



COLUMNA DE OPINIÓN

Los presupuestos cautelares “olvidados”

LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO Y EL PELIGRO EN LA DEMORA

Jorge W. Peyrano

Ante todo, debemos señalar que el uso, en la práctica y en la teoría, de la expresión “medida cautelar” ha tenido una consecuencia seguramente no querida: la pérdida de vista de que el requerimiento cautelar (*rectius*, demanda y pretensión cautelar) genera la formación de un verdadero proceso (1) dotado de todas las características propias de dicha categoría jurídica: bilateralidad, previa (2) o postergada, dictado de una resolución dirimente, posibilidad de un accionar recursivo. La referida “pérdida de vista” resulta más extraña cuando se memoria que, frecuentemente, las leyes procesales civiles argentinas se ocupan de aludir a que las “medidas cautelares” tramitan bajo el formato de una “información sumaria” (3), y ésta constituye, obviamente, un formato de índole procesal.

Ahora bien: es menester tener en cuenta que la resolución cautelar no es una providencia de mero trámite, porque encierra una declaración que, si bien no genera certeza, sí es realizada en grado de verosimilitud o de apariencia de buen derecho.

Llegados aquí, es preciso subrayar que invariablemente se consigna legalmente que los mencionados en el epígrafe son los dos presupuestos que deben concurrir para despachar favorablemente una cautelar (4). Curioso es que, pese a ello, en la praxis acontece que tanto en lo que atañe al peligro en la demora como en lo que concierne a la apariencia de buen derecho no se exige ha-

VIENE DE PÁGINA 3

Las Guías de la CNDC para casos de abuso de posición dominante

Germán Coloma (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. Posición dominante y abuso de posición dominante. — III. Formas específicas de abuso. — IV. Diferencias entre la versión preliminar y la versión final de las Guías de la CNDC. — V. Consideraciones finales.

→ Las Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio publicadas por la CNDC representan un documento muy importante como pauta para predecir los criterios a emplear en casos referidos a la aplicación de la ley 27.442 en un conjunto amplio de conductas anti-competitivas. En ese sentido las Guías de la CNDC se han transformado en un documento pionero, ya que son el primer conjunto de criterios elaborado por la autoridad antitrust argentina sobre aplicación general de la Ley de Defensa de la Competencia a casos de infracciones a dicha ley.

son el primer documento que la CNDC emite sobre el tema. En cierto modo, pueden verse como un complemento de los “Lineamientos para el control de concentraciones económicas”, publicados originalmente en el año 2001 y actualizados en mayo de 2018, a través de la res. 208 de la Secretaría de Comercio de la Nación. A diferencia de dichos Lineamientos, sin embargo, estas Guías fueron publicadas directamente por la CNDC, y no a través de una resolución o disposición, sino de un documento de carácter más informal.

El objetivo del presente artículo es analizar los principales criterios contenidos en las Guías para el análisis de casos de posición dominante de la CNDC. También se hará referencia a cómo dichos criterios se fueron modificando entre la versión preliminar, sometida a consulta en septiembre de 2018, y la versión final, publicada en mayo de 2019. Por último, el artículo contendrá una serie de conclusiones y consideraciones finales sobre el tema bajo análisis.

II. Posición dominante y abuso de posición dominante

Un elemento básico que aparece de manera prominente en las Guías de la CNDC tiene que ver con la distinción entre la existencia de posición dominante y el abuso de dicha posición por parte de una empresa o entidad que opera en algún mercado. La existencia de posición dominante representa una condición necesaria para que pueda haber un abuso, pero resulta perfectamente posible que en un determinado caso exista posición dominante sin haber abuso de ella.

La definición de posición dominante que aparece en las Guías de la CNDC parte de lo expresado en el art. 5º de la ley 27.442, por el cual la posición dominante tiene lugar cuando una empresa o agente económico es el único oferente o demandante o cuando, sin ser el único, no está expuesto a una “competencia sustancial”.

A continuación, las Guías de la CNDC mencionan también un criterio tomado de la doctrina europea (2), por el cual la posición dominante de una empresa implica la capacidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, proveedores o clientes, sin que ninguno de éstos pueda ejercer una “presión competitiva eficaz”.

Las Guías de la CNDC aclaran además que la posición dominante se evalúa siempre respecto de cierto mercado relevante, y que para eso debe necesariamente definirse el mercado en cuestión (utilizándose criterios semejantes a los que se emplean para analizar las operaciones de concentración económica). También le dedican cierto espacio a la relación entre posición dominante y participación de mercado, haciendo referencia al uso de un criterio cuantitativo específico, que es el propuesto originalmente por los economistas Arie Melnik, Oz Shy y Rune Stenbacka. Dicho criterio establece que sólo puede tener posición dominante la empresa con mayor participación en cierto mercado y que, además, dicha participación debe ser mayor a un indicador (denominado “umbral de dominancia”), que depende de las participaciones de mercado de la empresa de mayor tamaño y de la segunda empresa más grande (3).

Otro criterio cuantitativo que aparece expuesto en las Guías de la CNDC es la presunción de que una empresa no tiene posición dominante si su participación de mercado está por debajo del 40%. Dicha apreciación es congruente con el criterio de Melnik, Shy y Stenbacka, puesto que de su aplicación surge que no resulta posible que una empresa pueda sobrepasar el umbral de dominancia si su *market share* se encuentra por debajo del 41,42%.

En lo que se refiere al tema del abuso de una posición dominante, las Guías de la CNDC hacen uso de una clasificación ya tradicional en la literatura sobre defensa de la competencia, que distingue entre casos de “abuso explotativo” y

COLUMNA DE OPINIÓN. Los presupuestos cautelares “olvidados”. La apariencia de buen Derecho y el peligro en la demora
Jorge W. Peyrano..... 1

DOCTRINA. Las Guías de la CNDC para casos de abuso de posición dominante
Germán Coloma..... 1

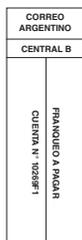
NOTA A FALLO. Sobre el resarcimiento por una discapacidad intelectual severa
Juan A. Seda..... 4

JURISPRUDENCIA
MALA PRAXIS MÉDICA. Relación de causalidad. Deficiente confección de la historia clínica. Pérdida de chance. Daño moral. Legitimación de los padres del damnificado (CNCiv.) 4

MEDIDAS CAUTELARES. Devolución de sumas percibidas en virtud de una precautoria. Rechazo de la demanda que le dio origen. Omisión de pronunciamiento sobre la cuestión (CS) 10

TERCERÍA DE MEJOR DERECHO. Adquirente con boleto de compraventa. Sentencia firme en juicio de escrituración. Pago del precio. Preferencia sobre el embargante (CNCiv.)..... 11

OBRAS SOCIALES. Demanda intentada por una obra social contra una asociación civil. Competencia federal. Aplicación del art. 38 de la ley 23.661 (CNFed. Civ. y Com.).....12



Las Guías de la CNDC para casos de abuso de posición dominante

VIENE DE TAPA

casos de “abuso exclusivo”⁽⁴⁾. Los primeros se refieren a situaciones en las cuales una empresa con posición dominante lleva a cabo una conducta de explotación directa de sus clientes o sus proveedores, en tanto que los abusos exclusivos tienen que ver con casos en los cuales la empresa dominante evita el ingreso de nuevos competidores, induce la salida del mercado de competidores existentes o impide que algún competidor existente se expanda.

Siguiendo el mismo criterio utilizado por la Comisión Europea en su comunicación sobre conductas abusivas de empresas dominantes, la CNDC ha optado por concentrarse de manera exclusiva en los casos de abuso exclusivo, considerando que éstos son “los más frecuentes en la jurisprudencia comprada”. El título del documento publicado, inclusive, da cuenta de dicha elección, puesto que en él se aclara que las Guías de la CNDC son para casos “de abuso de posición dominante de tipo exclusivo”. Las únicas referencias explícitas que aparecen en el texto a abusos explotativos son, por lo tanto, las que sirven para aclarar que dichos abusos no serán analizados en las Guías de la CNDC, y un par de notas a pie que citan un caso reciente en el cual se multó a una entidad por abuso explotativo de posición dominante⁽⁵⁾ y que aclaran que la Ley argentina de Defensa de la Competencia no contiene provisiones que impliquen la regulación *ex ante* de precios en mercados potencialmente competitivos.

Otra aclaración operativamente importante que aparece en las Guías de la CNDC tiene que ver con la idea de que es posible que una empresa tenga posición dominante en un mercado y lleve a cabo un abuso de posición dominante en otro mercado. Esto ocurre, por ejemplo, en casos en los cuales el proveedor dominante de un insumo lleva a cabo una conducta abusiva que impacta sobre el mercado del producto que se elabora con dicho insumo, y también puede acaecer en casos de “ventas atadas” (en los cuales un proveedor con posición dominante respecto de cierto bien puede usar dicha posición para excluir competidores en el mercado de otro bien vinculado con aquél por relaciones de complementariedad en el consumo o por compartir el mismo canal de comercialización).

III. Formas específicas de abuso

El capítulo más extenso de las Guías de la CNDC (que comprende 12 de las 21 ps. que tiene en total el documento) es el titulado “Formas específicas de abuso”, y en él se pasa revista a una serie de prácticas específicas que, según cómo se lleven a cabo, pueden entrar dentro de la categoría de abuso de posición dominante de tipo exclusivo. Las conductas en él analizadas son la negativa de venta de bienes y servicios, el estrechamiento de márgenes, las ventas

atadas, el empaquetamiento de productos, los precios predatorios, y tres prácticas clasificadas como “restricciones verticales” (fijación de precios de reventa, exclusividad, y descuentos condicionales).

En lo que respecta al análisis efectuado en relación con la primera de tales conductas (la negativa de ventas), las Guías de la CNDC tienen como punto más relevante la idea de que, para que dicha práctica pueda constituir un abuso de posición dominante, es necesario que tenga la capacidad de excluir de algún mercado al cliente al que se le niegan las ventas, y que eso genere a su vez una reducción de la competencia que pueda implicar la existencia de perjuicio al interés económico general. Para ello, las Guías enuncian de manera complementaria un conjunto de criterios a tener en cuenta, que tienen que ver con la participación simultánea de la empresa investigada en mercados “aguas arriba” y “aguas abajo”, con el carácter indispensable del bien o servicio respecto del cual se niega la venta, con la posible eliminación de competencia en el mercado aguas abajo y con la probabilidad de que todo esto genere un perjuicio a los consumidores del mercado aguas abajo.

Otra particularidad interesante de esta parte de las Guías de la CNDC es que ellas consideran la negativa de acceso a una instalación esencial (*essential facility*) y el estrechamiento de márgenes (*margin squeeze*) como variaciones de la conducta de negativa de venta. En el primero de tales casos, eso se debe a que una negativa de acceso a una instalación esencial puede verse como una negativa de venta de un servicio indispensable para poder competir en un mercado. En el segundo caso, se origina en el hecho de que un estrechamiento de márgenes (que es una conducta por la cual una empresa que opera tanto aguas arriba como aguas abajo fija precios en dichos mercados de modo de generarle pérdidas a un competidor) puede ser una forma indirecta de negar una venta a una empresa que tenga que comprar un insumo aguas arriba para elaborar un producto que debe vender aguas abajo.

Las Guías de la CNDC también analizan de manera conjunta los posibles abusos exclusivos de posición dominante surgidos de las ventas atadas y del empaquetamiento de productos. Si bien en este último caso (empaquetamiento de productos) es mucho menos probable que pueda producirse un abuso que en el primero (venta atada), en ambas circunstancias puede acontecer que una empresa que tiene presencia en varios mercados aproveche dicha presencia para excluir a competidores que sólo operan en uno de tales mercados⁽⁶⁾. Para evaluar estos casos, las Guías brindan algunos criterios de análisis más o menos generales, que tienen que ver con la idea de que los productos deben ser “claramente distintos y separables”, y con la capacidad de la conducta para generar un cierre anticompetitivo del mercado.

La siguiente sección del capítulo de las Guías de la CNDC referida a las formas específicas de abuso trata el tema de los precios predatorios. Dicha sección es relativamente breve, pero enuncia con claridad la idea de que para que esta conducta sea sancionable resulta necesario que surja de una política de precios que no esté basada en ventajas de costos de la empresa supuestamente depredadora, que

tenga entidad como para poder excluir competidores del mercado, y que permita luego el ejercicio efectivo del poder de mercado por parte de dicha empresa (a través, por ejemplo, de un incremento de los precios en una etapa posterior). También enuncia el criterio de que, para distinguir entre un precio predatorio y un precio bajo originado en una ventaja de costos, resulta relevante llevar a cabo una comparación con el “costo incremental directo” de la empresa supuestamente depredadora, que según los casos puede estimarse a través de algún concepto contable, tal como el costo variable unitario de provisión del bien o servicio de que se trate.

La última sección del capítulo de las Guías de la CNDC sobre formas específicas de abuso es la dedicada a las restricciones verticales, que abarca la fijación de precios de reventa, la imposición de exclusividad y los descuentos condicionales. Estas últimas dos restricciones son vistas como variaciones de la misma conducta, ya que su posible carácter exclusivo tiene que ver con la misma idea. Puede así ocurrir que una empresa dominante imponga una obligación de exclusividad para que sus proveedores o clientes no comercien con sus competidores, y que sea justamente esa imposición la que implique la exclusión o el deterioro de la capacidad competitiva de tales competidores. Alternativamente, el mismo efecto puede surgir de una política de precios que condicione ciertos descuentos a la exclusividad (o a la “lealtad” de los clientes respecto de comprar a la empresa dominante), y que sea la posibilidad de acceder a tales descuentos la que opere como un incentivo para no comprar a los competidores de la empresa dominante (y que eso a su vez genere la exclusión de tales competidores del mercado).

IV. Diferencias entre la versión preliminar y la versión final de las Guías de la CNDC

Tal como hemos mencionado en la introducción al presente artículo, las Guías de la CNDC sobre casos de abuso de posición dominante de tipo exclusivo surgieron de un proceso de elaboración que contempló la consulta pública de un documento preliminar sobre el cual se basó luego la versión final publicada. Dicho documento, titulado “Proyecto de lineamientos para el análisis de casos de abuso de posición dominante”, estuvo en consulta durante los meses de septiembre y octubre de 2018, y hubo un total de 21 personas (entre profesionales independientes, estudios de abogados, entidades profesionales y organismos internacionales) que enviaron sus comentarios sobre aquél. Parte de los cambios que se introdujeron en el documento original para llegar a la versión de las Guías publicada finalmente en mayo de 2019 tuvieron obviamente que ver con los comentarios recibidos. Otra parte parece haber surgido de la discusión interna en el seno de la propia CNDC, y de un proceso de consenso entre los miembros de ella.

De la comparación entre la versión preliminar y la versión final de las Guías de la CNDC surge claramente que la última es en buena medida una versión abreviada de la primera. Esto resulta evidente por el hecho de que la versión original es un documento de 33 ps., en tanto que la versión final tiene solamente 21 ps. También se destaca el hecho de que la versión preliminar estaba presentada como un proyecto de “Lineamientos” referido a casos de abuso de

posición dominante (tanto explotativos como exclusivos), en tanto que la versión final hace referencia a “Guías” y acota su alcance a los abusos de tipo exclusivo.

La diferencia entre “Lineamientos” y “Guías” no parece ser en este caso otra cosa que un modo que eligió la CNDC para publicar el documento sin necesidad de que fuera refrendado por una resolución del secretario de Comercio Interior o por una disposición oficial de la propia CNDC. El acotar el alcance a las conductas exclusivas, en cambio, parece representar una decisión relacionada con la idea de destacar la preponderancia de dichas conductas por encima de las conductas explotativas y —quizás— con la decisión de no emitir opiniones generales respecto de estas últimas conductas.

La no inclusión de los abusos explotativos de posición dominante dentro de las Guías de la CNDC hizo también que la versión final no incluyera las secciones que aparecían en la versión preliminar referidas a precios abusivos, discriminación de precios y asignación de clientes o territorios exclusivos, que estaban básicamente enfocadas desde el punto de vista de su carácter explotativo y no de su carácter exclusivo. Otra sección que desapareció como tal es una que estaba referida al “perjuicio al interés económico general”, si bien algunos de sus párrafos fueron incluidos en el actual cap. III de las Guías de la CNDC (sobre abuso de posición dominante). Dicho capítulo incluye además una nueva sección, titulada “Eficiencias”, en la cual se establecen algunos criterios que pueden interpretarse como factores que sirven para justificar la existencia de casos de abuso que no generan perjuicio al interés económico general.

Otra diferencia consiste en la fusión de las secciones sobre “negativa de venta de bienes o servicios” y “estrechamiento de márgenes”. En la versión preliminar, si bien se mencionaba que el estrechamiento de márgenes podía ser visto como una variante de una estrategia de negativa de venta, la conducta se analizaba en una sección separada, en la cual se mencionaba que dicho estrechamiento también podía ser considerado en algunos casos como una variante de una estrategia de precios predatorios, y se enuncian algunos criterios específicos aplicables exclusivamente a los casos de *margin squeeze*.

Una última diferencia general que se aprecia entre la versión preliminar sometida a consulta pública y la versión final de las Guías de la CNDC consiste en la inclusión del empaquetamiento de productos como una posible conducta anticompetitiva separada de la venta atada (aunque tratada en conjunto con ella dentro de la misma sección). En la versión preliminar, en cambio, el empaquetamiento de productos o *bundling* era mencionado dentro de la sección sobre ventas atadas como un caso particular de esta última conducta (*bundling* puro), aclarándose que también podían existir casos de empaquetamiento sin venta atada (*bundling* mixto).

V. Consideraciones finales

La principal conclusión que puede extraerse de la lectura de las “Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusivo” publicadas por la CNDC es que ellas representan un documento muy importante como pauta para predecir los

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Profesor titular de la Universidad del CEMA, donde dicta cursos sobre Economía de la Organización Industrial y Análisis Económico del Derecho. Director general entre 2016 y 2019 de Estudios Económicos y Legales de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

(1) En rigor, dicho proceso de elaboración comenzó unos cuantos meses antes, cuando en el seno de la propia CNDC se empezó a investigar y recopilar información

sobre el tema, y a redactar la versión preliminar del documento que fue luego puesto a consulta.

