

Danos Y Perjuicios Obra Social Mala Praxis Parto Forceps Dano Neurologico Responsabilidad Objetiva Lista Cerrada De Prestadores

JURISPRUDENCIA

DAÑOS Y PERJUICIOS. OBRA SOCIAL. MALA PRAXIS. Parto.

Fórceps. Daño neurológico. Responsabilidad objetiva. Lista cerrada de prestadores Se resuelve hacer lugar a la demanda y condenar a la obra social por el accionar dañoso del médico ya que ésta tiene una clara imputación de responsabilidad, por haber quebrantado la obligación de seguridad frente al paciente. En el plexo contractual se entiende incorporada la obligación de la institución de responder por las prestaciones del médico que no fueran realizadas en forma perita, prudente o diligente. Rosario, 18/10/2017 Y VISTOS: Los autos caratulados: "ARRASCAETA MARIA VIRGINIA Y OTS. C/ O.S.C.T.C.P. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS», Expte. N° 110/07, venidos a despacho para el dictado de sentencia. A fs. 35/76 obra demanda iniciada por los Sres. OSVALDO EDUARDO ARRASCAETA, DNI N° 13.923.512 y YOLANDA BEATRIZ AVALOS, DNI N° 17.280.833, por su propio derecho y asimismo en nombre y representación de su hija MARIA VIRGINIA ARRASCAETA, DNI N° 36.658.734, por apoderado, contra la OBRA SOCIAL CONDUCTORES DE TRANSPORTE COLECTIVO DE PASAJEROS (O.S.C.T.C.P.) persiguiendo la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados derivados del incumplimiento imputado, y costas. Relataron que la Sra. Yolanda Avalos comenzó a hacerse atender por el Dr. Ignaccolo, médico especializado en obstetricia, el 11/06/92 en los consultorios externos de la demandada, por su embarazo; que se internó el 27/01/93 a las 04:30 hs. con trabajo de parto y a las 7:00 hs. ya tenía 8 cm. de dilatación, dándose comienzo al parto; que a las 8:00 hs. el médico decidió utilizar fórceps por falta de rotación y descenso del bebé y a las 8:30 hs. decidió cesárea. Continuaron diciendo que María Virginia nació ese día a 27/01/93, a las 8:50 hs. con parálisis facial, que al ser recibida por la neonatóloga ésta dejó asentada la parálisis facial y el intento de toma a fórceps alto; que la bebé inmediatamente fue trasladada a la habitación con su madre, pero a las 13:45 hs. debió ser trasladada a Unidad de Neonatología por presentar en dos oportunidades llanto continuado de cianosis, por lo que se la internó para control. Al no repetir cianosis, el 28/01/93 la bebé pasó a internación conjunta. El 31/01/93 la mamá y la bebé fueron dadas de alta. Siguió relatando que con el correr de los meses observaron que la niña no evolucionaba neurológicamente como sus hermanos; el 25/08/93 se le realizó una TAC, que estableció signos de atrofia cortical y central, sugiriendo estudio genético. Posteriormente se la hizo atender por la Dra. Aldao, neuróloga infantil, que el 17/09/93 informó el hallazgo de cierto grado de atrofia cortical y central lo que abrió la posibilidad de una agresión encefálica temprana, y sugirió investigar; que el 27/07/99 los padres efectuaron a la niña un estudio genético, dando como resultado la inexistencia de anomalías estructurales, por lo cual descartaban el origen genético del padecimiento de María Virginia. Expresaron que el cuadro clínico de María Virginia fue descripto por la Dra. Aldao el 18/11/01 que refirió que la niña creció con un déficit global en el desarrollo de funciones cognitivas, lenguaje, asociado a un déficit en los mecanismos prefrontales de atención sostenida y control del impulso y que estos síntomas afectaron sus aprendizajes escolares. Sostuvieron que el daño se produjo por la utilización del fórceps, que además se le hizo un "fórceps alto" para conseguir la rotación y descenso del bebé, que no se utiliza en la actualidad por el riesgo que entraña, que el galeno fue imprudente y sometió a la actora a un riesgo innecesario; que la posición del feto OIIP desaconsejaba el uso del fórceps; que además de ello el obstetra realizó una toma de fórceps incorrecta, porque presionó el nervio facial y el bebé sufrió parálisis facial, que no se produjo la rotura del nervio; pero sí- daño neurológico y lesión cerebral. Entendieron que habían celebrado un contrato con estipulación a favor del hijo, y que probada la culpa del médico, la responsabilidad de la obra social era objetiva y que la decisión de practicar la cesárea sólo llegó cuando se había perdido un tiempo precioso en la extracción de la niña, cuando muy posiblemente se habían producido episodios de hipoxia intraparto y la bebé ya había sufrido lesiones cerebrales causadas por las malas maniobras con fórceps alto. Acentuaron en la responsabilidad agravada del galeno por su profesionalidad y la de la demandada, signada por su deber de seguridad y dación de prestaciones médicas de calidad. Señalaron que la demandada tenía una lista cerrada de prestadores, constriñiendo a sus afiliados a atenderse con ellos y no otros. Finalmente, que la conducta culposa de Ignaccolo había sido la causa adecuada de la actual lesión psicofísica de María Virginia y del daño moral de ésta y de sus padres. Individualizaron sus daños y los cuantificaron. Plantearon cuestión constitucional y la inconstitucionalidad de la normativa de pesificación y de emergencia pública. A fs. 78 compareció la OBRA SOCIAL CONDUCTORES TRANSPORTE COLECTIVO DE PASAJEROS, por apoderado. A fs. 85 contestó la demanda, interpuso excepción, que fue respondida por la parte actora, se produjeron varios incidentes, se abrió la causa a prueba, cada parte ofreció la suya, se produjo prueba testimonial. En ese estado tomó intervención la Defensora General y planteó la nulidad del trámite. A fs. 323 la Alzada declaró la nulidad de todo lo actuado sin la intervención del Ministerio Público. A fs. 346 volvió a comparecer la demandada, con nuevos apoderados y a fs. 362 contestó la demanda.

