían desde el momento en que se causó efectivamente cada perjuicio. El mismo razonamiento puede aplicarse a la situación inversa, en la que existan varios responsables frente a una sola víctima, pero cuyo deber de reparar tenga diversa naturaleza. Es lo que sucedería, en el ejemplo que recién he planteado, si el pasajero transportado que ha sufrido un accidente demandara al mismo tiempo al chofer del colectivo (responsable en los términos del art. 1109 del Cód. Civil) y a la empresa de transporte (que respondería ex art. 184 del Código de Comercio). ¿Se dirá que, pese a que los demandados responden concurrentemente, los intereses son debidos por el chofer desde el día del accidente, mientras que la empresa transportista únicamente los adeuda desde el momento de la notificación de la audiencia de mediación? Por otra parte, la consagración de semejante diferencia entre los damnificados contractuales y los extracontractuales, sin apoyo en ningún texto legal que la refleje, es claramente violatoria del principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional), porque lleva a establecer distinciones arbitrarias en la cuantía del resarcimiento que corresponde a las víctimas -que, naturalmente, también está integrado por los intereses- por el simple hecho -muchas veces contingente, como se acaba de ver- de que la responsabilidad respectiva sea calificada como contractual o aquiliana. Y pierde de vista que, en virtud del principio de reparación integral, que tiene rango constitucional (art. 19, Constitución Nacional; CSJN, 17/03/1998, ?Peón, Juan D. y otra c. Centro Médico del Sud S.A.?, LA LEY, 1998-D, 596; ídem, 21/09/2004, ?Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.?, ED, 25/10/2004, p. 5, entre muchos otros), el dañado tiene derecho a una indemnización que compense íntegramente los perjuicios que sufrió, lo que no sucede si, pese a haberse causado el nocimiento en un determinado momento, se posterga el inicio del curso de los intereses para una oportunidad ulterior (sobre la relación entre el principio de reparación integral y el curso de los intereses, vid. Wayar, Ernesto C., Tratado de la mora, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 630 y ss.). Señalo también que la aplicación de la solución que impugno debería llevar a fijar los intereses desde el día de la notificación de la audiencia de mediación para una importante serie de supuestos, que incluyen muchas veces daños corporales que no se diferencian de los que pueden sufrirse a raíz de un hecho ilícito extracontractual (daños causados a espectadores durante espectáculos públicos, al pasajero transportado, responsabilidad del abogado frente a su cliente, etc.). Pero de hecho, la jurisprudencia de esta sala no registra esa distinción, en general, en los casos que he mencionado (vid., entre otros, L. 608.717, ?D'A., R. V. c. Asociación Civil Club Atlético Boca Juniors y otros s/ Daños. y Perjuicios?, del 20/12/2012; L. 595.422, R., J. F. c. Trenes de Buenos Aires y otro s/ Daños y Perjuicios?, del 27/12/2012; L. 561.835, ?D., M. c. L., H. y otros s/ Daños y Perjuicios?, del 29/11/2011; L. 590.706, ?T., R. F. c. Swiss Medical S.A. y otro s/ daños y perjuicios?, del 15/11/2012; L. 582.467, ?T., A. R. y otro c. Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y aux.?, del 11/05/2012, entre otros). En definitiva, tanto los hechos ilícitos como el incumplimiento de obligaciones dan origen a una obligación de dar sumas de dinero, por lo que resulta imposible hacer una distinción en punto al curso de los intereses en uno y otro supuesto, por falta de base legal que así lo autorice. Por el contrario, el régimen de esas obligaciones es uno solo, aplicable en todos los casos (según ya lo he dicho, arts. 616 y ss., Cód. Civil). Por consiguiente, tanto en materia contractual como extracontractual la reparación se debe desde que se sufre cada perjuicio, y es desde ese mismo momento que corren los intereses (Zavala de González, Resarcimiento de daños, cit., t. 4, p. 563).

Finalmente, señalo una vez más que el hecho de que la obligación de dar sumas de dinero que resulta del incumplimiento dañoso de una obligación tenga el carácter de pura y simple no permite concluir que es necesario interpelar, sino que, por el contrario, es precisamente por esa calidad que no se requiere interpelación alguna para constituir en mora al deudor. En efecto, el art. 509 del Cód. Civil, que se refiere al régimen de la constitución en mora, resulta aplicable, según lo dice expresamente su texto, a "las obligaciones a plazo". Ahora bien, es claro que la obligación de reparar -ya tenga su origen en un hecho ilícito o en la inejecución de una obligación- no está sujeta a plazo alguno, sino que es exigible desde el momento mismo en que se causa cada perjuicio. Siendo ello así, es evidente que no resulta posible requerir una interpelación, pues ese instituto está previsto por la ley únicamente para ciertos supuestos excepcionales de obligaciones a plazo (como el plazo tácito; arg. art. 509, ya citado) y no puede extenderse a situaciones en donde el cumplimiento de la obligación no se halla diferido a ningún momento futuro. En ese sentido, señalan Pizarro y Vallespinos que en el derecho positivo actual rige, aunque con mucha imperfección técnica, el principio de la mora automática, y que las razones que llevan a su vigencia cuando la obligación tiene un plazo determinado no difieren sustancialmente de las que pueden justificar su aplicación, como regla, en las obligaciones puras y simples, esto es, la adecuada protección de los intereses del acreedor y, fundamentalmente, la conexión entre el retardo del deudor y el factor tiempo, sin necesidad de requerimiento alguno. Por ello, cabe concluir que, salvo los supuestos en que la ley requiera expresamente una interpelación, o cuando la aplicación de este criterio configure un abuso del derecho, la configuración del incumplimiento de las obligaciones puras y simples se produce instantáneamente, sin necesidad de requerimiento alguno del acreedor (Pizarro, Ramón D. - Vallesponos, Carlos G., *Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 545/546.). Y no hay mejor prueba de que esa debe ser la regla en las obligaciones puras y simples que lo que -según se acepta hoy indiscutidamente- sucede en los delitos y los cuasidelitos, pues también en esa materia la obligación de reparar tiene el carácter de pura y simple (no podría ser de otra manera, en atención a la ya señalada unidad de naturaleza de esa obligación y la que resulta de la responsabilidad contractual), y sin embargo nadie sostiene la necesidad de interpelar previamente al deudor para constituirlo en mora (Pizarro-Vallespinos, op. cit., t. 2, p. 549). De hecho, uno de los fundamentos que sustentaron el criterio sentado por la mayoría de esta cámara