

JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 20

SECRETARÍA N°40

C.H.M Y OTROS CONTRA HOSPITAL DE AGUDOS FERNANDEZ Y OTROS SOBRE RESPONSABILIDAD MEDICA Número: EXP 36917/2010-0

Ciudad de Buenos Aires, de septiembre de 2019.

VISTOS: los autos individualizados en el epígrafe, de cuyas constancias,

RESULTA:

I. Que H.M.C y Y.K.F.C, por sí y en representación de su hijo L.I.C, promovieron la presente demanda ante la justicia nacional en lo civil contra el Hospital General de Agudos “Dr. Juan A. Fernández”, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires –en adelante, GCBA- y contra quien resulte civilmente responsable, con el objeto de reclamar la suma de un millón quinientos setenta mil pesos (\$1.570.000), o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, con más sus intereses y costas, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la atención médica recibida por Y.K.F.C y L.I.C (fs. 6/19 vta.).

Refirieron que el 3 de octubre del 2000 Y.K.F.C dio a luz a su hijo L en el Hospital General de Agudos “Dr. Juan A. Fernández” (fs. 7). Indicaron que el embarazo había transcurrido sin complicaciones médicas y que la madre se había sometido al control periódico de los médicos dependientes del mencionado nosocomio. Puntualizaron que en total se había realizado diez (10) controles (fs. 7 vta.).

Relataron que en la fecha señalada, luego de treinta y ocho (38) semanas de gestación, la actora ingresó al hospital con síntomas compatibles con el trabajo de parto. Afirmaron que se encontraba lúcida y hemodinámicamente estable (fs. 7 vta.).

Sostuvieron que tras varias horas de trabajo de parto sin que éste progresase dentro de los parámetros normales de seguridad para la madre y el hijo, se indicaba la realización de una cesárea. En la misma línea, agregaron que la detección de bradicardia en el feto aconsejaba también dicha intervención pero que los médicos decidieron efectuar un parto vaginal con fórceps. Destacaron que L nació a las 19.30 horas con complicaciones de salud que hicieron que fuese derivado al neurólogo de guardia del hospital en cuestión (fs. 7 vta.).

En suma, consideraron que la falta de progreso del parto y la detección de bradicardia fetal constituyeron síntomas que señalaban que se estaba ante un parto riesgoso y que, por ende, se aconsejaba la realización inmediata de una cesárea. Alegaron que el apartamiento de los galenos de los protocolos médicos significó un sufrimiento fetal agudo y el nacimiento de un niño con diversas patologías que hubiesen sido evitadas con una correcta atención (fs. 7 vta.).

Adujeron que la imprudencia y negligencia del personal médico interviniente hicieron que se lleve adelante un parto traumático innecesario que produjo al recién nacido severas secuelas permanentes. Puntualmente, explicaron que L.I.C presenta una encefalopatía crónica con déficit cognitivo que se caracteriza, entre otras cosas, por un retraso mental madurativo, imposibilidad de hablar y pérdida total de autonomía (fs. 8).

Sostuvieron que la responsabilidad médica es una parte especial de la responsabilidad profesional y que, como tal, se encuentra sometida a los principios generales de la responsabilidad civil (fs. 8).

En este contexto, afirmaron que en el sub lite no se produjo un control adecuado del trabajo de parto que permitiese advertir el compromiso del feto y actuar en consecuencia. En este orden de ideas, manifestaron que el personal médico y residente del Hospital General de Agudos “Dr. Juan A. Fernández” incurrió también en un grave error de diagnóstico. Ello, debido a que –según relataron- no detectaron a tiempo el sufrimiento fetal y a que, cuando lo finalmente lo hicieron, omitieron efectuar una cesárea que era –a su entender- el tratamiento inmediato acorde a la situación. Por estos motivos, consideraron que se produjo una deficiente prestación profesional de los médicos intervinientes (fs. 8 vta. y 9 vta.).

Aseveraron que como consecuencia del accidente L.I.C padece encefalopatía crónica con déficit cognitivo y epilepsia refractaria al tratamiento que requiere de internaciones periódicas para su estabilización, así como de medicación permanente con carbamazepina, clobazam etosuximida y diazepam. Añadieron que sufre también hemiparesia izquierda severa que le dificulta la deambulación, marcha espástica, debilidad corporal general y atrofia muscular. Asimismo, explicaron que L presenta afasia mixta que implica tanto la pérdida de la facultad de expresarse por la palabra, escritura u otros signos, como de entender el lenguaje hablado o escrito. Estimaron una incapacidad total y permanente del cien por ciento (100%) de la total vida (fs. 11/12).

Luego, efectuaron manifestaciones en torno al daño moral sufrido y solicitaron que se les otorgue una indemnización por daño psicológico y costos de tratamientos psicoterapéuticos. Respecto de este último rubro, destacaron que L padece dificultades para integrarse con otros niños, alteraciones en las áreas afectiva, intelectual, conativa y volitiva y que se encuentra bajo tratamiento psicológico. Estimaron una incapacidad, independiente del daño cognoscitivo orgánico, del cuarenta por ciento (40%). A su vez, afirmaron que H.M.C y Y.K.F.C sufrieron daños psíquicos vinculados con un abandono paulatino de sus aspiraciones y ambiciones. Experimentaron –según sus dichos- una sensación de vacío y de angustia por la situación de autos (fs. 13 vta.).

Por otra parte, los actores también solicitaron una indemnización por los costos de tratamientos médicos-asistenciales, gastos y daño futuro. Incluyeron dentro de este rubro, entre otras cosas, los gastos por medicamentos, transporte, distintos tipos de terapia y, en particular, los necesarios para la asistencia de una tercera persona que –según alegaron- L requerirá de por vida para su cuidado personal (fs. 14/16).

Puntualmente reclamaron, en lo que respecta a L.I.C, la suma de trescientos mil pesos (\$300.000) en concepto de incapacidad sobreviniente, ciento veinte mil pesos (\$120.000) por daño psicológico y tratamiento, ciento cincuenta mil pesos (\$150.000) por daño moral y trescientos mil pesos (\$300.000) por gastos futuros (fs. 16).

En cuanto a Y.K.F.C, peticionaron la suma de cien mil pesos (\$100.000) por daño moral, cincuenta mil pesos (\$50.000) por daño psicológico y tratamientos y doscientos mil pesos (\$200.000) por gastos futuros (fs. 16 y vta.).

Finalmente, con relación a H.C., solicitaron la suma de cien mil pesos (\$100.000) en concepto de daño moral, cincuenta mil pesos (\$50.000) por daño psicológico y tratamientos y doscientos mil pesos (\$200.000) por gastos futuros (fs. 16 vta.).

Ofrecieron prueba e hicieron reserva del caso federal (fs. 16/18 vta.).

II. Que a fs. 82/105 vta. se presentó el GCBA y opuso excepción de prescripción.

En orden a fundar su defensa, citó doctrina, jurisprudencia y sostuvo que, al revestir los profesionales médicos que prestan servicios en un hospital público el carácter de funcionarios o agentes públicos, la responsabilidad por los daños que pudieran ocasionar en ejercicio de sus funciones se rige por lo dispuesto en el artículo 1112 del Código Civil. Así, afirmó que a la acción del particular para demandar a la Administración debía aplicársele el plazo de prescripción de dos (2) años desde que se produjo el daño, de conformidad con lo previsto en el artículo 4037 del mismo Código (fs. 82 vta./86 vta.).

De otra parte, aseveró que aun de aplicarse el plazo de prescripción de cinco (5) años, la acción también se encontraría prescripta (fs. 87 vta./88 vta.).

En suma, consideró que toda vez que la demanda fue interpuesta el 10 de agosto de 2009 y que la supuesta mala praxis tuvo lugar el 3 de octubre del 2000, sea que se aplique el plazo de dos (2) o el de cinco (5) años, habría operado el plazo de prescripción (fs. 88 vta./89).

Por otro lado, manifestó que el Hospital General de Agudos "Dr. Juan A. Fernández" constituye una dependencia administrativa del GCBA que carece de personalidad jurídica. En consecuencia, opuso excepción de falta de legitimación pasiva respecto del referido nosocomio (fs. 89/90).

Asimismo, planteó la defensa de falta de legitimación activa respecto de H.M.C y Y.K.F.C para reclamar una indemnización por daño moral por el supuesto evento dañoso sufrido por su hijo, con fundamento en el artículo 1078 del Código Civil. Ello ya que, según indicó, sólo el damnificado directo se encuentra habilitado para reclamar por dicho rubro (fs. 90/91 vta.).

Subsidiariamente, contestó la demanda y solicitó su rechazo, con costas. Efectuó una serie de negativas y de reconocimientos y sostuvo que desde el momento en que la actora fue internada el trabajo de parto fue controlado en forma permanente por el personal médico (fs. 94).

Afirmó que, contrariamente a lo manifestado por los accionantes, el trabajo de parto evolucionó normalmente hasta las 18.32 horas, momento en el cual se constató una bradicardia fetal que llevó, junto con la falta de desprendimiento, a que se decidiera terminar el embarazo. Por ello, alegó que resultaba insostenible afirmar que se produjo un error o una demora en el diagnóstico (fs. 95).

Agregó que se encontraban cumplidas las indicaciones para la realización de un parto forcipal y que, de haberse realizado una cesárea, la preparación del quirófano y la administración de la anestesia hubieran implicado una demora vital para el feto en ese momento. Es decir, consideró que la elección de dicha intervención hubiese condenado al feto a una espera en hipoxia aguda, comprometiendo su vida (fs. 95 vta.).

Por otra parte, indicó que la incidencia de encefalopatía natal atribuible a hipoxia intraparto es, en ausencia de factores preconcepcionales, aproximadamente de un uno coma seis por ciento (1,6%; fs. 96 vta.)

Adujo que a la fecha del alta, el 13 de octubre del 2000, el menor se encontraba en un buen estado general y que, en consecuencia, no era posible establecer una relación causal directa entre los eventos acaecidos al momento del nacimiento y su estado posterior (fs. 97).

Añadió que desde el suceso de autos había transcurrido un plazo de diez (10) años y que del escrito de inicio no surgía cómo había sido la evolución ni la atención médica recibida por el menor en ese período. En este sentido, señaló que de haberse privado al niño de los tratamientos necesarios para curar o disminuir cualquier secuela, mal podría la actora pretender ser indemnizada por daños que hubiesen podido evitarse (fs. 97 y vta.).

Citó doctrina y jurisprudencia y sostuvo que, frente a los pacientes, los médicos asumen una obligación de medios que sólo impone un deber de diligencia para adoptar las medidas que conducen a un determinado resultado, pero sin asegurarlo (fs. 98 y vta.).

Finalmente, rechazó cada uno de los rubros indemnizatorios reclamados por los accionantes, ofreció prueba e hizo reserva del caso federal (fs. 99/105).

III. Que a fs. 120 la señora jueza nacional en lo civil, en virtud de lo resuelto en los autos "GCBA s/ otros procesos incidentales", expediente INC 36.917/1, se inhibió para seguir entendiendo en las presentes actuaciones y ordenó la remisión del expediente a este fuero, donde fue asignado al juzgado N° 11.

A fs. 188 y vta. se rechazó el hecho nuevo denunciado por la demandada consistente en la existencia de un nuevo consenso argentino de parálisis cerebral, producido por la Federación Argentina de Sociedades de Ginecología y Obstetricia. No obstante, por tratarse de conclusiones científicas posteriores a la contestación de demanda, y con fundamento en el principio procesal de amplitud probatoria, se admitió la incorporación del mencionado consenso como prueba documental.

IV. Que luego de que los actores desistieran del codemandado genérico (ver fs. 157), a fs. 203/204 el juzgado interviniente hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por el GCBA en relación con el Hospital General de Agudos “Dr. Juan A. Fernández”.

V. Que a fs. 211 vta., en virtud de la resolución de Presidencia 146/CM/2013 que aprobó el “Protocolo para la Redistribución de Expedientes Ordinarios”, se reasignaron las presentes actuaciones a este Juzgado.

VI. Que a fs. 237/238 se celebró la audiencia prevista en el artículo 288 del CCAyT y se abrió la causa a prueba.

VII. Que a fs. 344 el Hospital de Pediatría S.A.M.I..C. “Prof. Dr. Juan P. Garrahan” remitió copia de la historia clínica de L.I.C, la cual luce agregada a fs. 267/343. A fs. 362/421 se encuentra la historia clínica remitida en copia por el Sanatorio “Güemes”.

A fs. 425/429 vta. se halla agregada la pericia médica confeccionada por el Dr. Martella, integrante de la Dirección de Medicina Forense del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A fs. 449/453 los accionantes impugnaron dicha pericia alegando que se trataba de una transcripción casi textual de una nota publicada en internet por un abogado asesor de sanatorios.

A fs. 465/466 vta. obra la respuesta del Dr. Martella.

Conferidos los traslados pertinentes y luego de celebrarse la audiencia convocada para que el mencionado galeno brinde las explicaciones del caso (ver acta de fs. 582/584), a fs. 641/643 se desestimó el pedido de remoción del perito interviniente. No obstante, se requirió a la Dirección de Medicina Forense que por medio de otro profesional practique una nueva pericia médica.

A fs. 731/742 vta. se encuentra agregada la nueva pericia médica.

VIII. Que a fs. 877 se pusieron los autos para alegar.

IX. Que a fs. 887/890 vta. dictaminó la señora Fiscal y a fs. 926/937 vta. hizo lo propio el señor Asesor Tutelar.

En su fundado dictamen, el representante del Ministerio Público Tutelar destacó que el partograma confeccionado en el Hospital General de Agudos “Dr. Juan A. Fernández” presenta diversas irregularidades que llevan a dudar de su fidelidad y que permiten vislumbrar una falla en la lex artis de los médicos tratantes. Efectuó una serie de consideraciones acerca de la teoría de la carga dinámica de la prueba y el consiguiente deber de acreditar los hechos por parte de quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo y afirmó que era el GCBA quien debía probar su actuar diligente. Citó doctrina y jurisprudencia sobre el valor probatorio de la historia clínica y petitionó que se haga lugar a la acción.

Finalmente, se llamaron los autos para dictar sentencia (fs. 942).