(2) Véase, por ejemplo, la comunicación de la Comisión Europea sobre conducta excluyente abusiva de empresas dominantes (2009/C 45/02), de fecha 24/02/2009.

(3) El mencionado umbral de dominancia se define como igual a $0,5 \times (1 - s_1^2 + s_2^2)$, donde “s1” es la participación de mercado de la empresa más grande y “s2” es la participación de mercado de la segunda empresa más grande. Al respecto, véase MELNIK, Arie - SHY,

Oz - STENBACKA, Rune, “Assessing market dominance”, *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol. 68, 2008, ps. 63-72. Véase también el documento de trabajo titulado “Innovaciones metodológicas en el análisis de concentraciones por parte de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”, CNDC, Buenos Aires, 2017.

(4) Véase, por ejemplo, el libro de NEUMANN, Manfred, “Competition policy”, Ed. Edward Elgar, Cheltenham, 2001, cap. 3. Véase también COLOMA, Germán,

“Defensa de la competencia”, 2ª ed., Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2009, cap. 6.

(5) Dicho caso es “FEGHRA c. SADAIC”, res. 371/2018 de la Secretaría de Comercio de la Nación.

(6) Nótese que la diferencia entre ambas conductas radica en que, en una venta atada, el vendedor no le da al cliente la opción de comprar alguno de sus productos sin tener que comprar necesariamente el otro. En el caso del empaquetamiento de productos, en cambio, es usual que ambos productos puedan adquirirse por separado, y

criterios a emplear en casos referidos a la aplicación de la ley 27.442 en un conjunto amplio de conductas anticompetitivas. En ese sentido, las Guías de la CNDC se han transformado en un documento pionero, ya que son el primer conjunto de criterios elaborado por la autoridad *antitrust* argentina sobre aplicación general de la Ley de Defensa de la Competencia a casos de infracciones a dicha ley (7). Pueden, por lo tanto, verse como un complemento muy significativo de los ya tradicionales “Lineamientos para el control de las concentraciones económicas”, y ser un punto de partida para la elaboración de guías sobre otros tipos de conductas anticompetitivas (por ejemplo, de acuerdos horizontales).

Es también muy importante que, en su elaboración, el documento se haya puesto primero a consulta pública, y que por lo tanto se haya podido beneficiar de los comentarios recibidos en dicha consulta. Esto puede verse como un procedimiento que ya ha adquirido un carácter relativamente estándar en la CNDC, puesto que la actual versión de los “Lineamientos para el control de concentraciones económicas” (de mayo de 2018) también se puso a consulta pública en agosto de 2017, y más recientemente (en marzo de 2019) la CNDC puso a consulta pública un proyecto de guías sobre notificación de concentraciones económicas (que probablemente se publique en el futuro como un documento al respecto).

En relación con las diferencias entre la versión preliminar y la versión definitiva de las Guías de la CNDC, cabe resaltar el carácter más acotado de esta última, y su intento de evitar interpretaciones que puedan resultar controvertidas o discutibles. Eso ha hecho perder cierto grado de coherencia interna al documento, pero sin duda le ha posibilitado ganar consenso. Un ejemplo claro de esto último surge de observar algunas partes que estaban en la versión preliminar de las Guías y que fueron omitidas de la versión final, tal como la que establecía un procedimiento general de tres pasos para evaluar la posible existencia de un abuso de posición dominante (8). Dicho procedimiento general era usado luego de manera más o menos sistemática para analizar las distintas formas específicas de abuso, que en la versión actual carecen de ese marco analítico previo.

La eliminación del capítulo sobre perjuicio al interés económico general también genera un efecto parecido sobre el resto del documento, puesto que omite un criterio que aparecía de manera prominente en la versión preliminar, basado en la idea de que, a efectos de evaluar si un abuso de posición dominante podía provocar perjuicio al interés económico general, se pondría “especial énfasis en considerar si la conducta en cuestión es capaz de generar una reducción del excedente total de los agentes económicos y del excedente del consumidor”. La supresión de este criterio general de evaluación

(que luego era empleado de manera recurrente en el análisis de los distintos tipos de abuso) le resta obviamente coherencia interna al análisis llevado a cabo, pero sin duda permite que muchas de las afirmaciones que se realizan luego, y que están basadas en dicho criterio, sean suscriptas por personas que no necesariamente concuerdan con el criterio general en sí.

No se entiende en cambio muy bien por qué, dentro del capítulo sobre restricciones verticales, se mantuvo la sección sobre fijación de precios de reventa y se eliminó la sección sobre asignación de clientes o territorios exclusivos. Si la causa de la eliminación de esta última conducta fue (como suponemos nosotros) que ella se refería preponderantemente a casos de abuso explotativo y no exclusorio, entonces idéntico criterio debería haber sido utilizado para suprimir la sección sobre fijación de precios de reventa (que es una práctica que, en las escasas circunstancias en las cuales puede constituir un abuso de posición dominante, también es básicamente explotativa y no exclusoria).

Otro punto que llama un poco la atención es la supresión de una importante cantidad de citas de casos resueltos en el pasado por la autoridad *antitrust* argentina. En la versión preliminar de las Guías había dieciséis referencias a casos argentinos de defensa de la competencia, contra solamente seis referencias que aparecen en la versión final. Inversamente, la

versión preliminar no incluía ninguna referencia explícita a los lineamientos europeos sobre abuso de posición dominante, en tanto que la versión final los cita siete veces. Este cambio quizás tenga que ver con un intento de darle a los criterios enunciados una visión más global y menos localista, dando a entender que en este punto la principal fuente de doctrina debe ser la práctica internacional de las agencias *antitrust* más importantes, y no la jurisprudencia de la propia CNDC.

Cita on line: AR/DOC/1766/2019

MÁS INFORMACIÓN

Del Río, Santiago - Mora, Ignacio C., “Defensa de la competencia y lealtad comercial, ¿destinos comunes, caminos diferentes?”, Sup. Esp. Comp. Desleal. DNU 274/2019 2019 (agosto), 501; AR/DOC/2852/2019

Rubín, Miguel E., “Acción “de clase” para demandar la modificación de cláusulas de grupos de contratos nacidas del abuso de la posición dominante”, RCCyC 2019 (agosto), 99; AR/DOC/1958/2019.

Bertazzi, Juan C., “Publicidad comparativa en la nueva legislación de Defensa de la Competencia. Interpretación y juego de normas”, LA LEY, 2019-C, 706; AR/DOC/1487/2019

González Stier, Daniel, “La nueva Ley de Defensa de la Competencia”, DPyC 2019 (marzo), 11; Sup. Penal 2019 (abril), 5; AR/DOC/23/2019.

{ NOTAS }

también en un paquete conjunto que los incluya a los dos.

(7) La CNDC tenía ya publicados con anterioridad algunos otros documentos con criterios y lineamientos más específicos, como lo son las pautas sobre mercados

de salud (del año 1997), las de distribución de programas de televisión (del año 2007), y las guías para cámaras y asociaciones empresarias y profesionales (del año 2018).

(8) Dichos pasos consistían en la evaluación del cum-

plimiento de tres requisitos: “a) La conducta debe representar un acto de ejercicio del poder de mercado de una empresa con posición dominante en algún mercado; b) La misma debe generarle un perjuicio económico a los

proveedores, clientes o competidores de la empresa con posición dominante; y c) Dicho perjuicio no habría sido posible si la conducta hubiese sido llevada a cabo por una empresa sin posición dominante”.

COLUMNA DE OPINIÓN

Los presupuestos cautelares “olvidados”

VIENE DE TAPA

bitualmente ni tan siquiera una demostración mínima de su existencia, reemplazándola por el empleo de clichés o directamente por la falta de toda mención sobre el particular.

Cabe acotar que los arts. 277 del Cód. Proc. Civ. de Santa Fe (5) y 466 del Cód. Proc. Civ. de la Provincia de Córdoba establecen que para obtener una cautelar preventiva (es decir, ni ejecutiva ni ejecutoria) es bastante con prestar contracautela. Forman así excepción respecto de lo que representa ser la regla legislativa en materia de recaudos cautelares.

En cuanto a la apariencia de buen derecho —también denominada *fumus boni iuris*, y no *bonis*, como erróneamente suele emplearse—, es preciso llamar la atención respecto de que debería ser materia de una actividad pro-

batoria mínima pero exigible. Sobre el punto, se ha dicho lo siguiente: “Para la procedencia de una medida cautelar no se requiere un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino tan solo uno periférico o superficial, encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido; pero es necesario comprobar, al menos, la apariencia o verosimilitud de los hechos fundantes del derecho invocado por el actor, de forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en la cuestión principal pueda declararse la certeza de ese derecho” (6). Compartimos la tesis acerca de que debe hablarse de verosimilitud de los hechos y no de verosimilitud del derecho que se pretende asegurar (7).

Pondérese, además, que la verosimilitud en análisis “...no se acredita de cualquier manera, así, por ejemplo, no puede emplearse el recurso de la teoría de la penetración para acreditar la verosimilitud del derecho, es necesario que del planteo y de las pruebas iniciales arrojadas surja la convicción preliminar de la posibilidad del reclamo, pues la verosimilitud se comprue-

ba analizando los hechos referidos y la documentación acompañada, y las particularidades de cada caso” (8); y también debe tenerse en cuenta que la referida verosimilitud debe estar influida por la índole del reclamo principal (9).

En otro orden de cosas, cabe aclarar que las hipótesis de procedencia cautelar reseñadas legalmente (por ejemplo, por los arts. 209/12 del Cód. Proc. de la Nación) no constituyen *numerus clausus*, pero, claro está, pueden servir de pista para acoger otros supuestos (10).

Respecto del presupuesto cautelar “peligro en la demora” (*periculum in mora*), importa consignar ante todo que se trata de un concepto jurídico indeterminado de muy difícil encapsulamiento en una fórmula (11), lo que a su turno obstaculiza la formación de supuestos de hecho de “peligro en la demora”. Nieva Fenoll ha asumido la tarea de formalizar algunos de los *casus* de peligro en la demora. Veamos: “insuficiencia patrimonial del deudor, pendencia de otros procesos de reclamación de deudas, disgregación patrimonial, constitución artificiosa de nuevas sociedades, paradero desconocido del deudor, pagos arbitrarios selectivos” (12).

Insistimos en que no es suficiente con afirmar la existencia de apariencia de buen derecho o de peligro en la demora. Tampoco la referencia a circunstancias no probadas que pudieran justificar la procedencia de la cautelar requerida. Igualmente, tampoco será bastante utilizar fraseología de reemplazo, carente de todo respaldo probatorio. Es que en el marco de las previsiones legales prevalecientes debería exigirse, como ya hemos expresado, aunque más no fuere una actividad probatoria mínima, suficiente no para decir dónde está (o no está) el derecho, sino para permitir aquí y ahora declarar que deviene posible que el requirente cautelar resulte victorioso en el principal.

La actividad probatoria desarrollada en una cautelar no persigue identificar al que lleva razón, sino a quien puede resultar triunfante en el principal, lo que puede o no llegar a coincidir con la persona del requirente.

La actividad probatoria en el principal culmina con un diagnóstico; la cumplida en la cautelar, con un pronóstico; pronóstico provisorio que puede ser revertido por lo dicho y hecho en el marco del principal. De ahí que no exista

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado de la Universidad Católica de Rosario (Facultad de Derecho). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL). Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ex profesor titular de Derecho Procesal Civil (UNR, UNL y UCA).

(1) LOUTAYF RANEA, Roberto, “Tratado de las medidas cautelares”, Ed. Jurídica Panamericana, t. I, ps. 15 y ss.

(2) PEYRANO, Jorge W., “Tendencias pretorianas en materia cautelar”, en AA.VV., *Medidas cautelares*, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Ro-

sario, Rubinzal-Culzoni Edit., t. I, p. 64. Se está abriendo paso la tesis de que en ciertos supuestos corresponde escuchar previamente al destinatario de la cautelar.

(3) FALCÓN, Enrique, “Tratado de derecho procesal civil y comercial”, Rubinzal-Culzoni Edit., t. IV, p. 124.

(4) *Ibidem*, p. 107. “Normalmente se señalan dos presupuestos de las medidas cautelares que regula el Código en esta parte. La jurisprudencia y la doctrina es conteste en señalar que la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora. Estos presupuestos funcionan como vasos comunicantes, de manera que cuando uno es mayor, menos requisitos se requiere del otro”.

(5) CARBONE, Carlos, “Revisión de los presupuestos de la teoría cautelar y su repercusión en el nuevo con-

cepto de los procesos subcautelares o infra o mini diferenciados”, en *Medidas cautelares*, ob. cit., p. 128.

(6) LEGUISAMÓN, Héctor, “Derecho procesal civil”, Rubinzal-Culzoni Edit., t. II, p. 543.

(7) *Ibidem*, p. 542.

(8) FALCÓN, Enrique, “Tratado...”, ob. cit., p. 111.

(9) ARAZI, Roland - ROJAS, Jorge, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado con los Códigos provinciales”, Ed. Rubinzal-Culzoni, t. I, p. 749.

(10) KIELMANOVICH, Jorge, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado”, Ed. LexisNexis - AbeledoPerrot, t. I, p. 326. “Conviene destacar que la procedencia del embargo preventivo no se agota en los supuestos enumerados en los arts. 209 a 212, Cód. Proc., sino que cabe decretarlo en todos aquellos casos

en que concurran los presupuestos comunes a las medidas cautelares, esto es, la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la prestación de contracautela”.

(11) NIEVA FENOLL, Jordi, “Inteligencia artificial y proceso judicial”, Ed. Marcial Pons, p. 61. “El *periculum* de las medidas cautelares y la inteligencia artificial. Uno de los temas más enigmáticos que concierne a las medidas cautelares ha sido elevado por la doctrina, a mi juicio indebidamente, a la categoría de presupuesto. Se trata del *periculum in mora*, habitualmente en el proceso civil, y *libertatis*, en el proceso penal. Sin duda, estamos ante un asunto enigmático porque ni jueces ni doctrina aciertan, no tanto en su definición, que es bastante evidente, sino en su concreción práctica, que es lo auténticamente relevante”.

(12) *Ibidem*, p. 64.

prejuzgamiento probatorio alguno derivado de las actuaciones cumplidas en el proceso cautelar (13). Posiblemente el temor a incurrir en prejuzgamiento en el seno del trámite cautelar sea la causa principal de la renuencia judicial a reclamar actividad probatoria en tal marco.

Advertíamos al comienzo acerca de que, a la luz de las previsiones legales prevalecientes,

se registran frecuentes “olvidos” judiciales en valorar adecuadamente los presupuestos cautelares clásicos: apariencia de dicho derecho y peligro en la demora. No debe confundirse al lector y creer que esta alerta conlleva un encendido elogio en pro del sistema mayoritario “en los papeles”. Es que el sistema que rige en la praxis tribunalicia (omisión de valoración o ponderación estereotipada), coincidente

con lo prescripto por algunos pocos Códigos Procesales Civiles argentinos (Santa Fe, Córdoba), arroja ventajas tales como la rapidez y el desembarazo en el accionar del requirente cautelar. Si a ello se suma la prestación de una contracautela seria y el ejercicio activo de pretensiones resarcitorias contra quienes incurren en abusos cautelares (14), no resulta sencillo optar por uno u otro sistema, máxi-

me cuando el minoritario funciona, v.gr., sin inconvenientes en tierras santafesinas. Eso sí: creemos que deben sincerarse las cosas y, si se prefiere el mecanismo predominante *de facto*, habría que decirlo expresamente en las leyes adjetivas civiles.

Cita on line: AR/DOC/2590/2019

{ NOTAS }

(13) LOUTAYF RANEA, Roberto, “Tratado...”, ob. cit., p. 124. “La circunstancia de que se tenga por acreditada la verosimilitud del derecho a los efectos de la medida cautelar solicitada no importa decidir sobre el fondo de la cuestión,

sino que implica tan sólo apreciar provisionalmente el mérito de la pretensión a los efectos de proveer la medida precautoria, lo cual en nada afecta la valoración final que deberá efectuarse en la sentencia; se trata de juicios provisionales que

no comprometen el resultado final del litigio. Por ello se ha considerado que no importan prejuzgamiento los fundamentos y opiniones vertidas por los magistrados al resolver una medida precautoria. Es decir, cuando se decide sobre la ad-

misión o rechazo de una medida precautoria, no existe prejuzgamiento que autorice la recusación con causa”.

(14) PEYRANO, Jorge W., “Vademécum de la proscripción del abuso procesal”, LA LEY, 2018-F, 1144.

NOTA A FALLO

Mala praxis médica

Relación de causalidad. Deficiente confección de la historia clínica. Pérdida de chance. Daño moral. Legitimación de los padres del damnificado.

Hechos: *Los padres de una menor de 16 años interpusieron una demanda contra varios médicos y una institución médica en su representación y por su propio derecho para obtener una indemnización por los daños padecidos a raíz del nacimiento de aquella con un daño neurológico irreversible a causa de su sufrimiento fetal. El reclamo fue admitido.*

1.- Los médicos y la institución asistencial deben responder por el daño neurológico irreversible sufrido por una niña en su nacimiento, puesto que las secuelas que presenta a causa de una hipoxia isquémica perinatal no pueden imputarse a ninguna patología prenatal demostrable, y en atención a las discordancias en los registros del control del trabajo de parto en

la historia clínica, que resultan contradictorios e incompletos, sobrescritos en los horarios de los controles y en la frecuencia cardíaca fetal.

2.- Los padres de la niña que experimentó sufrimiento fetal en el momento del nacimiento, con secuelas neurológicas irreversibles, deben percibir una indemnización por la pérdida de chance, en atención a la dedicación exclusiva que le debieron y deben brindar desde ese momento y, según los peritos, de por vida, lo que supone una merma en tiempo de dedicación de ambos a su vida laboral.

3.- Los padres de la niña que padece daños neurológicos irreversibles como consecuencia de una mala praxis obstétrica están legitimados para reclamar una indemnización del daño moral a título directo, en tanto se ha afectado inmediatamente su situación parental de goce de la relación de la vida con un hijo sin padecimientos, con la notoria lesión de sus sentimientos espirituales.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Mala praxis obstétrica.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino

Edad: 16 años

Componentes del daño:

Daño moral genérico: Se otorgó una suma para resarcir el daño moral de los padres. No se especifica en la sentencia.