en el fallo plenario in re "Gómez, Esteban c. Empresa Nac. de Transportes", del 16/12/1958, consistió en afirmar que la obligación de reparar surgida de un delito o cuasidelito tiene el carácter de pura y simple, y por ello mismo no se requiere una previa interpelación para constituir en mora al deudor (vid. el considerando 1, punto 16, del voto del Dr. Gondra, al que adhirió la mayoría del tribunal). Solo resta añadir que la solución que propicio es la adoptada hoy en día por el Código Civil y Comercial, cuyo texto, como lo ha señalado reiteradamente esta sala, vale también como doctrina interpretativa de la legislación derogada. En efecto, su art. 1748 establece: "El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio". Esta disposición resulta aplicable tanto a la órbita extracontractual como a aquella derivada del incumplimiento de obligaciones, en tanto el nuevo cuerpo legal ha consagrado -con algunos matices- la unificación de ambas esferas (art. 1716). Como puede observarse, esto ha dado por tierra la interpretación que sostenía que la "constitución en mora" en la obligación de reparar se producía de manera diversa en la responsabilidad contractual y en la aquiliana (véase mi trabajo "La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Sup. Esp. Nuevo Cód. Civil y Comercial*, Buenos Aires, LL 2014, 151; ídem, comentario al artículo 1716 en Lorenzetti, Ricardo [dir.], *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, T. VIII, p. 350; ídem, *Tratado de Derecho de Daños*, cit., t. I, p. 198 y ss.; Pizarro, Ramón Daniel, "Los intereses en la responsabilidad extracontractual", *Sup. Esp. Intereses*, Buenos Aires, LL 2004, p. 75; Márquez, José F. - Viramonte, Carlos I., "El inicio del cómputo de los intereses en la responsabilidad contractual", *RCyS 2014-X*, 71; Sáenz, Luis R. J., en Calvo Costa, Carlos A. - Sáenz, Luis R. J. Sáenz, *Incidencias del Cód. Civil y Comercial. Obligaciones. Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 120). En cuanto a la tasa de interés que corresponde aplicar, señalo que la cuestión de la tasa de interés ha sido resuelta por esta cámara en el fallo plenario dictado en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S. A. s/ daños y perjuicios", del 20/4/2009, que estableció, en su parte pertinente: "2) Es conveniente establecer la tasa de interés moratorio. 3) Corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. 4) La tasa de interés fijada debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido". Corresponde entonces analizar si en el sub lite se configura la excepción mencionada en la doctrina plenaria, consistente en que la aplicación de la tasa activa "en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido". En ese derrotero, la primera observación que se impone es que, por tratarse de una excepción, su interpretación debe efectuarse con criterio restrictivo. En consecuencia, la prueba de que se configuran las aludidas circunstancias debe ser proporcionada por el deudor, sin que baste a ese respecto con alegaciones generales y meras especulaciones. Será necesario que el obligado acredite de qué modo, en el caso

concreto, la aplicación de la tasa activa desde el momento del hecho implica una importante alteración del significado económico del capital de condena y se traduce en un enriquecimiento indebido del acreedor. En palabras de Pizarro: "La alegación y carga de la prueba de las circunstancias del referido enriquecimiento indebido pesan sobre el deudor que las alegue" (Pizarro, Ramón D., "Un fallo plenario sensato y realista", en La nueva tasa de interés judicial, suplemento especial, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 55). Así las cosas, no creo posible afirmar que la sola fijación en la sentencia de los importes indemnizatorios a valores actuales basta para tener por configurada esa situación. Ello por cuanto, en primer lugar, y tal como lo ha señalado un ilustre colega en esta cámara, el Dr. Zannoni, la prohibición de toda indexación por la ley 23.928 -mantenida actualmente por el art. 4 de la ley 25.561- impide considerar que el capital de condena sea susceptible de esos mecanismos de corrección monetaria. En palabras del mencionado colega: "La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales -como suele decirse-, a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se actualicen los montos reclamados en la demanda o se apliquen índices de depreciación monetaria", pues tales mecanismos de actualización están prohibidos por las leyes antes citadas (Zannoni, Eduardo A., su voto in re "Medina, Jorge y otro c/ Terneiro Néstor Fabián y otros", esta cámara, Sala F, 27/10/2009, LL Online, entre otros). Pero más allá de ello lo cierto es que, aun si se considerara que la fijación de ciertos montos a valores actuales importa una indexación del crédito, no puede afirmarse que la tasa activa supere holgadamente la inflación que registra la economía nacional, de forma tal de configurar un verdadero enriquecimiento del acreedor. La fijación de tasas menores, en las actuales circunstancias del mercado, puede favorecer al deudor incumplidor, quien nuevamente se encontrará tentado de especular con la duración de los procesos judiciales, en la esperanza de terminar pagando, a la postre, una reparación menguada -a valores reales- respecto de la que habría abonado si lo hubiera hecho inmediatamente luego de la producción del daño. Por las razones expuestas no encuentro que se configure, en la especie, una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido del actor, razón por la cual considero que debería confirmarse la sentencia en crisis. La solución que propongo (es decir, la aplicación de la tasa activa establecida en la jurisprudencia plenaria) no se ve alterada por lo dispuesto actualmente por el art. 768, inc. "c", del Código Civil y Comercial de la Nación, a cuyo tenor, en ausencia de acuerdo de partes o de leyes especiales, la tasa del interés moratorio se determina "según las reglamentaciones del Banco Central". Es que, como se ha señalado, el Banco Central fija diferentes tasas, tanto activas como pasivas, razón por la cual quedará como tarea de los jueces, en ausencia de pacto o de la ley, la aplicación de la tasa de interés que corresponda (Compagnucci de Caso, Rubén H., comentario al art. 768 en Rivera, Julio C. - Medina, Graciela (dirs.) - Espert, Mariano (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 97). Asimismo, y en referencia a la tasa activa fijada por el plenario "Samudio", se ha decidido: "con relación a los intereses devengados a partir de la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación y hasta el efectivo pago, al ser una consecuencia no agotada de la relación jurídica que diera origen a esta demanda, la tasa que resulte aplicable para liquidarlos por