CONSIDERANDO:

I. Que, inicialmente, es pertinente recordar que los jueces no están obligados a pronunciarse sobre todos los argumentos esgrimidos por las partes, ni a hacer referencia a la totalidad de las pruebas producidas, bastando que valoren las que sean conducentes para la correcta composición del litigio (conf. art. 310 CCAyT y doctrina de Fallos: 272:225; 274:486; 276:132 y 287:230, entre otros).

II. Que mediante la presente acción H.M.C y Y.K.F.C, por sí y en representación de su hijo L.I.C, procuran obtener un resarcimiento por los daños y perjuicios que se habrían derivado de la atención médica recibida por Y y por L en Hospital General de Agudos “Dr. Juan A. Fernández” al momento del parto. Reclamaron que se indemnizen los daños y perjuicios padecidos por L y, asimismo, un resarcimiento por daño moral a título personal para Y y H. En síntesis, atribuyeron la responsabilidad al GCBA y sostuvieron que, debido a una falta de control adecuado del trabajo de parto y a un grave error de diagnóstico, no se detectó a tiempo el sufrimiento fetal y no se realizó una cesárea, que –a su entender- era el tratamiento adecuado en esas circunstancias.

Por su parte, el GCBA opuso excepción de prescripción por entender que había transcurrido el plazo de dos (2) años previsto en el artículo 4037 del Código Civil –el cual estima que rige en el sub lite- así como el de cinco (5) años que prevén las normas de derecho público de la Ciudad, para el caso que se considere que éste último es el aplicable. En cuanto al fondo del asunto, aseveró que el trabajo de parto fue controlado en forma permanente por el personal médico y que evolucionó normalmente hasta las 18.32 horas del 3 de octubre de 2000, momento en el cual, debido a la bradicardia fetal y a la falta de desprendimiento, se decidió realizar un parto forcipal.

Normativa aplicable.

III. Que liminarmente se debe tener presente que el 1 de agosto de 2015, durante el trámite de estos autos, entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación (aprobado por la ley 26.994, promulgada el 7 de octubre de 2014). El nuevo cuerpo normativo, al momento de regular la eficacia temporal de las leyes, establece que “[a] partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario” (art. 7, CCyCN).

En particular, en materia de responsabilidad por daños, se ha dicho que “la ley que rige la relación generada por el hecho ilícito dañoso es la vigente al momento de la producción del daño” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 158).

En otras palabras, las normas del nuevo ordenamiento legal resultan aplicables solamente a las relaciones dañosas que se produzcan a partir de la fecha dispuesta para su entrada en vigencia, esto es, el 1 de agosto de 2015. Ello, sin perjuicio de las normas de naturaleza procesal incorporadas al Código Civil y Comercial, cuya aplicación, si correspondiera, es inmediata (conf.

Kemelmajer de Carlucci, A., op. cit., p. 159 y doctrina de Fallos: 327:3984 y 326:2095, entre muchos otros).

A su vez, es dable señalar que el principio de irretroactividad impide la aplicación de las nuevas disposiciones a las relaciones y situaciones jurídicas agotadas

o consumidas bajo el anterior régimen legal (conf. C.S.J.N., “D.I.P., V.G. c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/amparo”, sentencia del 6 de agosto de 2015).

En razón de lo expuesto, toda vez que el hecho que se reputa dañoso en el sub lite es anterior al 1 de agosto de 2015, deberá ser estudiado a la luz de las normas del Código Civil (conf. ley 340 y sus modif.).

Defensa de prescripción de la acción respecto de L.C.

IV. Que, aclarado que la normativa aplicable será la contenida en el Código Civil, por razones metodológicas, corresponde en primer término abordar la excepción de prescripción deducida por la accionada ya que, de resolverse favorablemente dicho planteo, devendría inoficioso tratar las restantes cuestiones traídas a conocimiento del Tribunal.

En su contestación de demanda, el GCBA solicitó que se declare prescripta la acción por haber transcurrido el plazo de dos (2) años previsto en el artículo 4037 del Código Civil y que considera aplicable al caso, así como el de cinco (5) años que prevén algunas normas de derecho público local. En este sentido, destacó que el supuesto evento dañoso se produjo el 3 de octubre del 2000 y que la demanda fue interpuesta recién el 10 de agosto de 2009, por lo que en cualquier caso habría operado la prescripción. En otras palabras, el GCBA sostuvo que tanto si se considera que es de naturaleza contractual la acción que pudiese intentarse por los daños ocasionados por un funcionario en ejercicio de sus funciones –en el caso, los médicos dependientes del GCBA- y que, por ende, le resulta aplicable el plazo de dos (2) años previsto en el artículo 4037 del Código Civil, como si se entiende que, ante la falta de norma expresa de derecho administrativo que otorgue una solución es necesario acudir a otras normas de derecho público local y, así, aplicar un plazo de cinco (5) años, la acción se encuentra prescripta (fs. 82 vta./89).

De su parte, al contestar el traslado de la excepción bajo análisis, los actores afirmaron que, según la jurisprudencia plenaria de la Cámara de Apelaciones del fuero, debía aplicarse en el presente caso el plazo de prescripción de diez (10) años previsto en el artículo 4023 del Código Civil. Asimismo, adujeron que dicho plazo debía computarse desde que tuvieron conocimiento de la magnitud de los daños sufridos y que, en el sub examine, ello ocurrió el 12 de marzo de 2004, oportunidad en que el Ministerio de Salud emitió el certificado de discapacidad de L.I.C. Añadieron que el plazo de prescripción había sido interrumpido el 30 de noviembre de 2005 cuando promovieron una acción por diligencias preliminares y un beneficio de litigar sin gastos (fs. 151 vta./152).

Plazo de prescripción aplicable.

V. Que, así delimitada la controversia relativa a la defensa de prescripción opuesta por el GCBA, deviene necesario establecer en cuál es el plazo correspondiente en el sub examine.

Es sabido que existen diversas posturas que llegan a distintas soluciones respecto del plazo de prescripción aplicable a los supuestos de mala praxis médica. A grandes líneas, puede decirse que el quid de la cuestión radica en la calificación como contractual o extracontractual del vínculo médico-paciente en un hospital público. Así, quienes entienden que se trata de una relación de tipo contractual sostienen que el plazo de prescripción aplicable es el de diez (10) años previsto en el artículo 4023 del Código Civil. En el otro extremo se encuentran aquéllos que afirman que se está ante un supuesto de responsabilidad extracontractual y consideran que debe aplicarse el plazo de dos (2) años que establece el artículo 4037 del mismo Código.

Entre estas posiciones hay otras tantas. Por mencionar algunas, están quienes afirman que, en miras a respetar las atribuciones de la Ciudad, el vacío legislativo debe integrarse con las leyes de derecho público que regulan el instituto de la prescripción para otros supuestos y arriban así al plazo de cinco (5) años. Por último, aunque sin pretender agotar la cuestión, cabe mencionar la posición de quienes estiman que la distinción basada en el carácter contractual o extracontractual pierde peso ante el principio constitucional de igualdad que aconseja en ambos supuestos aplicar el plazo de prescripción decenal.

Como se evidencia, las posturas sobre el tema bajo examen son diversas. La discusión doctrinaria en torno a la naturaleza de la relación que une al médico con el paciente en un hospital público sería solamente eso si no desembocara, como ocurre, en soluciones tan dispares en cuanto al plazo de prescripción correspondiente. Fácil se advierte que existe mucha diferencia entre un plazo de prescripción de diez (10) años y otro de dos (2).

Llegado este punto, es oportuno recordar que la Cámara de Apelaciones del fuero en pleno en los autos "Meza" se expidió sobre la cuestión aquí debatida y resolvió que "el plazo de prescripción de la acción del paciente para reclamar por daños y perjuicios originados por una mala praxis médica efectuada en un establecimiento público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es de diez (10) años, (cf. art. 4023 C.C.)" (Cámara de Apelaciones del fuero en pleno, "Meza, Lorena c/ Salomone, Sandra y otros s/ daños y perjuicios", expte. EXP 27.230/0, 28/12/10). Cabe destacar que los votos que conformaron la mayoría llegaron a la conclusión reseñada con distintos argumentos; es decir, no todos los vocales consideraron que se trataba de una relación de carácter contractual. En virtud de lo expuesto, a la acción intentada por L.I.C le resulta aplicable el plazo de prescripción de diez (10) años previsto en el artículo 4023 del Código Civil.

VI. Que, en este contexto, toda vez que no existe una norma legal que regule el plazo de prescripción aplicable a la acción del paciente para reclamar por daños y perjuicios derivados de una mala praxis médica efectuada en un establecimiento de salud público de la Ciudad y, aun cuando no haya en esta jurisdicción una ley que sienta la obligatoriedad de la doctrina que emana de las resoluciones plenarias, teniendo en cuenta que la demandada no ha expuesto argumentos que justifiquen apartarse de la solución adoptada por la Exma. Cámara de Apelaciones del fuero en el fallo plenario "Meza", corresponde estar a lo allí resuelto.

Esta solución, además de hallar sustento en la innegable autoridad que poseen las decisiones adoptadas en acuerdo plenario, resulta prudente y razonable en tanto es la que, poniendo en segundo plano las disquisiciones teóricas en torno a la calificación del vínculo como contractual o extracontractual, hace primar el principio constitucional de igualdad y considera aplicable, en consecuencia, el plazo de prescripción para las malas praxis de establecimientos privados a los hospitales públicos.

Cómputo del plazo de prescripción.

VII. Que, determinado el plazo de prescripción aplicable, corresponde indagar desde cuándo debe computarse.

Al respecto, debe tenerse presente que si bien generalmente el plazo de prescripción comienza correr desde que el momento en que se produjo el daño, se admite como excepción que su cómputo se inicie cuando el damnificado tomó conocimiento de las consecuencias dañosas del hecho o cuando pudo ser razonablemente conocido por el perjudicado (conf. Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., Derecho de las Obligaciones, t. III, 4ta. ed., La Ley, Buenos Aires, p. 498). En la misma línea, se ha dicho que a los fines del cómputo de la prescripción debe partirse del momento en que los daños fueron conocidos con carácter cierto y susceptible de apreciación por el reclamante y que, el hecho de que esa circunstancia pueda implicar un proceso de duración prolongada, no es óbice para ello toda vez que la agravación no implica la existencia de una nueva causa generadora ni da lugar a una nueva acción que pueda prescribir a partir de entonces (conf. Sala II, “Paraguay 701 S.A. c/ GCBA s/ daños y perjuicios (excepto resp. Médica)”, expte. EXP 25.892/0, 03/06/2009).

Establecido lo que precede, cabe señalar que muchas de las secuelas – afasia motora, retardo mental leve, marcha espástica, entre otras (ver fs. 742 vta.)- que habría sufrido L.I.C como consecuencia del parto, no se presentaron de modo inmediato sino que se manifestaron con el transcurso del tiempo. Obsérvese, a modo de ejemplo, que si bien L tuvo un episodio convulsivo a las seis horas de nacer (hecho no controvertido, ver fs. 97) las crisis convulsivas de L comenzaron cuando el actor tenía dos años (ver fs. 285) y tiempo más tarde se le diagnosticó epilepsia refractaria (ver nota de historia clínica correspondiente a los nueve años del actor, fs. 290). Aun cuando no hay fechas precisas en la historia clínica que permitan determinar con exactitud la fecha en que se manifestó cada uno de los padecimientos de L, es razonable inferir que muchos de sus problemas de salud pudieron ser advertidos recién una vez alcanzada la edad en la que normalmente un niño hubiera adquirido tal o cual capacidad o destreza. En el plano jurídico, es usual la necesidad de establecer con precisión desde en qué fecha se produjo un daño, pero en materia de daños a la salud esto no siempre es posible. Puede pasar que se advierta un signo o síntoma, que al principio parezca una manifestación aislada y, luego con su reiteración sostenida en el tiempo, sumada a otros factores clínicos que el médico evalúa, se llega a un diagnóstico que relaciona ese episodio aparentemente aislado con una determinada enfermedad o condición. Esto se ve especialmente en cuadros clínicamente complejos, donde muchas veces no es posible saber

si un episodio es solamente eso ya que es su reiteración en el tiempo sumado a otros signos y síntomas lo que permite a la postre realizar un diagnóstico.

En este cuadro de situación, resulta prudente estimar que los actores tomaron cabal conocimiento de la gravedad de las lesiones sufridas por L el 12 de

marzo de 2004, es decir, en la fecha en la cual el Ministerio de Salud emitió su certificado de discapacidad (ver certificado de discapacidad reservado en Secretaría bajo el sobre N° 172).

De conformidad con lo expuesto, teniendo en cuenta que a los efectos del cómputo de la prescripción deberá partirse del 12 de marzo de 2004 y toda vez que el 1 de diciembre de 2005 los aquí actores iniciaron una acción tendiente a obtener el secuestro de determinada documentación vinculada a los hechos aquí debatidos (ver fs. 1/7 vta. de los autos "C.L.I y otros c/ Hospital General de Agudos Juan A. Fernández y otros s/ diligencias preliminares", expte. 104.974/2005), se concluye que, respecto de L, la acción para reclamar los daños y perjuicios derivados de la atención médica recibida no se encuentra prescripta. En consecuencia, corresponde rechazar la excepción de prescripción opuesta por el GCBA.

Defensa de prescripción de la acción respecto de coactores H.M.C y Y. K. F.C.

VIII. Que tampoco es unívoca la jurisprudencia en torno al plazo de prescripción aplicable a la acción deducida por los padres en los juicios por daños y perjuicios derivados de mala praxis en ocasión del nacimiento de sus hijos.

Con respecto a esta cuestión, debe decirse que, en principio, los padres del niño no resultarían alcanzados por la jurisprudencia del plenario "Meza" ya que éste se circunscribió a la acción del paciente.

Ello no obstante, cuando la mala praxis denunciada se correspondía al acto médico relativo a un parto o cesárea, algunos fallos han considerado también paciente a la madre y, partiendo de una calificación contractual del vínculo entre el hospital público y el paciente, hay quienes estimaron aplicable a su caso también el plazo de prescripción decenal artículo 4023 del Código Civil (ver voto del Dr. Esteban Centanaro en los autos "P.V.A. y otros c/GCBA y otros s/daños y perjuicios", expte. EXP 32.498/0, Sala II, 05/05/2014).