Daño patrimonial

Daños varios: Incapacidad sobreviniente y pérdida de chance: \$3.000.000. (El monto es el total por los dos rubros)

122.121 — CNCiv., sala D, 07/05/2019. - R., C. L. y otros c. C. G. de B. A. y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.

[Cita on line: AR/JUR/19921/2019]

COSTAS

Se imponen a los accionados vencidos.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

2ª Instancia. — Buenos Aires, mayo 7 de 2019.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta la doctora *Barbieri* dijo:

I. La sentencia dictada a fs. 2402/2416 admitió la demanda promovida por C. L. R. y M. L. J., por sí y en representación de su hija A. R. contra F. G. S. y C. M. G. de B. A., M., C. y A. S., L. A. G., G. M. S. y La E. C. S. A. de S. G. (en la medida del seguro contratado), con costas a

Sobre el resarcimiento por una discapacidad intelectual severa

Juan A. Seda (*)

SUMARIO: I. Una vez más, el debate sobre el valor de las cosas que no tienen precio.— II. La responsabilidad médica.— III. La discapacidad y el proyecto de vida como aspiración plural.

I. Una vez más, el debate sobre el valor de las cosas que no tienen precio

Se ha debatido mucho cuál es valor que debe asignarse a las pérdidas afectivas en los procesos por daños y perjuicios. Cuando se dice que el dolor “no puede medirse o tasarse”, estamos ante un eufemismo, porque sí se pueden cuantificar las pérdidas afectivas en dinero y, de hecho, se hace (1). Claro que es más fácil hacer cálculos con horas de trabajo que con el sufrimiento afectivo, de carácter tan subjetivo e ineluctable. En los fundamentos de la sentencia que aquí analizamos, el tribunal realizó una serie de manifestaciones que dejan en claro que el dinero no reemplaza el sufrimiento humano. En dicho pronunciamiento se afirma que, aun-

que sea en parte, el dinero viene a retribuir “las angustias, inquietudes, miedos”. Ahora bien, tomando en consideración las circunstancias de este caso, no queda claro si se refiere a los que sufre la damnificada directa, una persona con discapacidad intelectual, o al que sufren los progenitores.

La incorporación de la frustración del proyecto de vida, como rubro a indemnizar en el Código Civil y Comercial, ha sido recibida en general con entusiasmo. Sería prudente plantearnos cuáles son los alcances de un proyecto vital y su posible frustración, cuando el damnificado directo no tiene condiciones mentales o intelectuales para desarrollar tal idea. De allí que no quede tan claro si el proyecto de vida

que se indemniza es una frustración que sufre la persona que ocupa el lugar de damnificada directa, o bien su familia. Una perspectiva objetiva del proyecto de vida, por lo tanto, no requeriría entonces de una acción intelectual previa del sujeto activo. El caso que nos convoca brinda la oportunidad de reflexionar sobre ese tema, agregando el factor de la discapacidad como categoría jurídica. La condición de persona con discapacidad de la joven damnificada directa, provocada precisamente por una mala praxis durante el parto, incorpora la cuestión de la total dependencia de otros y la carencia casi absoluta de discernimiento en un ser humano. Esa falta de funciones cognitivas complejas no puede ser confundida con ausencia de conciencia, ni tampoco significa que una persona en esas circunstancias no sufra, goce o sienta.

En este fallo (2) se debatió acerca de la atribución de responsabilidad por mala praxis y sobre los alcances de cada rubro indemnizatorio, con valiosas apreciaciones en torno a la evidencia sobre la que se basaron los jueces para su de-

terminación. Aquí me enfocaré en el aspecto relacionado con la condición de persona con discapacidad de la joven, cuya situación actual origina el reclamo. Para ello es conveniente reparar los hechos de manera sintética, destacando algunos de los aspectos centrales de esta sentencia.

II. La responsabilidad médica

Los progenitores de una adolescente con discapacidad intelectual demandaron a una clínica privada por los daños y perjuicios, en representación de su hija menor de edad. El hecho dañoso había tenido lugar en marzo del año 2003, en ocasión del nacimiento de la joven, que al momento de la sentencia tenía 16 años. Se trató de un accidente durante el parto, que produjo hipoxia (falta de oxígeno) y eso le provocó a la niña una encefalopatía, con una lesión cerebral irreversible. Esto le causó una discapacidad de carácter permanente, que la dejó con vida pero sin movilidad voluntaria ni posibilidades intelectivas por los graves daños cerebrales. En primera instancia la demanda prosperó, obligando a la clínica a indemnizar

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Doctor en Derecho. Profesor adjunto regular de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Director del Programa de Actualización y Profundización de Posgra-

do en Discapacidad y Derechos (UBA).

(1) La ponderación económica de “lo que no tiene precio” se ha debatido desde múltiples perspectivas y en cada pronunciamiento judicial donde aparece se formu-

la alguna mención al dilema. Uno de los principales obstáculos para la reflexión en profundidad sobre el tema es asumir una posición extrema e inflexible en torno a lo que algunos autores denominan “mundos hostiles”, la

esfera de los afectos y la de los intereses (ZELIZER, V., “La negociación de la intimidad”, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009).

(2) CNCiv., sala D, 07/05/2019, “R., C. L. y otros c. C.

los vencidos. Los condenó a abonar a los actores la suma de \$ con más los intereses y a solventar todas las terapias de rehabilitación que la menor A. vaya requiriendo a lo largo de su vida para su continuo mejoramiento. Por último, reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. Antecedentes del caso

1) C. L. R. y M. L. J., por sí y en representación de su hija menor A. L. R. se presentaron promoviendo demanda por daños y perjuicios por la suma de \$ contra F. G. S., C. G. de B. A., M., C. y A. S., L. A. G., G. M. S. y La E. C. S. A. de S. G. Explicaron que el día 24 de marzo de 2003 M. L. J., cursando 41 semanas de embarazo, se apersonó en el C. M. G. para realizarse uno de los controles. Que como presentaba dinámica uterina aislada decidieron hacerle una ecografía, la que reveló que tenía muy poco líquido amniótico, por lo que debía quedar internada. Una vez allí rompió la bolsa de agua, luego llegó la partera S. quien le refirió que todo iba a ser muy rápido, lo que no fue así pues pasaron va-

rias horas hasta el parto en donde señala sufrió destrato y abandono, habiéndole realizado solo dos o tres controles. Luego nació A., quieta, en silencio, inerte y violácea, quien habría sufrido un episodio de hipoxia durante el trabajo de parto que le generó una lesión cerebral irreversible. Imputaron la falta de debida diligencia durante el trabajo de parto que motivó el daño físico a A. R. y asimismo reprocharon a neonatología la extracción tardía de sangre para determinar el período ácido base, lo cual impide al neonatólogo conocer con exactitud el estado de la niña y la falta de consignación de sus condiciones al momento del nacimiento. Atribuyeron impericia y negligencia por esa falta de control o control deficiente que permitió que cuando se instaló el sufrimiento fetal agudo (SFA) éste no fuera diagnosticado a tiempo provocando la parálisis cerebral que padece A. Añadieron que la Historia Clínica está adulterada y fue falseada para disimular la culpa médica.

2) C. G. de B. A. y la F. G. contestaron demanda, solicitando su rechazo con costas. Alegaron que debe descartarse que la pato-

logía de la beba tenga origen en una asfíxia intraparto ya que los indicadores permiten descartar la existencia de un episodio hipóxico intraparto de entidad suficiente para producir los daños que presentaría A. Arguyeron la falta de relación causal entre el obrar médico y los daños que sufriera la niña y sostuvieron que más allá de la desprolijidad normal de la Historia Clínica, el supuesto evento hipóxico nunca existió ya que son múltiples las causas que pueden haber originado el daño a A., pero ninguna de ellas se relaciona con la conducta profesional desarrollada en la atención del trabajo de parto y el parto. Negaron que haya existido sufrimiento fetal agudo ya que no hay evidencia de líquido amniótico meconial, ni alteración de la frecuencia cardíaca fetal en el trazado de monitoreo adjuntado, ni en la auscultación intermitente que hablen de un patrón de asfíxia.

3) L. A. G. se presentó también pidiendo el rechazo de la demanda con costas. Señaló que su actuar ha sido profesional, reconoció haber atendido ginecológicamente a la Sra. J.

desde enero de 1999, haciéndole controles y estudios por presentar alteraciones del ciclo menstrual y dismenorrea. Hizo referencia al hipotiroidismo de la mencionada, medicada con levotiroxina, quien además tenía sobrepeso. Relató que el embarazo se desarrolló en forma habitual cumpliendo con los controles y los estudios solicitados, con las interconsultas correspondientes al caso y que el 24 de marzo de 2003 se hizo presente en el nosocomio para control con 41 semanas de embarazo, refería pérdida de líquido por genitales y algunas contracciones uterinas muy aisladas, por lo que le solicitó una ecografía para cuantificar el líquido amniótico. Cumplido ese paso se informó líquido disminuido y se concluyó que el oligoamnios era secundario a la rotura de membranas ovulares. Por ello se decidió su internación, conectándola a monitor que registraba la frecuencia cardíaca fetal y las contracciones, realizándose un registro escrito. Afirmó que la Historia Clínica no fue adulterada, ni falsificada y que la encefalopatía precoz de la niña puede provenir por muchas otras causas.

a los actores por la suma prevista en el seguro que tenía contratado. Además, el resarcimiento incluyó una obligación de hacer: que los titulares de la clínica médica tomaran a su cargo la totalidad de los tratamientos de rehabilitación que la damnificada directa requiera de por vida. La atribución de responsabilidad fue confirmada por el tribunal, a partir del análisis de los agravios y con auxilio de los nuevos estudios periciales solicitados.

Como en cualquier causa civil, quien alega un hecho debe probarlo. Tal condición dispositiva no obsta a que los jueces puedan solicitar la producción de nuevos informes específicos, que no escapan a las pretensiones esgrimidas, sino que les brindan una mayor firmeza para su fundamentación. La demostración de la mala praxis médica debe encadenar acciones u omisiones con el resultado dañoso. Esto implica una serie de estudios periciales, que deben ser ofrecidos por cada una de las partes. El factor pericial tiene una influencia trascendente en la determinación de la relación causal entre el obrar profesional y el daño. Por ello en este proceso el tribunal ordenó, como medida para mejor proveer, la intervención del Cuerpo Médico Forense. Tal decisión es prudente en cuanto a reconocer la extrema complejidad de la explicación técnica de un hecho médico muy específico. Los jueces deben formarse un estado de convicción acerca del proceso de causas y efectos, a pesar de no ser expertos en los aspectos médicos. Estamos aquí hablando de técnicas utilizadas en el contexto de una situación límite. Ello, sumado a los intereses en pugna, hace que los peritos médicos que aporta cada parte tengan explicaciones divergentes. La responsabilidad médica emerge en este caso como consecuencia de la falta de diligencia durante el trabajo de parto. Al no diagnosticar a tiempo el sufrimiento fetal agudo, se produjo la hipoxia, que provocó consecuencias que derivaron en su condición actual de persona con discapacidad intelectual y motriz (3). Como sabemos, la actividad de curar es una obligación de medios y no cabría asignar responsabilidad a un profesional por el solo hecho de no lograr el resultado esperado. Pero aquí se tuvo por acreditada la falta de diligencia necesaria en la labor profesional, que encade-

naba diferentes diagnósticos e intervenciones en el proceso de parto adelantado.

Una vez analizada la relación de causalidad y establecida la responsabilidad, corresponde la ponderación del daño. También se trata de un aspecto delicado y por supuesto controversial, mucho más tomando en cuenta los importantes montos reclamados. La idea de resarcimiento obedece a poner las cosas nuevamente en su lugar, dentro de lo que pueda compensarse. En cuanto a la valoración de cada rubro, la sentencia de segunda instancia realizó un análisis sobre cada uno de los diferentes aspectos, confirmando algunos criterios y modificando otros. No solamente la discapacidad sobreviniente de la damnificada directa, sino su pérdida de chance, así como los daños futuros que se traducen en la necesidad de labores permanentes de rehabilitación. Muchos de los rubros que componen el resarcimiento abarcan tanto a la adolescente con discapacidad como a sus progenitores. Así, por ejemplo, el daño moral corresponde a su madre y su padre, en consideración al sufrimiento que pasaron debido a las peripecias que trajo consigo la condición de discapacidad severa de su hija. Lo mismo con el lucro cesante, ya que ambos debieron reformular sus rutinas laborales y postergar proyectos profesionales para abocarse al cuidado intensivo de la adolescente. También hay gastos que aplican al hogar que comparte todo el grupo familiar, ya que se necesita adaptar la vivienda para que sea accesible, de acuerdo con la imposibilidad de movilidad propia que tiene la joven damnificada. En cada uno de estos rubros las partes disputaron los montos, ya sea para elevarlos o para disminuirlos.

La condición de persona con discapacidad obliga a cuidados personales intensivos, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso. En cuanto a la discapacidad intelectual, suele demandar una serie de medidas de apoyo muy costosas, lo cual se expresa en los reclamos formulados y que pueden ser leídos en los valiosos fundamentos de esta sentencia. Posiblemente el rubro más desafiante en términos conceptuales sea el de la interferencia en el proyecto de vida. La conjetura sobre qué hubiera sucedido si no se hubiera provocado este

daño es tan aleatoria como cualquier escenario futuro posible, pero que no se haya concretado. La idea de un proyecto de vida (4) es difícil de percibir en cualquier ser humano. Pero quizá más aún cuando nos referimos a alguien que nunca llegó a tener ni siquiera una noción de su propia persona, de quien no hay una biografía que permita hacer especulaciones o conjeturas. No podríamos decir que se frustra un proyecto de vida de carácter subjetivo, ya que no hay acciones previas sobre las cuales se puedan proyectar los futuros comportamientos y posibilidades de vivencias. Estamos entonces ante un dilema, ya que quien “sufre” la condición de víctima o damnificada directa no tiene condiciones intelectuales para tomar noción racional de una pérdida. La frustración del proyecto de vida se podría medir desde un valor objetivo, estandarizado o desde las expectativas que podrían albergar sus familiares más cercanos.

Como ya fue adelantado, en la actualidad la joven cuenta con 16 años y nunca pudo desarrollar acciones o conductas de manera autónoma. Incluso, según todos los estudios neurológicos, tampoco puede desarrollar acciones en su fuero íntimo, ya que su lesión cerebral no se lo permite. Sin embargo es importante insistir en que existen respuestas a los estímulos del entorno, tanto en lo sensorial como en lo afectivo.

III. La discapacidad y el proyecto de vida como aspiración plural

La atención cotidiana que exige el cuidado de una persona con discapacidad severa modifica radicalmente las rutinas de los integrantes de su familia. Los cuidados personales son totalmente diferentes a los que implica la crianza de una niña y luego adolescente, que va asumiendo mayor autonomía para las acciones de la vida diaria. A veces no alcanza con los esfuerzos propios y se requiere personal de apoyo terapéutico durante las veinticuatro horas. Los gastos son incalculables, literalmente, de allí que resulte tan intrincado el análisis de los diferentes rubros de la indemnización. El tribunal asumió la dificultad de valorar muchos de estos aspectos, aceptando *a priori* el carácter incierto de su ponderación. Una vez que

se resolvió acerca de la responsabilidad en los hechos, se condenó la conducta antijurídica que interrumpió, lo que se podría considerar el curso natural de las cosas.

Me detengo brevemente en el resarcimiento por el daño al proyecto de vida de esta joven con discapacidad intelectual. ¿Tiene consistencia lógica este rubro indemnizatorio para la damnificada directa? Parece más bien ser una consideración basada en la equidad y orientada a los familiares (5). Nuestro sistema legal está basado en la noción del individuo como sujeto de derecho, pero aquí la aplicación de las normas de alguna forma está otorgando legitimación activa al grupo familiar, como sujeto plural de un resarcimiento. Solamente así se podrían explicar los entrecruzamientos en cuanto a la legitimación en diferentes rubros resarcitorios. Cuando llegamos a la indemnización por daño al proyecto de vida en casos como este, la justificación a través de la figura del damnificado indirecto cruje, porque se nota que cuando referimos a un proyecto, estamos hablando de una aspiración que no es meramente individual. ¿Será que esta clase de indemnización tiene una naturaleza más solidaria que resarcitoria? ¿O que el resarcimiento por el daño al proyecto de vida no es para la joven sino para el grupo familiar?

Es lógicamente imposible que se indemnice por un proyecto de vida frustrado a quien no puede visualizar posibles acontecimientos futuros. Para entender el fundamento de esta clase de indemnizaciones, quizá debería removerse la noción de proyecto de vida de la órbita de la intelección subjetiva del damnificado directo y apoyarnos, en cambio, en un devenir que excede al individuo (6). Claro que con ello se corre el riesgo de bordear una perspectiva metafísica, que desgaja los principios racionales e individualistas del sistema de razonamiento legal moderno. De esa manera se estaría indemnizando por la frustración del sueño que los seres queridos tuvieron, sobre el desarrollo de la vida de una persona que vio frustrada, por un obrar ilícito, su facultad de soñar por sí misma.

Cita online: AR/DOC/2950/2019

{ NOTAS }

G. de B. A. y otros s/daños y perjuicios. Resp. prof. médicos y aux.” (1ª inst.: JNCiv. N° 48), AR/JUR/19921/2019.

(3) La relación entre el obrar profesional y las consecuencias fue controvertida en el proceso, pero se impuso la tesis de la negligencia en la actuación durante el parto. En la defensa de uno de los profesionales actuantes se marcó como posibles causas de la discapacidad intelectual algunas condiciones de riesgo en la madre, como hipotiroidismo y sobrepeso agudo, por lo cual se sabía que era un embarazo de riesgo. La parte actora denun-

ció que, con posterioridad a los hechos, la clínica ocultó datos y adulteró informes, con el propósito de evitar la condena por su responsabilidad.

(4) En “Furlán y familiares vs. República Argentina”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a nuestro país por responsabilidad y planteó la obligación de indemnizar a una persona por haberle provocado una discapacidad. También la indemnización abarcaba a sus familiares. Uno de los conceptos que recorren ese fallo es el daño al proyecto de vida, una noción existencial que se

ha generalizado en nuestra doctrina. En materia de discapacidad, habría que analizar si un proyecto de vida queda trunco por el hecho de formar parte de ese colectivo de personas, que precisamente reivindica con orgullo tal condición (SEDA, J., “Discapacidad y derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Ed. Jusbaire, Buenos Aires, 2017).