Reconoció que el Dr. Ignaccolo atendió el embarazo y parto de la actora, que el 27/01/93 fue internada por haber comenzado el trabajo de parto, que la paciente había tenido dos alumbramientos vaginales anteriores por lo que era razonable y coherente que el profesional hubiese intentado igual camino y que al encontrarse con la falta de rotación y descenso de la criatura intentara la toma de fórceps para evitar la cesárea. Afirmó que la toma de fórceps fue intentada en una posición "baja», práctica viable y correcta para la posición que se encontraba el bebé, que no había ninguna constancia de que el obstetra hubiera utilizado fórceps altos, excepto el informe de la neonatóloga que no estuvo presente en el parto; que no hubo conducta reprochable del obstetra, que las operaciones de cesárea en 1993 conllevaban aún más riesgos que en la actualidad. Reconoció que la bebé nació con una leve parálisis facial, pero que no hubo consecuencia dañosa para la menor y el hecho de que haya sido trasladada en forma inmediata a la habitación con su madre confirmaba que el accionar del médico no había sido causa de los problemas neurológicos de la menor; que la parálisis facial podía atribuirse a la compresión de la cabeza del bebé sobre el promontorio materno, que por lo demás, la parálisis fue transitoria, remitiendo naturalmente y que la bebé nació normal, con un APGAR de 9/9, es decir, en óptimas condiciones físicas, sin sufrimiento fetal y sin daño neurológico ni de otro tipo atribuible al parto. Señaló que la demanda es contradictoria porque primero atribuye como causa del supuesto daño al uso de fórceps, y luego al sufrimiento fetal, que no hubo demora en la cesarea, que fue decidida intraparto. Impugnó el informe de la Dra. Aldao, porque la misma no presencié los hechos que relató y por contradecirse con el test de APGAR que dio un resultado óptimo, negó que la actora hubiera quedado internada en cuidados intensivos. Sostuvo que el trastorno de la actora era un trastorno de migración neuronal, o malformación congénita del sistema nervioso, lo que surgiría de la TAC y que no había nexa causal entre la actividad del obstetra y el daño, el que se hubiera producido incluso excluyendo la intervención del médico. Por lo que solicitó el rechazo de la demanda. Abierta la causa a prueba, y previa acreditación de la designación de curadora provisoria de la madre de la actora María Victoria (fs. 749/751), se produjo testimonial de la Dra. Puig, de la Dra. Aldao, periciaobstétrica y su ampliación (fs. 624/628, 656 y 686), pericias neurológicas (fs.653, 660 y 686), se clausuró la etapa, alegaron las partes y firme el decreto de autos para sentencia, como consentida la intervención de la suscripta, agregados los alegatos de las partes, quedaron los presentes en estado de dictar sentencia. Obran agregados por cuerdas los expedientes 1536/00 y 583/01 de aseguramiento de prueba y pobreza respectivamente. Y CONSIDERANDO: El conflicto. Se encuentra acordado que la actora se internó el 27/01/93 a las 04:03 hs., que el embarazo y parto fueron atendidos por el Dr. Ignaccolo con las prestaciones de la demandada, que ante la falta de descenso y rotación del bebé se intentó la toma de fórceps, que nació con parálisis facial y que actualmente la actora padece trastornos neurológicos. La cuestión a dilucidar es si el accionar del galeno, en cuanto a su trabajo y específicamente en cuanto al uso del fórceps, tuvo (o no) incidencia causal en el resultado dañoso, a saber, parálisis facial y daño neurológico actual y permanente de la actora, o si bien estos daños habrían acaecido igualmente, con independencia del accionar del galeno. Y si como consecuencia de ello, se debe alcanzar con responsabilidad a la demandada. Legislación aplicable. Los hechos ocurrieron bajo la vigencia del C.C. Siendo ello así, por aplicación del art. 7, 2do. parr. C.C.C., que impide su aplicación retroactiva, el incumplimiento o antijuridicidad del acto, el nexa causal y el análisis de los factores de atribución de responsabilidad debe efectuarse de conformidad a dicho plexo normativo. Distinta será la solución para el supuesto que el reclamo prospere, y deba fijarse un resarcimiento, toda vez que la cuantificación del daño en las obligaciones de valor se efectiviza en oportunidad de dictar sentencia (art. 772, CCC), las normas aplicables, que captan en su antecedente normativo tal presupuesto, son las vigentes al momento de la emisión del decisorio (arg. art. 7º, CCC, texto análogo al previsto en el art. 3º, CC). En cuanto a la prueba producida. A fs. 430 obra la testimonial de la Dra. Puig, declarando haber estado presente en el parto y reconocer sus anotaciones en la historia clínica (fs. 22/23), de la cual leo: "...en este se intenta fórceps alto para rotar no se logra y se decide cesárea. Presenta llanto que luego continua con cianosis por lo cual es traída en dos oportunidades a la sala por un familiar. Decido internar y controlar..." aclarando que no recordaba si había estado presente en el momento del forcep alto como decía en la historia clínica o si era una referencia del obstetra o de otra persona. A fs. 569 obra testimonial de la Dra. Aldao, médica neuróloga infantil. Expresó que reconoció-a como de su autoría el documento que obra agregado en copia a fs. 8, el de fs. 11 y 13. En el primero leo: "Conclusión: Discreto retraso psicomotor... Este retraso podría ser explicado por su estado nutricional y de intercurrentia infecciosas pero el hallazgo de cierto grado de atrofia cortical y central abre la posibilidad de una agresión encefálica temprana (que habrá que investigar)... 17/9/93.» En el informe de fs. 11 de fecha 18/11/01, consignó: "Niña, 3º hija de una serie de 3 padres aparentemente sanos no consanguíneos. Producto de un embarazo sin complicaciones y de un parto distócico que derivó en cesárea, durante el período neonatal desarrolló un síndrome de distrés respiratorio transitorio. Durante su primera infancia se evidenció un retardo psicomotriz. Los estudios realizados en esa oportunidad mostraron una atrofia cortical inespecífica. La niña creció con un déficit global en el desarrollo de funciones cognitivas, lenguaje, asociado a un déficit en los mecanismos prefrontales de atención sostenida y control del impulso. Estos síntomas afectaron sus aprendizajes escolares. No se confirmó etiología genética o adquirida. Diagnóstico: Déficit intelectual moderado de etiología-