Cabe señalar que parte de la doctrina y jurisprudencia civilista ha entendido que la relación que vincula a los padres con los establecimientos de salud es de carácter contractual, pues a través de esos negocios están cumpliendo con los deberes legales que les son impuestos (conf. Bossert, Gustavo, "Contratos en interés del hijo menor", publicado en LA LEY 1991-B, 773, cita online: AR/DOC/8676/2001 y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, "Casal Marcela Beatriz y otro c/ Beccar Varela Héctor María y otro", 26/04/2017, AR/JUR/17080/2017, entre otros). Por lo tanto, dicha postura considera aplicable en estos casos el plazo de prescripción decenal previsto en el artículo 4023 del Código Civil.

Otras posiciones pregonan que el plazo correspondiente es el de cinco años dado que sostienen que se está ante una relación extracontractual y, acudiendo a las normas de derecho público local en miras de llenar el vacío normativo, encuentran que es ese el plazo elegido por el legislador para que se demande al Estado o para que sea demandado (vgr. código fiscal, ley de expropiaciones, etc.).

Dentro de quienes califican como extracontractual a la relación médico – paciente en el ámbito de un hospital público también se postula la aplicación del plazo de dos años previsto en el artículo 4037 del Código Civil. Este es el temperamento adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ver, entre otros, “Brescia”, Fallos: 317:1921).

Nos enfrentamos así a un panorama variado: muchas teorías jurídicas y muy diversos plazos de prescripción aplicables: dos, cinco y diez años.

IX. Que, llegado este punto, es dable recordar que la patria potestad es “el conjunto de deberes y derechos que corresponde a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado” (art. del 264 Código Civil).

Al margen de la discusión en torno a la calificación como extracontractual o contractual del vínculo entre el paciente y el hospital público, resulta innegable la obligación que tienen los padres de atender el cuidado de la salud de sus hijos nacidos y por nacer. De ello se concluye que el requerimiento de atención médica por parte de los padres al hospital público para cuidar la salud del menor importa el cumplimiento de los deberes que les son impuestos normativamente.

En esta línea argumental, se ha dicho que los padres “además de cumplir con el deber de padres en interés del hijo, como tales tienen también derecho a título personal a que su hijo sea atendido por los establecimientos y médicos por ellos contratados con los medios, la diligencia y la idoneidad profesional necesaria para el adecuado servicio de salud tendiente a que el hijo esperado nazca dentro de lo posible con vida y sano” (Cámara Nacional de

Apelaciones en lo Civil, Sala C, “M de L. S. M. y otro c. Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario y otros”, 24/04/1997, cita online AR/JUR/2938/1997).

No puede obviarse que esta tesitura, que parte de ponderar las obligaciones que se derivan de la patria potestad para concluir que los padres celebran el contrato con el establecimiento médico también por derecho propio, cobra mayor relevancia cuando se trata de establecimientos de salud privados, salvo que se considere que la relación entre el paciente y el hospital público es de naturaleza contractual, posición ciertamente minoritaria en la doctrina iuspublicista.

Nuevamente se ve aquí la situación de desigualdad jurídica a la que se expone a quienes pueden contratar un servicio de salud de forma privada comparada con aquéllos que asisten a un hospital público. En efecto, los padres que pretenden demandar por derecho propio los daños y perjuicios derivados de la mala praxis que tuvo lugar en un establecimiento de salud público es altamente desventajosa, a la hora de determinar el plazo de prescripción, si se la compara con la de quienes

podieron acceder a una clínica privada. Sin embargo, a ambos el ordenamiento jurídico les impone cumplir con la obligación de cuidar adecuadamente la salud de sus hijos. Esta desigualdad, materializada en los plazos de prescripción de diez y dos años para unos y otros, no constituye una discriminación razonable en los términos del artículo 28 de la Constitución Nacional y ofende, en consecuencia, el principio de igualdad normado en el artículo 16 de la Ley fundamental.

Ahora bien, más allá de la dicotomía entre contractualismo y extracontractualismo, la solución que se adopte no puede ser ajena a los principios constitucionales de razonabilidad e igualdad. Mucho menos puede alcanzarse una solución justa haciendo consideraciones teóricas en abstracto que se desentiendan de los hechos concretos del caso.

En este contexto, es oportuno recordar un caso por mala praxis médica iniciada por los padres de un menor por su propio derecho y en representación de su hijo en el que se destacó que “no es extraño que en un caso en el que se haya producido una

afección de salud de cierta importancia las personas que resultan lesionadas requieren que transcurra cierto tiempo para accionar, sencillamente, porque en el lapso inmediatamente siguiente a que se producen los acontecimientos dañosos están ocupados en la solución (tratamientos médicos relativos a los procesos de curación, rehabilitación, secuelas físicas y psíquicas de la enfermedad, etc.) e inclusive muchas veces iniciar un proceso importa la reconstrucción de hechos que pueden resultar traumáticos para el actor” (Sala II, “Roldán Norma Beatriz y otros c/ GCBA s/ responsabilidad médica”, Exp. 6047/0, 07/10/2004).

A su vez, debe considerarse que razones de índole práctica llevan a que sea en el mismo juicio en el que se debata la existencia de una eventual mala praxis al tiempo del nacimiento del niño donde reclamen los padres los daños y perjuicios derivados de tal acontecimiento.

En función de lo expuesto, teniendo por norte los principios constitucionales de razonabilidad e igualdad, corresponde hacer extensiva a la pretensión de los padres el plazo de prescripción de diez (10) años aplicable a la acción intentada por L.I.C.

Así, toda vez que, como ya se dijo, el curso de la prescripción comenzó el 12 de marzo de 2004 y se interrumpió el 1 de diciembre de 2005 por medio de las diligencias preliminares realizadas a los fines de obtener el secuestro de documentación relacionada con los hechos del sub lite, la acción no se encuentra prescripta. Por ello, corresponde rechazar la defensa interpuesta también respecto de H.M.C. y Y.K.F.C.

Presupuestos de la responsabilidad estatal.

X. Que, toda vez que la restante excepción planteada por la demandada (falta de legitimación activa del Hospital General de Agudos “Juan A. Fernández”) fue admitida a fs. 203/204, cabe expedirse entonces respecto del deber estatal de resarcir los daños alegados por los accionantes, para lo cual será preciso verificar la concurrencia de los distintos presupuestos necesarios para configurar la responsabilidad del GCBA en el caso.

Previo a adentrarse en esa cuestión, deviene necesario aclarar que el fallo plenario “Meza” antes mencionado sólo versó sobre el plazo de prescripción de la acción del paciente para reclamar por daños y perjuicios originados por una mala praxis médica efectuada en un establecimiento público de la Ciudad. Si bien los argumentos expuestos, mayormente, giraron en torno a la calificación como contractual o extracontractual que debía otorgársele a tal vínculo, el tema sometido a plenario fue únicamente el plazo de prescripción y no el carácter de la relación médico-paciente.

XI. Que la Constitución Nacional brinda el fundamento jurídico para declarar la responsabilidad del Estado cuando la actividad de cualquiera de sus órganos cause un perjuicio especial a un habitante, en violación a los derechos que la misma Constitución consagra (conf. Reiriz, María Graciela, Responsabilidad del Estado, Eudeba, Buenos Aires, 1969, p. 45).

La responsabilidad del Estado “tanto puede resultar de su actividad legal como de su actividad ilícita, vale decir exista o no culpa en la especie. De ahí que ambos tipos de responsabilidad —o sea la que proviene de una actividad o comportamiento lícito y la que proviene de un comportamiento o actividad ilícito— deben ser estudiadas en común, conjuntamente, al tratar de la responsabilidad del Estado, pues ésta existirá o no con total independencia de la licitud o ilicitud de la respectiva actividad o comportamiento ” (Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, t. IV, 6ta. ed., Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 732).

XII. Que a partir del precedente “Vadell” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha admitido que el Estado puede ser responsabilizado por su actividad ilícita en forma directa, con invocación del artículo 1112 del Código Civil, recurriendo a la idea de falta de servicio como factor de atribución.

Allí sostuvo el Máximo Tribunal que “[e]sa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad ‘por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas’” (Fallos: 306:2030, “Vadell”).

La relevancia del precedente radica en que, a partir de su dictado, se comenzó a entender que la responsabilidad del Estado era directa, fundada en la “idea objetiva de la falta de servicio”, con fundamento en el artículo 1112 del Código Civil. Es que, “no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas” (“Vadell”).

Asimismo, cabe aclarar que la objetividad señalada reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación califica a la imputación que se realiza al Estado cuando se le adjudican como

propios los hechos de sus órganos (agentes- dependientes) y no al factor de atribución, en tanto la falta de servicio debe siempre ser acreditada por quien la invoca.

XIII. Que a raíz de lo expuesto, el supuesto de autos debe encuadrarse en el artículo 1112 del Código Civil toda vez que la responsabilidad del Estado local que se pretende hacer efectiva deriva, según se alega, de una falta de servicio, precisamente, respecto de la prestación del servicio de salud.

Cabe reiterar que dicho encuadre no resulta contradictorio con la aplicación del plenario “Meza” para resolver la excepción de prescripción. En efecto, como fuera previamente expuesto, no todos los magistrados que conformaron la mayoría en el mencionado plenario fundaron su voto en el carácter contractual de la relación médico-paciente sino que utilizaron distintos argumentos. Así, a modo de ejemplo, el Dr. Horacio Corti consideró que debía aplicarse el plazo de diez (10) años por entender que resultaba violatorio del principio constitucional de igualdad otorgar un menor plazo de prescripción a quienes se atienden en un hospital público que a quienes lo hacen en uno privado.

XIV. Que, por último, sabido es que para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, en principio, es necesario que se acredite la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio, y la posibilidad de imputar jurídicamente ese daño al Estado (conf. doctrina de Fallos: 312:1656 y 2022; 316:1335; 318:1531; 321:2144; 323:4018; 324:3699, entre muchos otros).

El derecho a la salud. Normas que regulan la prestación del servicio de salud.

XV. Que, llegado este punto, resulta oportuno entonces efectuar una reseña de las normas que rigen respecto del derecho a la salud y, en particular, de las que regulan la prestación del servicio de salud.

En primer lugar, cabe recordar que el derecho a la salud se encuentra reconocido en diversos tratados internacionales con rango constitucional (conf. art. 75, inc. 22, C.N.), entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, inc. c), la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (arts. 4 y 5) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6, inc. 1).

En el ámbito local, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires garantiza el derecho a la salud integral de sus habitantes y asegura “a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad” (art. 20, CCABA).

Por su parte, la ley básica de salud 153 (publicada en el BOCBA Nº 703 del 28/05/1999) tiene por objeto garantizar “el derecho a la salud integral, mediante la regulación y ordenamiento de todas las acciones conducentes a tal fin” (art. 1). Según esta ley, dicha garantía se sustenta, entre otros principios, en “[l]a cobertura universal de la población”, “[e]l gasto público en salud como una

inversión social prioritaria”, “[e]l acceso y utilización equitativos de los servicios, que evite y compense desigualdades sociales y zonales dentro de su territorio, adecuando la respuesta sanitaria a las diversas necesidades”, y, especialmente, en “[l]a organización y desarrollo del área estatal conforme a la estrategia de atención primaria, con la constitución de redes y niveles de atención, jerarquizando el primer nivel” (art. 2, incs. e, f, h e i, ley 153).

El artículo 8 de la ley 153 establece que la autoridad de aplicación de la ley básica de salud es el nivel jerárquico superior del GCBA en materia de salud.

Según la organización que contempla la ley básica de salud, el sistema de salud está integrado por el subsector estatal, el de la seguridad social y el privado, siendo estos dos últimos regulados y fiscalizados por la autoridad de aplicación (conf. arts. 10 y 41, ley 153). La ley prevé, a su vez, que se entiende por recursos de salud a toda persona física o jurídica que desarrolle actividades de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación, investigación y docencia, producción, fiscalización y control, cobertura de salud, y cualquier otra actividad vinculada con la salud humana, en el ámbito de la Ciudad (conf. art. 11, ley 153).

Entre otras cosas, la ley básica de salud 153 dispone que, en caso de urgencia, las personas tienen derecho a recibir los primeros auxilios en el efector más cercano, perteneciente a cualquiera de los subsectores (conf. art. 4, inc. o, ley 153).

El subsector estatal “está integrado por todos los recursos de salud dependientes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por medio de los cuales se planifican, ejecutan, coordinan, fiscalizan y controlan planes, programas y acciones destinados a la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud de la población, sean ellas asistenciales directas, de diagnóstico y tratamiento, de investigación y docencia, de medicina veterinaria vinculada a la salud humana, de producción, de fiscalización y control” (art. 13, ley 153). Entre sus objetivos, el subsector estatal persigue “[a]segurar la calidad de la atención en los servicios” y “[o]rganizar los servicios por redes y niveles de atención, estableciendo y garantizando la capacidad de resolución correspondiente a cada nivel” (art. 14, incs. g y h, ley 153).

Por otra parte, el subsector estatal se organiza y desarrolla conforme a la estrategia de atención primaria, con la constitución de redes y niveles de atención, jerarquizando el primer nivel y la descentralización progresiva de la gestión dentro del marco de políticas generales, bajo la conducción político-técnica de la autoridad de aplicación (conf. art. 15, ley 153).

Es del caso hacer notar que dicho subsector se organiza sobre la base de tres niveles de atención (conf. art. 16, ley 153).

El primer nivel comprende todas las acciones y servicios destinados a la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en especialidades básicas y modalidades ambulatorias (conf. art. 18, ley 153). Este constituye la puerta de entrada principal y el área de seguimiento de las personas en las redes de atención y permite realizar las acciones de promoción, prevención, atención ambulatoria, incluyendo la internación domiciliaria, y todas aquéllas comprendidas en el

primer nivel, según la capacidad de resolución establecida para cada efector (conf. art. 19, ley 153).