(5) Son aquí aplicables las objeciones lógicas que hace A. J. Ayer a la pretensión de la precognición, cuando refiere a la multitud de situaciones conjeturales que habi-

tan el territorio del pudo-haber-sido (AYER, “El problema del conocimiento”, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1962).

(6) El filósofo español Ortega y Gasset, desde su perspectiva existencialista, incorpora la noción de la circunstancia: “El hombre debe de inventarse un programa de vida, es decir un proyecto de vida, este debe de ser una figura estática, una meta que el hombre debe de seguir, siempre estando de acuerdo con la circunstancias que la vida le plantea” (ORTEGA Y GASSET, José, “Historia como sistema”, Biblioteca Nueva, Madrid, 2007).

4) G. M. S. también se presentó pidiendo el rechazo de la demanda con costas en los mismos términos que G.

5) La E. C. S. A. de Seguros Generales contestó la citación que se le cursara. Adhiere a la contestación efectuada por G., reconociendo su aseguramiento e invocando una franquicia a cargo del asegurado.

6) El “*a quo*” tuvo por acreditado que J. cursaba un embarazo de riesgo de 41 semanas de gestación y disminución de líquido amniótico por oligoamnios por lo que la partera (no médica) indicó Ocitocina a las 20:30 hs. (cinco unidades a 10 gotas por minuto) hasta el momento del parto a la 1:30 hs. (o sea durante cinco horas) lo que entendió pudo haber influido en el estado en que nació A. R. También tuvo por probado que entre las 18:30 del día 24 de marzo y la 1:30 hs. del día siguiente no hubo una auscultación adecuada de los latidos fetales por lo que no se controló el posible sufrimiento fetal agudo de la niña. Concluyó que en el caso hubo omisiones, negligencias e imprudencias en el obrar de la partera y la doctora interviniente en el nacimiento, quedando con ello sellada la responsabilidad de los demandados en el hecho que ha sido motivo de esta *litis*.

III. Apelación y agravios

La sentencia fue apelada por la parte actora a fs. 2427, por F. G. a fs. 2433 y por G. y S. a fs. 2417, por el C. G. a fs. 2429 y por la Defensora de Menores a fs. 2446, recursos que fueron concedidos libremente a fs. 2431, 2434, 2438 y 2454 respectivamente.

Los actores presentaron sus quejas a fs. 2753/96, cuyo traslado fue contestado por el C. G. a fs. 2632/41 y por F. G. S. fs. 2660/5. Cuestionan la ponderación del resarcimiento de los daños analizado por el magistrado de la instancia anterior. En primer lugar, plantean que los montos peticionados fueron estimativos debiendo el “*a quo*” considerar las variaciones que quedan sujetas a la prueba que se produjo en autos. Seguido hacen mención a las normas del Cód. Civ. y Com. de la Nación que entrara en vigencia a mediados del año 2015 y comienzan una minuciosa crítica a los montos acordados. Consideran reducidas las sumas acordadas para resarcir el daño moral, la incapacidad sobreviniente y la pérdida de chance de la menor en tanto sostienen que la niña padece una incapacidad total permanente e irreversible desde sus primeros días de vida. Asimismo, con relación al daño futuro consideran que la solución dada por el sentenciante, consistente en el mantenimiento de la obligación de los demandados en solventar solidariamente los tratamientos de rehabilitación que vaya requiriendo A. para su continuo mejoramiento es errada pues de la lectura de la causa sobre amparo queda más que claro que la demandada C. G. no cubre las especialidades ni cuenta con especialistas para brindar el adecuado cuidado de la salud a la menor. Por ello piden un resarcimiento en dinero por los daños futuros (tratamiento de rehabilitación) que estiman en la suma de \$... Como tercer agravio, cuestionan la suma establecida para responder a la necesidad de adaptación del hábitat de A. Señalan que el monto fue estimado por el perito en abril de 2012 lo que ha variado inmensamente por lo que piden su sensible elevación. A continuación, se quejan del exiguo monto acordado para resarcir el lucro cesante y la pérdida de chance de los progenitores aduciendo que la suma acordada de \$... a cada uno de ellos no cubren ni siquiera mínimamente el perjuicio material derivado de la imposibilidad de trabajar de por vida de un padre. También piden la elevación del rubro daño moral de los padres. Por último, con relación a los intereses piden que se fijen desde la fecha del hecho dañoso (25/03/2003) para todos los rubros concedidos, sin distinción, a la tasa activa carter general (préstamos) nominal actual vencida a 30 días del BNA.

L. G. y G. S. presentan sus agravios a fs. 2545/51 los que fueron respondidos por la

Defensora de Menores a fs. 2672 vta./75 y por los actores a fs. 2643/59. Se quejan de la admisión de la demanda en su contra. Sostienen que el fallo es arbitrario pues efectúa una interpretación irrazonable de la totalidad de las probanzas realizadas y arribadas a la causa. Arguyen que la sentencia se caracteriza por la carencia e insuficiencia de argumentos, sustentada en afirmaciones dogmáticas y exhibiendo solo fundamentos aparentes que le quitan toda fuerza. Cuestionan que el sentenciante haya considerado que las recurrentes han actuado con culpa por una deficiente atención médica profesional. Hacen un relato de los hechos y afirman que si bien A. tuvo una encefalopatía de aparición precoz, la misma no solo puede ser causada por asfixia perinatal sino que existen muchas otras causas, entre las que mencionan síndromes neurológicos y genéticos, infartos cerebrales localizados, etc. concluyendo que de las historias clínicas y pericia obstétrica realizada se evidencia que el cuadro comprobado en A. posteriormente en nada se relaciona con la correcta actuación del equipo médico los días 24 y 25 de marzo de 2003, descartando por completo que en el parto la niña haya presentado sufrimiento fetal agudo y que el daño neurológico presentado tuviere origen en la atención de las apelantes y mucho menos en el actuar médico de ellas. Piden se revoque la sentencia y se rechace la demanda contra su parte. Subsidiariamente cuestionan los montos acordados para resarcir los gastos médicos, de farmacia y traslados, la incapacidad sobreviniente y la pérdida de chance, las necesidades de adaptación del hábitat, el tratamiento de rehabilitación futuro, la asistencia auxiliar, el daño moral de A. y el lucro cesante y pérdida de chance, daño físico, psicológico y moral de los padres de la menor. Además, critican la tasa de interés fijada por el sentenciante y la fecha del inicio del cómputo de los mismos. Y por último piden la modificación de la imposición de las costas del proceso a la parte actora.

F. G. S. presenta sus quejas a fs. 2545/51 cuyo traslado fue respondido por la Defensora de Menores a fs. 2672 vta./75. En primer lugar, plantea la inexistencia de relación causal. Dice que los profesionales que atendieron a la menor obraron de acuerdo a los lineamientos de su profesión, con conductas esperables y exigibles a quienes poseen el título de médicos. Hacen referencia a la obligación de medios y a la observancia de los principios y técnicas de su disciplina y afirma que, en el caso, conforme a las pruebas producidas, no se logró acreditar con certeza que la patología de la menor haya sido causada por impericia o negligencia de los médicos que la atendieron. Afirman que existen varias causas de lesión cerebral y que de todas ellas la asfixia perinatal no es la más importante, cometiéndose un grave error en relacionar el daño neurológico con los eventos del parto. En este orden de ideas y atento a la ausencia de pruebas contundentes piden se revoque el fallo y se rechace la demanda, con costas a los actores. Subsidiariamente y en el hipotético caso que se considere responsables a las codemandadas S. y G. pide se excluya de la condena a su mandante y se responsabilice en su caso al C. G. pues fue este último quien ejerció la defensa de ambas instituciones y fue en definitiva quien estuvo a cargo siempre del nosocomio, resultando que la quejosa solamente asistió económicamente al C. G. de B. A. con el fin de que no colapsara económicamente.

El C. G. de B. A. expresa agravios a fs. 2552/72 cuyo traslado fue rebatido por la Defensora de Menores a fs. 2672 vta./75. Cuestiona el fallo en tanto considera que la solución dada fue en base a conjeturas e interpretaciones sesgadas de la prueba, recurriendo a aquellas menos idóneas y restándole valor a las que desde posiciones científicas resultan más sólidas o señalan aspectos relevantes de la cuestión medular del caso como lo es la pericia efectuada por la especialista en Ginecología y Obstetricia quien afirma que según obra en la historia clínica, se describe una actuación adecuada de los médicos que atendieron el parto de la coactora. Agregan que existen múltiples elementos que

permitirían descartar que la causa principal de la mala evolución neurológica de la niña A. tenga relación con las circunstancias ocurridas en el trabajo de parto y parto. Insisten que no hubo sufrimiento fetal y que la niña presentó un APGAR 4/7 incompatible con asfixia grave perinatal. Pide el rechazo de la demanda con costas. Subsidiariamente cuestiona los resarcimientos acordados en concepto de incapacidad sobreviniente y pérdida de chance, necesidades de adaptación del hábitat, asistencia auxiliar, daño moral de todos los reclamantes, daño psicológico de A., daño físico del padre de la menor y daño psicológico de ambos progenitores, lucro cesante y pérdida de chance de los padres. Seguido cuestiona la imposición de costas y las regulaciones de honorarios efectuadas en autos.

A fs. 2670/6 la Sra. Defensora de Cámara expresa agravios cuyo traslado fue contestado por F. G. a fs. 2681 y por C. G. a fs. 2683/6. Adhiere a los fundamentos vertidos por la parte actora y en especial critica las reducidas sumas acordadas a la menor en concepto de incapacidad sobreviniente y pérdida de chance, adaptación del hábitat, asistencia auxiliar y daño moral. Pide se eleve la tasa de interés fijada por el sentenciante. Por último, solicita que todas las sumas correspondientes a su defendida se depositen en una cuenta a nombre de autos a fin de que su administración y disposición se realice con el control del juzgado y la asistencia del Defensor de Menores.

IV. La solución

En primer lugar, debo señalar que conforme he sostenido reiteradamente, no me encuentro obligada a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso. (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etc.).

Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el mismo. (CSJN, Fallos: 274:113; 280:320; 144:611).

1) Atribución de responsabilidad

a) En primer lugar quiero señalar, como en cada oportunidad que analizo casos como el presente, que el pronunciamiento que aquí se dicte y en consonancia con los lineamientos señalados por la CSJN y que comparto, será emitido en vocabulario simple, sencillo, que pueda ser aprehendido no solo por los profesionales que intervienen en el pleito sino por las partes o cualquier persona que tenga posibilidad de acceder a su lectura, conducta ésta que también es dable esperar de quienes desempeñen distintos roles dentro de estos actuados, en especial de los peritos que deban llevar a cabo la importante tarea de auxiliar al juez en campos que no son de su específica incumbencia y a cuyos conocimientos científicos debemos recurrir para aproximarnos lo más cerca posible a la verdad y así poder dilucidar con la mayor equidad el conflicto que se nos ha presentado.

Paso seguido debo señalar que en la resolución de conflictos como el traído ante estos estrados, muy delicados por cuanto se ha puesto en tela de juicio la responsabilidad de más de un profesional, en el caso de quienes se han abocado al ejercicio de la medicina, se ha de ser sumamente cauteloso en la apreciación de todos los elementos incorporados a la causa a fin de llegar a una solución justa y equitativa, y teniendo especialmente en consideración que no estamos frente a una ciencia exacta, siendo la responsabilidad de quien ve comprometido su obrar frente a una contingencia indeseada ser juzgada valorando que se está frente a una obligación de medios.

Se trata pues, la obligación de los profesionales de la medicina, de un deber de actividad, de obrar con la debida diligencia en vista del objetivo de curación del paciente, pero sin ase-

gurar el resultado de dicha actividad, responsabilidad subjetiva que requiere, por lo general, una cabal demostración de la culpa, siguiendo las expresas directivas que marcan las disposiciones de los arts. 512 y 902 del Cód. Civil, actualmente arts. 1724, 1725 y ss. del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Por otra parte, es sabido que la carga probatoria le incumbe a quien la invoca, lo que significa que al actor que invoca la responsabilidad del demandado, le corresponde aportar la prueba de los hechos que demuestran la mala praxis o, como en el caso, la deficiente atención brindada a la hija de los accionantes.

Es así que en la obligación de medios que debe prestar un establecimiento asistencial, consistente en un actuar diligente y prudente, el actor debe demostrar el incumplimiento de aquél, que no es otra cosa que su falta de diligencia y prudencia (omisión de los cuidados y atención, inobservancia de las reglas de la ciencia o arte de curar por ignorancia, torpeza o falta de previsión).

Ahora bien, el obstetra en el Derecho argentino tiene una situación particular. Él tiene dos pacientes, porque contratan sus servicios la madre por derecho propio, y ésta —y en su caso el padre— en representación tácita de su hijo nonato, pero que de acuerdo con nuestro ordenamiento ya es persona. Eso implica que no solo debe velar por el bienestar de la encinta, sino también por la vida y la salud del niño en gestación. (Garay, Oscar Ernesto [coord.], Responsabilidad Profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal, LA LEY, 2003, 1ª reimpression 2007, p. 827).

La obligación de los médicos obstetras es de medios, pues estos profesionales de la salud, al igual que en cualquier otra especialidad, no pueden comprometer resultados. El obstetra, al igual que todo médico, no puede asegurar a su paciente resultado alguno. Ello no solo porque le viene prohibido por las normas jurídicas y éticas que regulan su profesión, sin distinción de especialidad alguna sino porque en esta especialidad también están presentes todo tipo de aleas que son las que caracterizan a las obligaciones de medios (Vázquez Ferreyra, “Responsabilidad por daños y prueba de la culpa del médico obstetra. El daño moral y los otros ‘perjuicios’ a la persona”, JA, 1997-IV, 482).

Se ha sostenido además que, en materia de responsabilidad médica, el principio es que la prueba corre por cuenta de quien imputa culpa al galeno, demostrando la existencia de negligencia manifiesta o errores graves de diagnóstico. (CNCiv. Sala E, “Marque, Juan A. c. SPM Sistemas de Protección Médica s/ daños y perjuicios” del 13/12/1999, L. 278.827, *idem* “Nilsen, Carlos A. c. Vogt Hans Dieter y otro s/ daños y perjuicios del 06/11/2000).

Este es el principio procesal que consagra el artículo 377 del Código Procesal, debiendo el juez apreciar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica (art. 386 del Cód. Procesal), es decir con un sentido lógico y un prudente arbitrio que torne armónico y creíble el plexo de los hechos. El amplio criterio de razonabilidad de que dispone el juez en orden al deber de buena fe con el que debe actuar las partes en el proceso, permitirá a éste determinar presunciones de culpa contra la parte que observó una conducta pasiva para demostrar su no culpa cuando se hallaba en condiciones más favorables de hacerlo que el accionante, a su vez, para probar la culpa de aquél, dentro del moderno concepto de carga probatoria dinámica (Bustamante Alsina, Jorge, “Responsabilidad Civil y otros estudios”, Ed. Abeledo Perrot, p. 237).

En cuanto a la responsabilidad del hospital, el justificativo del deber de dicho nosocomio reposa más bien en la existencia de una obligación tácita de seguridad que funciona con carácter accesorio a la obligación principal de prestar asistencia por facultativos adecuados, de manera que la demostración de la culpa del

médico pondrá de manifiesto la transgresión de esa obligación. Y en ese sentido son responsables no solamente de que el servicio se preste sino también de que se preste en condiciones tales que el paciente no sufra daños por deficiencia de la prestación prometida (“Pérez de Beneitez, Teresa c. Centro Gallego de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, CNCiv., Sala A, exp. 36.901 del 14/02/1989, base microisís sumario 4639).

No se encuentra en discusión que el día 24 de marzo de 2003 la coactora M. L. J. se apersonó en el C. G. con un embarazo de 41 semanas donde finalmente quedó internada para tener a su bebe, ni que el día 25 dio a luz a A. Tampoco el daño neurológico del que la niña es portadora desde las primeras horas de su vida. Más si se encuentra en crisis la relación de causalidad entre el daño mencionado y el obrar médico durante el parto, como asimismo si ese daño fue provocado antes y/o durante el alumbramiento en las instalaciones del C. M. G.

Para dilucidar los hechos, se efectuaron varias pericias médicas, de las que el “*a quo*” hizo mérito en su fallo.

Y en esta instancia, a tenor de la gravedad del asunto de que se trata, el Tribunal que integro, como medida para mejor proveer, dispuso la intervención del Cuerpo Médico Forense.

A fs. 1695/1723 obra pericia médica efectuada por el médico neonatólogo designado Dr. J. A. Z. quien refirió, según la historia clínica que J. de 34 años de edad fue a controlarse su embarazo a las 18 hs., cursando embarazo en término presentaba oligoamnios (según última ecografía), dinámica uterina aislada y ruptura espontánea de membranas con pérdida escasa de líquido amniótico por genitales.

Dice que fue atendida por la Dra. G. y la obstétrica S. Que entre las 19 hs. del 24 de marzo y la 1:30 del 25 es que se produce el nacimiento de A. Recalca que durante este período la Historia Clínica obstétrica no coincide con el registro de enfermería. Que pasan a la Sra. J. a sala de partos, le indican oxitocina a las 20:30, a las 23:40 la pasan a quirófano, o sea 3 hs. y 10 minutos después, existiendo irregularidades de correlación temporal en los manuscritos que describen los hechos por parte de los profesionales actuantes. No hay datos de haberse suspendido la oxitocina, tampoco registro de monitoreo continuo para controlar la frecuencia cardíaca fetal hasta el momento de la cesárea. Figuran registros de monitoreos de fecha 24/03 sin horario de realización en dos aparatos distintos (cuando uno es suficiente), consta que A. nació el 25/03, se desconoce qué sucedió en ese período dado que no hay registros. Refiere que J. fue inducida por el equipo de anestesia a las 0 hs. del 25/03 y el nacimiento se produjo a la 1:30 am, es decir, 90 minutos para extraer un neonato con posible sufrimiento fetal agudo, seguramente con frecuencia cardíaca fetal anormal que motivó la intervención quirúrgica.