indeterminada, desorden por déficit de atención con hiperactividad.» En el informe de fs. 13 del 10/08/06, ratificó el anterior, actualizándolo, agregando en lo que interesa aquí- que se habían investigado posibles causas genéticas, pero que el estudio cromosómico fue normal, por lo que no se identificó etiología genética o adquirida. Aclaró que "un fórceps alto indica o hace suponer un riesgo de sufrimiento fetal. Es claro que no hubo una injuria cerebral grave, acontecida en el momento de nacer. Los chicos que nacen con injuria cerebral grave, nacen deprimidos, con un apgar bajo» (octava). A fs. 624/628 obra pericia obstétrica. Los peritos señalaron que en la historia clínica, la neonatóloga que debe recibir al bebé, escribió que el obstetra intentó una toma de "fórceps alto» (respuesta 6); que en el protocolo quirúrgico obrante a fs. 16 del expediente de aseguramiento de pruebas, obra registrado por el Dr. Ignaccolo que en el parto se utilizó fórceps Tarnier (respuesta 10), que el fórceps Tarnier se utiliza para descenso y rotación en todos los planos (respuesta 9), que toda maniobra obstétrica, realizada en forma imperita puede ocasionar lesiones (respuesta 22), entre éstas la parálisis facial, las que consideraron como complicaciones benignas del uso de fórceps (respuesta 23); que en la HC consta que la bebé nació con parálisis facial (respuesta 24); que la Dra. Puig, neonatóloga, había dejado constancia en la HC del uso de fórceps alto (respuesta 8), que la cesárea se realizó por falta de rotación y descenso que no pudo resolverse con fórceps, sin urgencia (respuesta 17), que la circunstancia de dos partos vaginales anteriores aconsejaba un parto de iguales características (respuesta 21); que no existía constancia documental o evidencia física de sufrimiento fetal del neonato en el parto o periparto (respuesta 24); que la bebé nació con un APGAR 9,9 significa, normal y que es una puntuación que consta de 5 puntos: Color, Tono, Reflejos, Frecuencia Cardíaca y Frecuencia respiratoria, que se toma al minuto y a los 5 minutos de nacido y que el APGAR 9,9 no es compatible con sufrimiento fetal (respuestas 24 y 25). A fs. 656/658 obra ampliación de la pericia obstétrica en donde se aclaró en varias y reiteradas oportunidades que no existía constancia alguna en la Historia Clínica que indique que el obstetra hizo o intentó una toma de fórceps alto. A fs. 660/664 obra pericia neurológica presentada por el Dr. Brandolisio, médico neurocirujano, quien informó que el cuadro clínico de María Virginia Arrascaeta puede ser encuadrado como retraso mental moderado (11), y que no puede aseverar cuál ha sido la causa más probable del trastorno del desarrollo neurológico de la actora (13), que el índice APGAR 9,9 no sería indicador de anoxia perinatal (14); que el resultado del examen genético del 27/07/99 confirma que la patología de la actora no tiene origen genético (21); que la parálisis facial posiblemente se hubiera evitado de haber realizado el obstetra una toma biparietal correcta con el fórceps (26); que de las constancias de autos, HC y demás documental médica surgió que la bebé fue internada en Neonatología por presentar un cuadro transitorio de crisis de llanto con cianosis; que el APGAR 9,9 significa que no hubo evento perinatal por asfixia y que si el bebé podía evidenciar otros signos neurológicos durante el desarrollo podrían ser atribuibles, por ejemplo a un trastorno de migración neuronal, sin que esto tuviera relación con un evento perinatal (9); que la bebé al nacer evidenció parálisis facial periférica, y que la causa no podía atribuirse a una elongación del nervio como consecuencia de compresión sobre el promontorio materno durante la rotación de la cabeza de la bebé y que sí- podía atribuirse a compresión (11); que no podía explicarse la encefalopatía anóxica - isquémica con un trauma obstétrico por fórceps "ya que no existe estigma cutáneo (piel, óseo) referido en la Historia Clínica» (22). A fs. 685/686 obra la pericia neurológica del Dr. Hiskin, neurólogo clínico, docente de Neurología, ex jefe del servicio de electroencefalografía, por concurso, del Hospital del Niños V. J. Vilela desde 1981 a 2005, máster en electroencefalografía y mapeo cerebral. Previamente, este profesional, a fs. 653 había informado que "se llega a una conclusión diagnóstica que la paciente tiene un Sme. Secuencial motor y de madurez tanto clínica como bioeléctrica que está justificado por los trastornos sufridos en tiempo perinatalógico.» Al contestar los puntos periciales de la demandada (fs. 382 vta.) informó que el uso de fórceps puede producir trauma obstétrico, encefalopatía anóxica, parálisis cerebral (1 y 2); aclaró que en este caso la bebé padeció varias crisis de llanto y cianosis, causa por la cual se la internó en Neo (4 y 7); preguntado si la bebé presentó signos clínicos de parálisis cerebral infantil o daño neurológico motor contestó que presentó trastornos motores a nivel de VII par Craneal (5) aspiración de meconio y distress respiratorio (5 de fs. 684), que recién a los 7 meses de vida se pidió interconsulta con Neuropediatría ya que la niña mostraba alterado su desarrollo (6); preguntado si de las constancias médicas obrantes en el expediente y las reservadas en Secretaría surgió que la bebé tuviera un compromiso agudo de su Sistema Nervioso Central, contestó: "Más que agudo fue consecuente al parto y transitorio, excepto la parálisis Facial que aún persiste en grado menor» (8); preguntado por el APGAR 9.9 y a qué patología del Sistema Nervioso Central se podía asociar, contestó: "Apgar es la suma de varios ítems que sumados dan una cifra acorde lo hallado en el examen perinatalógico, no concuerda con la cifra denunciada», preguntado cuál de las patologías que afecta al Sistema Nervioso Central puede presentar compromiso neurológico a los 8 meses de nacido y sin consultas antes de su nacimiento, respondió que podía ser un trastorno genético, pero que en el caso el estudio había dado negativo y el Sistema Nervioso Central de la bebé estaba afectado según TAC realizada a los 7 meses (10); que la parálisis facial no fue transitoria, y que en el examen actual podía informar asimetría facial (11), persistiendo rastros en la clínica (4, de fs. 684); que la anoxia es capaz de producir trastorno en migración neuronal (12); que la encefalopatía anóxica explicaba el aumento del perímetro craneano y encefálico, etc., conforme TAC del