imperio del art. 768 del citado ordenamiento, nunca podrá ser inferior a la que aquí se dispone, pues ante la falta de pago en tiempo de la indemnización y dadas las actuales circunstancias económicas, iría en desmedro del principio de la reparación plena del daño que se ha causado" (esta cámara, Sala B, 9/11/2015, "Cisterna, Mónica Cristina c/ Lara, Raúl Alberto s/ Daños y perjuicios", LL Online, AR/JUR/61311/2015). Adicionalmente apunto que -como se ha dicho con acierto-, más allá de que el plenario recién citado se haya originado en la interpretación de una disposición legal hoy derogada (art. 622 del Código Civil), lo cierto es que los argumentos recién expuestos permiten trasladar las conclusiones de aquella exégesis a la que corresponde asignar a las normas actuales, máxime si se repara en que las tasas del Banco Nación deben suponerse acordes a la reglamentación del Banco Central (esta cámara, Sala I, 3/11/2015, "M., G. L. y otro c. A., C. y otros s/ daños y perjuicios", RCyS 2016-III, 124). En cuanto al rubro "gastos futuros", es preciso destacar que el importe pertinente integra la indemnización, que se debe desde el momento del hecho, y por tal motivo su falta de pago en término genera intereses de conformidad con el art. 622 del Código Civil, desde el día del hecho. Se trata, ni más ni menos, que de un daño futuro que, al igual que otros que tienen la misma condición (incapacidad sobreviniente, por ej.), es exigible desde el momento mismo de producido el detrimento físico o psíquico. Por todo lo que llevo dicho, mociono modificar la sentencia y establecer que los intereses se calcularán a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina y que, en el caso de los gastos futuros, ellos correrán también desde el día del nacimiento de M. E. P. (esto es, el 29/9/1998). XIII.- Las costas de alzada, por aplicación del principio objetivo de la derrota, deberían ser soportadas por los emplazados, quienes -de seguirse mi criterio- resultarían sustancialmente vencidos (art. 68 del CPCCN). XIV.- En consecuencia, para el caso de que mi voto fuere compartido, propongo a mis colegas: 1) modificar parcialmente la sentencia en crisis, y fijar el monto de condena, en concepto de pérdida de chance, en la suma de cinco millones noventa y cuatro mil pesos (\$ 5.094.000) para M. E. P., en setecientos noventa y dos mil pesos (\$ 792.000) para M. G. F., y para P. J. P., en setecientos noventa y dos mil pesos (\$ 792.000); 2) disponer que los intereses se calcularán desde el 29/9/1998 a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual

vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina y que, en el caso de los gastos futuros, ellos correrán también desde esa data; 3) confirmar la sentencia de grado en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios, y 4) imponer las costas de alzada a los demandados vencidos. A la misma cuestión, el Dr. Li Rosi dijo: Adhiero al muy fundado voto del Sr. Juez preopinante, a excepción de las aclaraciones y puntos de disidencia que detallaré a continuación.- I.- Tanto en mi carácter de juez de primera instancia como ejerciendo mi función jurisdiccional en esta Cámara de Apelaciones, he sostenido que en lo que se refiere a la responsabilidad de los sanatorios existe una teoría que explica la situación mediante la figura de la estipulación a favor de tercero (art. 504 del Código Civil). En consecuencia, entre la clínica (estipulante) y el médico (promitente) se celebra un contrato a favor del enfermo (beneficiario). De este doble juego de relaciones surge entonces que las responsabilidades del galeno y del ente asistencial frente al paciente son directas y de naturaleza contractual (conf. Bueres, Alberto J. "Responsabilidad Civil de los Médicos" T° 1, págs. 372/376).- Los servicios prestados, incluidos los medicales y paramedicales, se hallan incluidos en el contrato marco que las obras sociales celebran con los prestadores, comprendiéndose en ellos la estipulación a favor de terceros en los términos de lo dispuesto por el art. 504 del Código Civil. Es decir, que la obra social actuaría como ?estipulante?, la clínica y el médico como ?promitentes? y el paciente como ?tercero beneficiario? (conf. Trigo Represas, Félix A., ?Derecho de las obligaciones, t. 5, p. 647).- Desde que el paciente se somete a la prestación asistencial de la obra social, aquél como beneficiario resulta aceptante de la estipulación y puede exigir el cumplimiento de la obligación contractualmente contraída por los ?promitentes? (instituto asistencial o cuerpo médico profesional) quedando estos últimos civilmente responsables de los daños que el afiliado pueda sufrir como consecuencia de la deficiente prestación o ?mala praxis? médica (conf. Bustamante Alsina, J. ?Responsabilidad civil de las obras sociales por mala praxis en la atención médica de un beneficiario?, La Ley, 1998-A, 404).- Si bien el paciente tiene una acción directa contra la entidad prestadora (instituto o clínica) y contra el médico, nacidas ambas acciones de aquella estipulación a su favor, también tiene una acción directa contra la obra social por incumplimiento o cumplimiento irregular de la asistencia debida en razón de la obligación tácita de seguridad implícita en el contrato.- Se trata, asimismo, de una responsabilidad objetiva del ente asistencial ya que, probada la culpa del médico, la responsabilidad de aquél deviene inexcusable. De ahí que el paciente debe probar tan solo la culpa del médico, no para hacer funcionar una responsabilidad refleja sino para acreditar la violación de la obligación de seguridad por parte del sanatorio (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A. "Responsabilidad civil de los sanatorios y culpa médica", LL, T° 1990-E, pág. 418).- Esta figura de la estipulación a favor de un tercero es también aplicable a los fines de perfilar la relación generada entre una entidad sanatorial o un médico y las obras sociales o bien las firmas de medicina prepaga. Ello obedece a que entre dichas personas se establece un contrato base o relación de cobertura en beneficio del paciente afiliado al ente de obra social, quien se transforma, a raíz de la virtualidad jurídica del nexo, en acreedor de la clínica por la debida atención médica. Entre el afiliado y la obra social existe un contrato (conf. Bueres, Alberto J. "Responsabilidad Civil de los Médicos" T° 1, págs. 464/465).- En relación al marco obligacional que vincula a los progenitores de M. E. P. con las empresas emplazadas, cabe señalar que siempre he sostenido -en casos en los cuales el acto médico cuestionado no se ubica en la etapa prenatal, perinatal y/o posnatal- que la responsabilidad civil con respecto a los padres del paciente se sitúa en el ámbito extracontractual: el comportamiento del agente se encuadra así en la norma del art. 1109 del Código Civil (arg. art. 1716, 1749 y concordantes del Código Civil y Comercial), que sustenta la obligación de resarcir todo daño causado por culpa.