Agrega que una vez nacida A., se constató estado ácido base menor al normal. A las 48 hs. presentó convulsiones tratadas con fenobarbital y no mostró comportamiento neurológico normal en esa etapa. Que, al tercer día de vida, la tomografía axial computada cerebral informó edema difuso y hemorragia subaracnoidea. Al cuarto día de vida exteriorizó cuadro de hiponatremia, signos de gastritis por estrés neonatal e hipoxia, manifestado por residuo gástrico porráceo proveniente de la sonda orogástrica y que requirió protectores gástricos. También indica que presentó alteraciones hematológicas, trombocitopenia. Se le diagnosticó encefalopatía hipóxica isquémica, sufrimiento fetal agudo prenatal, PH bajo, convulsiones, fallo multisistémico parcial, radio imágenes cerebrales anormales y evolución con déficit neurológico. Concluye el perito que la peritada presentó la evolución de una patología neonatal compatible con encefalopatía hipóxica isquémica, con una incapacidad física y mental del 100 % total y permanente.

Afirma sin lugar a dudas que existen elementos en la Historia Clínica que demostrarían que A. estuvo expuesta intraútero a un evento asfíctico y que existieron actos médicos y decisiones tomadas por el equipo de obstetricia en el período dilatante de la paciente (que rotula como zona gris) donde cronológicamente se desconocen medidas emergentes, por parte de los profesionales, que hubieran podido favorecer a A. Opina que pudo haber relación causal entre el acto médico y la patología neurológica de A. en tanto no se comprobaron patologías maternas, ni materno-fetales relevantes que sean fidedignas o contribuyeran a la determinación del sufrimiento fetal y posible anoxia fetal.

A fs. 1785/9 las accionadas G. y S. piden la nulidad de la pericial. Entre otras cuestiones señalan que el perito basó su dictamen sobre información equivocada como por ejemplo que el parto fue por cesárea cuando en realidad fue por fórceps. Además, responde a cuestiones que le son ajenas a un neonatólogo y que se encuentran en la órbita del obstetra. Seguido impugnan el trabajo pericial.

C. G. hace lo propio a fs. 1797/1804 haciendo hincapié en las omisiones y graves incongruencias de la pericia presentada.

A fs. 1916 el perito designado responde las impugnaciones y el pedido de nulidad. Ratifica todo lo incorporado en su trabajo. Señala que, pese a haber puesto “cesárea” en vez de “fórceps” no cambia el sentido de las cosas puesto que ya sea de una u otra forma, es irrelevante puesto que la toma de fórceps, como medio instrumental de extracción del bebé no es la causa directa de la patología de A. Reafirma que a J. no se la vigiló correctamente después de las 19:30 hs. del 24/3, no hay registros de haber seguido un partograma, hora tras hora, a fin de detectar la bradicardia fetal y actuar en consecuencia. Asimismo, confirma que A. nació con un Apgar bajo (depresión neonatal) lo que evidencia que no se trató de un parto con evolución normal. Tampoco figura en la HC suspendida la oxitocina lo que significa que la droga estaba presente al momento del sufrimiento fetal agudo de A., habiendo transcurrido 7 horas, circunstancia que se encuentra absolutamente contraindicada. Considera que la suma de goteo de oxitocina y sufrimiento fetal agudo pudo haber incidido en el resultado de la hipoxia fetal de la niña.

A fs. 1989 se rechaza el pedido de nulidad de la pericia impetrado, resolución que fue apelada a fs. 1994. A fs. 2023 esta Sala declaró mal concedido el recurso de apelación.

A fs. 2067/70 el Dr. Z. contestó otro pedido de explicaciones de los accionados. Ratificó su informe primigenio y destacó nuevamente que a la luz de los hechos hay elementos que pudieron determinar el estado secular neurológico de A.: la falta de detección oportuna de un posible sufrimiento fetal en curso, la falta de documentación médica que avale el seguimiento adecuado de la paciente, subvalorar una decisión rápida acorde la urgencia planteada para la extracción fetal, que como resultado final del parto se desencadenó como: depresión neonatal, evolución tórpida con impacto parcial sistémico por asfixia, encefalopatía hipóxica con secuela neurológica clínico-radiológica.

A fs. 1725/1743 la perito médica legista designada Dra. L. C. (pediatra) presentó su informe y destacó que A. presenta una encefalopatía motora intelectual no evolutiva e irreversible. Que carece por completo de autonomía personal y depende en forma total de terceros para sobrevivir y realizar las actividades cotidianas. Presenta además una patología infecciosa ótica y respiratoria recurrente y es portadora de un daño orgánico cerebral del 100% permanente y definitivo.

El consultor técnico de la parte actora informó a fs. 2086/98 que A. nació con depresión neonatal grave producto de sufrimiento fetal agudo que fue tardíamente diagnosticado y, por ende, no tratado adecuadamente y en con-

secuencia le causó una encefalopatía hipóxica-isquémica con compromiso neurológico predominante, como también compromiso de otros órganos y sistemas.

A su turno la médica especialista en Tocoginecología Dra. C. C. presentó su pericia a fs. 2106/2121. Hace una extensa referencia a la historia clínica y documentación obrante en autos y sostiene que, llegada las 41 semanas de gestación, en uno de los controles prenatales se le diagnostica a la Sra. J. fisura de bolsa con pérdida de líquido amniótico disminuido. La Dra. G. la evalúa en el consultorio y le indica internación en ese nosocomio a las 19:30 hs. del 24/03/2003, que lo hace junto a la partera, es decir, la obstétrica S. Luego comienza la inducción al trabajo de parto a las 20:30 hs., a las 23:30 le indican la anestesia peridural por analgesia dado que la parturienta estaba muy descontrolada, con 7 u8 cm de dilatación. A la 1 am. completa la dilatación del cuello y comienza a descender la cabeza fetal, hasta ese momento los latidos fetales se encontraban normales, monitoreados a través de la auscultación intermitente con un aparato que lo llaman Sony (se llama detector de latidos fetales). Al momento de atravesar el plano de angustia que es el diámetro más estrecho de la pelvis materna, es casi habitual la presencia de bradicardia fetal por compresión de la cabeza fetal. Vale aclarar que la pelvis presenta varios planos de descenso que se llaman de Hodge y van desde el primero hasta el cuarto plano. A la altura del tercer plano se encuentra el plano de angustia y es el momento en el cual la salida del bebé no se puede demorar pues sino puede haber daño fetal. Asegura que un feto sano puede tolerar la hipoxia transitoria, pero uno que presente un compromiso previo, no. Continúa relatando que en el caso, la madre tal como figura en la historia clínica refirió no querer pujar, con las condiciones dadas, es decir, presentación cefálica, bolsa rota, IV plano del Hodge, variedad occipitopúbica y ante la bradicardia fetal que no se puede demorar, la Dra. G. realizó la toma forcipital, no estando en la HC que tanto la madre como el bebé hayan padecido complicaciones por esta acción, como desgarros vaginales o anales ni hematomas en la cara fetal. Concluye que no existió líquido amniótico meconial, que el único momento de bradicardia fetal fue en el período expulsivo momento en el que, ya con la cabeza encajada era imposible realizarle una cesárea, siendo la única solución la de realizar la toma con fórceps, tal como se hizo.

A fs. 2133/56 la parte actora impugna el informe antes descripto y a fs. 2171 C. M. G. pide aclaraciones a la experta.

La médica responde a fs. 2175 dando cuenta entre otras cosas que no figura quien ordenó la administración de oxitocina, tampoco constan auscultaciones entre las 0 hs. y la 1:10 am. del día del nacimiento adicionando que esta circunstancia no es la más adecuada. Agrega como dato trascendente que no se puede descartar que durante esos lapsos no hayan ocurrido eventos de hipoxia, que no obra constancia que las auscultaciones de los latidos fetales hayan sido realizadas luego de cada contracción y que el control prenatal fue adecuado, pero podría haber sido más completo, resultando que la falta de controles semanales expone al feto al riesgo de no detectar ciertas patologías.

Finalmente, ante los puntos de pericia dispuestos por el Sr. magistrado de la instancia anterior (v. fs. 2318), la Dra. C. se muestra de acuerdo en que no puede descartar con certeza que A. haya presentado sufrimiento fetal agudo y considera que si hubiera existido monitoreo fetal intraparto podrían haberse constatado tanto los latidos fetales como las contracciones uterinas y podrían haberse detectado, si las hubiera habido alteraciones de la vitalidad fetal (fs. 2333).

Hasta aquí las pericias efectuadas en primera instancia.

Como señalé más arriba esta Sala, en antigua composición, a fs. 2720 ha considerado oportu-

no remitir las actuaciones al Cuerpo Médico Forense teniendo en cuenta la complejidad médica de la cuestión debatida y el tenor de las pericias presentadas y sus impugnaciones.

En efecto a fs. 2726/62 el CMF presentó sus conclusiones de las que surge que A. R. presenta secuelas neurológicas a causa de hipoxia isquémica perinatal (no postnatal) lo que se sustenta por el patrón característico (encéfalo malacia quística) de las neuroimágenes. Afirman que M. J. no cursó un embarazo de alto riesgo ni presentó patología prenatal (durante el embarazo) demostrable en las constancias aportadas que puedan justificar el severo cuadro neurológico padecido por la niña.

Con respecto al parto, señalan los especialistas que se trató de un parto distócico que requirió la extracción del feto mediante fórceps por sufrimiento fetal agudo. También destacan la existencia de discordancias en los registros del control del trabajo de parto, que resultan contradictorios e incompletos, sobrescritos en los horarios de los controles y en la frecuencia cardíaca fetal, sin enmiendas posteriores.

Misma situación refieren sobre los monitoreos fetales los que no pudieron ser tenidos en cuenta pues no cuentan con hora de realización lo que les impide arribar a conclusiones médico-legales válidas.

Con relación a la elección del “fórceps” entienden que fue utilizado por sufrimiento fetal agudo (bradicardia) pues no consta asentada de manera explícita la indicación del mismo, en consonancia con lo que surge de fs. 84 del resumen de la HC “...SFA...”, fs. 89 de la Unidad Neonatología que reza “...signos de sufrimiento fetal agudo...”, fs. 45 vta. “...asfixia prenatal...encefalopatía hipóxica-isquémica...”.

A fs. 2764 las accionadas G. y S. impugnan el informe referenciado y piden aclaraciones. El CMF contestó a fs. 2774/2782 todas las preguntas generales efectuadas por las quejas, destacando la suscripta la que se responde en el punto h). Señalan los galenos que una vez que la beba llegó a neonatología con apgar bajo (4/7), con antecedentes de parto forcipital, con requerimiento de oxígeno con bolese y máscara en sala de partos, con distress respiratorio se le debía realizar EAB de sangre de cordón o de sangre periférica dentro de los primeros minutos de vida y estudios metabólicos dentro de las 2 hs. de vida (glucemia) con el propósito de evaluar el estado clínico general y metabólico en particular, resultando que en el caso NO fue realizado el EAB dentro del tiempo que se recomienda.

En este orden de ideas, entiendo que no asiste razón a los accionados quejosos.

No tengo dudas de que la pericia del Dr. Z. fue más convincente que la de la tocoginecóloga. En primer término, porque fue más completa y ofreció fundadas respuestas a cada uno de los interrogantes médicos que se fueron planteando. En segundo lugar, porque la tocoginecóloga en varios pasajes y ante preguntas concretas no contestó cabalmente y parecería que en su pericia describiera los pasos de un parto normal, olvidando que en el caso hubieron, deficiencias desde el inicio del parto a las cuales no hizo concretas referencias. No cuestionó las deficiencias de la HC aunque en las respuestas a las preguntas efectuadas por el “*a quo*” coincidió, entre otras cosas, en que no se puede descartar con certeza que A. haya presentado sufrimiento fetal agudo. Y, en tercer lugar, porque las conclusiones efectuadas por el Cuerpo Médico Forense concuerdan casi en su totalidad con la pericia del neonatólogo. De esta forma concluyeron que A. *presenta secuelas neurológicas a causa de hipoxia isquémica perinatal no imputable a ninguna patología prenatal demostrable que puedan justificar el severo cuadro neurológico padecido por la niña, además de destacar la existencia de discordancias en los registros del control del trabajo de parto de la Historia Clínica, que resultan contradictorios e incompletos,*

sobrescritos en los horarios de los controles y en la frecuencia cardíaca fetal.

Al respecto, cabe recordar la importancia de la historia clínica en un juicio en que se debate la responsabilidad del médico o del ente asistencial y las imprecisiones u omisiones de aquella no pueden sino perjudicar a quienes tienen el deber de confeccionarla, por la situación de inferioridad en que el paciente se encuentra. La historia clínica queda incorporada al proceso como prueba documental y como tal ha de ser evaluada por el juzgador a fin de dilucidar el tema traído a debate, incluso si posee omisiones que han de ser valoradas como una presunción en contra de los demandados. Y en este proceso no sólo hay enmiendas y sobre raspados (ver pericia caligráfica de fs. 1849/1997) sino que hay ausencias de controles, monitorios cardíacos, suspensión de medicación, entre varias otras omisiones que fueron descriptas “*ut supra*” que afectan, aún más, la postura de las demandadas.

En consecuencia, y si bien la obligación de los médicos es de medios, en este caso, el no adoptar las medidas que debió haber implementado para evitar este tipo de daño lo hizo incumpliendo una obligación de resultado.

A ello debe sumarse el incumplimiento de la obligación objetiva de seguridad que lo hace pasible de reproche y que solamente pudo exonerarlo si hubiera acreditado la ruptura del nexo causal, lo que no sucedió.

He de señalar que la CSJN recordó “...que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (Fallos: 310:112; 312:1953, entre otros) y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479; 324:3569). En lo que al caso concierne, este Tribunal ha puntualizado —con especial énfasis tras la reforma constitucional del año 1994— que la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación imponible de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (cfr. arts. 42 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229, entre otros)...” (conf. CSJN, de fecha 30/09/2008, “L. C. F. c. Provincia de Buenos Aires”, LA LEY, 20/10/2008, II - DJ, 24/12/2008, 2439 - DJ, 2008-II, 2439).

Por todo lo expuesto, propicio al acuerdo el rechazo de los agravios introducidos por las accionadas relativos a la atribución de responsabilidad, confirmando la sentencia en crisis.

b) En cuanto a las quejas vertidas por F. G. S. en torno a la exclusión de la condena contra su parte pues se vieron imposibilitados de ejercer su derecho de defensa en forma adecuada en tanto los representantes de C. G. de B. A. ejercieron la defensa de ambas instituciones (v. fs. 2549 vta. y ss.) debo destacar que tales circunstancias no fueron alegadas oportunamente en la instancia anterior.

En esta tesitura, el tema debe enmarcarse dentro de la órbita del artículo 277 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Una de las facetas del principio dispositivo impone que son las partes quienes determinan el “*thema decidendum*”, es decir, que el órgano judicial debe limitar su pronunciamiento tan solo a las cuestiones que han sido objeto de las peticiones de las partes. Estas determinan el alcance y contenido de la tutela jurídica, incurriendo en incongruencia el juez que se aparte de esas cuestiones. El artículo 277 impone este principio a las instancias superiores y, respetando el principio de congruencia, define la actuación de los tribunales de apelación entre lo que se denomina “personalidad de la apelación” y las cuestiones que se deriven con posterioridad al dictado de la sentencia de primera instancia.

Es que no procede introducir mediante la apelación cuestiones novedosas o sorpresivas

no alegadas en la instancia de grado pues ha perecido la oportunidad para invocarlas (Scolari-ci, en Highton - Areán, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Hammurabi, p. 343).

La alzada constituye un área de revisión que, por tal razón, carece de poderes para decidir sobre temas no sometidos al juez inferior, pues su función prístina no es la de fallar en primer grado sino la de controlar la decisión de los magistrados de jerarquía inferior (Hitters, Técnica de los recursos ordinarios, ed. 2000, p. 406).

En ese mismo sentido, se ha dicho que el recurso de apelación solo tiene por objeto la consideración de los agravios causados por el rechazo de lo que fuera motivo de reclamo en la instancia anterior, por lo que el recurrente no puede introducir ningún punto extraño a lo que dio motivo a la decisión apelada (Colombo-Kiper, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado, T. III, LA LEY, p. 193).

Es por ello que está vedado a este tribunal el tratamiento de la cuestión que la codemandada intenta introducir en esta instancia. En consecuencia, se desestiman los agravios al respecto.

2) Cuantificación de la indemnización de A

A) Incapacidad sobreviniente y pérdida de chance

Se ha expedido esta Cámara Civil en el sentido que “la incapacidad sobreviniente comprende, salvo el daño moral y el lucro cesante, todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluso los daños a la salud, a la integridad física y psíquica de la víctima, como así también a su aspecto estético, es decir, la reparación deberá abarcar no sólo el aspecto laborativo, sino también todas las consecuencias que afecten su personalidad íntegramente considerada” (conf. CCiv., Sala M - 13/09/2010 - Estévez, María C. c. Amarilla, Jorge R. y otros, La Ley Online; AR/JUR/61637/2010).

La reparación del daño físico causado debe ser integral, es decir, debe comprender todos los aspectos de la vida de un individuo, dicho de otro modo, debe resarcir las disminuciones que se sufran a consecuencia del evento y que le impidan desarrollar normalmente todas las actividades que el sujeto realizaba, así como también compensar de algún modo las expectativas frustradas.

En consecuencia, por incapacidad sobreviniente debe entenderse una disminución en la salud, que afecta a la víctima en sus posibilidades tanto laborativas como de relación y que son consecuencia inmediata de la producción del accidente, prologando sus efectos por cierto tiempo o en forma permanente.

Habré de destacar que, con respecto al daño psicológico o psíquico, a mi entender, no queda subsumido en el daño moral, pues ambos poseen distinta naturaleza.

En efecto el daño psíquico corresponde resarcirlo en la medida que significa una disminución en las aptitudes psíquicas, que representan una alteración y afectación del cuerpo en lo anímico y psíquico, con el consiguiente quebranto espiritual, toda vez que éste importa un menoscabo a la salud considerada en un concepto integral.