25/08/93, sumado a la clínica de cianosis (14). Al contestar los puntos periciales de la parte actora obrantes a fs. 377, informó que el uso de fórceps es una necesidad dentro del oficio del Obstetra, la diferencia es la habilidad que posee cada especialista y que entre 2 a 7 por mil era el porcentaje de lesiones por fórceps, que al realizar la toma de fórceps los vasos sanguíneos podían ser comprimidos, dependiendo de la toma realizada y los daños ser causales del uso del fórceps, y de la experiencia e idoneidad del obstetra» (1); que también puede producir anoxia; que sobran signos deficitarios para encuadrar al Sme. Respiratorio dentro de una causal (6); que el distress respiratorio podía ocasionar un sufrimiento fetal agudo en el neonato (7 y 8); que el cuadro clínico de María Virginia era compatible con trastorno perinatólogo; que la Srta. María Virginia padece una "franca inmadurez bioeléctrica cortico subcortical con un moderado déficit intelectual» (11); preguntado si la patología que hoy afecta a la actora, podía ser resultado de un episodio de anoxia ocurrido en el período perinatal a consecuencia del intento de extracción con fórceps, contestó: "Fue internada en Neo, crisis de Cianosis, y otros datos descriptos por Neonatóloga y Neuropediatra, hacen pensar según mi experiencia, que esto fue consecuencia del uso del fórceps» (14); que la TAC fue reveladora de todos los daños anatómicos producidos con posterioridad al parto (17); que no hay dudas de que existió una agresión (encefálica temprana) (18); que la actora es una persona con dificultades en el lenguaje, de bajo nivel intelectual producto de su escasa preparación (tanto durante su infancia como adolescencia), que se siente diferente del resto y "además por ser consecuente al parto su inmadurez» (27); que tiene un trastorno motor e intelectual permanente (28); que su incapacidad es parcial y con un grado del 75% -con recuperación psicofísica parcial), que la parálisis facial, los trastornos del lenguaje, dislexia, déficit del intelecto y signos bioeléctricos de Epilepsia son permanentes. A fs. 707 el neurólogo Hiskin contestó las aclaraciones de las partes, preguntado para que explicara por qué consideraba que la existencia de un evento hipóxico - isquémico estaba relacionado con un trastorno perinatólogo, contestó: "El tiempo que pasa entre, realizar un parto natural, uso del fórceps y la decisión de realizar cesárea, previa anestesia -peridural- mas el informe, que consta en HC, de la Dra. Puig Neonatóloga, 'cambios morfológicos, Parálisis del VII par - Ptosis Palpebral y crisis de Cianosis', es tiempo y causa necesaria para que exista anoxia y/o sufrimiento fetal»; "...que la niña Virginia no padeció ninguna Parálisis cerebral infantil. El informe de la TAC realizada a los 7 meses de vida, revela consecuencias del sufrimiento cerebral. En la actualidad, el examen Neurológico de la Srta. María Virginia revela secuelas faciales, trastornos del lenguaje y dificultad cognitiva.» Preguntado para que aclarara por qué causa consideraba que el uso del fórceps estaba relacionado con la crisis de cianosis contestó que lo antes evacuado en las dos respuestas anteriores (y transcritas) eran causas suficientes para determinar sufrimiento y la anoxia es post natal ya que realizó a menos de 24 hs., crisis de cianosis que llevó su internación en NEO. Preguntado para que aclarara a qué lesión se refería contestó que el uso del Forceps alto como dice el protocolo del parto, era suficiente para producir daños del axon del VII par craneal - Parálisis Facial y descenso permanente del párpado superior (5, fs. 707). Aclaró que en el Apgar se suman todos los datos importantes, pero que además de éstos figuran piel - faneras - tono muscular - chupeteo, respuesta a estímulos como las deformaciones existentes- pabellón auricular izquierdo, ptosis palpebral (caída permanente del párpado), parálisis facial y color de la piel y que todo ello hacía pensar que el valor de 9 era poco representativo (4, fs. 707 vta.). La solución. En base a toda la prueba examinada puedo concluir que el daño neurológico de María Virginia Arrascaeta no es independiente del accionar médico y guarda conexión causal adecuada con el intento de extracción con fórceps. Ello por cuanto, la Dra. Puig, médica neonatóloga presente en la cesárea y que recibió al bebé, consignó en la historia clínica el uso de "fórceps alto» y si bien esta médica aclaró que no recordaba si había estado presente en el momento que se aplicó el fórceps alto, es claro que el hecho de que lo haya consignado en la historia clínica significa que lo vio, o que así se lo informó el obstetra y lo consideró lo suficientemente relevante como para incluirlo en la HC. Además, si bien la pericia obstétrica señaló en reiteradas oportunidades que no consta en la HC que el Dr. Ignaccolo hubiese realizado una toma de fórceps alto, consta escrito en la HC por el propio Ignaccolo, que usó fórceps Tarnier, apto para todas las tomas (incluida la alta). Adicionado a esto se confirmó la exclusión del origen genético del retraso madurativo de María Virginia. El perito neurólogo Brandolisio aseveró que la parálisis facial sólo era explicada por compresión (no por elongación del nervio como consecuencia