- Es que si bien es cierto que la responsabilidad médica por su prestación profesional, así como la de la Clínica -por su servicio asistencial-, participan en el ámbito obligacional de una naturaleza contractual, no lo es menos que ello es así en la relación existente entre el profesional médico y su paciente, o entre el ente asistencial y el usuario de tal servicio, situación que cabe extender a los supuestos en los cuales, mediando deceso de este último, accionan sus herederos "iure hereditatis", más no acontece lo mismo cuando, con base en el incumplimiento obligacional contractual, sobreviene la muerte de un contratante (damnificado directo), y los herederos forzosos pueden reclamar "iure proprio".- De esta manera, he afirmado en tales ocasiones que la naturaleza es extracontractual toda vez que la responsabilidad por incumplimiento contractual solo es entre las partes ligadas por la relación jurídica, pero no cuando por haber fallecido el paciente, quienes actuaron iure proprio son sus deudores que son también extraños respecto de aquella vinculación negocial y sólo pueden invocar en consecuencia la responsabilidad emergente de hechos ilícitos del daño.- Empero, en el particular caso de autos, adhiero al criterio sostenido por el siempre recordado jurista y otrora ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Gustavo A. Bossert, el que fuera recogido agudamente por el Dr. José L. Galmarini en su voto in re: ?M. de L., S. M. y otro c. Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario y otros? del 24 de abril de 1997, entonces integrante de la Sala ?C? de la Cámara del Fuero junto con el Dr. Jorge H. Alterini y el Dr. Javier M. Ruda Bart (ver fallos en igual sentido, CNCiv., Sala D, ?R., C. L. y otros c. C. G. de B. A. y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.? del 07/05/2019, cita online: AR/JUR/19921/2019; ídem CNCiv., Sala F, ?A., S. F. y otro c. Clínica Privada Independencia S.A. y otros s/ daños y perjuicios? del 20/09/2016, cita online: AR/JUR/70603/2016; ídem CNCiv., Sala G, ?G., J. N. y otro c. Clínica Privada Pueyrredón

S.A. y otros s/ daños y perjuicios? del 31/03/2014, cita online: AR/JUR/48058/2014).- En el citado precedente, de similares características al presente, se dijo que para determinar si el caso se encuentra encuadrado dentro de las normas que regulan la responsabilidad contractual o de las que rigen la extracontractual, corresponde acudir a la definición conceptual de uno y otro régimen, a fin de distinguir los supuestos que respectivamente contemplan. Esto es, debe examinarse el origen del vínculo obligacional que liga a las partes, más que la naturaleza y características del daño invocado.- Se ha considerado que la responsabilidad es calificable como contractual cuando hay un deber preexistente que es específico y determinado, tanto en relación al objeto como al sujeto obligado; en cambio se la ubica en la órbita extracontractual cuando hay un deber preexistente que es genérico (deber general de no dañar) e indeterminado de los sujetos pasivos, que viene impuesto por la ley, y que rige por el mero hecho de la convivencia social (Atilio A. Alterini - Oscar J. Ameal - Roberto M. López Cabana, "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales", p. 152, N° 362, y doctrina allí citada). El origen de la responsabilidad contractual es el incumplimiento de esa obligación preexistente, específica y determinada; mientras que el de la responsabilidad extracontractual es la violación de un mero deber no obligacional (autores y op. cit., p. 153 N° 365).- Así, el mencionado colega destacó que dada la naturaleza compleja de la atención de un parto y del embarazo, donde los profesionales deben atender tanto a la salud de la madre como la del hijo, cabe entender que la actora contrató su propia atención y ambos actores, en ejercicio de la patria potestad (art. 264 del Cód. Civil), contrataron la atención de su hijo. No cabe duda de que tiene origen contractual ese vínculo generado por la afiliación a la obra social, del que surge el derecho de los actores a utilizar los servicios médicos y asistenciales que brinda el demandado para la atención del embarazo y del parto, y consecuentemente del hijo de ambos, antes y después del nacimiento.- Para llegar a tal conclusión, expuso el criterio lúcidamente sostenido por el Dr. Gustavo A. Bossert -al cual adhiere- acerca de que cuando los progenitores actúan en el cumplimiento de deberes que la paternidad les impone, entre los que destaca contratar con terceros servicios de atención médica, no puede sostenerse que lo hacen como representantes de sus hijos, pues a través de esos negocios, están cumpliendo con deberes que le son propios, entre los que menciona el de cuidar la salud (Bossert, Gustavo A., "Contratos en interés del hijo menor", LA LEY, 1991-B, 773/5, ver especialmente p. 774). Este autor considera razonable sostener que se trata de otro supuesto de estipulación a favor de tercero o de contrato que contiene tal estipulación, conforme a la previsión del art. 504 del Cód. Civil. Pone de relieve que el requisito de la aceptación del beneficiario a que alude el citado artículo, está implícitamente dado en el mismo acto a través de su representante legal, es decir el padre que efectúa la estipulación (op. cit. p. 774). También reconoce al padre que contrató la facultad no sólo de reclamar a título propio el cumplimiento del contrato, o sea la prestación que beneficia al hijo, sino además la facultad resolutoria por incumplimiento del promitente, lo mismo que oponer las excepciones y articular las acciones que allí mismo menciona (op. cit., p. 775, segunda columna, párr. 4°). Si, según el criterio apuntado, el estipulante puede demandar a título propio el cumplimiento -cuando el beneficiario no lo haya hecho (op. cit., p. 775, segunda columna último párrafo)- y también la resolución, está habilitado asimismo para reclamar a título propio el resarcimiento de los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento, tanto los que afecten a la salud del hijo menor en la hipótesis de que éste continuara con vida, como los daños que sufra personalmente el estipulante por la muerte de su hijo, que como padres no son estipulantes comunes, sino que además de cumplir el deber de padres en interés del hijo, como tales tienen también derecho a título personal a que su hijo sea atendido por los establecimientos y médicos por ellos contratados con los medios, la diligencia y la idoneidad profesional necesarios para el adecuado servicio de salud tendiente a que el hijo esperado nazca dentro de lo posible con vida y sano. Este es el interés legítimo personal de los progenitores que se encuentra afectado por la forma deficiente en que se hizo el servicio de asistencia médica convenido.