El “*a quo*” ha procedido a tratar dentro de este rubro la incapacidad total de A. y su pérdida de chance concediendo una partida de \$... De tal suma se quejan los accionantes y la demandada solicitando su sensible elevación y reducción respectivamente.

A la fecha, la coactora cuenta con 16 años de edad y desde su nacimiento es portadora de una incapacidad total.

La pericia pediátrica efectuada por la Dra. G. L. C. (v. fs. 1725/1743) es concluyente al afirmar

el cuadro de A. (encefalopatía motora intelectual no evolutiva e irreversible) por el que carece por completo de autonomía personal y depende en forma total de terceros para sobrevivir y realizar sus actividades. Concluye que tiene daño orgánico cerebral grado IV que la incapacita en forma absoluta, total y permanente en un 100% de la total obrera.

En primera instancia el sentenciante accedió a la suma de \$...

Atento a lo expuesto y a la gravedad del cuadro que presenta la joven, estimo que el monto fijado por el magistrado de primera instancia para resarcir estos ítems debiera ser elevado a la suma de ... pesos (\$...) acogiendo así las quejas de la parte actora y de la Defensora de Menores, y desestimándose las de los demandados agravados.

B) Daño Moral

El resarcimiento que corresponde por daño moral está destinado a reparar al individuo cuando se lesionan sentimientos o afecciones legítimas como persona, es decir cuando se le ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos, o cuando de una manera u otra se ha perturbado su tranquilidad y el ritmo normal de su vida.

Se ha decidido en distintos pronunciamientos de esta Cámara que, es tarea delicada la cuantificación de este concepto pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como en principio debe hacerse de acuerdo al artículo 1083 del Cód. Civil.

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, que no es igual a la equivalencia. La dificultad en calcular 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, padecimientos propios de las curaciones y malestares subsistentes.

A tenor de las condiciones personales de la coactora, sexo y edad (16 años a la fecha de esta sentencia, recién nacida a la fecha de los hechos) y las contingencias y padecimientos que debió y debe atravesar a raíz de las consecuencias que le provocara la hipoxia perinatal que sufrió durante el proceso de su nacimiento en el C. G. de B. A., estimo prudente y equitativo elevar el monto otorgado para resarcir este rubro a la suma de pesos (\$...) admitiendo el agravio de los accionantes y de la Sra. Defensora de Menores y desestimando los restantes.

C) Necesidades de adaptación del hábitat

En primera instancia el “*a quo*” accedió a una partida de \$...

De tal suma se quejan los actores, la Defensora de Menores y el C. G.

Como señaló el magistrado de la instancia anterior, el Arquitecto P. D. V. presentó su pericia a fs. 1820/3. Resaltó que las características de una vivienda adecuada para A. debe tener rampas, puertas de un mínimo de 80 cm, baño de superficie mínima de 3,30 mts. cuadrados con artefactos de dimensiones especiales, con un dormitorio que esté próximo al de sus padres por la asistencia continua que necesita, resultando apropiado que esté todo en una sola planta, sin escalones ni sobresaltos, evitando “barreras arquitectónicas” para su mejor desplazamiento. Aclara que la evolución del crecimiento de la menor no implicaría necesidades especiales futuras sustancialmente distintas a las actuales. Estima que la diferencia de precio entre la vivienda actual de A. y la que esté acorde a sus necesidades es de \$... calculada al mes de abril de 2012.

Disiento absolutamente con argumento de la accionada en cuanto considera que excede de toda razonabilidad que se condene a los demandados a asumir los costos de adaptación de la vivienda de la menor (v. fs. 2655 y ss.). Por lo infundado, no merece mayores apreciaciones. Este resarcimiento es una consecuencia reparable (arts. 901 y ss. del Cód. Civil).

En definitiva, dado que en autos se acreditó con la pericia reseñada el monto por el cual los padres de A. podrían ampliar su vivienda, lo que se encuentra dentro de los requerimientos básicos esenciales de una persona con discapacidad como la niña, no existiendo fundamento para apartarme de la estimación pericial, corresponde su confirmación y el rechazo de todas las quejas al respecto.

D) Tratamiento de rehabilitación. Cirugía Futura. El hecho nuevo introducido en esta instancia

En primera instancia el “*a quo*” dispuso que la condena por este rubro no debe ser una cifra determinada, ya que no es posible apreciarla por lo que consideró más adecuado una condena genérica consistente en el mantenimiento de la obligación de los demandados en solventar, solidariamente, los tratamientos de rehabilitación que vaya requiriendo A. para su contiguo mejoramiento.

La parte actora cuestiona dicha decisión en tanto sostiene que de la lectura de la causa sobre amparo queda claro que el C. G. no cubre todas las necesidades de la menor ni cuenta con especialistas para brindar un adecuado cuidado de la salud de la paciente. Además, hacen mención a la falta de solidez de los deudores y a la limitación de cobertura que tiene la aseguradora citada en garantía. Por lo demás indican que cada prestación (cambio de silla de ruedas, una terapia, una intervención de urgencia, etc.) requeriría un fatigoso proceso judicial que culminará con el cumplimiento tardío o con el incumplimiento, como indican sucede constantemente en la causa sobre amparo. Por ello piden una condena en dinero que entienden debe ascender a la suma de ... pesos en concepto de resarcimiento por los daños futuros (tratamiento de rehabilitación y gastos).

Aquí debo incluir la cuestión introducida como “hecho nuevo” a fs. 2545/4 cuyo traslado fue respondido por las accionadas a fs. 2625/8 y 2629/30 y por la Defensora de Menores a fs. 2670 vta.

Los actores alegaron que como consecuencia del gravísimo estado de salud de A. la menor ha sufrido diversas deformaciones físicas que requieren tratamiento quirúrgico para su rehabilitación. Así explicaron que en el año 2015 dos profesionales médicos indicaron que debe ser sometida a intervención por la deformidad.

El hecho nuevo fue admitido a fs. 2692/3 y con relación al mismo se realizó prueba pericial médica a fs. 2710/11. La Dra. C. informó que las intervenciones indicadas por los médicos de la menor (escoliosis neurológica torácica derecha de 87º con compromiso del control cefálico por lo que se indica tratamiento quirúrgico de la deformidad, corrección, instrumentación y artrodesis y cirugía ortopédica para mejorar sus deformidades para facilitar el funcionamiento y rehabilitación) son necesarias pues tienden a paliar la gran invalidez de la niña y prevenir futuros deterioros. Estima que el monto de ambas cirugías es de aproximadamente \$...

El dictamen no fue impugnado por las partes.

En consecuencia, por un lado, considero correctamente acreditadas las dos cirugías que como hecho nuevo se incluyeron en esta instancia y propongo al Acuerdo acordar la suma de pesos (\$...) para las intervenciones quirúrgicas señaladas “*ut supra*”.

Por otro lado, considero acertada la decisión del sentenciante en cuanto a que condena a los accionados al mantenimiento de la obligación

de solventar, solidariamente, todos los tratamientos de rehabilitación que vaya requiriendo A. para su contiguo mejoramiento pues lamentablemente no se puede saber a ciencia cierta ni cuales ni cuántos tratamientos requerirá la menor a lo largo de su vida.

En consecuencia, se desestima la queja vertida por la parte actora confirmando la sentencia en crisis en lo que a este punto respecta.

E) Gastos médicos, de farmacia y traslados

El “*a quo*” fijó por este rubro la cantidad de \$50.000. De tal suma se queja la demandada C. G. y solicita tu sensible reducción.

Reduce sus quejas a la afirmación de que de la causa sobre Amparo que en este acto tengo a la vista surge que los accionantes nunca debieron tener que gastar en traslados o medicamentos o aparatos ortopédicos pues todo ha sido previsto por la accionada con un elevadísimo costo.

Reiteradamente la jurisprudencia ha admitido la procedencia del reintegro de los gastos médicos, de farmacia en que debió incurrir la víctima como consecuencia de un hecho ilícito. Ello es así, aunque no exista prueba documentada que demuestre precisa y directamente su erogación, siempre que resulte razonable su correlación con la lesión sufrida y el tiempo de su tratamiento.

Lo propio acontece aún en el caso que la damnificada haya sido atendida en hospitales públicos o que cuente con cobertura social, toda vez que siempre existen erogaciones que no son completamente cubiertas.

La presunción es susceptible de rebatirse por prueba en contrario, que deberá producir quien alega la improcedencia del reclamo, o pretende una suma inferior, o superior, a la fijada por el sentenciante en uso de las facultades que le otorga el artículo 165 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

De las constancias objetivas de autos y en especial de la compulsas de la causa sobre amparo surge la dificultad con la que los actores lidian cotidianamente para lograr el pago de las prestaciones necesarias para su hija. También se observa que la demandada resiste cada vez que se le reclama un pago o una compra o el reconocimiento de una necesidad especial, las que considero —al contrario de lo sostenido por la quejosa— no se encuentran cubiertas en su totalidad con la tramitación del amparo.

En consecuencia, en virtud de las consideraciones efectuadas y dada las características de la patología de A. no está en discusión la procedencia de este tipo de erogaciones, lo que fue avalado por las pericias producidas.

Así, la falta de acreditación en el caso en concreto y en forma fehaciente del monto por estos gastos, hacen que la cuestión deba apreciarse con prudencia en virtud de la resolución de casos análogos y por aplicación del art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. En definitiva, considero sumamente reducida la cantidad fijada en la instancia anterior, más teniendo en cuenta la ausencia de agravios por parte de los interesados, corresponde su confirmación y el rechazo de las quejas vertidas por la accionada.

F) Asistencia auxiliar

En la sentencia recurrida se admitió la suma de \$ por este concepto. Consideró el “*a quo*” la necesidad de un acompañante terapéutico tal y como lo sugiriera la perito médica pediatra interviniente.

La Sra. Defensora de Menores pide la elevación de la partida.

Las accionadas G. y S. y C. M. G. se quejan de su admisión. Las dos primeras refieren que la menor tiene obra social y por lo tanto le cubre

el control clínico, neurológico y de enfermería mientras que el Centro Médico habla de superposición de rubros por cuanto considera que cuando se trató el rubro terapias de rehabilitación ya se incluyó este ítem, que no se estimó el tiempo probable de vida de la menor, ni se especificó qué salario de personal auxiliar se estima y por otra parte entiende la recurrente que ya cubre con auxiliares especializados 3 turnos diarios de 8 horas lo que resguardaría ampliamente esta necesidad. Agrega que es de una frecuencia inusitada la constante petición de su madre de nuevos aparatos, terapias, tratamientos que sus arcas satisfacen diariamente y que se brindan más allá de lo exigido en el proceso de amparo.

Tengo a la vista la causa iniciada ante el Fuero Civil y Comercial Federal caratulada “*R. C. L. y otros c. C. G. de B. A. F. G. de B. A. s/ amparo*”, Expte. N° 1126/2013 en la que a fs. 1159/1163 se dictó sentencia con fecha 05/10/2018 y se condenó al C. G. de B. A., M., C. y A. S. a *brindar la cobertura integral (100%) de las siguientes prestaciones: Asistente permanente domiciliario las 24 horas para su atención alimentaria, higiene, acompañamiento a terapias y colegio y la silla de ruedas a la Srta. A. L. R.*

En consecuencia, teniendo en cuenta que las necesidades de A. con relación a la asistencia cotidiana se encuentran cubiertas según se ordena en el fallo aludido, en el que se asentó la obligación de la demandada de proporcionar a la menor su cobertura integral y total, considero acertado revocar la sentencia en crisis y rechazar la indemnización por este ítem por cuanto de otra manera se estaría duplicando la indemnización de que se trata, admitiendo de este modo las quejas vertidas por las accionadas.

G) Daño psicofísico de los padres de A

Se resolvió en la sentencia conceder la suma de \$190.000 para el padre por la lesión lumbar y el daño psíquico acreditado en autos y \$210.000 para la madre por el daño auditivo y psicológico comprobado, ambos en íntima relación de causalidad con las consecuencias que ha traído el nacimiento de A.

Las accionadas G. y S. cuestionan la admisión y cuantía, entendiendo que el mismo debía ser subsumido en el daño moral. Concluyen en breves líneas que el resarcimiento debe ser rechazado por ausencia de responsabilidad de las quejasas.

Por su parte C. G. congrega en un solo agravio las quejas relativas a todos los montos acordados para los padres, limitándose para el caso de los daños psicofísicos a que no se han acreditado con prueba idónea y que no resultan consecuencias inmediatas a resarcir.

Es dable recordar que la formulación de simples apreciaciones personales sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista, omitiendo concretar punto por punto los errores u omisiones en los que habría incurrido el “*a quo*” respecto de la apreciación y valoración de los elementos de convicción a los que arriba en la aplicación del derecho, no constituye fundamento suficiente para la expresión de agravios.

La misma, para poder ser considerada como tal, debe contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que los apelantes consideren equivocadas.

Por ello, en aquélla se deberá indicar puntualmente las deficiencias de la sentencia recurrida sin que las afirmaciones genéricas, las impugnaciones en general, la remisión a escritos anteriores o el mero desacuerdo con lo resuelto puedan considerarse agravios en los términos exigidos por los art. 265 y 266 del Código procesal Civil y Comercial de la Nación.

Las quejas en análisis, no constituye una expresión de agravios en los términos de los artículos citados, resultando solamente un mero desacuerdo con lo decidido por el magistrado

de la anterior instancia, por lo que propongo se desestime tal planteo declarando desierto el recurso articulado en este punto.

Máxime cuando en el caso se han realizado pericias tanto médicas como psicológicas (fs. 1761 y ss., 2043/65 y 2077/85, cuyas impugnaciones y traslados fueron respondidos a fs. 1893/5 y fs. 2182) que dieron cuenta el estado psicofísico de los progenitores desde el nacimiento de su hija y a raíz de la gran invalidez que presenta, las que a mi entender aparecen fundadas en los términos del art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

H) Lucro cesante y pérdida de chance de los padres de A

El sentenciante admitió por este rubro la suma de \$... para cada uno de los progenitores en el entendimiento de que en la causa se acreditaron las ganancias dejadas de percibir a raíz del hecho con las declaraciones testimoniales recabadas en autos comprobándose que ambos han debido mermar en parte su actividad laboral en pos a la atención de su hija que no puede valerle por sí misma.

La actora cuestiona los montos por reducidos mientras que C. G. y las demandadas G. y S. pretenden se deniega la reparación por los argumentos que exponen sintéticamente en sus quejas.

Ahora bien, los actores reclamaron por la merma de ganancias que por no poder trabajar como lo hacían antes, por cuanto cuidan a su hija, dejaron de recibir. Esa posibilidad de desarrollar su vida laboral que no pudieron realizar, como una especie de pérdida de oportunidad.

Se ha expedido la jurisprudencia en el sentido que “la pérdida de una oportunidad o “chance” constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades” (LA LEY, 11/11/2002, p. 3, citando a Trigo Represas, Félix A. “Reparación de daños por mala praxis médica”, p. 241, Ed. Hammurabi).

En el mismo sentido “la chance es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuación del sujeto, conlleva un daño aun cuando pueda resultar dificultosa la estimación de su medida. En esta concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes existe una consecuencia actual y cierta. A raíz del daño imputable se ha perdido una “chance” por la que debe reconocerse el derecho a exigir su reparación. La doctrina aconseja efectuar un balance de las perspectivas a favor y en contra. Del saldo resultante se obtendrá la proporción del resarcimiento... La indemnización deberá ser de la chance y no de la ganancia perdida” (LA LEY, 11/11/2002, p. 3, con cita de Silvia Tanzi, “La reparabilidad”, obra en homenaje al profesor Isidoro Goldenberg, p. 330, Ed. Abeledo Perrot).

En el caso, en atención a la dedicación exclusiva que ambos padres debieron y deben brindar a su hija desde el momento en que nació y, según los peritos, de por vida, lo que supone una merma en tiempo de dedicación de ambos a su vida laboral, considero prudente elevar la partida en tratamiento a (\$) para cada uno de ellos, admitiendo las quejas de la parte actora.

I. Cuantificación de la indemnización por daño moral de C. L. R. y M. L. J.

La sentencia de primera instancia acordó una suma de \$ en favor del padre y \$ de la ma-

dre quienes en esta instancia se agravan por considerarla sumamente baja, alegando que no se han ponderado debidamente los injustos padecimientos que debieron soportar y que seguirán por el resto de sus vidas.

Las accionadas G. y S. y el C. G. también las cuestionan por considerar que no corresponde su ponderación en virtud de la limitación que prevé el art. 1078 del Cód. Civil.

Los actores reclamaron esta indemnización por la discapacidad con la que naciera su hija y por la mala atención del parto.

Ahora bien, en un caso como el presente donde desde el nacimiento la niña sufre incapacidad absoluta con severos problemas mentales, sumado a serias dificultades motrices y daños neurológicos totales, repele al sentimiento de justicia no reconocer indemnización a los padres, quienes día tras días van a sufrir afeciones espirituales inmensas al ver las condiciones de su hija y advertir que nunca va a tener un desarrollo completo en ninguna de sus facultades.

Es que resulta un absurdo no reconocer las incommensurables angustias y penurias de los progenitores de una niña que por el accionar médico, perdió sus posibilidades de estar sana, hablar, controlar esfínteres, quien no puede desplazarse con normalidad, con todo lo que ello significa en la vida de una niña.

En este sentido se ha resuelto que “los padres están habilitados para reclamar a título propio el resarcimiento de los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento contractual, tanto los que afecten a la salud del hijo menor, si continuara con vida, como los daños que sufra personalmente el estipulante por la muerte de aquel”. (CNCiv., Sala C, 24/04/1997, “M. De L., S. M. y otro c. Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario y otros” con nota de Jorge Bustamante Alsina; “Responsabilidad civil de las obras sociales por mala praxis en la atención médica de un beneficiario”, LA LEY, 1998-A, 405). En el mismo sentido: “Cuando los progenitores contratan con un médico o una clínica la atención de la salud de un hijo menor de edad, no lo hacen exclusivamente a nombre o representación de este último y solo por un deber legal, sino por un interés propio; por lo cual el daño que personalmente sufran por el incumplimiento de tal obligación debe ser imputado directamente al contrato —fuente de la obligación— ya que resulta de una consecuencia inmediata y necesaria conforme el art. 520”. (C.C. Cám. Apel. Civ. y Com. de Mercedes, Sala I, 04/04/2006, “V. H. E. y ot. c. Penuto, Norberto P. s/ daños y perjuicios”, LA LEY BA, 2006-661).