de compresión sobre promontorio materno) y se ha probado que aquí se usó fórceps, que para su uso el obstetra realizó compresión y que la parálisis facial es su consecuencia directa, que conforme el neurólogo Hiskin, dicha parálisis es permanente y aún observable a la clínica. También se probó que la bebé sufrió encefalopatía anóxica o lesión cerebral por falta total transitoria de oxígeno, comprometiendo el Sistema Nervioso Central, consecuencia del parto, todas causas directas del retraso madurativo de María Virginia. En el caso que nos ocupa es evidente que si la toma de fórceps hubiera sido correcta, María Virginia no habría presentado parálisis facial ni daño neurológico, por lo que estas consecuencias guardan relación causal adecuada. Los peritos actuantes informaron que la lesión con fórceps se produce cuando no se actúa con pericia, realizando una toma incorrecta con el fórceps, faltando experiencia o idoneidad en el obstetra (vide fs. 625 vta. respuesta 22, 23 y 25 de Feldman - Baraldi; fs. 661 vta. Respuestas 24 y 26 de Brandolisio y fs. 686 aclaración preliminar de Hiskin). En cuanto a la responsabilidad. Sobre la base de lo antes expuesto, corresponde analizar la responsabilidad

que puede caberle a la demandada. La actora ha probado el daño y su relación causal con la actividad médica como hecho generador, así- como la impericia, o accionar culposo del obstetra, en franca colisión con los arts. 902 y 909 C.C. Sabido es que el médico trabaja sobre la salud y no garantiza ningún resultado, salvo que aplicará toda su ciencia, pericia y diligencia y que la atención será procurada conforme a la *lex artis*, y en el presente caso se ha acreditado que los daños habidos sólo pueden ser consecuencia de la toma incorrecta del fórceps que produjo parálisis facial y encefalopatía anóxica, es decir, mala praxis médica. En el contrato médico, la obligación principal del galeno es la de brindar al paciente el tratamiento adecuado para lograr la curación del mal que lo aqueja, y en este caso, para lograr el parto exitoso, es decir sin daños para la madre ni para el bebé. Es una típica obligación de medios consistente en tratar al paciente con diligencia utilizando adecuadamente los recursos de su profesión. La demandada reconoció que el obstetra, Dr. Ignácolo, era uno de sus prestadores. Una de las obligaciones contractuales de la demandada obra social, es que se compromete a que sus médicos o prestadores atiendan a los pacientes con diligencia, con *lex artis*.

Al acreditarse la culpa del médico, se activa la responsabilidad de la obra social ante el incumplimiento del galeno. La institución demandada debe responder contractualmente respecto de la actora - paciente por las prestaciones del médico actuante que estaban enderezadas a asistir a la Sra. Avalos y al bebé de forma correcta y diligente y no lo hizo. Aunque la obra social demandada no haya sido la que ocasionara materialmente los daños, debe responder si los mismos resultan ser consecuencia del incumplimiento de una obligación de seguridad asumida para con el paciente, como es el caso. La obra social tiene una clara imputación de responsabilidad, por haber quebrantado la obligación de seguridad (en este caso obligación de medios) frente al paciente, ya que en el plexo contractual se entiende incorporada la obligación de la institución de responder por las prestaciones del médico que no fueran realizadas en forma perita, prudente o diligente. Se trata de una responsabilidad directa en relación con el paciente que encuentra fundamento en la existencia de una obligación tácita de seguridad, accesoria de la obligación principal de prestar asistencia médica por parte del cuerpo médico y los prestadores de la obra social. Así-, "acorde con lo expuesto en el presente, las obras sociales responden civilmente frente al afiliado perjudicado por el no cumplimiento de la prestación asistencial a la que tenía derecho, ya que ha sido tratado en establecimiento o por profesionales contratados por ellas. La obra social asume frente a sus afiliados la obligación de brindar el servicio de salud con eficiencia, debiendo haber una negligencia médica y/o una acción u omisión reprochable referida al control del servicio que haya podido contribuir a producir el daño.»¹ Por lo demás, lo más común es que las obras sociales tengan la modalidad de prestación con listas cerradas, donde la posibilidad de elección se circunscribe a los profesionales y establecimientos indicados por la obra social, tal como lo afirmara la actora en su demanda. En el presente caso, la demandada no negó trabajar con listas cerradas, ni invocó (ni hay prueba de ello) que se manejara con la modalidad de listas abiertas de prestadores en donde su afiliado elige libremente el profesional. Así-, "habrá entonces, responsabilidad civil plena de la obra social, no solamente por omisión o insuficiencia en el suministro del servicio de salud a su cargo, sino también por las deficiencias de la prestación cumplida, atribuibles a la culpa o negligencia de los profesionales intervinientes en los casos de listas cerradas.»² Por todo lo expuesto, la demanda resulta procedente y corresponde pasar a examen los rubros resarcitorios reclamados. En cuanto a los daños. Tal como lo expresara supra, los daños se deben valorar al momento del dictado de la sentencia (art. 772 ley 26.994), ya que la presente indemnización de daños y perjuicios es una deuda de valor. Por ello, el juez, al momento de la sentencia puede valorizar debidamente los rubros pretendidos por la actora en su demanda, aunque sin desvincularse de su petición la que fue sujeta a lo que en más o en menos estimara prudente el tribunal, y es justamente dicha solicitud y el prudente arbitrio lo que permite al juez valorizar el reclamo efectuado en la demanda, el mismo día del dictado de la sentencia. En consecuencia, no corresponde tratar el planteo de inconstitucionalidad de las normas de pesificación y emergencia pública, por no ser conducente para la resolución del presente caso. En la demanda