- No se trata aquí de la violación de un deber genérico de no dañar, sino del incumplimiento de obligaciones preexistentes específicas y determinadas, consistentes no sólo en proporcionar asistencia médica, mediante los profesionales correspondientes y de conformidad con las normas que regulan la relación entre los afiliados y la obra social, sino que el servicio se preste en condiciones tales, en cuanto a la intervención del profesional y servicios auxiliares, que el paciente no sufra daño por deficiencia de la prestación prometida (CNCiv. sala G, junio 25-981, ED, 95-568/72).- Cuando se trata de un vínculo contractual en que los progenitores participan a título personal para convenir lo necesario para la atención de la madre y de la persona por nacer durante el embarazo, durante el parto y también del hijo después de nacido, por no ser ajenos los padres a la génesis del contrato, ni tampoco al desenvolvimiento de ese vínculo, las consecuencias del incumplimiento por la mala praxis en el servicio de asistencia médica, deben regirse por las normas que regulan la responsabilidad contractual.- Lo determinante en el caso es que los progenitores fueron parte en la relación contractual a título personal, sin importar a los fines de la aplicación de las normas que regulan la prescripción la naturaleza del daño. Si bien se ha entendido que la distinción entre daño directo e indirecto se aplica en el ámbito de los hechos ilícitos (Jorge J. Llambías, "Obligaciones", t. I, p. 293, N° 238) y que los damnificados indirectos son ajenos a la responsabilidad contractual (Llambías, op. cit. p. 308/9, N° 247, nota N° 52), el fundamento de esta conclusión es que entre el deudor y el damnificado indirecto no hay relación jurídica alguna (Llambías, op. y loc. cit.). Pero si en el caso los reclamantes, según

el encuadramiento jurídico efectuado anteriormente, son parte en la relación contractual con las entidades asistenciales y con los profesionales, el hecho de que la víctima haya sido el hijo por la negligencia en la atención médica anterior al parto, no obsta a que los padres estipulantes hagan valer sus derechos sustentados en el incumplimiento contractual, pues les originó daños personales que son consecuencia inmediata y necesaria de dicho incumplimiento (art. 520, Cód. Civil).- Al glosar el fallo en estudio, el Dr. Bustamante Alsina -coincidiendo con lo allí expuesto- agregó por su parte que lo que ubica la responsabilidad en el ámbito reglado como contractual o fuera de él, en el ámbito extracontractual, delictual o aquiliano, no es la fuente de la obligación sino el carácter de ella. Si el deber es genérico de no dañar, la responsabilidad de reparar el daño que genera su violación queda en este último ámbito que es la regla general de derecho común. Si el deber violado es específico y determinado en cuanto al objeto y al sujeto obligado, la responsabilidad es contractual y tiene carácter excepcional (Bustamante Alsina, J., "Responsabilidad civil y otros estudios", vol. II, p. 173, Buenos Aires, 1992).- Ello así, los padres, es decir el padre y la madre en ejercicio de la patria potestad conjunta (art. 264 inc. 1º, Cód. Civil), actúan en cumplimiento de deberes que la paternidad les impone, entre los que se destaca contratar con terceros servicios de atención médica, y no puede sostenerse que lo hacen como representantes de sus hijos. Ello significa que cualquiera de ellos puede reclamar a título personal (legitimación activa) los daños que sufra por la muerte de su hijo, causada por la forma deficiente en que se prestó el servicio contratado (Bustamante Alsina, Jorge, "Responsabilidad por mala praxis en la atención médica de un beneficiario", Publicado en: LA LEY 1998-A, 404, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 431, Cita Online: AR/DOC/7959/2001).- En este mismo orden de ideas, se dijo que en una situación como la de autos nacen múltiples relaciones jurídicas, enmarcadas todas ellas dentro de la negociación contractual. Así, se observa un primer contrato, concluido entre la madre y el obstetra. En este negocio jurídico, el objeto es el cuidado de la salud de la madre y su embarazo, hasta el alta definitiva, médica y sanatorial. Después hay un segundo contrato, distinto del primero, concluido esta vez entre la madre y el padre, por un lado, y el médico, por el otro. En este caso, ambos padres contratan al médico con un objeto claro y definido: que el galeno se ocupe de la salud (en el más amplio de los sentidos) del hijo por nacer, brindándole los mejores servicios profesionales antes, durante y después del parto, es decir, en todo el período perinatal. La base material de la contratación indica que se trata de un contrato perfeccionado consensualmente, teniendo en miras la atención del hijo engendrado, es decir, a favor de un tercero.- Si padre y madre hubieran contratado al médico como representantes legales del menor, o estuviéramos hablando del caso previsto en el art. 1078 CC, no cabría duda de que la responsabilidad del médico hacia los padres sería de carácter extracontractual, con todas las implicancias que ello tiene, y que padre y madre, si el menor no hubiera muerto, no tendrían legitimación para reclamar por daño moral, con base en la citada norma. Por el contrario, en el caso de marras, los padres han contratado a nombre propio, según se describió en párrafos anteriores, con la importante particularidad de que en una de las dos relaciones jurídicas originadas han pactado una prestación a favor de un tercero: el hijo por nacer. Así, el incumplimiento de las obligaciones del galeno ocasiona un doble efecto dañoso: uno, al menor, como paciente del médico, beneficiario del contrato, otro: a los padres, como parte originalmente estipulante en el contrato a favor del hijo (López Miró, Horacio G., "Legitimación paterna ante el daño del hijo menor. Daño moral. Aplicación del artículo 522 del Código Civil?", Publicado en: DJ 31/05/2006, 32, Cita Online: AR/DOC/1898/2006).- Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, y por las razones recién invocadas, coincido con los criterios plasmados en lo que hace a la evaluación de la prueba producida en autos y, por lo tanto, adhiero al voto preopinante en lo que hace a la excepción de prescripción y a la responsabilidad de los emplazados en autos.- Con esta aclaración, repito, adhiero al voto del Dr. Sebastián Picasso.- II.- En lo que hace al cálculo del resarcimiento por la incapacidad sobreviniente de M. E. P., el primero de los votos propicia el empleo de criterios de cálculos matemáticos. Al respecto, he sostenido reiteradamente que la reparación, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (conf. esta Sala, libes n° 509.931 del 7/10/08, n° 502.041 y 502.043 del 25/11/03, 514.530 del 9/12/09, 585.830 del 30/03/12, Expte. n° 90.282/2008 del 20/03/14, entre muchos otros).