Además, es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el daño causado y que tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecta en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, a sus derechos o facultades. Es decir, el concepto jurídico de daño, salvo restricciones queridas por el legislador, abarca la protección de todo interés no reprobado por la ley (cfr. causa 45.733, Navarrete, M. R. y D., E. c. Estado Nacional, en ED, 157-581 y nota a fallo de Bustamante Alsina). Así el art. 1079 del Cód. Civil reza “... La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta”.

El Dr. Jorge A. Mayo, en un caso análogo afirmó “Cabe preguntarse si, por ejemplo, los padres son damnificados directos del daño moral cuando un hijo ha sufrido una lesión o accidente que le ha causado un daño físico y/o psíquico irremediable (permanente), como es el caso. La respuesta debe ser afirmativa, en tanto se ha afectado inmediatamente su situación parental de goce de la relación de la vida con un hijo normal, con la notoria lesión de sus sentimientos espirituales. Pero, claro está,

la acción no puede ser reconocida libremente: se requiere la existencia de un vínculo familiar igual al del supuesto de la muerte de la víctima, esto es el de heredero forzoso, por aplicación extensiva de lo establecido para el primer caso, pues no podría haber más legitimados cuando la llamada víctima inmediata sobrevive que cuando muere”. (Mayo, Jorge, Comentario al artículo 1078 del Código Civil; La Ley Online; ver Zavala de González, en Bueres - Highton, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Hammurabi, 1999, T. 3, comentario art. 1078, p. 181), circunstancia que acontece en el caso en estudio.

En último lugar, no puede dejar de mencionarse que la cuestión quedó zanjada en el Cód. Civ. y Com. de la Nación que prevé en el artículo 1741: “*Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquel recibiendo un trato familiar ostensible. [...]*”.

Siendo así, teniendo en consideración los distintos rubros reclamados en autos por cada uno de los coactores y dada la legitimación amplia que corresponde acordar a ilícitos como el que nos ocupa (art. 1079 del Código Civil), teniendo en cuenta las pautas explicitadas en los párrafos anteriores que ilustran sobre la condición psicofísica de la menor y considerando la repercusión que ello ha tenido y tendrá de por vida en sus padres, estimo que la suma otorgada por el “*a quo*” resulta reducida y propongo elevarla a pesos (\$) para la madre y pesos (\$) para el padre de A. (art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

V. Intereses

El juez de primera instancia dispuso que el capital de condena devengará intereses desde la constitución en mora del deudor, en el caso la notificación de la mediación hasta la fecha de la sentencia a la tasa pura del 8% anual y desde allí hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal actual a treinta días del Banco Nación Argentina, con excepción a las sumas en concepto de “adaptación de hábitat” cuyas sumas se calcularán desde la mediación hasta abril de 2012 a la tasa pura del 8% anual y desde allí hasta el efectivo pago a la tasa activa y por el rubro “asistencia auxiliar” dispuso se liquiden desde la sentencia de grado y hasta el efectivo pago a la misma tasa activa mencionada.

La parte actora pide que para todos los rubros se aplique tasa activa desde la fecha de nacimiento de la menor (25/03/2003) y hasta el efectivo pago sin hacer distinción de rubros. También lo hace en el mismo sentido la Sra. Defensora de Menores.

Por su parte G. y S. alegan la improcedencia de la tasa activa por el enriquecimiento indebido que ella provocaría además de agravarse del cómputo de partida de los intereses los que entienden deben correr desde la mora

del deudor, que en su caso estiman es desde la notificación del traslado de la demanda y no desde la mediación o desde que la sentencia condenatoria quede firme (en gastos por consultas futuras).

Teniendo en cuenta los datos objetivos de la causa, la fecha del nacimiento de la menor, en base a los fundamentos vertidos en mi voto, en los autos Expediente N° 81.687/2004 “*Pezzolla, Andrea V. c. Empresa de Transportes Santa Fe SACEI y otros s/ daños y perjuicios*” y su acumulado Expte. N° 81.683/2004 “*Pezzolla, José c. Transportes Santa Fe SACS/ daños y perjuicios*” del 27/11/2017, a los que en honor a la brevedad me remito, y a la facultad que por otro lado el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación otorga a los jueces en su art. 767, propongo admitir parcialmente las quejas vertidas por la parte actora y disponer que los intereses se liquiden desde el 25/03/2003 y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal actual a treinta días del Banco Nación Argentina, con excepción al rubro *cirugías futuras (analizadas como hecho nuevo)* que por tratarse de gastos por hacer, sus intereses se computarán a la misma tasa pero desde el presente pronunciamiento.

VI. Costas:

Las costas de esta instancia se imponen a los accionados sustancialmente vencidos (art. 68 del Cód. Procesal).

VII. Las sumas correspondientes a A. L. R. deberán ser depositadas en el Banco de la Nación Argentina, Sucursal Tribunales a la orden del Juez de la causa y con sujeción a lo solicitado por la Defensora de Menores.

VIII. Conclusión

Por todo ello propicio al Acuerdo: 1) Hacer lugar a los agravios formulados por la parte actora elevando las indemnizaciones en concepto de incapacidad sobreviviente y pérdida de chance de A. y daño moral de la niña a las sumas de pesos (\$) y de pesos (\$) respectivamente; 2) Fijar en la suma de pesos (\$) el resarcimiento por Cirugías Futuras (cuestión introducida como hecho nuevo); 3) Desestimar el resarcimiento acordado en concepto de “Asistencia Auxiliar”; 4) Elevar la indemnización correspondiente al lucro cesante - pérdida de chance de los padres de la menor a la suma de pesos (\$) para C. L. R. y pesos (\$) para M. L. J.; 5) Admitir las quejas de los coaccionante elevando la partida en concepto de “daño moral” a pesos (\$) para M. L. J. y pesos (\$) para C. L. R.; 6) Disponer que los intereses se liquiden desde el 25/03/2003 y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal actual a treinta días del Banco Nación Argentina salvo con excepción al rubro *cirugías futuras* que por tratarse de gastos por hacer sus intereses se computarán a la misma tasa pero desde el presente pronunciamiento; 7) Confirmar la sentencia en todo lo demás que fuera materia de apelación y agravio; 8) Imponer las costas de esta instancia a las demandadas vencidas (art. 68 del Cód. Procesal); 9) Las sumas correspondientes a A. L. R. deberán ser depositadas en el Banco de la Nación Argenti-

na, Sucursal Tribunales a la orden del Juez de la causa y con sujeción a lo solicitado por la Defensora de Menores; 10) Tratar en el Acuerdo la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes.

Así mi voto.

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: 1) Hacer lugar a los agravios formulados por la parte actora elevando las indemnizaciones en concepto de incapacidad sobreviviente y pérdida de chance de A. y daño moral de la niña a las sumas de pesos (\$) y de pesos (\$) respectivamente; 2) fijar en la suma de pesos (\$) el resarcimiento por Cirugías Futuras (cuestión introducida como hecho nuevo); 3) desestimar el resarcimiento acordado en concepto de “Asistencia Auxiliar”; 4) elevar la indemnización correspondiente al lucro cesante— pérdida de chance de los padres de la menor a la suma de pesos (\$) para C. L. R. y pesos (\$) para M. L. J.; 5) admitir las quejas de los coaccionante elevando la partida en concepto de “daño moral” a pesos (\$) para M. L. J. y pesos (\$) para C. L. R.; 6) disponer que los intereses se liquiden desde el 25/03/2003 y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal actual a treinta días del Banco Nación Argentina salvo con excepción al rubro *cirugías futuras* que por tratarse de gastos por hacer sus intereses se computarán a la misma tasa pero desde el presente pronunciamiento; 7) confirmar la sentencia en todo lo demás que fuera materia de apelación y agravio; 8) imponer las costas de esta instancia a las demandadas vencidas (art. 68 del Cód. Procesal); 9) las sumas correspondientes a A. L. R. deberán ser depositadas en el Banco de la Nación Argentina, Sucursal Tribunales a la orden del Juez de la causa y con sujeción a lo solicitado por la Defensora de Menores. De conformidad con el presente pronunciamiento y en atención a lo dispuesto por el art. 279 del Código Procesal, teniendo en cuenta la naturaleza, importancia y extensión de los trabajos realizados en autos; las etapas cumplidas; el monto de condena más sus intereses, y lo dispuesto por los arts. 1º, 6º, 7º, 9º, 10, 19, 37 y 38 de la ley 21.839 y su modificatoria 24.432, se adecuan los honorarios regulados a fs. 2415/16, 2420 y 2444, fijándose los correspondientes a los Dres. M. L. y M. E. L., letrados patrocinantes de la parte actora y apoderados suyos a partir de fs. 526, en pesos (\$...), en conjunto; los de los Dres. D. G. C. y S. M. W., letrados apoderados del C. G. de B. A. durante las tres etapas del proceso y de la F. G. S. hasta fs. 2277, en pesos (\$...), en conjunto; los del Dr. G. V. D., letrado apoderado de la mencionada fundación, por la presentación de fs. 2277 y la audiencia de fs. 2316, en pesos (\$...); los de los Dres. P. O. B., M. N. C., G. A. P. L. y E. E. S., por el patrocinio de las codemandadas G. y S. y su representación a partir de fs. 517 y 520, quienes no alegaron, en pesos (\$...), en conjunto; los del Dr. F. C. O., letrado apoderado de la citada en garantía, por la adhesión a la contestación de demanda de la codemandada G., en pesos (\$...), y los de la mediadora Dra. M. J., en pesos (\$...) (conf. art. 2º, inciso g) del Anexo III del Decreto 1467/2011, modificado por Decreto 2536/2015,

y valor del UHOM al día de la fecha). Asistiendo razón a los apelantes de fs. 2430 en cuanto a que la Dra. S. B. V. O., quien se presentó a fs. 1421 como letrada apoderada del C. G., se limitó a evacuar un requerimiento de documental en poder de terceros ofrecida como prueba, sin haber tenido intervención en el desarrollo del proceso, se deja sin efecto la regulación practicada en su favor. Ponderando, por otra parte, la proporción que deben guardar los honorarios de los peritos con los de los letrados y la incidencia de su labor en el resultado del pleito, y meritando, además, que el perito es un auxiliar de la justicia, independiente e imparcial, que aporta los conocimientos técnicos de los que carece el órgano jurisdiccional, mientras que el consultor técnico constituye un defensor de los intereses de la parte que lo propuso, lo cual debe ponderarse a los efectos de sus respectivas retribuciones, se establece la correspondiente al perito médico J. A. Z. en pesos (\$) ...; la de la perito médica legista L. C., en pesos (\$) ...; la de la perito médica legista G. E. A., en pesos (\$) ...; la del perito arquitecto P. D. V., en pesos (\$) ...; la del perito calígrafo J. C. P. R., en pesos (\$) ...; la del perito psicólogo F. A. G., en pesos (\$) ...; la de la perito médica psiquiatra V. E., en pesos (\$) ...; la de la perito médica tocoginecóloga C. C., en pesos (\$) ...; y las de los consultores técnicos H. R. G., J. C. N., N. E. V. y A. J. P., en pesos (\$) para cada uno de ellos. Por la actuación ante esta alzada, se fija la retribución del Dr. G. V. D. en pesos (\$) ...; la de las Dres. L. L. L. y S. P., letrada apoderadas del C. G. hasta fs. 2688, en pesos (\$) ..., en conjunto; la de los Dres. M. L. y M. E. L., en pesos (\$) ..., en conjunto; la de los Dres. M. A. R. (n) y P. V., letrados patrocinantes de las médicas codemandadas, en pesos (\$) ..., en conjunto; la del consultor técnico J. C. N., por su intervención de fs. 2762, en pesos (\$) ...; la de la consultora C. P., en pesos (\$) ..., y la de la perito médica L. C., por su labor vinculada con el hecho nuevo admitido a fs. 2692/93, en pesos (\$) ... (art. 14, ley 21.839). Con relación con el planteo formulado a fojas 2572, punto 5º, referido a la limitación de la responsabilidad por las costas establecida en el art. 730 del Cód. Civil y Comercial, debe señalarse que los autos regulatorios sólo deciden sobre el monto de las retribuciones a fijarse, no así sobre el derecho a esos honorarios, ni anticipan la procedencia y forma de su cobro, cuestiones éstas que deberán sustanciarse y resolverse en la etapa procesal oportuna. La Doctora Patricia Barbieri deja constancia de que, si bien entiende que la nueva Ley de Aranceles Profesionales N° 27.423 es aplicable a toda regulación de honorarios que no se encuentre firme, aun tratándose de trabajos llevados a cabo con anterioridad (conf. esta Sala, en autos “Pagliaro, Claudia A. c. Banco Comafi SA y otro s/ daños y perjuicios” del 21/03/2018), atento la mayoría conformada en el Tribunal en torno a la cuestión, no se extenderá a su respecto. Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2º párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Notifíquese a las partes por Secretaría, a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara en su despacho y devuélvase. — Patricia Barbieri. — Víctor F. Liberman. — Liliana E. Abreut de Begher.



JURISPRUDENCIA

Medidas cautelares

Devolución de sumas percibidas en virtud de una precautoria. Rechazo de la demanda que le dio origen. Omisión de pronunciamiento sobre la cuestión.

El rechazo de la pretensión de la AFIP de obtener las sumas abonadas a un agente en virtud de una medida cautelar debe ser dejada sin efecto, pues, al decidir como lo hizo, el juez omitió hacerse cargo de la índole

de la medida precautoria, otorgándole efectos definitivos que desnaturalizan aquella provisionalidad (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo).

122.122 — CS, 25/06/2019. - Administración Federal de Ingresos Públicos Dirección General Impositiva c. Giangreco, Alejandro Oscar s/ Reclamos varios.

[Cita on line: AR/JUR/20406/2019]

Dictamen de la Procuradora Fiscal

- I -

En el marco de la acción de amparo promovida —entre otros— por el agente Alejandro Giangreco contra la AFIP a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la disposición (AFIP) 290/2002 —por la que se dispuso detraer de las cuentas bancarias del ente recaudador “honorarios de agentes fiscales” y “honorarios de abogados” los importes correspondientes a “sueldo anual comple-

mentario”, “contribuciones patronales sobre la nómina salarial” y “plus vacacional” con carácter previo a la distribución de los saldos resultantes—, el juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar no innovativa solicitada en la demanda. En razón de ello, pues, se dispuso suspender la aplicación de la citada disposición a las sumas que les correspondía percibir, a los actores, las que, desde entonces, fueron liquidadas del mismo modo en que venía haciéndose hasta noviembre de 2011, esto es, sin las detracciones establecidas en la disposición cuestionada.

Ello fue así hasta el dictado del pronunciamiento mediante el cual V.E., al revocar la sentencia de la Cámara Federal de Mar del Plata que dejó firme la decisión del juez de grado en la que se había hecho lugar a la demanda, resolvió el fondo de la cuestión, rechazando el amparo con remisión a lo expresado en Fallos: 330:4721 (v. sentencia en la causa M.133, XLI “Murgier” del 6 de mayo de 2008, a fs. 141 de los autos principales).

Ante tales circunstancias, la AFIP inició las presentes actuaciones, a fin de obtener el cobro de las sumas abonadas al agente Giangreco por aplicación de la mencionada medida cautelar durante su período de vigencia, esto es, de septiembre de 2002 a octubre de 2008.

En ese contexto, pues, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata confirmó la sentencia primera instancia y, en consecuencia, no hizo lugar a la demanda, al sostener que “la norma ritual no prevé ni contempla el caso de intentar derechamente la devolución de sumas obtenidas por una orden de cautela dictada con regularidad en el proceso, máxime cuando se trata aquí de honorarios o remuneraciones profesionales, que revisten en el caso carácter laboral y alimentario” (fs. 10 vta. del cuaderno de queja, al que se referirán las siguientes citas). Así resolvió la cuestión de fondo, luego de rechazar la excepción de prescripción opuesta por la accionada, al considerar que al momento de la interposición de la demanda aún no había transcurrido el plazo de dos años previsto en el art. 256 de la Ley de Contrato de Trabajo. Ello fue así, al reconocer efectos suspensivos en los términos del art. 3986, 2º párrafo, del Cód. Civil, a la nota mediante la cual la AFIP había intimado al agente Giangreco a efectuar la devolución de las sumas aquí reclamadas.

- II -

Contra tal decisión, la AFIP interpuso el recurso extraordinario de fs. 17/31 vta. que, denegado a fs. 53/56, dio lugar a la queja en estudio.

En lo sustancial, la actora sostiene que la ausencia de normas procesales específicas no puede ser esgrimidas como pretexto para no hacer efectivo un derecho como el aquí reclamado. Invoca en tal sentido lo expresado por V.E. en el precedente P.121, XLVII “Palazzolo”, en punto a la naturaleza provisional de las medidas cautelares y la obligación que de ella se deriva de restituir las sumas percibidas en tal carácter, ante circunstancias como las verificadas en autos, “so pena de violentarse los derechos de propiedad y de defensa en juicio” (fs. 30 vta./31).

A fs. 39/51, obra la contestación del recurso extraordinario, en el que la demandada mantiene la defensa de prescripción rechazada en el fallo apelado, “para el supuesto que nuestro Tribunal Címero haga lugar al tratamiento del [recurso extraordinario] impetrado por la actora”.

- III -

Ello sentado, cabe recordar que V.E. tiene dicho que si bien las cuestiones de hecho, prueba, derecho común y procesal como las aquí planteadas resultan por regla ajenas a la vía excepcional del art. 14 de la ley 48, corresponde hacer excepción a tal principio cuando la sentencia recurrida no constituye una derivación razonada del derecho vigente, verificándose un menoscabo de las garantías consagradas en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (arg. Fallos: 314:180; 338:823, entre muchos otros).

A mi modo de ver, tal criterio resulta aplicable al *sub lite* respecto de los agravios expuestos en el remedio federal, en razón de que, al decidir como lo hizo, el *a quo* omitió hacerse cargo de la índole provisoria que regularmente reviste toda medida precautoria, otorgándole efectos definitivos que desnaturalizan aquella provisionalidad, con riesgo de frustrar el derecho

de la AFIP que surge de la sentencia recaída en la citada causa “Murgier”.