la actora reclamó daño material individualizándolo como daño a la integridad física por ser víctima de retraso mental que le ocasiona un déficit intelectual y de atención que es definitivo y permanente; que su patología era un retraso mental moderado que se ponía de manifiesto en las áreas cognitivas, emocional, retraso del habla (vocabulario pobre y escaso), dificultades adaptativas y reacciones emocionales primitivas y que además se veía reducida su expectativa de vida debido a que la edad de fallecimiento de una persona con retraso mental leve o moderado ronda los 50 a 59 años como máximo; que todos estos síntomas afectaron significativamente su aprendizaje escolar. El perito neurólogo Brandolisio expresó que María Virginia actualmente presenta un déficit leve - moderado, alteración de las funciones cognitivas superiores, fundamentalmente en el área de la atención, de la memoria, parcial del lenguaje y del pensamiento, alteraciones ligadas a la hiperactividad y dificultades para el desempeño de la relación social, asimismo alteraciones en la lecto escritura y motricidad fina, pudiendo realizar actividades de la vida diaria en forma independiente y sin dificultad (respuesta 27, fs. 662), considerando el grado de incapacidad en el 48% (respuesta 30). El perito neurólogo Hiskin coincidió en la descripción del estado actual, señalando que María Virginia tiene trastornos motor e intelectual permanentes, parálisis facial, trastornos del lenguaje, dislexia, déficit del intelecto y signos bioeléctricos de epilepsia permanentes, estableciendo su incapacidad en el 75% (fs. 685). Ambos peritos han ponderado el

porcentaje de incapacidad y lo han fundado adecuadamente. Evidentemente la diferencia, 27 puntos, no es menor, pero puede explicarse en razón de los múltiples factores de ponderación que cada experto utiliza y su manera de valorarlo, además de la tabulación específica utilizada. En este contexto, la elección de cualquiera de las cifras sería arbitraria, por lo que para evitarlo, he de partir la diferencia a la mitad, y establecer que corresponde indemnizar un 61,5% de incapacidad psico-física de María Virginia.

La invalidez física es un concepto médico antes que jurídico³, y su captación normativa en el ámbito del ordenamiento civil, que manda reparar de modo pleno (art. 1740, CCC), se orienta en tres sentidos: a) la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima por el concreto perjuicio laboral que padece, aun cuando el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada (art. 1746, CCC), b) el menoscabo a sus derechos personales, su integridad personal y su salud psicofísica (art. 1738, CCC)⁴ y c) la afectación de servicios o emprendimientos económicamente valorables, aunque no se traduzcan en entradas monetarias (art. 1746, CCC)⁵. A los fines de la cuantificación (art. 772, CCC) de la reparación debida por lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, manda el ordenamiento que "(...) la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de 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, CCC). La mencionada determinación del capital, de tal suerte, debe obedecer a una formulación que tenga en consideración la edad y expectativa de vida laboral de la víctima, el ingreso percibido por su desempeño laboral, la cuantificación de las actividades productivas o económicamente valorables, el grado de incapacidad constatado y el coeficiente de la tasa de interés. Lo expresado no obsta a que el juez mantenga un cierto grado de prudencial discrecionalidad. Así-, para cuantificar el daño debe tenerse presente el sistema previsto por el mencionado art. 1746, CCC, que cederá, en tanto no exista prueba asertiva de los ingresos que percibía la víctima del hecho dañoso o frente a víctimas económicamente improductivas (arg. art. 3º, CCC, por referencia analógica con el art. 1745, incs. b y c, CCC, ante ausencia de norma específica al respecto), en favor del sistema de las calidades personales⁶. Es decir, debe ponderarse con estas pautas el perjuicio económico que la víctima del hecho sufre por la incapacidad física que presenta. No obstante lo expuesto, para fijar la indemnización por el valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas sino que es menester computar las circunstancias particulares de la víctima y de los damnificados: edad, grado de parentesco, profesión, ingresos, posición económica y social, expectativa de vida, etc.⁷ Para determinar la indemnización por el rubro deben tenerse en cuenta pautas razonables generales, las que deben ser suficientes para justificar la cuantificación del daño⁸. Así-, corresponde determinar cómo valorar el punto de incapacidad de María Virginia, tercera hija de un matrimonio, en donde el padre era empleado, chofer de colectivos, su mamá, estudios primarios, ama de casa. Asimismo, la familia vivía en casa propia, aunque con comodidades mínimas, sin otro ingreso mensual que el salario del papá e inició beneficio de litigar sin gastos por no contar con medios económicos para hacer frente a la tasa de justicia (fs. 6 expte. 583/01), por tener muchos gastos por la situación de María Virginia que requiere cuidados especiales (fs. 19), siendo además que sus hermanos eran estudiantes (fs. 22). Igualmente, a efectos de determinar el monto de resarcimiento por incapacidad sobreviniente, los fallos precedentes pueden ofrecer una ayuda o pauta de cuantificación, cuando se trata de casos análogos o casos próximos, reuniendo características similares en aquellas variables consideradas relevantes para la decisión judicial. Debe destacarse además, que en el caso, se pondera la posibilidad que hubiera tenido María Virginia de haber superado el parto sin incapacidad, y la gravedad de las lesiones sufridas en dicho trance. Por todo ello, las previsiones de los arts. 1737, 1738, 1739 y 1740 C.C.C. y 245 del CPCCSF, teniendo en cuenta las pautas antes enumeradas y valoraciones de casos actuales similares, fijo el monto por este rubro en la suma de pesos setecientos veinte mil (\$720.000).