Luego, el segundo nivel comprende todas las acciones y servicios de atención ambulatoria especializada y aquéllas que requieran internación (conf. art. 20, ley 153). Entre sus fines se encuentra el de constituir el escalón de referencia inmediata del primer nivel de atención, garantizar la atención a través de equipos multidisciplinarios, realizar las acciones de atención de especialidades, de internación de baja y mediana complejidad, de diagnóstico y tratamiento oportuno, de rehabilitación, y todas aquéllas comprendidas en el nivel y según la capacidad de resolución establecida para cada efector y garantizar a las personas la capacidad de resolución adecuada a sus necesidades de atención, estableciendo articulaciones horizontales y con los otros niveles, con criterio de redes y mecanismos de referencia y contrareferencia (conf. art. 21, ley 153).

Por último, el tercer nivel comprende todas las acciones y servicios que por su alta complejidad médica y tecnológica son el último nivel de referencia de la red asistencial y se organiza para garantizar la óptima capacidad de resolución de las necesidades de alta complejidad a través de equipos profesionales altamente especializados (conf. arts. 22 y 23, ley 153).

La ley señala que los efectores del subsector son “los hospitales generales de agudos, hospitales generales de niños, hospitales especializados, centros de salud polivalentes y monovalentes, médicos de cabecera, y toda otra sede del subsector estatal en la que se realizan acciones de salud” (art. 24, ley 153). Dichos efectores deben adecuar la capacidad de resolución de sus servicios a los niveles requeridos por las necesidades de las redes locales y jurisdiccionales (conf. art. 25, ley 153).

Como puede observarse, en el ámbito local el derecho a la salud integral y el correlativo deber de las autoridades de satisfacerlo se materializa a través de la estructuración del servicio de salud prestado, entre otros, por los hospitales públicos dependientes de la Ciudad.

Alcance de la responsabilidad de los médicos.

XVI. Que si bien en los casos en que la responsabilidad del Estado es analizada desde el punto de vista de la falta de servicio no es necesario individualizar al autor material del daño por ser el servicio en su totalidad el que, al funcionar irregularmente lo produce (conf. Reiriz, María Graciela, Responsabilidad del Estado, Eudeba, Buenos Aires, 1969, p. 98), corresponde efectuar algunas consideraciones sobre los estándares de actuación exigidos a los profesionales de la salud.

Sobre el punto, se ha dicho que la obligación que asume el médico no es una obligación de resultado o determinada de curar al enfermo sino solamente una obligación de medios; es decir, que se compromete a atender al paciente de manera diligente e idónea, sobre la base de las reglas del arte de la medicina y su evolución,

conforme a los conocimientos científicos debidamente actualizados, que el título presupone, y en procura de su curación, pero sin poderse asegurar que se vaya a obtener éxito con el tratamiento

(conf. Bustamante Alsina, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Abeledo Perrot, 9na. ed. ampl. y act., Buenos Aires, 2004, p. 518, Cazeaux, P. N. y Trigo Represas, F. A., op. cit., p. 688, entre otros autores).

Siendo ello así, el mero hecho de la no obtención del resultado esperado, pero no prometido, de la curación no puede traer aparejada necesariamente la responsabilidad civil del médico dado que la ciencia médica tiene sus limitaciones y en el tratamiento de las enfermedades existe siempre un alea que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes, lo que obliga a restringir el campo de la responsabilidad (conf. Cazeaux, P. N. y Trigo Represas, F. A., op. cit., p. 690).

En este orden de ideas, se ha entendido que en los juicios de mala praxis médica la prueba debe versar sobre los actos u omisiones del médico que demuestren su negligencia, imprudencia o falta de pericia, mas no sólo en cuanto al resultado negativo del tratamiento, pues aun cuando dicho resultado no haya sido el esperado, ello no compromete por sí solo responsabilidad alguna si la conducta considerada reprochable no está acreditada suficientemente (conf. Sala III, "Moyano, Cleodomido c/GCBA s/daños y perjuicios", expte. EXP 15.911/0, 30/09/2014, del voto del Dr. Esteban Centanaro).

En principio, la prueba de la existencia de la conducta culposa o negligente del médico corre por cuenta de quien la invoca, debiendo apreciarse la actuación de aquél bajo los parámetros del artículo 902 del Código Civil, que dispone que "[c]uando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos". Este estándar también se encuentra receptado en el actual Código Civil y Comercial de la Nación, que en su artículo 1725 establece que "[c]uanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias".

Carga de la prueba: teoría de las cargas probatorias dinámicas.

XVII. Que siguiendo con las reglas que rigen la carga de la prueba, es dable destacar que en los juicios de mala praxis médica debe acatarse, en principio, el antiguo aforismo procesal *onus probandi incumbit actore*, conforme al cual pesa sobre el actor el deber de probar, tal como explicita el artículo 301 del CCAyT.

XVIII. Que no obstante lo dicho, como la mayoría de las demandas versan sobre hechos de difícil acreditación para el paciente-actor, cobra fundamental importancia la teoría de la "carga dinámica de la prueba" o "prueba compartida" que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva el deber de hacerlo; esto es, en los médicos o en la entidad hospitalaria, por tener un conocimiento técnico y haber intervenido en forma directa en el hecho dañoso. Asimismo en esta materia la doctrina ha atribuido un rol de suma importancia a la prueba presuncional (conf. Cazeaux, P. N. y Trigo Represas, F. A., op. cit., p. 692/694 y Lovece, Graciela I., El olvido quirúrgico y la responsabilidad profesional, publicado en APBA 2012-10, 1141, entre otros).

En síntesis, se abandonan los preceptos rígidos para perseguir la resolución justa de las delicadas y especiales cuestiones integrantes de la litis. Dicho de otra manera, ambas partes tienen la obligación de aportar sus pruebas tendientes a que el juzgador pueda desentrañar mejor la verdad objetiva, más allá de la meramente formal (conf. Fallos: 320:2715).

En esta línea, se ha dicho que si bien “cada parte debe probar los hechos que alega como sustento de su pretensión, ya sean éstos constitutivos, impeditivos o extintivos –art. 301 del CCyT-, este criterio general se ve morigerado, a su vez, por la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas según la cual, cuando una de las partes está en mejores condiciones fácticas para producir cierta prueba vinculada a los hechos controvertidos de la causa, ésta debe soportar el onus probandi. Así cuando, por la índole de la controversia o de las constancias documentales de la causa, surge evidente que uno de los litigantes se encuentra en una posición dominante o privilegiada en relación con el material probatorio —ya sea porque se encuentra en posesión del instrumento probatorio o por el rol que desempeñó en el hecho litigioso—, su deber procesal de colaboración se acentúa, al punto de atribuírsele una carga probatoria más rigurosa que a su contraparte. Siendo ello así, es dable destacar que las partes tienen la carga de aportar al proceso los elementos necesarios a fin de convencer al juez que los hechos sucedieron en la forma que se alega, quien no prueba los hechos que debe probar pierde el pleito, si de ellos depende la suerte de la litis. La obligación de aportar la prueba depende de la posición que adquiere cada parte en el juicio conforme los hechos” (Sala II, “Cencosud S.A. c/ GCBA s/ recurso directo”, Expte. Nº D32108-2016/0, 09/04/2019, del voto del Dr. Esteban Centanaro, al que adhirió el Dr. Fernando Juan Lima).

Por otra parte, la adopción de esta teoría implica no sólo evaluar quien se encuentra en mejores condiciones para acreditar el hecho controvertido sino también por qué motivos quien tiene la carga de probar no lo hace (conf. doct. Sala III, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, “Expreso Tronador S.A. c/ Kuehne&Nagel S.A.”, 05/05/2005).

El valor de la historia clínica y del dictamen pericial en los juicios de mala praxis.

XIX. Que, finalmente, es oportuno reflexionar en torno a la trascendencia de la historia clínica como elemento probatorio en los juicios sobre responsabilidad médica.

Se trata de un documento valioso que permite observar la evolución médica del paciente, calificar los actos médicos realizados conforme a estándares y cooperar para establecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o cosa y los eventuales daños (conf. Fallos: 324:2689, al remitirse al dictamen de la Procuración General). Los asientos que se efectúan en el referido documento cumplen funciones significativas; desde el punto de vista médico asistencial, la de llevar un seguimiento de la evolución del paciente facilitando con ello la conducta médica a seguir y el tratamiento adecuado según las diversas incidencias que se han ido dando durante la internación; y por otro, desde el punto de vista jurídico, sirve como documento hábil para acreditar en casos de mala praxis los supuestos invocados por las partes.

Asimismo, se ha dicho que la historia clínica tiene que ser “el fiel reflejo de los pasos cronológicos seguidos, no sólo durante la etapa de la internación, sino además, después de la operación, y de todos los actos del plantel médico y auxiliares que hubiesen asistido al paciente, con sus firmas y aclaraciones respectivas, así como los tratamientos que se hubieren aplicado y el profesional que los hubiere indicado” (Highton, Elena I., “Prueba del daño por mala praxis médica”, en Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal, LA LEY, Buenos Aires, 2002, pág. 952).

Actualmente, la ley 26.529 de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud define a la historia clínica como el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que consta toda actuación realizada al paciente. A su vez, la ley establece que en la historia clínica debe asentarse, entre otras cosas, la fecha de inicio de su confección y los datos identificatorios del paciente, así como los del profesional interviniente y su especialidad (conf. arts. 12 y 15, ley 26.529).

XX. Que, en casos como el de autos, también adquieren un valor significativo las pericias médicas.

Como es sabido, su fuerza probatoria “es estimada por el/la juez/a teniendo en cuenta la competencia del/la perito/a, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los/las consultores/as técnico/as o los/las letrados/as y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca” (art. 384, CCAyT).

Sobre el punto, son abundantes los fallos en los que se precisa que las conclusiones del perito no pueden ser dejadas de lado por el juez sin la previa exposición de las razones fundadas que estime adecuadas para desvirtuarlas. En otras palabras, el juez no puede desvincularse arbitrariamente de la opinión del experto y tiene la obligación de fundar su discrepancia. Correlativamente, la parte que pretenda que se adopte una solución distinta de la propiciada por el perito debe exponer razones que sustenten su posición, ya que no es suficiente la mera discrepancia con el dictamen (conf. Sala III, “Moyano”, ya citado).

Análisis de las pruebas producidas en el sub examine

XXI. Que, sentado lo expuesto, corresponde adentrarse en el estudio de las constancias que obran en el expediente, las que se valorarán conforme a las pautas que sobre la materia contiene el artículo 310 del código de rito local. El mencionado artículo establece que, salvo disposición legal en contrario, los jueces forman su convicción respecto de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica y no tienen el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa.

A su vez, cabe poner de resalto que la valoración de la eficacia probatoria debe ser resultado de un análisis armónico y conjunto de los elementos de prueba obrantes en la causa. La prueba ofrecida y producida debe ser analizada en su conjunto, bajo la guía de las reglas de la sana crítica. Así

como no cabe exigir que cada prueba, tomada de modo independiente, sea absolutamente concluyente respecto del hecho o circunstancia que intenta validar, tampoco pueden extraerse conclusiones del

análisis de uno o unos pocos de los elementos de prueba. Es decir, el análisis integral de la prueba es el que contribuye a formar la convicción del tribunal.

En el mismo sentido, la Sala II ha afirmado que “[l]os jueces, al valorar las pruebas, deben evitar merituar cada una de ellas en forma independiente, en tanto y en cuanto deben deducir una convicción racional del conjunto de los elementos probados” (Sala II, “Ortiz, María Angélica c/ GCBA s/daños y perjuicios”, expte. EXP 3.737/0, 23/06/2004, del voto del Dr. Russo).

XXII. Que efectuadas las reseñas normativas y las consideraciones precedentes, cabe destacar que en el sub examine no se encuentra controvertido que el 3 de octubre del 2000, a las 10.00 horas, Y.F.C se internó en el Hospital General de Agudos “Dr. Juan A. Fernández” con motivo del inicio del trabajo de parto; que se encontraba embarazada de treinta y ocho (38) semanas y que se había efectuado diez (10) controles previos (ver escrito de demanda, fs. 7 y vta. y contestación de demanda, 93 vta./94).

Asimismo, ambas partes coinciden en que con el diagnóstico de bradicardia fetal se le realizó a la accionante un parto forcpal.

Con respecto a las historias clínicas de Y.F.C. y de L.C. (Nros. 412.942 y 411.930, respectivamente) es necesario apuntar que fueron agregadas en fotocopia a estos autos como consecuencia del secuestro que da cuenta el acta que luce a fs. 18 y vta. de las diligencias preliminares realizadas en el fuero civil. En dicha acta el oficial de justicia refirió que procedió a secuestrar, fotocopiar y devolver las referidas historias clínicas. Cabe aclarar que cuando se haga referencia a alguna foja, se citará la numeración efectuada por el oficial de justicia. En cuanto a la historia clínica de Y, ésta posee, en algunas fojas, doble foliatura realizada por el oficial de justicia, ambas suscriptas. A los efectos del relato de esta sentencia se citará siempre el número mayor. Por ejemplo, para aludir a la foja que foliada como uno (1) y dos (2), se la mencionará como foja dos (2).

En la historia clínica N° 412.942 de Y. se consignó como horario de nacimiento de L.C las 18.35 horas y se indicó que se entregó al recién nacido al “neonatólogo de guardia, previamente se deslizo circular de cordón en bandolera” (fs. 6 y vta. de la historia clínica y fs. 94 de estos autos).

Por otra parte, surge de la historia clínica N° 411.930, perteneciente a L, que tras el nacimiento se le realizó al neonato “reanimación con máscara y [que] se [le] administró naloxona (...) al observar importante depresión respiratoria e hipotonía marcada” (fs. 3 vta. de la historia clínica). Se indicó a su vez en dicha historia clínica que el paciente ingresó a “UTI [unidad de terapia intensiva] por presentar depresión neonatal, dificultad respiratoria, sospecha de HTAA” y que se decidió su entrada a “ARM [asistencia respiratoria mecánica] por inestabilidad respiratoria sospecha de HTAA” (fs. 3 y vta. de la historia clínica).