Así lo pienso, pues en el pronunciamiento dictado en dicha causa, V.E. puso fin al pleito al desestimar la pretensión de la actora de percibir sus honorarios tal como venía haciéndolo hasta noviembre de 2001, esto es, sin las detracciones establecidas en la disposición cuestionada. Sin embargo, los alcances de esa sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada han resultado, en los hechos, desconocidos por la resolución apelada. En ésta, en efecto, se considera como definitivamente consolidado en el patrimonio del aquí demandado todo lo que éste percibió en su oportunidad al amparo de la medida cautelar concedida en el marco de la causa “Murgier”, cuyo objeto coincidía con el de la demanda que fue rechazada, lo cual encierra una violación de los derechos de propiedad y de defensa en juicio (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional) de la AFIP (v. P.121, XLVII “Palazzolo”, sentencia del 4 de septiembre de 2012).

Por el contrario, entiendo que no corresponde hacer excepción al principio citado *supra* respecto de la excepción de prescripción reiterada por la demandada en la contestación del recurso extraordinario —única oportunidad para la parte que obtuvo sentencia favorable de replantear las defensas desechadas en dicho pronunciamiento (conf. Fallos: 300:1117; 334:95)—, toda vez que la decisión cuestionada cuenta con fundamentos no federales suficientes que impiden su descalificación como acto judicial, cualquiera sea su acierto o error (conf. Fallos: 256:369; 213:473).

- IV -

En virtud de lo hasta aquí expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, noviembre 11 de 2017. — *Laura M. Monti*.

Buenos Aires, junio 25 de 2019.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones expuestos por la señora Procuradora Fiscal en su dictamen, a los que corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Con costas. Exímase al recurrente de integrar el depósito previsto en el art. 286 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda*. — *Horacio Rosatti*.

Tercería de mejor derecho

Adquirente con boleto de compraventa. Sentencia firme en juicio de escrituración. Pago del precio. Preferencia sobre el embargante.

Hechos: *Se confirmó la sentencia que admitió parcialmente la tercería de mejor derecho intentada por quien adquirió un inmueble con boleto de compraventa con sentencia firme en un juicio de escrituración.*

El boleto de compraventa con el pago del precio exterioriza la preferencia que asis-

te al comprador sobre el inmueble frente al acreedor embargante en una tercería de dominio, si ostenta sentencia firme de escrituración.

122.123 — CNCiv., sala E, 25/06/2019. - Ejecutante/s: R. G. A. s/ Tercería de mejor derecho.

[Cita on line: AR/JUR/20035/2019]

COSTAS

A la vencida.

2ª Instancia. — Buenos Aires, junio 25 de 2019.

Y Considerando:

Contra la resolución dictada a fs. 132/135, en la que se admitió parcialmente la tercería de mejor derecho impetrada, se alcanzan los aquí demandados, quienes expresaron sus agravios en el escrito de fs. 139/142, que no fueron respondidos (ver fs. 146).

Cabe recordar que, en términos generales, se denomina tercería a la pretensión que puede interponer una persona ajena a las partes que intervienen o figuran en un determinado proceso, a fin de que se disponga el levantamiento de un embargo trabado en ese proceso sobre un bien de su propiedad (de dominio), o que se le reconozca su derecho o el derecho a ser pagado con preferencia al embargante con el producido de la venta del bien que ha sido objeto de dicha medida (de mejor derecho). La primera debe fundarse en el dominio de los bienes embargados y la segunda en el derecho que el tercero tuviere con preferencia al embargante o inhibiente.

En primer lugar, cabe señalar la actora no ha interpuesto una tercería de dominio sino de mejor derecho fundada en la celebración con el propietario de un boleto de compraventa relativo al inmueble embargado por los apelantes —en las ejecuciones hipotecarias incoadas (exptes. N° 100.639/2012 y N° 10.112/2013) como acreedores hipotecarios de aquél— y, respecto del cual, se ha dispuesto en los autos la obligación de escriturarlo a nombre del primero.

Ello así, es sabido que a partir de un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que declaró procedente la tercería intentada sobre la base de un boleto de compraventa por el amparo que le confiere el art. 1185 bis del Cód. Civil, pues resulta oponible al acreedor embargante en un proceso ejecutivo, en tanto queden acreditados los extremos exigidos por dicha norma legal y el crédito del comprador sea anterior al del embargante (conf. SCJBA, *in re*, “Penas, Ricardo A. c. Urban, Raúl s/ ejecutivo”, del 24/06/1986, voto del Dr. Negri, A. y S. 1986-II, 123), la jurisprudencia y la doctrina se orientaron en tal sentido, aunque agregaron algunos recaudos que no se encuentran legislados y, en un esfuerzo por sistematizarlos, Juan Carlos Vallejos ha publicado en la Revista de Derecho Procesal, 2006-2, el artículo “¿Tercería de dominio o de mejor derecho? [El adquirente con boleto y el tercero embargante]”, ps. 275/91, donde enumeró los siguientes: a) que la posesión y el boleto sean anteriores a la traba del embargo; b) el requisito de la buena fe; c) pago del 25% del precio convenido (conf., en este sentido, Borda, Guillermo, “Tratado de derecho civil. Contratos”, Ed. LA LEY, 2008, 9ª edición, T. I, p. 382) incluso para que la norma sea aplicable a las ejecuciones individuales (conf. Prevot, Juan Manuel, “El art. 1185 bis del Código Civil y se expansión a las ejecuciones individuales”, La Ley Online AR/DOC/842/2011; Alterini, Jorge H., “La tutela del adquirente por boleto de compraventa fuera del ámbito específico del art. 1185 bis del Cód. Civil”, citado por

Andorno, Luis, Conflicto de intereses sobre el inmueble vendido por boleto: ¿quién tiene un mejor derecho? el comprador por boleto, el primer embargante? Tercerías de dominio y de mejor derecho”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2000-3, “Boleto de compraventa”, p. 251, Ed. Rubinzal-Culzoni; Mariani de Vidal, Marina - Vidal Claypole, Pablo, “El boleto de compraventa de inmuebles, el acreedor embargante y el art. 1185 bis del Código Civil”, La Ley Online AR/DOC/1244/2011).

Resulta claro que la circunstancia de que el boleto sea anterior al embargo recién se evidencia a partir del momento que ese instrumento adquiere fecha cierta y, en el caso del actor, dicho instrumento ha sido reconocido —y por ende adquirido fecha cierta— a partir del reclamo incoado en los autos sobre escrituración antes referenciados. El boleto de compraventa con el pago del precio exterioriza la preferencia que asiste al comprador sobre el inmueble si ostenta sentencia firme de escrituración (conf. Salas — Trigo Represas - López Mesa, “Código Civil anotado”, Ed. Depalma, T. 4-A, p. 650).

Tal es lo que ocurre en autos si se advierte que la sentencia dictada en los autos: “R., G. A. c. N. SA y otro s/ escrituración” (expte. N°), que en este acto se tiene a la vista, la demandada fue condenada a escriturar el inmueble de la calle G. V., unidad funcional N°..., piso..., y unidad complementaria I (baulera N°...), de esta ciudad, a favor del actor. En tales actuados, tal como lo señala la Sra. juez de grado, se acreditó la entrega de la posesión —cabe mencionarla, aunque no se trata de un requisito exigido en este tipo de planteos— y el pago de la totalidad del precio acordado.

No puede soslayarse que, en tanto, la situación del adquirente por boleto es riesgosa, porque la transferencia a su favor se operará únicamente luego de firmado el instrumento público de enajenación seguido de la tradición (art. 2909) y aun requerirá la inscripción para oponerla a terceros interesados (arts. 2505 y 2 y 3 de la ley 17.801), por lo cual a través de la incorporación del citado art. 1185 bis del Cód. Civil por la ley 17.711 el legislador trató de conjurar esos peligros a través de esas normas tuitivas, máxime si como, en el caso, el vendedor era una empresa constructora.

Es dable señalar, en este orden, que la tercería de dominio tiene por objeto la protección del derecho real a que se refieren los arts. 2506 y siguientes del Cód. Civil, siempre que la integridad de ese derecho se encuentre afectada como consecuencia de un embargo. Las tercerías que radican su fundamento jurídico en el dominio como derecho real, exigen en principio, los requisitos que la Ley de Fondo prevé, es decir, que sea absoluto, exclusivo y perpetuo (Palacio, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, T. III, p. 271 y ss.), caso que no sería el de autos, como pareciera sostener el apelante.

Se advierte, entonces, que la vía para oponer la prioridad que aquí se pretende frente a la medida cautelar trabada, sería, en todo caso, la tercería de mejor derecho, pues, cualquiera sea la naturaleza del derecho acordado por la ley, supondría una prioridad excluyente frente al resto de los acreedores del titular registral y permitiría al adquirente, separar el inmueble de la prenda común.

En efecto, se trata aquí de la oponibilidad, frente a embargo trabado, de un boleto de compraventa que el tercerista celebró con el titular de dominio del inmueble, que fue realizado con anterioridad al mentado registro.

En este sentido, aun cuando la cuestión tratada ha dado origen a opiniones encontradas en la doctrina y la jurisprudencia, nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que art. 1185 bis del Cód. Civil puede aplicarse frente al acreedor en un proceso ejecutivo, en tanto queden acreditados los recaudos legales (conf. CSJN, *in re*, “Banco de Crédito Argentina SA c. Germanier, C. y otro”, del 26/09/2006,

LA LEY, 2006-F, 637; SCJ de Mendoza, del 06/12/1991, LA LEY, 1992-B, 160).

Por último, tampoco puede dejarse de lado que el actor también ha dirigido su demanda contra los apelantes tal como ha señalado a fs. 19, último párrafo, de su escrito inicial.

Por estas consideraciones, se resuelve: Confirmar, en lo que fuera materia de agravios, la resolución de fs. 132/135. Las costas de Alzada se imponen a los vencidos (art. 69 del Cód. Procesal). Notifíquese y devuélvase. — Juan C. G. Dupuis. — Fernando M. Racimo. — José L. Galmarini.

Obras sociales

Demanda intentada por una obra social contra una asociación civil. Competencia federal. Aplicación del art. 38 de la ley 23.661

Hechos: La justicia federal se declaró incompetente para conocer en una acción por incumplimiento contractual intentada por una obra social contra una asociación civil y atribuyó su conocimiento a la justicia comercial. La Cámara revocó lo decidido.

La justicia federal es competente para entender en una acción por incumplimiento contractual intentada por una obra social contra una asociación civil, pues el art. 38 de la ley 23.661 prevé que dichos agentes naturales del servicio de salud se encuentran sometidos “exclusivamente” a la jurisdicción federal; y en el caso la actora no ha ejercido la opción que le confiere la norma de acudir a la jurisdicción ordinaria.

122.124 — CNFed. Civ. y Com., sala II, 09/08/2019. - OSDEPYM c. VIDAPYME Asociación Civil s/ Incumplimiento de contrato.

[Cita on line: AR/JUR/26939/2019]

2ª Instancia. — Buenos Aires, agosto 9 de 2019.

Considerando: I. En el referido pronunciamiento, la señora jueza de grado se declaró incompetente para conocer en estas actuaciones, en las cuales la obra social demanda a VIDAPYME Asociación Civil, por los daños y perjuicios derivados de diversos incumplimientos contractuales en los que habría incurrido dicha parte y por la resolución intempestiva del convenio que también le imputa. En consecuencia, atribuyó su conocimiento a la justicia nacional en lo comercial.

Para así decidir, remitiéndose a los fundamentos expuestos por el Fiscal Federal de la anterior instancia en su dictamen de fs. 50/51, la *a quo* sostuvo que, de acuerdo al objeto de la pretensión deducida, no surte la competencia de este fuero de excepción, ni por las personas, ni por la materia. Agregó que, el fuero federal dispuesto para los agentes del seguro de salud, debe entenderse en tanto las cuestiones debatidas refieran a las prestaciones médicas asistenciales que le son propias, pues respecto de materias ajenas a ellas la sumisión a este fuero carece de justificativo.

II. Contra lo así resuelto, interpone recurso de apelación la actora a fs. 63/66, el que fue fundado en la misma pieza, cuestionando, en principio, que la decisión atacada no se encuentra debidamente fundamentada. Destaca que, en el escrito inicial, se han indicado los motivos por los cuales la competencia para conocer en la causa corresponde a la justicia federal, entre los que se encuentra lo previsto en los artículos 15 y 38 de la ley N° 23.661, como así también ha acreditado su carácter de obra social en los términos del artículo 1º, inciso e), de la mencionada ley. Agrega que resulta facultativo de las obras sociales cuando revisten en carácter de actoras “optar” por la justicia ordinaria, circunstancia no ocurrido en autos. Puntualiza en que aquella competencia fue aceptada por la contraria, de acuerdo a lo pactado en la Cláusula Décimo Octava del convenio celebrado en el año 2013. Sostiene que la relación contractual habida entre O.S.D.E.P.Y.M. y VIDAPYME, se encuentra específicamente reglada por los términos de las Leyes N° 23.660 y 23.661 y que se trató de un acuerdo por el cual la accionada debía brindar prestaciones de salud a los beneficiarios de la obra social.

III. A juicio de la Sala, en el caso se presenta un supuesto de competencia federal en razón de la persona. En efecto, el art. 38 de la Ley N° 23.661 prevé que las obras sociales

se encuentran sometidas “exclusivamente” a la jurisdicción federal. Y en el caso la actora —agente natural del servicio de salud— no ha ejercido la opción que le confiere la norma a acudir a la jurisdicción ordinaria.

El texto de la citada norma no permite inferir que se trate de una atribución por la materia ni tampoco que sólo sea operativa en casos en que se encuentran en tela de juicio cuestiones vinculadas con el Sistema Nacional del Seguro de Salud. Y en ese orden es bueno recordar que la competencia federal en razón de la persona es un derecho implícito dentro del contenido del derecho a la jurisdicción, y otorga la posibilidad de ejercerlo ante los tribunales en función de ciertas calidades personales o institucionales, en las que no cabe hacer distinciones en cuanto a la materia del pleito (ver CSJN Fallos: 330:1807 y su cita y esta Sala, causa N° 72.572/13 del 31/10/2014, entre otras).

No cambia la conclusión la referencia al precedente de Fallos: 314:1855 efectuada por el señor fiscal de la anterior instancia, a cuyos argumentos adhirió la *a quo*, puesto que allí se habría tratado de una cuestión de índole laboral y además no se advierte que la Corte haya efectuado algún tipo de análisis sobre el ya referido precepto legal —la publicación oficial sólo contiene el sumario de la sentencia—. Y lo cierto es que con posterioridad el Alto Tribunal fijó una doctrina diferente en la causa “Talarico”. (CSJN Fallos: 315:2292), aplicable a la especie si se pondera que no hay un reclamo que involucre la responsabilidad civil de un profesional de la medicina (conf. CSJN Fallos 329:1380).

Ponderando, entonces, cómo quedaría la *litis* cobra relevancia la corriente interpretativa iniciada a partir del precedente citado, según la cual corresponde como regla la competencia federal en los pleitos en los que intervienen las obras sociales (conf. esta Sala, causa N° 7120/11, del 24/04/2012). Postura que el Alto Tribunal extendió, incluso, a una demanda iniciada por una asociación civil contra un agente de seguro de salud tendiente a obtener la nulidad de actas de inspección, mediante las cuales se habían determinado, de oficio, deudas por cuotas sindicales y de aportes y contribuciones, cuyo pago se le reclamaba a la allí accionante (ver CSJN Fallos: 340:1921).

En virtud de lo expuesto, y lo concordemente dictaminado por el señor Fiscal de Cámara a fs. 71, esta Sala resuelve: revocar la resolución apelada. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — Alfredo S. Gusman. — Eduardo D. Gottardi. — Ricardo V. Guarinoni.

THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable
que avala sus argumentos.

TRATADO DE DERECHO COMERCIAL Y EMPRESARIO

Oswaldo R. Gómez Leo



 3 tomos + eBook

Una obra que comprende figuras jurídicas concernientes a la contratación bancaria, financiera y cambiaria, así como a otras instituciones del derecho privado patrimonial, aborda de lleno las novedades legales, reglamentarias y jurisprudenciales que han visto la luz los últimos años, especialmente en nuestro país, sin perjuicio de las referencias, menciones y alusiones recogidas del derecho comparado a nuestro alcance.

Adquiera la obra llamando al **0810-222-5253** o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™
THOMSON REUTERS®



Seguí nuestra nueva página de  **LinkedIn** con **contenido específico** para Abogados

 ThomsonReutersLaLey
 @TRLaLey
 ThomsonReutersLatam

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, Secretaría N° 15, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que HERNANDEZ COLLAZOS JACK GLEMINS nacido/a el 6 de marzo de 1988, en San Juan de Colón – Venezuela, con D.N.I. N° 95.490.972 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario “LA LEY”.

Buenos Aires, 6 de agosto de 2019
Felipe Cortés Funes, sec.
LA LEY: I. 17/09/19 V. 17/09/19

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, Secretaría N° 15, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que GONZÁLEZ HERNÁNDEZ MARÍA JOSEFINA, nacido/a el 11 de noviembre de 1985, en Caracas –

Venezuela, con D.N.I. N° 95.637.496 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario “LA LEY”.

Buenos Aires, 6 de agosto de 2019
Felipe Cortés Funes, sec.
LA LEY: I. 17/09/19 V. 17/09/19

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8 a cargo del Dr. Marcelo Gota, Secretaría N° 16 a mi cargo, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que JUAN JOSÉ GONZÁLES LUQUE de nacionalidad peruana con DNI 94.168.431 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso

de quince días en el diario “LA LEY”.

Buenos Aires, 15 de agosto de 2019
Sebastián A. Ferrero, sec.
LA LEY: I. 17/09/19 V. 17/09/19

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 20, sito en Libertad 731, 9º piso de esta Ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de el/la Sr/a. ANDREINA FERNÁNDEZ MATEO de nacionalidad dominicana con DNI 95.135.442 según el expediente “FERNÁNDEZ MATEO, ANDREINA s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA” Exp. N° 7096/2019. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 29 de agosto de 2019
Matías M. Abraham, sec. int.
LA LEY: I. 16/09/19 V. 17/09/19