Pérdida de chance de ayuda económica. Los progenitores de María Virginia reclamaron por su propio derecho, daño material consistente en la pérdida de chance del aporte económico que la hija de los actores hubiera podido proporcionarles en su vejez, acreditando el vínculo con copia certificada de la partida de matrimonio y nacimiento respectivamente, agregadas a fs. 3 y 4. El art. 1079 del C.C. (hoy 1716 C.C.C.) sienta con amplitud el principio general de reparar el daño que sufre cualquier damnificado por el incumplimiento o hecho ilícito. Conforme al art. 1739 C.C.C. la pérdida de chance es indemnizable en la medida que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador. Si bien este rubro es usualmente reclamado por padres que pierden a sus hijos, en el caso, aun cuando María Virginia vive, ciertamente su estado de discapacidad impedirá que asista a sus padres en la vejez. En este marco la reclamación debe acogerse en cuanto al perjuicio patrimonial que se concreta en la pérdida de las esperanzas, a que los progenitores tenían legítimo interés, de que esa niña algún día pudiera prestarles auxilio o ayuda personal y económica. Los actores en su demanda relataron que el daño patrimonial por pérdida de chance se debía estimar en pesos veinticinco mil cada uno (a la fecha de promoción de la demanda marzo 2007), aunque sin explicar cómo arribaban a dicho cálculo. No se sabe con certeza con cuánto dinero hubiera podido ayudar económicamente María Virginia a sus padres si hubiera podido trabajar, pero sí- se sabe que no podrá asistirlos de forma alguna. Este es ciertamente un daño indemnizable. El daño aquí- resarcible es esa posibilidad cierta y actual, de que los actores perdieron la chance de ser

asistidos económicamente por su hija, cuando llegaran a la vejez y ésta llegara a la edad productiva, pérdida que se debe reparar mediante un juicio de probabilidad. Corresponde hacer hincapié en que respecto de este rubro lo frustrado no es el beneficio esperado, sino la mera posibilidad de lograrlo. A fin de arribar a una cuantificación fundada y equitativa del rubro, se pondera que para el supuesto que la hija de los actores hubiera laborado, hubiera obtenido por lo menos un salario equivalente al mínimo vital y móvil (hoy \$8.860), y al llegar a la vejez sus padres, los hubiese podido asistir durante ese lapso, que calculo en 10 años, con el 20 % de sus ingresos. Asimismo, se debe tener en cuenta que se trata de una chance, una probabilidad que se valora en el 50% (por la existencia de variables que acotan la existencia de la chance), aplicando los arts. 1738, 1739 CCCN y 245 CPCC, que habilitan al juzgador a fijar los montos de condena en base a la lógica y sana crítica y teniendo en cuenta máximas de experiencia, fijo por el monto de pérdida de chance en la suma de pesos ciento seis mil trescientos veinte (\$ 106.320), correspondiendo la mitad (\$53.160) a cada progenitor. Daño moral. Marí-a Virginia Arrascaeta -mediante su curadora- pretendió el resarcimiento de este daño. Expresó que no era necesario discernir para padecer. Este rubro debe prosperar pues no puede dudarse que el estado que presenta Marí-a Virginia desde que nació, y que resulta irreversible, importa una modificación disvaliosa de su espí-ritu. Así-, "La mera ausencia de sensibilidad o de comprensión del dolor no excluyen la posibilidad de existencia de daño moral, ni el carácter axiológicamente negativo de esa minoración. Aun cuando no exista consciencia del agravio, el disvalor subjetivo puede configurarse y ser resarcido. El sufrimiento no es, de tal modo, un requisito indispensable para que haya daño moral, aunque sí- una de sus posibles manifestaciones más frecuentes ... la pérdida de los sentimientos o la posibilidad de experimentarlos, y más aún, la aptitud de 'encontrarse en una situación aní-mica deseable, es daño moral... aun 'sin lágrimas', o sin percepción sensitiva del menoscabo padecido, existe daño moral. Aunque la ví-ctima ya no tenga aptitud para sentirlo, ... el solo disvalor subjetivo producido... alcanza para configurar daño moral.»9 "Cabe recordar al respecto que el daño moral no requiere prueba especí-fica alguna en cuanto ha de tenérselo demostrado por el solo hecho de la acción antijurí-dica -prueba in re ipsa- y es el responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluyera la posibilidad de un dolor moral.»10 Así-, "el principio de individualización del daño requiere que la valoración del daño moral compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto las de naturaleza objetiva (la índole del hecho lesivo y de sus repercusiones), como las personales o subjetivas de la propia ví-ctima... también interesa la personalidad de la ví-ctima y su receptividad particular.»11 La Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho, en relación al daño moral que "A fin de la fijación del quantum debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tienen necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste»12 y que "procede el resarcimiento del daño moral sufrido, detrimento que por su índole espiritual debe tenérselo por configurado, en las circunstancias del caso, por la sola realización del hecho dañoso de que se trata y su particular naturaleza, así- como la índole de los derechos comprometidos. A fin de la fijación del quantum debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tienen necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (Fallos 308:698; 318:1598; 321:1117, entre otros).»13 Para determinar su cuantí-a el juzgador ha de sortear las dificultades que supone imaginar el dolor, frustración y angustia que el evento produjo en la esfera í-ntima de la actora, para luego transformarlo en una reparación en dinero que compense de alguna forma los trastornos padecidos, motivos éstos por lo que el