De las fs. 6 vta. y 7 de la historia clínica en cuestión también se desprende que L, al nacer, presentó “temblor generalizado ante estímulos” y que a las 6 horas de vida sufrió una “convulsión tónica clónica generalizada por lo cual se impregn[ó] con fenobarbital a 18 mg/kg”. El GCBA en su contestación de demanda reconoce la existencia de este episodio convulsivo.

El 13 de octubre del 2000 se le otorgó el alta a L –hecho reconocido por el GCBA- y se le indicó control por consultorios externos de neurología (fs. 9 vta. y 10, historia clínica N° 411.930).

Por otra parte, cabe apuntar que se encuentra reservado en Secretaría bajo el sobre N° 172 el certificado de discapacidad de L.C emitido por el Ministerio de Salud de la Nación el 12 de marzo de 2004 con un diagnóstico de “hemiparesia braquiocrural izquierda. Trast[orno] del lenguaje. Convulsiones”.

En suma, ambas partes coinciden en que el 3 de octubre del 2000 Y. F.C. concurrió al Hospital General de Agudos “Dr. Juan A. Fernández” con motivo del inicio del trabajo de parto y que, al presentarse bradicardia fetal, se le realizó un parto forcipal.

La discrepancia principal entre la parte actora y el GCBA puede resumirse de la siguiente manera: mientras los accionantes sostienen que Y. no recibió los controles médicos adecuados durante el trabajo de parto por lo que no se detectó a tiempo la bradicardia fetal, la cual imponía la realización de una cesárea y, en consecuencia, se sometió al feto a un sufrimiento fetal agudo que ocasionó los daños que dieron origen a estas actuaciones, el GCBA afirma que no se produjo demora alguna en el diagnóstico por parte de los médicos intervinientes y que, ante el primer signo de alarma –bradicardia-, se procedió a extraer el feto.

XXIII. Que a los fines de evaluar si el modo en que el GCBA prestó el servicio de salud se adecuó a los estándares reseñados en los considerandos anteriores, al igual que en todo juicio por mala praxis, cobra relevancia el dictamen efectuado por los peritos médicos intervinientes.

En este punto, corresponde señalar que la pericia médica obrante a fs. 425/429 vta. confeccionada por el médico de la Dirección de Medicina Forense del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dr. Eduardo Gabriel Martella, no será tenida en consideración a los fines de resolver las presentes actuaciones. Ello, toda vez que si bien se desestimó el pedido de remoción del mencionado perito, lo cierto es que el informe que había oportunamente presentado carece del rigor científico y de la objetividad necesaria para aportar elementos de convicción.

En efecto, tal como señaló la actora al momento de impugnar la pericia, el dictamen del Dr. Martella, en el acápite “Consideraciones médico legales”, está conformado casi en su totalidad por la transcripción cuasi textual del artículo que obra impreso a fs. 447/448. Se trata de un artículo cuya titularidad se autoatribuye una persona que dice ser abogada, que se presenta a sí misma como “abogado y asesor sanatorial” y que manifiesta en forma expresa su angustia ante las indemnizaciones que deben pagar los médicos en casos de mala praxis. El accionar del perito, quien ni siquiera hizo referencia a esta fuente, de carácter no médico por cierto, es reprochable y susceptible de generar sospechas de parcialidad y falta rigor científico en la parte actora; todos

estos motivos por demás suficientes para que el Tribunal no tome en consideración la pericia obrante a fs. 425/429 vta. (conf. art. 384, CCAyT).

Es que, tal como establece el código de rito local en su artículo 384, la fuerza probatoria del dictamen debe ser estimada por el juez teniendo en cuenta, entre otras cosas, la competencia del perito, los principios científicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y las observaciones formuladas por los consultores y letrados.

Sobre el punto, se ha dicho que “en principio el dictamen pericial no es vinculante, salvo que la ley expresamente lo establezca (v. gr. demencia). Las reglas de la sana crítica permiten establecer cuándo el examen pericial debe ser estimado o repelido por el tribunal (...) [E]l juez debe aplicar la sana crítica y estar a los restantes elementos que existan en la causa, salvo que esté eficientemente fundada y no puedan oponérsele argumentos científicos que la desvirtúen” (Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, t. II, 1ra. ed. 1ra. reimpr., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 1172 y 1180).

Debe tenerse presente que si bien en las causas iniciadas por responsabilidad médica la prueba pericial tiene una importancia especial, “ello no importa su aceptación sin más. El juez no homologa la pericia, sino que la evalúa de acuerdo a las pautas que marca la ley” (Sala III, “Coria, Claudio Ariel c/GCBA s/responsabilidad médica”, expte. EXP 11.901/0, 28/02/2014, del voto de la Dra. Gabriela Seijas).

Por estos motivos, de aquí en más se hará referencia exclusivamente a la pericia médica obrante a fs. 731/742 vta. confeccionada con posterioridad por los expertos médicos pertenecientes a la Dirección de Medicina Forense, tal como fuese ordenado por el Tribunal a fs. 641/643.

XXIV. Que efectuada dicha aclaración, cabe señalar que en la nueva pericia los galenos intervinientes concluyeron que L.C “[c]omo consecuencia de la hipoxia cerebral sufrida en el parto, padece como secuelas neurológicas una afasia motora, retardo mental leve, epilepsia medicada, hemiparesia a predominio izquierdo, con movilización con marcha espástica debiendo ser asistido por un mayor” (fs. 742 vta.).

Los expertos médicos explicaron que la encefalopatía crónica no evolutiva es un trastorno que debuta precozmente en el recién nacido y que afecta a una o más extremidades con espasticidad o parálisis muscular. Indicaron que se encuentra relacionada con la lesión de neuronas motoras altas del cerebro y que, si bien su etiología es multifactorial, en la actualidad existe consenso en considerarla como un “grupo de trastornos del desarrollo del movimiento y la postura, causantes de limitación de la actividad, que son atribuidos a una agresión no progresiva sobre un cerebro en desarrollo, en la época fetal o primeros años” que puede deberse a factores prenatales, perinatales o postnatales (fs. 734).

Agregaron que entre las causas que pueden contribuir al desarrollo de parálisis cerebral se encuentran las “infecciones, hemorragias intracraneales, leucomalacia periventricular en prematuros, la hipoxia o isquemia como ocurre en el síndrome de aspiración de meconio, la

persistencia de circulación fetal o hipertensión pulmonar en el recién nacido o en la ictericia del recién nacido” (fs. 734 vta.).

Reiteraron que si bien su etiología es heterogénea, la gravedad y el tipo de alteración motriz es variable, así como las otras afecciones que se encuentran asociadas, como ser el retraso mental y la epilepsia. Puntualmente, manifestaron que “la epilepsia es frecuente en todos los tipos de parálisis cerebral” y que “es más frecuente en aquellos niños con cuadriparesia espástica, alcanzando el 70%”. Destacaron también que el

retraso mental “existe prácticamente en todos los casos de parálisis cerebrales espásticas cuadriparéticas, y es tanto más grave cuanto más importante es la discapacidad motora” (fs. 734 vta.).

Por otro lado, al responder los puntos de pericia, señalaron que la bradicardia es la disminución de la frecuencia cardíaca. Con relación a la auscultación del corazón fetal, afirmaron que existen determinadas modificaciones de la frecuencia cardíaca fetal que se encuentran asociadas al sufrimiento fetal agudo y que éstas son la bradicardia, taquicardia y la irregularidad de los latidos fetales. Precisarón que se habla de bradicardia cuando la frecuencia cardíaca es inferior a ciento veinte (120) latidos por minutos y que “[s]e acepta que es consecuencia de la depresión del automatismo cardíaco provocado por la hipoxia” (ver fs. 738 vta.).

De otra parte, explicaron que la hipoxia es definida como “la disminución del aporte de oxígeno a las células” que “limita la producción de energía a niveles por debajo de los requerimientos celulares” (fs. 741).

Destacaron también, al contestar las impugnaciones efectuadas por la actora, que realizado el parto se observó una circular de cordón en bandolera y “una acidosis metabólica en sangre de cordón como expresión de sufrimiento fetal agudo”, definiendo a éste último como “aquella asfixia fetal progresiva, que, si no es corregida o evitada, provocará una descompensación de la respuesta fisiológica, desencadenando un daño permanente en el Sistema Nervioso Central”. Agregaron que cuando el sufrimiento fetal agudo persiste o no pueden corregirse sus causas se “debe extraer el feto por el procedimiento que corresponda según las circunstancias (fórceps o cesárea)” (ver fs. 759 y vta; destacado añadido).

Al dar respuesta a los puntos de pericia propuestos por la actora, frente a la pregunta de si para el caso que nos ocupa debía efectuarse la práctica de una cesárea, el perito médico respondió: “[s]egún lo que consta en la historia clínica el procedimiento efectuado es uno de los indicados, para el sufrimiento fetal agudo intrauterino” (fs. 738 vta; destacado añadido).

Luego, en ocasión de evacuar los puntos de pericia del GCBA, ante la pregunta de “[s]i los controles durante el trabajo de parto fueron correctos y cuáles fueron sus resultados”, el perito afirmó “[s]í. Los controles fueron correctos durante el trabajo de parto. A las 18.30 hs. Se produce BF [bradicardia fetal] con completa en 4° plano. Por falta de desprendimiento y BF se decide realizar parto forcipal” (fs. 740 vta). Más adelante, en la pericia se añade que “cuando hubo falta

de desprendimiento e hipoxia fetal es que se decide el parto forcipal” (fs. 740 vta.). También se indicó que “según registro del partograma a las

18.30 hs. la frecuencia cardíaca era de 120 latidos por minuto, y las 18.32 hs. desciende a 90 lpm por lo que con dilatación completa, más falta de desprendimiento y bradicardia fetal se decide realizar parto forcipal. fetal” (fs. 740 vta).

Al responder si “la elección de una toma de desprendimiento fue correcto en las circunstancias tratadas en autos. Justifique científicamente su respuesta”, la respuesta que se consigna es “[e]ste perito considera la elección del tratamiento correcta de acuerdo a los obrantes en autos. Siendo en frecuencia las indicaciones de parto forcipal las siguientes FALTA DE DESCENSO 25.8% EXPULSIVO PROLONGADO 15.2% SUFRIMIENTO FETAL 13.9% BRADICARDIA FETAL 9.2% AGOTAMIENTO MATERNO 1.9% es que la decisión fue la correcta” (fs. 741; resaltado añadido).

Al evacuar la siguiente pregunta, el peritó descartó la indicación de una operación cesárea. “No, en estas condiciones era parto forcipal”. A continuación agregó que “[s]egún el partograma y parte quirúrgico que obra en autos, no hubo demora en el diagnóstico ni en el tratamiento” (fs. 741; resaltado añadido).

XXV. Que si bien, como se desprende la pericia, los expertos médicos consideraron que la actuación de los profesionales del GCBA fue correcta, lo cierto es que dichas conclusiones parten del análisis de la historia clínica de Y.F.C, en particular de su hoja cinco (5), la cual –tal como advirtieron los actores y el Asesor Tutelar- no sólo no guarda relación de continuidad con su inmediata anterior – obsérvese que la hoja 4 vta. se encuentra prácticamente sin utilizar- sino que tampoco se encuentra suscripta por ningún profesional médico ni auxiliar de la medicina. Es decir, a la hora de examinar la conducta adoptada por los profesionales del Hospital General de Agudos “Dr. Juan A. Fernández”, los peritos médicos se basaron en una parte de una historia clínica que presenta serias irregularidades por carecer de foliatura del hospital, firma del profesional, sello correspondiente y falta de continuidad con la hoja anterior y que, por este motivo, no puede ser tomada por válida para analizar la atención brindada a Y.K.F.C y a su hijo L.I.C.

En efecto, en la hoja cuatro (4) de la historia clínica referida se dejó asentado que el 3 de octubre del 2000 Y.F.C fue controlada a las 10.30, 11.00 y 11.30 horas por parte la Dra. Laura Turelli, quien firmó y colocó su sello profesional. También se encuentran consignados controles, cada treinta minutos, entre las 12 y las 16 horas todos estos suscriptos por la Dra. María José Mattioli, con su sello. Asimismo en la foja cuatro (4) de la historia clínica se registraron controles a las 16.30, 16.50, 17.10 y 17.20 horas, firmados por la Dra. Turelli, quien también colocó su sello profesional.

Distinta es la situación respecto de las anotaciones que se hicieron en la foja cinco (5) de la historia clínica de Y.F.C. Allí se consignó que se realizaron controles a las 17.40, 17.50, 18.00, 18.10, 18.20, 18.25, 18.30, 18.32 y 18.34 horas. No hay ninguna firma ni sello respecto de estos supuestos controles.

A continuación del listado de supuestos controles de la hoja cinco (5) de la historia clínica de Y se lee “Por falta de desprendimiento y bradicardia fetal se decida realizar parto forcipal (ver parte quirúrgico)”. Nuevamente, no se observa ninguna firma ni sello a la cual se pueda atribuir la anotación. Estas irregularidades, consistentes en la falta de firma de las anotaciones que se habrían realizado desde las

17.40 horas y hasta un minutos antes del parto y la discontinuidad de la hoja en la que se listan estos supuestos controles inmediatamente anteriores al parto (un total de 9 anotaciones, a intervalos de 10, 5 y 2 minutos) siembran serias y graves dudas respecto de la existencia de tales controles.

Cabe destacar que en un caso similar, la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero, consideró cuestionables ciertas partes de una pericia en tanto la experta no había tenido en cuenta las irregularidades que presentaba la historia clínica. Señaló, a modo de ejemplo, que la perito había considerado correcto un monitoreo fetal no agregado a la historia clínica por falta de funcionamiento del equipo y que se había basado “en una descripción de ‘alguien’ toda vez que nadie suscribió dicha circunstancia” (Sala II, “M. P., M. L. c/ GCBA (Hosp. Gral. de Agudos Juan A. Fernández) y otros s/ daños y perjuicios”, expte. EXP 958/0, 31/05/2012).

En igual sentido, se ha dicho que las discontinuidades, claros o enmiendas que pueda presentar una historia clínica dan lugar a presunciones desfavorables al galeno y que es a éste a quien le incumbe producir prueba tendiente a desvirtuarlas, prueba que debe ser apreciada con un criterio riguroso por haberse privado al paciente de un elemento de juicio para determinar la culpa imputable al médico (conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, “M., J. G. y otro c/ Galeno Argentina S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, 22/05/2015).