- Ello, por cierto, concuerda con las pautas de valoración establecidas en el art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por la ley 26.994, que comenzó a regir el 1º de agosto de 2015 (según la ley 27.077), en tanto que "para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuentas las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación" (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis "Código Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado", T VIII pág. 528, comentario del Dr. Jorge Mario Galdós al art. 1746).- Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el principio general que sienta el artículo 19 de la Carta Magna, según el cual se veda a los hombres perjudicar los derechos de terceros, se halla entrañablemente vinculado a la idea de reparación y que "la reglamentación que hace el Cód. Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades

consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica? (doctr. de Fallos: 308:1118 y 327:3753, entre otros; y sentencia dictada en S.C. R. 401, L. XLIII, ?Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios?, del 27/11/2012, cons. 18).- Lo anterior, valorando especialmente que nos encontramos ante la demanda de la víctima que ha visto disminuida totalmente su capacidad con carácter permanente, extremo que repercutirá no solo en su esfera económica, sino también en diversos aspectos de su personalidad, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida; para lo cual la indemnización a la que tenga derecho se presentará como un dato de importancia inocultable por mayúsculo (cfr. doctrina de Fallos: 327:4607 y 333:1361).- En tal sentido, ha reiterado la Corte Federal en fallos vinculados con accidentes en el marco reparatorio del Cód. Civil, que la incapacidad del trabajador, por un lado, suele producirle un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus vínculos sociales, deportivos, artísticos; y que, por otro lado, debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable (v. Fallos: 308:1109, 1115 y 1116; 331:570). Por ello, no sólo incumbe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, desde el punto de vista individual y social, lo que le confiere un contexto de valoración más amplio (cfr. Fallos: 310: 1826 y 331:570).- Tales aspectos, deben ser ponderados a efectos de determinar el monto del resarcimiento, máxime, teniendo en cuenta la gravedad del detrimento y su repercusión en el proyecto de vida de la damnificada. En concordancia con ello, la Corte destacó en ?Arostegui?, que las fórmulas matemáticas, por reduccionistas, resultan opuestas a la reparación integral, pues atienden a la persona en su faz exclusivamente laboral, sin ponderar los otros órdenes de la vida del trabajador que, en el sub lite, se vieron afectados por el daño reconocido, estimado en el 100% de la T.O. (CSJN, ?Picón, Sergio Rafael c. Fundación San Cayetano S.A. y otros s/ acción civil? del 24/09/2015, Cita Online: AR/JUR/33700/2015).- Así las cosas, teniendo en cuenta que la incapacidad sobreviniente total y permanente determinado en relación a la víctima y considerando, asimismo, su repercusión en base sus condiciones que fueran detalladas por el vocal preopinante, entiendo prudente elevar la suma otorgada por esta partida a la de Pesos Cinco Millones (\$ 5.000.000), en tanto tal monto resulta equitativo a la luz de los precedentes análogos de esta Sala.- III.- Con respecto al daño moral, cabe recordar que tratándose en la especie del resarcimiento de daños causados por incumplimiento de obligaciones contractuales, la reparación del agravio moral requerido por los padres de la entonces menor deficientemente atendida por el médico también encuentra respaldo legal en el art. 522, CCiv., que establece que "en los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso".- Es que, dado que -como se dijo- los padres son parte original del contrato con el galeno (están en la génesis del mismo), que contiene una estipulación a favor de la hija (la tercera beneficiaria), el incumplimiento del profesional les trae aparejado un daño que ellos sufren iure propio. Como resultado, ellos podrán reclamar el daño moral que legisla el art. 522 del C.C., como damnificados directos de ese daño, siempre y cuando estos últimos fueran ciertos (art. 1079, 1109 CC). Desde esta perspectiva, ambos perjudicados (los dos padres y la hija) podrían demandar por el daño moral propio de cada uno, sufrido como consecuencia del incumplimiento contractual (Sala 1ª de la Cámara 2ª de Apelación de La Plata, "Pérez, Claudia M. v. Hospital Ricardo Gutiérrez s/daños y perjuicios", causa 99.372, del 07/07/2005).- Es decir, los estipulantes se hallan legitimados para reclamar del promitente la indemnización de los daños directos que experimentaron, derivados del incumplimiento del contrato médico. De esta manera, se dijo que los padres del recién nacido a quien no se le diagnosticó tempranamente, ni se le brindó tratamiento por una malformación genética, sufrieron un daño moral en forma directa y no "de rebote". Resulta, entonces, procedente la indemnización por daño moral en el supuesto de falta de diagnóstico temporáneo y tratamiento adecuado de un problema congénito que presentaba un neonato, pese a tratarse de un claro incumplimiento contractual pues tal accionar, junto con el trámite ulterior hasta su diagnóstico, tratamiento acertado y superación del estado, es idóneo para producir el agravio a los sentimientos de los padres, como reacción ante la frustración de una verosímil expectativa de cumplimiento de las obligaciones que la clínica tenía a su cargo (CCiv. y Com. San Martín, sala 2; 2000-mayo 18; "R., M. y otros c. Clínica del B.A."; JA, 2001-IV).- Como se advierte, en esta materia no existen, sin más, damnificados indirectos, pues los terceros ajenos al contrato carecen de la acción como consecuencia necesaria del principio de las convenciones que emerge de los arts. 503, 1195 y concordantes del Cód. Civil. Es decir, sí la tienen los contratantes, como lo son los padres de la víctima con relación al servicio hospitalario por el daño de esa índole generado por el incumplimiento contractual (CNCiv., sala E, 2004-febrero 25; "Martínez Manrique, René y otro c. Ciudad de Buenos Aires y otros"; DJ, 2004-2-492; la bastardilla nos pertenece).- Cuando los progenitores, como afiliados a una obra social o a una empresa de medicina prepaga, reclaman el daño que les causa la pesadumbre de ver a la hija incapacitada por efecto de una mala praxis, de convivir con ella día a día sumidos en su propio sufrimiento, de atormentarse pensando qué será de la niña o de la joven, aun de adulta, cuando ellos ya no estén, más allá que tengan otros hermanos, siempre lo hacen como acreedores del sinalagma cuya contraparte ha violado los deberes primarios a los que