magistrado, más que en cualquier otro rubro, debe atenerse a una prudente apreciación y a las caracterí-sticas particulares de la causa. En los presentes autos, no se produjo pericia psicológica, no obstante lo cual el menoscabo espiritual de Marí-a Virginia no necesita de mayores probanzas. Además, debe tenerse presente la directivageneral tanto de la CSJN14 y de la CSJSF15 en el sentido de que el monto por del daño moral no tiene porqué que guardar relación con el daño material, siendo independiente uno de otro. Por lo cual, previsiones del artículo 1740 y 1740 del Código Civil y Comercial, y art. 245 del CPCCSF, fijo como indemnización a cargo del demandado, por este rubro, la suma de pesos trescientos mil (\$300.000). Daño moral de Yolanda Avalos y de Osvaldo Arrascaeta. Pretenden los actores se los compense por el daño moral padecido por el incumplimiento de la buena praxis a su respecto. Debe aclararse que la letra del art. 1078 del CC no puede ser un obstáculo a la percepción de este rubro, puesto que el daño moral de los padres es re ipsa y resultan ser damnificados directos por la situación que aqueja a su hija (art. 1741 C.C.C.). Sin perjuicio de lo expresado, las demandadas no objetaron en sus respectivos respondes la legitimación de los actores para el reclamo de este rubro. En caso similar se ha dicho: "...de la lectura de la sentencia observo que el juzgador ha receptado como cierto el hecho del daño moral de los padres (...un sufrimiento profundo...) por los sucesos queaquí- se refieren y la postración de su pequeño hijo. En esas condiciones, pensar que ellos no sean también damnificados directos, entender que su mortificación es sólo refleja, serí-a contrariar lo probado. Los padres están sufriendo por sí- mismos, en los afectos de su paternidad lastimada por lo acontecido. Y en este sentido, son tan legitimados directos como su propio hijo. (El carácter directo de su damnificación no puede ser abolido por la unicidad del hecho dañoso, como erróneamente propone el recurrente. Un hecho puede

dañar directa y moralmente a más de una persona, esto es lo ocurrido aquí-). Cualquiera haya sido la intención del legislador al establecer el límite que ha impuesto en el art. 1078 del Código Civil, lo cierto es que al intérprete le cabe siempre la posibilidad (y hasta el deber) de una renovada lectura. Más aún cuando la justicia del caso lo reclama...»¹⁶ Asimismo, "El art. 1078 en concordancia inescindible con las reglas del resarcimiento integral que son superiores en nuestro sistema (art. 1083 C Civ.), debe ser entendido así: los padres son damnificados directos del daño moral cuando sus hijos menores mueren o sufren lesiones incapacitantes por un hecho ilícito; porque está en la naturaleza de la vida que ese dolor se produce normalmente, variando de intensidad según las circunstancias y siendo necesario - para negarlo - la apreciación de alguna situación excepcional por parte del tribunal.»¹⁷ Tal como se indicó al ponderar este rubro respecto a María Virginia, se tendrán en cuenta las condiciones personales de los reclamantes, antes relatadas. Por lo demás, no se produjeron pruebas tendientes a aportar mayores datos respecto al modo de vida de Yolanda Avalos y Osvaldo Arrascaeta, más allá de la obrante en la declaratoria de pobreza. Tampoco pericial psicológica. Conforme las previsiones del artículo 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación, y art. 245 del CPCCSF, se fija como indemnización por daño moral la suma de pesos trescientos mil (\$300.000), siendo la mitad para cada progenitor. Intereses. Los rubros admitidos han sido calculados a la fecha de esta sentencia, por tanto devengarán un interés puro del 6% anual desde el nacimiento de María Virginia -fecha de la mala praxis- (27/01/93) hasta la fecha de esta sentencia, y desde allí - y hasta su efectivo pago, el capital devengará un interés equivalente a la tasa activa mensual sumada del CRA. Aclaro que atento la naturaleza de los daños indemnizados, su mora se configuró ex re, abona esta solución el hecho de que el art. 886 del CCC establezca como principio la mora automática y que como mencioné supra, para la valoración de los daños corresponde utilizar las normas del C.C.C. Costas. Atento el resultado del pleito, son a cargo de la demandada (art. 251 CPCC). Por todo lo expuesto, normas legales citadas, y actuaciones que se tienen a la vista, FALLO:1.- Hacer lugar a la demanda instaurada en autos y, en consecuencia, condenar a OBRA SOCIAL CONDUCTORES DETRANSPORTE COLECTIVO DE PASAJEROS (O.S.C.T.C.P.), para que en el término perentorio de diez días, abone a MARIA VIRGINIA ARRASCAETA, DNI N° 36.658.734, la suma de pesos un millón veinte mil (\$1.020.000), y a OSVALDO EDUARDO ARRASCAETA, DNI N° 13.923.512 y YOLANDA BEATRIZ AVALOS, DNI N° 17.280.833, la suma de pesos cuatrocientos seis mil trescientos veinte (\$406.320), con mas intereses fijados en los considerandos y costas. 2.- Regular los honorarios del Dr. Horacio G. Lopez Miró en la suma de 191,94 Jus (equivalente a \$360.000.-); los de los Dres. Rodolfo E. Torelli y Ricardo Martín Parody en la suma de 191,94 Jus (equivalente a \$360.000.-) en conjunto y proporción de ley; los de los peritos Dres. Roberto Feldman y Martín Baraldi en 38,38 Jus (equivalente a \$72.000.-) en conjunto y proporción de ley; del perito Dr. Marcos Brandolisio en 28,79 Jus (equivalente a \$54.000.-) y del perito Dr. Enrique Hiskin en la suma de 28,79 Jus (equivalente a \$54.000.-) convertidos a pesos desde la fecha que la presente adquiriera firmeza (art. 772 CCC), más IVA si correspondiere, los que devengarán un interés equivalente a la TAS BCRA desde la mora y hasta su efectivo pago. Insértese y hágase saber. DRA. MARIANELA GODOY Secretaria DRA. MONICA KLEBCAR Jueza
Nota: (*) Sumarios elaborados por Juris online 023460E