Asimismo, en un caso sobre responsabilidad médica se sostuvo que en virtud de la teoría de la carga dinámica de la prueba o favor probationis correspondía poner la carga de la prueba de inculpabilidad sobre quien se encontraba en mejores condiciones de hacerlo, “máxime [si] la historia clínica es harto deficiente” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, “Calcaterra Rubén y otros c. Municipalidad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, 24/05/1990).

En otras palabras, ante la deficiente confección de la historia clínica, correspondía al GCBA producir prueba tendiente a desvirtuar las graves presunciones que pesaban en su contra de haber brindado un servicio médico inadecuado. Lejos de ello, el GCBA desistió de la prueba que hubiese permitido otorgarle validez a la información consignada en la hoja cinco (5) de la historia clínica en cuestión. Así, luego de que la Dra. Laura Turelli reconociese su firma sólo en la hoja tres (3) y vta. (ver declaración testimonial de fs. 700/701) –obsérvese que debido a la doble foliatura se refiere a las fs. cuatro (4) y vta. donde se encuentra su firma y sello-, el GCBA desistió de los restantes testigos (ver fs. 803). Es decir, abandonó la oportunidad de interrogar a los otros médicos cuyas firmas aparecen en la historia clínica. Incluso el GCBA desistió de interrogar a Domingo Luis Di Roma, profesional médico que, según la historia clínica, intervino inmediatamente después de los supuestos controles realizados entre las 17.40 y 18.32 horas. Es quien suscribió la hoja seis (6) de la historia clínica, donde realizan todas las anotaciones

correspondientes al parto ("cirugía: parto forcipal (simson). Indicación: falta de desprendimiento. Bradicardia fetal (...").

No debe perderse de vista que, además de quitarle valor legal, la falta de firma implica que ninguno de los galenos intervinientes quiso asumir la responsabilidad médica por el tratamiento y atención médica brindada a Y entre las 17.40 y las 18.34 hs, es decir durante los cincuenta y cuatro (54) minutos anteriores al parto.

Relación de causalidad.

XXVI. Que es sabido que para que deba responderse por un daño es necesario que éste haya sido causado por la acción u omisión de aquél al que se le imputa.

En efecto, "no basta haber sufrido un daño para que ello sea suficiente título de la respectiva indemnización, pues es necesario establecer el nexo de causalidad entre ese efecto dañoso y el hecho que suscita la responsabilidad en cuestión, en cuanto este hecho sea el factor por cuyo influjo ocurrió aquel daño" (TSJ, "T.S.N. y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. Médica) s/recurso de apelación ordinario concedido", en EXP 6400/0, "T.S.N. y otros c. GCBA y otros sobre daños y perjuicios (excepto resp. Médica)", expte. 4912/06, 06/11/2007, del voto del Dr. Casás).

Esto ha llevado a que se desarrollen diversas teorías acerca de cuándo existe relación de causalidad entre un hecho y un daño, siendo la más aceptada la teoría de la causalidad adecuada.

A la luz de dicha teoría, para determinar la causa del daño se debe hacer, ex post facto, un juicio o cálculo de probabilidad en el que, prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente, era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas. Si de acuerdo con la experiencia de la vida diaria la respuesta es afirmativa, se considerará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño y, por ende, será posible imputárselo objetivamente al agente. En cambio, si se contesta que no, faltará la relación causal, independientemente de que en el caso concreto tenga que admitirse que dicha conducta fue también una conditio sine qua non del daño, pues de haber faltado este último no se habría producido o al menos no de esa manera (conf. Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., Derecho de las Obligaciones, t. IV, 4ta. ed., La Ley, Buenos Aires, p. 739).

En esta línea, en orden a determinar imputabilidad y el alcance de la reparación, el artículo 901 del Código Civil hace referencia a "[l]as consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas", a las que denomina "consecuencias inmediatas". Cabe apuntar que, en la misma línea, el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1727 establece: "Tipos de consecuencias. Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código `consecuencias inmediatas´. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman `consecuencias mediatas´. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman `consecuencias casuales´".

Ahora bien, la complejidad que presenta la prueba de la relación de causalidad en los casos de culpa médica ha llevado a que la doctrina y la

jurisprudencia flexibilicen o aligeren la prueba de la interconexión entre el hecho o factor eficiente y el daño a fin de que la responsabilidad médica no se torne ilusoria. En otras palabras se ha dicho que “cuando es imposible tener certeza o exactitud por la complejidad del caso el juez podrá tener por acreditada la relación de causalidad si existen elementos probatorios que permitan deducir con un grado de suficiente probabilidad, que la conducta del médico resultó idónea para producir el daño” (Sala B, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “Z., S. A. y otro/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios – resp. médica”, 09/02/2018).

XXVII. Que resta entonces determinar si el cuadro clínico que presenta L.C. es consecuencia del accionar de los médicos dependientes de la demandada y, asimismo, si el resultado (el daño) es atribuible al Estado local.

Los peritos médicos de la Dirección de Medicina Forense indicaron que L.I.C presenta diagnóstico de encefalopatía crónica no evolutiva (ECNE), epilepsia y síndrome de apnea obstructiva del sueño que se corresponderían con un cuadro de hipoxia perinatal por distocia de parto (fs. 733 vta.). También hemiparesia FBC [facio braquio crural] de predominio izquierdo, trastornos del lenguaje, convulsiones, deficiencia mental motriz (fs. 739).

Definieron la encefalopatía crónica no evolutiva (ECNE) como un trastorno motor no progresivo que se encuentra relacionado con la lesión de neuronas motoras altas del cerebro. Señalaron – como ya se indicó- que su etiología es multifactorial y que puede deberse a factores prenatales, perinatales o postnatales (fs. 734). Asimismo, destacaron que entre las causales que pueden contribuir al desarrollo de parálisis cerebral se encuentra, entre otras, la hipoxia (fs. fs. 733 vta y 734 vta).

Tal como ya se reseñó, los expertos precisaron que las alteraciones motoras derivadas de la encefalopatía crónica no evolutiva son variables y que, dentro las afecciones asociadas se encuentran el retraso mental y la epilepsia (ver fs. 734 vta.). Entre las complicaciones más frecuentes de este cuadro mencionaron , entre otras, las

ortopédicas, los trastornos digestivos –dificultades para la alimentación-, trastornos respiratorios y alteraciones buco-dentales (ver fs. 735).

Cabe apuntar que al responder las aclaraciones e impugnaciones, el perito reiteró que “[a] consecuencia de su SFA [sufrimiento fetal agudo], se han desarrollado secuelas neurológicas” (fs. 760).

Por otra parte, en sentido coincidente con lo dictaminado en este punto por los peritos intervinientes en estas actuaciones, de la historia clínica N° 1.390.643 remitida por el Sanatorio “Güemes” surge que L.C recibió también diagnóstico de encefalopatía crónica no evolutiva, hemiparesia izquierda, marcha espástica y que fue internado por crisis convulsivas, así como por una cirugía de adenoides (ver fs. 364 vta., 400 y 406).

A su vez, en la historia clínica N° 990.257 del Hospital de Pediatría

S.A.M.I.C. “Prof. Dr. Juan P. Garrahan” consta que L padece, además de encefalopatía crónica secundaria a hipoxia perinatal y epilepsia refractaria al tratamiento, apnea obstructiva del sueño, dificultades para alimentarse y que fue sometido a una traqueotomía por presentar insuficiencia respiratoria (ver entre otras fs. 274, 276 y vta., 288, 298, 299 y 308).

Al responder las impugnaciones, el perito de la Dirección de Medicina Forense explicó que el score de APGAR es un examen que indica el estado de salud del recién nacido al minuto, a los cinco y a los diez minutos y utiliza una puntuación que va de cero (0) a diez (10) y donde, un número menor o igual a cuatro (4), implica asfixia severa y necesidad de reanimación o resucitación. Destacaron que el APGAR de L fue de 3/5/7; es decir tres (3) al minuto y que, en consecuencia, podía considerarse con alta probabilidad que sufrió hipoxia cerebral (fs. 758 vta.).

El experto refirió, además que “[e]l sufrimiento fetal agudo (SFA) y la bradicardia, surgen claramente al analizar cronológicamente el Partograma a fs. 5. En dicho documento se acredita a partir de las 18.30 hs una caída de la frecuencia cardíaca previa 120 lpm; 18.32 – 90 lpm; 18.34 90 lpm” (fs. 759, énfasis agregado). Luego, el galeno añadió que cuando el SFA persiste o sus causas no pueden corregirse, se debe extraer el feto por el procedimiento que corresponda según las circunstancias (fórceps o cesárea), ya que el SFA representa un estado de shock.

A continuación, indicó que “el menor L.C., afirmativamente cursó un cuadro de SFA; en fundamento al análisis cronológico del Partograma y el Parte Quirúrgico, no surgen demoras en el accionar de los médicos intervinientes. El daño neurológico del menor, son el resultado de una anoxia cerebral en el contexto de un SFA” (fs. 759 vta.).

Luego, explicó que “bradicardia significa disminución de la frecuencia cardíaca. Para el caso de bradicardia fetal, implica una disminución de la frecuencia cardíaca inferior a 120 lpm. La misma existió. Así surge documentado en el partograma a fs. 5, 18.30 hs. – 120 lpm; 18.32 hs – 90 lpm; 18.34 hs – 90 lpm”, destacando que “[n]o se registran firmas ni sellos” (fs. 759 vta, destacado agregado).

Frente a la pregunta de si “[p]ara el caso de autos, la práctica de un parto forcipal fue una indicación correcta, habida cuenta que el feto se hallaba a las 18.32 hs con dilatación completa y IV plano de Hodge, lo cual implica realizar un fórceps”, la respuesta brindada fue afirmativa: “El SFA es una indicación de parto forcipal. Para el caso de marras, luego de un meticuloso análisis de la HC obstétrica como así también del partograma, se considera que la parturienta comenzó con un trabajo de parto normal (...), de acuerdo a los distintos registros horarios a partir de las 10.30 hs.” (fs. 760). “Los controles desde las 17.20 hs, fueron consecutivamente 17:40 hs, 17:50 hs, 18:00 hs, 18:10 hs, 18.20 hs, 18:25 hs, 18:30 hs; 18:32 hs, 18:34 hs. El diagnóstico de SFA se realiza mediante el análisis clínico de los parámetros vitales del feto. Es un diagnóstico presuntivo/sospecha inicialmente, que se va a certificar neonatológicamente al momento del nacimiento. (...) Aquí el diagnóstico inicial se fundamentó en bradicardia fetal 90 lpm, posteriormente por la presencia de un APGAR acidosis metabólica, 3/5/7, depresión respiratoria,

hipotonía generalizada, etc.” (760 vta.). El perito reiteró que, teniendo en cuenta los controles registrados en la historia clínica, nada hacía prever la existencia de sufrimiento fetal agudo (fs. 761 vta; destacados agregados).

En cuanto a la rapidez con la que actuaron los galenos, el perito negó que hubiera existido demora en el tratamiento de la madre y/o del niño. Señaló que “tal cual surge de la HC tanto de la asistencia de la madre como del recién nacido. En cuanto al partograma, independientemente de alguna omisión en cuanto a firmas por parte de los profesionales, es descriptivo desde el punto de vista médico legal” (fs. 761).

El experto continuó explicando que “[c]omo ya fuera previamente explicitado, el SFA aceptado en la actualidad es definido como: aquella asfixia (anoxia) fetal progresiva, que, si no es corregida o evitada, provocará una descompensación de la respuesta

fisiológica, desencadenando un daño permanente del Sistema Nervioso Central, falla múltiple de órganos y muerte. Hipoxia aguda, implica una marcada reducción en el aporte de oxígeno a nivel de los tejidos y, por ende a las células que los componen. Todo ello, surge claramente del análisis de la documental médica del Hospital Fernández; tanto en lo concerniente a la atención materna como del recién nacido” (fs. 761; resaltado añadido).

Luego, amplió estos conceptos detallando que “[d]e importancia médico legal es también el concepto actual de Sufrimiento Fetal Agudo o Pérdida del Bienestar Fetal (Parer JT, Livingston EG. What is fetal distress? Am J Obstet Gynecol 1990; 162:1421 – 1427); que se define como: ‘aquella asfixia fetal progresiva, que si no es corregida o evitada, provocará una descompensación de la respuesta fisiológica, desencadenando un daño permanente en el Sistema Nervioso Central, falla múltiple de órganos y muerte’. Definición que nos lleva a otro concepto de interés médico legal en la presente litis, la asfixia intraparto. La asfixia intraparto es sólo responsable del 10% de las ECNE; sin embargo, sigue siendo la más frecuente como causa única, sobre todo en recién nacidos de término. La asfixia intraparto es conceptualizada como un mecanismo de lesión cerebral y responsable de secuelas en el desarrollo. Se puede señalar que es un concepto difícil y problemático de diagnosticar, ya que la mayoría de los parámetros fetales o neonatales son imprecisos y poco específicos. En realidad, estos signos inespecíficos periparto, con frecuencia son secuelas de procesos patológicos ocurridos antes del parto y dan lugar a una hipoxia crónica, produciendo afectación del sistema nervioso autónomo y por tanto del control de la frecuencia cardíaca fetal y de la respiración. Si bien hay distintas causas de encefalopatía neonatal, la asfixia intraútero es la causa más frecuente de encefalopatía hipóxico-isquémica (relacionada con un gasto cardíaco reducido en presencia de hipoxia)” (fs. 762 y vta., destacado agregado).

XXVIII. Que en función de todo lo expuesto pueden tenerse por acreditado que L.C. presenta encefalopatía crónica no evolutiva secundaria a hipoxia perinatal [es decir, encefalopatía crónica como consecuencia de hipoxia perinatal], más un gran número de secuelas neurológicas (afasia motora, retardo mental leve, epilepsia, hemiparesia a predominio izquierdo, marcha espástica, todas ellas, según los informes médicos, de asociación frecuente a la encefalopatía crónica (parálisis cerebral). También se puede tener por probado que L.C. sufrió al momento del parto

sufrimiento fetal agudo (asfixia fetal progresiva) y que presentó bradicardia. Si bien la encefalopatía crónica tiene causas muy diversas, siguiendo la opinión de los médicos, una de estas causas es la hipoxia o asfixia fetal, también de acuerdo a la opinión de los galenos.