se había obligado (CNCiv., Sala G, ?G., J. N. y otro c. Clínica Privada Pueyrredón S.A. y otros s/ daños y perjuicios? del 31/03/2014, Cita Online: AR/JUR/48058/2014).- En consecuencia, considero que, en este particular caso, en virtud de lo establecido por el art. 522 del Cód. Civil los padres también se encuentran legitimados para reclamar la reparación del daño moral que sufrieron como consecuencia de la mala praxis que padecieron junto con su hija.- En otro orden de ideas, y en relación a las críticas esbozadas sobre la procedencia de esta partida respecto de M. E. P., deviene necesario señalar que sufrir moralmente (en sentido jurídico) no es sólo experimentar un dolor físico o psíquico, sino soportar un desmedro existencial. El daño moral no es sólo lo que el sujeto siente, sino lo que vive -vive peor-, por lo que precisamente constituye un daño moral gravísimo la pérdida de toda aptitud para experimentar el sufrimiento (Conf. Zavala de González, Matilde, ?Resarcimiento de daños? cit., t. 4, p. 192).- Según Pizarro, la posible falta de comprensión del dolor propio y su origen no pueden excluir su existencia, ni su carácter axiológicamente negativo; la pérdida de los sentimientos o de la posibilidad de experimentarlos ya es daño moral. Esto explica que la mera privación o supresión temporal de tales facultades deba ser indemnizada por la disminución personal que denota (Conf. Pizarro, Ramón D., ?Daño moral. Prevención. Reparación. Punición?, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 266).- La ausencia de discernimiento no excluye la posibilidad del daño moral pues aquél es condición personal que se valora cuando se considera a una persona como agente de actos lícitos o ilícitos, pero no como posible víctima de un obrar ajeno. El disvalor subjetivo que se produce en la persona está más allá de lo que siente; se proyecta sobre su espiritualidad, quebrantando su incolumidad, y cercenando, frecuentemente, sus posibilidades intelectuales. Por eso es también daño moral la parálisis, que importa una minoración o pérdida de la aptitud de sentir (Conf. Pizarro, Ramón D., Daño moral causado a personas sin discernimiento, JA, 1996-III, 193, CNCiv., Sala G, op. cit.).- Sentado ello, habré de aclarar que la evaluación del perjuicio moral constituye una tarea delicada, ya que no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior como en principio debe hacerse de acuerdo al art. 1083 del derogado Cód. Civil -noción que actualmente se encuentra receptada en el art. 1740 del Cód. Civ. y Com. de la Nación-. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata sólo de dar algunos medios de satisfacción, lo que no es igual a la equivalencia. Sin embargo, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, dolor físico (conf. CNCiv., Sala F, en autos ?Ferraiolo, Enrique A. c. Edenor SA y otro s/ daños y perjuicios?, voto de la Dra. Elena Highton de Nolasco, del 06/09/2000; CSJN, en autos ?Baeza, Silvia O. c. Provincia de Buenos Aires y otros? del 12/04/2011, Fallos: 334:376).- Es que, cuantificar este daño implica una valuación necesariamente subjetiva. La valoración de los sentimientos presuntamente afectados debe ser hecha por el Juez en abstracto y considerando objetivamente cuál pudo ser el estado de ánimo de una persona común colocada en las mismas condiciones concretas en la que se halló la víctima del acto lesivo. Se llega así a la determinación equitativa de la cuantía de este daño no mensurable (conf. Bustamante Alsina, Jorge ?Equitativa valuación del daño no mensurable?, publicado en ?Responsabilidad Civil-Doctrinas Esenciales-Partes General y Especial?, dirigido por Félix A. Trigo Represas, T° III, p. 689).- En este sentido, considero que la suma otorgada en la instancia de grado a favor de M. E. P. resulta reducida, por lo que en uso de la facultad permisiva del artículo 165 del rito propiciaré que se incremente a la de Pesos Cinco Millones (\$ 5.000.000) (arg. art. 1738 in fine del Código Civil y Comercial).- Respecto de los padres de aquella, toda vez que considero razonables y adecuadas al caso las sumas propuestas, me adhiero al monto asignado en el primer voto (art. 522 del Cód. Civil).- IV.- En lo relativo a las quejas de los emplazados y la citada en garantía respecto de los intereses, cabe destacar que el art. 265 del Código Procesal exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. Y en este sentido, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento, o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (conf. Fenochietto-Arazi, ?Código Procesal Civil y Comercial, Anotado, Comentado y Concordado?, t° I, pág. 835/7; CNCiv. esta Sala, libres n° 37.127 del 10/8/88, n° 33.911 del 21/9/88, entre muchos otros).- En este orden de ideas, sin embargo, bien vale destacar que la mera disconformidad con la interpretación judicial sin fundamentar la oposición, ni concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado no constituye la crítica para la que prescribe la norma (conf. CNCiv., esta Sala, 15/11/84, LL1985-B-394; íd. Sala D, 18/5/84, LL 1985-A-352; íd. Sala F 15/2/68 LL 131-1022; íd. Sala G, 29/7/85, LL 1986-A-228, entre muchos otros).- Desde esta perspectiva, debería coincidirse en que las quejas expuestas en los escritos de fundamentación en relación al régimen de los intereses no logran cumplir, siquiera mínimamente, con los requisitos antes referidos. Es que, a lo largo de su expresión de agravios, se limitan a criticar aquel tópico sin siquiera fundar su petición en contrario.- No soslayo que el artículo 508 del Código Civil prevé que el deudor es responsable por los daños e intereses que su morosidad causare al acreedor en el incumplimiento de la obligación. En nuestro régimen jurídico, el mero retardo en el cumplimiento de las obligaciones carece de consecuencia mientras no medie constitución en mora (conf. CNCiv., Sala C, LA LEY, 1977-D, 62). Entonces, los intereses