Asimismo, los peritos médicos intervinientes consideraron que a partir de las 18.30 horas se registró una caída en la frecuencia cardíaca previa y por lo tanto valoraron como acertada y oportuna (es decir, sin demora) la decisión que se tomó a las 18.34 horas de realizar un parto forcipal.

Ahora bien, para arribar a esta conclusión los peritos se basaron en las anotaciones de la historia clínica de Y.F.C (“surgen claramente al analizar cronológicamente el Partograma a fs. 5 [de la historia clínica]”, fs. 759) y, como se explicó detalladamente más arriba, las anotaciones de controles de la hoja cinco (5) de la referida historia clínica, que son los correspondientes a los cincuenta y cuatro (54) minutos anteriores al nacimiento de L, no pueden tenerse por válidas. Es decir, los supuestos controles que ellas reflejarían resultan harto dudosos en cuanto a su existencia, frecuencia y valores obtenidos y anotados (horario, latidos cardíacos fetales, etc.). De este modo, no se puede coincidir con los expertos médicos en que fue correcta la decisión tomada a las 18.34 horas de realizar un parto forcipal ya que –según refieren- la bradicardia fetal se presentó recién a las 18.30 horas. Los padecimientos de L.C. detallados más arriba y la forma en que se sucedieron los hechos llevan a pensar que Y.F.C no fue controlada, o no lo fue debidamente, en los cincuenta y cuatro (54) minutos previos al nacimiento de su hijo y, por lo tanto, tampoco se puede coincidir con los peritos en que no hubo demora en la decisión de realizar un parto forcipal a las 18.34 horas ya que tampoco puede tomarse como veraz las anotaciones que indican que la bradicardia fetal se presentó recién a las 18.30 horas.

Todo ello impone apartarse de la conclusión a la que arribaron los peritos médicos (conf. art. 384, CCAyT) y lleva a afirmar que la atención médica que recibió Y.F.C cuanto menos negligente.

En este contexto, toda vez que es la demandada quien se encontraba en mejores condiciones de probar que los profesionales de la salud que atendieron a Y.F.C en ocasión del parto de L.C. lo hicieron de forma idónea y diligente, de conformidad con las reglas de la medicina; y dado que no pueden tenerse por válidas las anotaciones que refieren a supuestos controles efectuados durante los cincuenta y cuatro (54) minutos previos al nacimiento de L. (esto es, entre las 17.40 y 18.34 horas), corresponde tener por configurada la responsabilidad del GCBA por falta de servicio en los términos del artículo 1112 del Código Civil.

Alcance de la indemnización.

XXIX. Que así las cosas, habiéndose establecido la responsabilidad del GCBA en el caso de autos, deviene necesario determinar el alcance de la indemnización correspondiente.

Los accionantes reclamaron, en lo que respecta a L.I.C, la suma de trescientos mil pesos (\$300.000) en concepto de incapacidad sobreviniente, ciento veinte mil pesos (\$120.000) por daño

psicológico y tratamiento, ciento cincuenta mil pesos (\$150.000) por daño moral y trescientos mil pesos (\$300.000) por gastos futuros.

En cuanto a Y.F.C, peticionaron la suma de cien mil pesos (\$100.000) por daño moral, cincuenta mil pesos (\$50.000) por daño psicológico y tratamientos y doscientos mil pesos (\$200.000) por gastos futuros.

Por último, con relación a H.C solicitaron la suma de cien mil pesos (\$100.000) en concepto de daño moral, cincuenta mil pesos (\$50.000) por daño psicológico y tratamientos y doscientos mil pesos (\$200.000) por gastos futuros.

Cabe aclarar que, sin perjuicio de que en la liquidación de rubros reclamados de fs. 16 y vta. se incluyó el ítem daños futuros tanto para L como para cada uno de sus padres, lo cierto es que, con la salvedad que se hará respecto de los gastos por tratamiento psicoterapéutico para Y, en la descripción de los gastos futuros que se reclaman de fs. 14/15 vta. se aludió a gastos de diversa índole que corresponden a L, independientemente de que en la actualidad sean solventados por sus padres. Por este motivo, se considerará que el daño futuro reclamado es por L y se adicionarán los montos que se estimaron para sus padres.

Incapacidad sobreviniente.

XXX. Que, en primer lugar, será analizado el pedido efectuado por la parte actora para que se otorgue a L.I.C una indemnización por daño físico -incapacidad sobreviniente.

XXXI. Que, en miras a evaluar el reclamo efectuado por incapacidad sobreviniente, debe prestarse especial atención al dictamen elaborado por los expertos médicos intervinientes en estas actuaciones (fs. 731/742 vta.). Como fuere oportunamente señalado, de dicho dictamen surge que L.I.C presenta encefalopatía crónica no evolutiva secundaria a hipoxia perinatal [es decir, encefalopatía crónica como consecuencia de hipoxia perinatal], más un gran número de secuelas neurológicas -afasia motora, retardo mental leve, epilepsia, hemiparesia a predominio izquierdo y marcha espástica- de asociación frecuente, según el informe médico, a la encefalopatía crónica (parálisis cerebral; fs. 742 vta.). En este sentido, los galenos señalaron que L no escribe, no se expresa, no resuelve cálculos matemáticos y que reconoce su nombre en la escritura sólo por memoria visual (fs. 733 vta.). Agregaron que la afasia de tipo motora que presenta el actor es más de expresión que de comprensión y que comprende y ejecuta órdenes simples (fs. 739).

Por otra parte, al ser consultados si L requiere una especial atención por parte de terceras personas, los expertos afirmaron que “[r]equiere ayuda para la mayoría de las tareas” (fs. 739 vta.). En la misma línea, aseveraron que el actor tiene pérdida de autonomía y de autovalidez (fs. 739 vta.). Luego, los peritos estimaron una incapacidad permanente del cien por ciento (100%; fs. 734 y 739) que implica que “no puede trabajar, requiere de ayuda de terceros y no se puede hacer entender” (ver contestación a la impugnación de pericia, fs. 759).

De otro lado, de la historia clínica N° 1.390.643, reservada en Secretaría bajo el sobre N° 32, surge que L.I.C. realizó, entre los años 2002 y 2006, constantes consultas ante distintos fonoaudiólogos,

psicólogos y médicos especialistas en neurología infantil en el Sanatorio "Güemes". A su vez, de la historia clínica remitida por el Hospital de Pediatría S.A.M.I..C. "Prof. Dr. Juan P. Garrahan" que luce a fs. 267/344 se desprende que, a partir del año 2006, L se trató en forma reiterada con expertos en neurología infantil y que padeció distintas crisis epilépticas, siéndole diagnosticado luego epilepsia refractaria. Resulta ilustrativa de los daños sufridos por el actor la evaluación neuropsicológica obrante a fs. 283 donde se consignó que, a la edad cronológica de siete (7) años y un (1) mes, el aquí accionante presentaba una edad mental de tres (3) años y nueve (9) meses. También consta en dicha historia clínica que L.C presentó insuficiencia respiratoria nasal con apneas obstructivas y reiteradas que, al no poder ser corregidas tras reiteradas septoplastías, condujo a que se le realizase una traqueotomía (fs. 324).

El certificado de discapacidad emitido el 12 de marzo de 2004 (reservado en Secretaría) indica como diagnóstico "hemiparesia braquiocrural izquierda. Trast[orno]

del lenguaje. Convulsiones". En el expediente 42.659.790, correspondiente a dicho certificado, se consignó que L padece deficiencias intelectuales, psicológicas, del lenguaje y músculo-esqueléticas. También surge que presenta discapacidades de la conducta, la comunicación, del cuidado personal, de la locomoción y de la destreza. Por último, se refirió que el actor sufre tanto desventajas de orientación, independencia física y movilidad, como ocupacionales, de integración social y de autosuficiencia económica (fs. 8, expediente 42.659.790).

En suma, la prueba aportada a la causa -en especial, la pericia médica reseñada más arriba, las historias clínicas del Sanatorio Güemes y del Hospital de Pediatría S.A.M.I..C. "Prof. Dr. Juan P. Garrahan"- llevan a coincidir con el porcentaje de incapacidad física determinada por los peritos intervinientes, el cual se fija en cien por ciento (100%).

XXXII. Que, llegado este punto, a los fines de fijar el monto de la indemnización que debe otorgarse al accionante en concepto de incapacidad sobreviniente, es necesario valorar las dificultades propias que acarrea una lesión de este tipo para una persona de su edad y las implicancias que tuvo para el desenvolvimiento de su vida.

En este orden de ideas, se ha afirmado que "la disminución de la incolumidad personal no se mensura sólo en relación a la aptitud de generar ganancias monetarias, sino en función de toda actividad valiosa materialmente que pueda desempeñarse en una vida normal" (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento... op. cit., t. 2.a, Integridad sicofísica, Hammurabi, 2da. ed. ampl. 2da. reimpr., p. 411).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado en reiteradas oportunidades que para evaluar el monto del resarcimiento por la disminución de las aptitudes físicas no es necesario ajustarse a criterios matemáticos ni tampoco a los porcentajes fijados en la ley de accidentes de trabajo, aunque puedan ser útiles como pauta de referencia. Deben tenerse en cuenta, además, las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas y los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación (conf. Fallos: 320:1361; 325:1156 y 330:563, entre otros).

En particular, acerca de la incapacidad sobreviniente, se ha dicho que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de su actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (conf. Fallos: 308:1109; 322:2658, entre otros).

Paralelamente, han de tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas y los efectos que éstas pudieran llegar a proyectar en su vida laboral y de relación (conf. Fallos: 320:1361; 325:1156; 330:563, entre otros); esto es, las repercusiones que el perjuicio ocasiona en las distintas esferas de la vida de la víctima.

Establecidas las referidas pautas para fijar el monto de la indemnización, teniendo en cuenta que L.I.C presenta una incapacidad permanente del cien por ciento (100%) de la T.O. y T.V., que dicha discapacidad le impide desarrollarse en todos los ámbitos de su vida, que requerirá siempre de la asistencia de terceras personas para realizar sus quehaceres diarios, que se verá imposibilitado de trabajar y obtener ingresos y que deberá concurrir en forma permanente a diversos médicos, sea para estabilizar su epilepsia o por controles, considero prudente otorgar la suma de trescientos mil pesos (\$300.000), requerida en el escrito de inicio, en concepto de indemnización por incapacidad sobreviniente.

Daño psicológico.

XXXIII. Que con respecto al daño psicológico corresponde efectuar las siguientes precisiones.

La Cámara de Apelaciones del fuero ha señalado en numerosas oportunidades que “en nuestro sistema civil, el daño indemnizable sólo puede ser patrimonial o moral. El primero está regulado en los artículos 519, 1068, 1069 y concordantes del Código Civil, mientras que el segundo ha sido establecido en los artículos 522, 1078 y concordantes del referido cuerpo legal (cfr. la causa “Raimondo, Inés Beatriz c/GCBA s/daños y perjuicios”, EXP nº 1679, sentencia del 26/03/2004). En este contexto normativo, las lesiones a la integridad psicofísica (entre las que se cuentan, entre otras, las psicológicas y las estéticas) constituyen formas de lesividad, que podrán generar —según la índole de los intereses afectados y de las proyecciones de sus consecuencias (patrimoniales o espirituales)— daño patrimonial o daño moral (o ambos). (cfr. Pizarro, Ramón Daniel, ob. cit., pág. 563). En suma: el daño psicológico no es una categoría autónoma, sino que formará parte del daño patrimonial o del daño moral

según la naturaleza de las consecuencias que genere. De esta manera, si las lesiones psicológicas afectan el bienestar espiritual o sentimental de la víctima, dicha afectación deberá ser indemnizada como daño moral. Si, en cambio, los daños psicológicos ocasionan un empobrecimiento o una pérdida de ganancias para la víctima, se deben considerar dentro del daño patrimonial” (Sala I, “Bottini Carmen B. c/GCBA s/daños y perjuicios”, expte. EXP 2835/0,

25/02/2005 y criterio seguido por la Sala III en la causa "F. M. c/GCBA y otros s/daños y perjuicios" expte. EXP 1754/0, 13/03/2014).

En atención a lo expuesto, toda vez que en el escrito de inicio los accionantes manifestaron que, como consecuencia de las secuelas del hecho de autos, L.I.C presenta problemas para integrarse, sentimientos de tristeza, tendencia al llanto y alteraciones en las áreas afectiva, intelectual, conativa y volitiva, dichas afectaciones serán abordadas al examinar la procedencia de la indemnización que peticionaron por daño moral. A tal fin, se efectuará un estudio conjunto de las manifestaciones expuestas por los accionantes en torno al daño psicológico y moral padecido por L y se adicionarán los montos que asignaron a cada rubro en la demanda.

Esta consideración es extendible al daño psicológico reclamado por H.C y Y.F.C. En cambio, se tratará más adelante, al analizar el daño futuro, el rubro "gastos por tratamientos psicoterapéuticos", tanto respecto de L como de sus padres, ya que de los términos del escrito de inicio se infiere que se trata de gastos futuros. Por otra parte, no se ha producido prueba relativa a erogaciones ya efectuadas por este rubro.

Daño moral de L.C.

XXXIV. Que aclarado lo anterior, cabe recordar que el daño moral ha sido definido por la doctrina como toda modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial, que debe ser reparado con sentido resarcitorio (conf. Ramón D. Pizarro, Daño Moral, Hammurabi, 2da. ed., p. 43).

La Corte Suprema ha definido al daño moral como un detrimento de índole espiritual (conf. Fallos: 316:2894; 327:1738; entre otros) y aclaró que aun cuando el dolor no puede medirse o tasarse, ello no impide justipreciar la satisfacción que procede para resarcir -dentro de lo humanamente posible- las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristezas propios de la situación vivida por la víctima.