moratorios rigen desde la constitución en mora del deudor (conf. Bueres -Highton, ?Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial?, Tomo 2 A, Hammurabi, 1998, pág. 484), en consonancia con lo que dispone el artículo 509 del Código Civil (Beluscio -Zannoni, Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Tomo 3, Editorial Astrea, 1981, pág. 126).- Para que el requerimiento se torne eficaz para constituir en mora al deudor, debe ser un categórico reclamo, de modo que pueda conceder a este la oportunidad de cumplir (conf. art. 509 C.Civil y su doctrina; y principio de buena fe contenido en el art.1198 del cuerpo citado; ver "Osella, María Angélica c/Osella, Ruben Amadeo s/División de condominio" del 2542002, CC0201 LP 97304 RSD652 S, ver elDial W15BE3, CNCiv, sala H, ?Díaz, Graciela Viviana c. Cons. de Prop. Av. del Libertador Gral S. Martín 4560 y otro s/ daños y perjuicios derivados de la vecindad?, del 24/10/2011, Publicado en La Ley Online AR/JUR/71000/2011).- Empero, ello no fue expuesto por ninguno de los quejosos, quienes únicamente requirieron establecer la fecha de la mora ?desde la notificación de la demanda?, sin siquiera fundar las razones jurídicas de tal petición. En tal sentido, se observa que las expresiones de agravios carecen de un discurso sistemático, y no transitan de premisa a conclusión, mediante el examen orgánico de elementos pertinentes y conducentes de convicción incorporados a la causa. Discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento fáctico idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista, no permite alcanzar la necesaria idoneidad recursiva (cfr. voto del Dr. Peirano, CNCom., sala A, ?Telecal S.A. c. Protelar S.A?, del 12/05/2003, Publicado en: LA LEY 2004-B, 1015, Cita online: AR/JUR/3071/2003). De esta manera, no se aportan razones que justifiquen adoptar una solución distinta a la que arribó el Sr. Magistrado de la anterior instancia.- Por todo lo expuesto, no cabe sino hacer efectiva la sanción dispuesta por el art. 266 del Código Procesal y tener por desierto los recursos formulados por los citados apelantes.- En cuanto a los agravios de los actores y de la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara referidos a la tasa de interés a aplicar, de acuerdo a lo establecido por la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Civil en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios" del 20/04/09, sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.- Empero, de imponerse esos intereses desde el origen de la mora, se consagraría una alteración del capital establecido en la sentencia, configurando un enriquecimiento indebido. Es que en la medida que la Juez de grado no ha señalado data alguna referida a los valores establecidos en la sentencia, va de suyo que los mismos están fijados a la fecha de su pronunciamiento y, siendo ello así, la paulatina pérdida de valor de la moneda ya ha sido ponderada, consistiendo ésta uno de los factores que consagran la entidad de la tasa aplicada en la referida doctrina plenaria. Además, la cuantificación efectuada en el presente voto también fue realizada teniendo en cuenta valores vigentes al presente.- No obstante lo expuesto, el flamante art. 768 del Código Civil y Comercial obliga en los supuestos como el de autos -en los que no existe convención ni leyes especiales (incs. a y b)- a liquidar intereses moratorios de acuerdo a las ?tasas que se fijen según la reglamentación del Banco Central?. Entonces, respecto de los intereses que fluyan con posterioridad al 1 de agosto de 2015 -entrada en vigencia del nuevo ordenamiento- debe regir una tasa de interés que haya sido aceptada por el Banco Central, cumpliendo tal requisito la tasa activa prevista en la citada doctrina plenaria. Y si bien lo resuelto por las salas de esta Cámara en pleno perdió obligatoriedad ante la derogación del art. 622 del Código Civil, los motivos que derivaron en la implementación de dicho interés moratorio se mantienen aún vigentes e, inclusive, reafirmados por la sanción de la Ley n° 26.994.- Por ello, es criterio de este Tribunal que desde el inicio de la mora y hasta la fecha de entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (1 de agosto de 2015), se calculen los intereses a la tasa del 8% anual, que representan los créditos puros y desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.- Sin embargo, teniendo en consideración la fecha de la mora y la de entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, la tasa pasiva promedio del B.C.R.A. establecida en la instancia de grado resulta superior a la tasa de interés del 8% anual indicada en el párrafo que antecede.- En consecuencia, desde la fecha de la mora (29/09/1998) y hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (1 de agosto de 2015) corresponde aplicar la tasa pasiva promedio del B.C.R.A. y, desde entonces y hasta el efectivo pago, la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.- Cabe hacer la salvedad, sin embargo, respecto de lo otorgado en concepto de ?costos de tratamientos?, tal como se estableciera en la sentencia apelada, pues tratándose de capital dirigido a enjugar gastos futuros, deben los intereses computarse desde la exigibilidad de la condena, por cuanto dichos accesorios se devengan a partir del momento que se ha concretado en un menoscabo económico, vale decir cuando efectivamente se realiza el desembolso de los dineros necesarios para hacer frente al perjuicio (conf. esta Sala, voto de la Dra. Ana María Luaces en L. n° 75.848 del 16/9/91, voto del Dr. Escuti Pizarro en L. n° 104.339 del 15/4/92, mi votos en libres n° 450.389 del 13/4/07 y 495.534 del 9/5/08, entre otros).- V.- En consecuencia, con las salvedades expresadas y las disidencias sostenidas, adhiero en lo demás al voto del Sr. Juez preopinante.- A la misma cuestión, el Dr. Molteni dijo: Comparto las salvedades y disidencias efectuadas por el Dr. Li Rosi. En lo restante, me adhiero al voto del Dr. Picasso.- Con lo que terminó el acto. SEBASTIÁN PICASSO (EN DISIDENCIA PARCIAL)

RICARDO LI ROSI HUGO MOLTENI Buenos Aires, 18 de mayo de 2020. Y VISTOS: Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se resuelve: 1) modificar parcialmente la sentencia en crisis, y fijar el monto de condena, en concepto de pérdida de chance, en la suma de \$ 9.648.000 para M. E. P., en \$ 792.000 para M. G. F., y para P. J. P., en \$ 792.000; 2) fijar los intereses desde la fecha de la mora (29/09/1998) y hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (1 de agosto de 2015) la tasa pasiva promedio del B.C.R.A. y, desde entonces y hasta el efectivo pago, la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Sin embargo, respecto de lo otorgado en concepto de "costos de tratamientos", deben los intereses computarse desde la exigibilidad de la condena; 3) confirmar la sentencia de grado en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios, y 4) imponer las costas de alzada a los demandados vencidos. Difiérase la adecuación o el tratamiento de los recursos de honorarios para una vez que exista liquidación definitiva.

Notifíquese en los términos de las Acordadas 31/11, 38/13 y concordantes, sin perjuicio de la suspensión de plazos dispuesta por la Acordada 4/2020. Comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica y devuélvase.

SEBASTIÁN PICASSO- RICARDO LI ROSI- HUGO MOLTENI Correlaciones: M., S. F. y otro
c/C., S. D. y otros s/daños y perjuicios - Cám. Civ. y Com. Necochea - 09/09/2014 - Cita digital IUSJU220946D

000841F