Por su parte, la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero, al analizar la forma en la cual se determina el daño moral, sostuvo que "[e]l dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, son elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño

moral padecido. Pero todo ello debe ser valorado prudencialmente por el juez, tomando en cuenta las circunstancias objetivas del caso concreto" (Sala II, "Naccarato, Roberto Aníbal c/ GCBA s/ impugnación de actos administrativos", expte. EXP 1187/0, 02/07/2002).

Sentado ello, cabe señalar que si bien en el informe presentado a fs. 657/664 vta. la perito psicóloga interviniente manifestó que el retraso mental moderado a severo que presenta L lo inhabilita para ser evaluado, lo cierto es que de ello no se sigue que L no padezca daño moral.

Por el contrario, las constancias de autos dan prueba de los padecimientos espirituales sufridos por el actor. En efecto, se ha dicho que el daño moral no reside sólo en lo que el sujeto piensa, padece o quiere sino que la misma privación de la capacidad de pensar, sentir o decidir, sea en forma total o parcial, permanente o definitiva, es indudablemente un daño moral. No se requiere de ninguna aptitud subjetiva para experimentar el daño moral ya que para sufrir en sentido psíquico no es preciso tener conciencia, saber o conocer. Es decir, la falta de comprensión del propio dolor y de su origen no excluye su existencia toda vez que para que se configure el daño moral basta dicho sufrimiento aunque el sujeto, como se dijo, no tenga conciencia de él y no sea capaz de intelectualizar su dolor. El daño moral queda excluido sólo si la aptitud de sentir ha desaparecido en forma total, como podría ocurrir en el caso de una persona en estado vegetativo (conf. Zavala de González, Matilde, Resarcimiento... op. cit., t. 2.a, Integridad sicofísica, Hammurabi, 2da. ed. ampl. 2da. reimpr., p. 560, 563 y 565).

En la historia clínica remitida por el Hospital de Pediatría S.A.M.I.C. "Prof. Dr. Juan P. Garrahan" se encuentra anejado un informe del año del 2013 del Instituto "Saint Jean" A-492, nivel de educación especial, del que surge que L se mostraba con poco interés por aprender y compartir con amigos; que en los espacios comunes –recreo, saludo a la bandera, entre otros- se fatigaba y debía realizar pausas; que producto de su fatiga prestaba poca atención en las clases; que en las actividades que requerían mayor movilidad "no p[odía] seguir el ritmo de sus pares, quedando fuera de

las actividades grupales"; y que, en todo momento, se encontraba tenso y rígido (ver fs. 304).

Por otra parte, en la historia clínica remitida por el Sanatorio "Güemes" se hace referencia a las dificultades que tuvo el actor para desprenderse de su madre y modificar su relación que, tal como indicaren los psicólogos tratantes, era de características simbióticas. En efecto, en el informe del 3 de junio de 2005, suscripto por una licenciada en psicología, se consignó "en este momento el trabajo está centrado en la relación de él con su propio cuerpo y con el otro de quien está logrando separarse, efectuando un corte" (fs. 387). En la misma línea, en otro informe del 21 de julio de 2005 se indicó que se buscaba que la madre logre "dejar de mirarlo" para que L adopte un lugar "diferente al de un 'enfermo' a ser cuidado" (fs. 391).

Por último, no debe perderse de vista que, producto del hecho de marras, L transcurrió su infancia y, en definitiva, su vida, en diversos hospitales sometido a distintos tratamientos.

En razón de lo expresado hasta aquí, resulta razonable fijar el daño moral de L.I.C. en la suma de doscientos setenta mil pesos (\$270.000) peticionada en el escrito de inicio, por el padecimiento anímico y espiritual sufrido como consecuencia del evento dañoso.

Daño moral de H.M.C y Y.K.F.C.

XXXV. Que corresponde ahora analizar la procedencia de la indemnización por daño moral peticionada por H.M.C y Y.K.F.C como consecuencia de los daños sufridos por L.

En este punto, cabe recordar que tanto H como Y fundaron su reclamo por este rubro en que, como consecuencia del hecho de marras, debieron abandonar sus aspiraciones y ambiciones, así como que sufrieron depresión activa y sensaciones de vacío. Por ello, teniendo en consideración la explicación efectuada en los considerandos anteriores, se realizará, individualmente respecto de H y de Y, un estudio conjunto de las manifestaciones expuestas por ambos en torno al daño psicológico y moral padecido y se adicionarán los montos que asignaron a cada rubro en la demanda.

De otro lado, no puede obviarse que al contestar demanda el GCBA sostuvo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1078 del Código Civil, sólo L.C. en su carácter de damnificado directo se encontraría habilitado para petitionar una indemnización por daño moral y, en consecuencia, opuso excepción de falta de legitimación pasiva respecto de H y Y para reclamar por este rubro.

Análisis de la constitucionalidad de la restricción establecida en el artículo 1078 del Código Civil.

XXXVI. Que si bien H.M.C y Y.K.F.C no petitionaron expresamente la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil en tanto limita la acción por indemnización del daño moral exclusivamente a los damnificados directos, lo cierto es que la ausencia de dicho planteo, en este caso, no resulta óbice para proceder en ese sentido de oficio.

Al respecto, cabe recordar que a partir del precedente “Mill de Pereyra” (Fallos: 324:3219), la Corte Suprema, modificando su tradicional doctrina sobre la materia, admitió la posibilidad de que los jueces declaren de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, siempre que se cumplieran los recaudos exigidos en el considerando décimo del voto mayoritario. Esta facultad fue posteriormente reafirmada en el caso “Banco Comercial Finanzas S.A” (Fallos: 327:3117) con relación a los decretos.

En el precedente “Mill de Pereyra”, el Tribunal cintero indicó los supuestos en los cuales era procedente la declaración de inconstitucionalidad de oficio. En ese orden de ideas, la Corte luego de recordar que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (Fallos: 306:303 citado, voto de los jueces Fayt y Belluscio, considerando 19) y que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 247:121 y sus citas), afirmó que, “con más rigor en este caso, la declaración de inconstitucionalidad sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa”.

Seguidamente, el Máximo Tribunal federal indicó que el ejercicio de tal facultad no supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, “es

decir, fuera de una causa concreta en la cual debe optarse entre la aplicación de una norma de rango inferior en pugna con la Constitución Nacional o de ésta, a efectos de resolver un conflicto contencioso en los términos del art. 2° de la ley 27”.

Remarcó, asimismo, el carácter necesariamente incidental de este tipo de declaración de inconstitucionalidad, en el sentido de que “sólo será necesaria para remover un obstáculo -la norma inconstitucional- que se interponga entre la decisión de la causa y la aplicación directa a ésta de la Ley Fundamental; dicho en otros términos, esa declaración será el presupuesto para el progreso de otra pretensión o, en su caso, defensa”.

Por último, la Corte, en el mencionado fallo, reafirmó su doctrina según la cual las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de la ley sólo producen efectos dentro de la causa y con vinculación a las relaciones jurídicas que la motivaron y no tienen efecto derogatorio genérico (conf. Fallos: 247:700; 248:702; 255:262; 264:364;

315: 276; 322:528 entre muchísimos otros).

En el sub examine H.M.C y Y.K.F.C reclaman una indemnización por el daño moral padecido como consecuencia de la irregular prestación del servicio de salud al momento del nacimiento de L.I.C, que ocasionó graves y permanentes daños a la salud de L -hijo de ambos-, que derivaron en que presente una incapacidad permanente del cien por ciento (100%) de la total vida y total obrera.

En este contexto, una interpretación literal del artículo 1078 del Código Civil resultaría inequitativa y al margen de los preceptos constitucionales de protección de la familia, reparación integral del daño y razonabilidad, así como también de los principios generales del derecho, de la equidad, de la buena fe y la solidaridad (conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, “E., J, y O. c/ S., M. M. y O.”, 21/08/2012, cita online: AP/JUR/3556/2012).

Es que, impedir a los padres reclamar una indemnización por daño moral en un supuesto como el de autos, en que una incorrecta prestación del servicio de salud por parte del GCBA derivó en los graves y permanentes daños sufridos por L, con todas las implicancias que ello tiene en la vida diaria de H y Y, llevaría a incurrir en una violación palmaria de los más elementales principios de justicia.

Analizando la constitucionalidad del artículo 1078 de la legislación civil de fondo, Zavala de González señala que la ley abandona aquí la directiva de que los perjuicios injustos deben indemnizarse, haciendo prevalecer la idea de desechar una “catarata de damnificados”, que pudiera causar la ruina del responsable. Sin embargo, la mencionada autora considera que dicha política legislativa es desechable a la luz de la facultad que confiere el artículo 1069 del mismo código para atenuar equitativamente

la indemnización. Asimismo, entiende que el argumento no es operativo cuando no accionan múltiples e irrestrictos damnificados (conf. Zavala de González, Matilde, “Daño moral de padres por lesiones a sus hijos. Otros damnificados indirectos”, en “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Responsabilidad Civil”, Saux, Edgardo I. (Dir.), Ed. La Ley, 2011, Buenos Aires, p. 895).

Desde otro ángulo, se ha dicho que la distinción entre damnificado directo e indirecto no impide que en ciertos casos las lesiones sufridas por una persona justifiquen la reparación del daño moral infligido a los miembros de su grupo familiar toda vez que “[d]ifícilmente pueda concebirse un padecimiento espiritual mayor que el infligido por la enfermedad grave y crónica de un hijo; más aun cuando ésta se produce en el nacimiento” (conf. Sala II, “Retamozo Barbara Elizabeth y otros c/ GCBA y otros s/ responsabilidad médica”, del voto del Dr. Balbín, expte. EXP 27.322/2007, 02/10/2018).

En la misma línea, en un caso en el que los progenitores de un menor que padecía una discapacidad del noventa por ciento (90%) producto de parálisis cerebral ocasionada por asfixia perinatal reclamaron una indemnización por daño moral, se sostuvo que “repugna al sentimiento de justicia no reconocer indemnización a los padres, quienes día tras días van a sufrir afecciones espirituales inmensas al ver las condiciones de su hijo y advertir que nunca va a tener un desarrollo completo en ninguna de sus facultades” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, “González, Daniel O. y otros c/ Corporación Asistencial S.A. y otros s/ responsabilidad médica” , 17/06/2008).

Finalmente, aun cuando no resulte aplicable al sub examine por razones temporales, cabe poner de relieve la posición adoptada al sancionarse el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En efecto, en el artículo 1741 del referido código, en los supuestos en que del hecho resultase la muerte o gran discapacidad del damnificado directo, se amplió la legitimación para reclamar una indemnización por las consecuencias no patrimoniales, entre otros, a los ascendientes y descendientes del damnificado directo.

En atención a todo lo expuesto, corresponde declarar de oficio la inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil.

XXXVII. Que en el informe presentado a fs. 657/664 vta. la perito psicóloga indicó que, producto del hecho de marras, Y.F.C no ha podido desarrollar su vida tal como la percibía, girando todo en función de las necesidades de L. Añadió que presenta una tendencia a controlar permanentemente las cuestiones ligadas a la salud de su hijo y que su perfil psicológico es compatible con un trastorno psicológico caracterizado por la aparición de ansiedad, síntomas depresivos y numerosos miedos. En esta línea, la experta señaló que Y experimenta una preocupación constante al pensar quién cuidara de su hijo cuando ella y su marido hayan fallecido. Estimó una incapacidad psicológica del cinco por ciento (5%) y recomendó una sesión semanal de tratamiento psicoterapéutico (658 vta./660 y 664 vta.).

En la historia clínica remitida por el Sanatorio “Güemes” también se alude a los padecimientos anímicos sufridos por Y. En efecto, allí se hace referencia a los esfuerzos realizados por la actora para superar los miedos vinculados a la enfermedad de su hijo (ver fs. 389 y 391), así como a las diversas situaciones que tuvo que afrontar. Resulta ilustrativa la consulta realizada el 2 de diciembre de 2005 (ver fs. 396 vta.) en la que se vislumbran los sentimientos de angustia experimentados por la accionante cuando L, tras ser evaluado, fue rechazado en una escuela común y derivado a una escuela especial.

Por otra parte, en cuanto a H.M.C, si bien la perito psicóloga no halló elementos que permitiesen diagnosticar que sufrió una patología reactiva al hecho de autos, ello no implica que, como consecuencia de la lesión sufrida por L.I.C, el accionante no haya padecido una alteración disvaliosa en sus sentimientos que se traduzca en el derecho a obtener una indemnización en concepto de daño moral.

En efecto, debe tenerse presente H no sólo tuvo que afrontar las complicaciones que L sufrió al momento del parto sino que, con el transcurso del tiempo, vivenció día tras día como su hijo fue padeciendo diversas dificultades y limitaciones. En este sentido, de las constancias de autos surge el difícil proceso que tuvo que atravesar H para aceptar y tomar conciencia de la discapacidad de L. (ver fs. 388, 391, 394 vta. y 395).

No debe perderse de vista que tanto H como Y han consagrado su vida al cuidado y atención de su hijo L, lo cual, en atención a las graves y numerosas patologías que padece, representa una demanda extrema al punto casi de anular cualquier posibilidad de proyecto personal.

Por estos motivos, corresponde hacer lugar a la indemnización peticionada por este rubro y otorgar a Y.K.F.C la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000) y a H.M.C. la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000) por el daño moral sufrido como consecuencia del hecho de marras.

Daño futuro

XXXVIII. Que L.I.C, H.M.C y Y.K.F.C peticionaron una indemnización por “costos de tratamientos médico-asistenciales y gastos y daño futuro” (fs. 14 del escrito de demanda). No obstante, lo cierto es que –como ya se señaló– a excepción de los gastos por tratamiento psicoterapéutico para Y.F.C y H.C, bajo este rubro únicamente se reclamaron gastos vinculados al cuidado y atención de L, con independencia de que sean solventados por sus padres. En efecto, por ese ítem se solicitó una indemnización por las sumas necesarias para que L realice tratamientos de kinesioterapia y fisioterapia; adquirir los medicamentos que necesitará de por vida; efectuar consultas ante distintos profesionales de la salud

-fonoaudiólogos, odontólogos y psicopedagogos-; para afrontar gastos de actividades recreativas con fines terapéuticos, de transporte y para contratar a una tercera persona que se encargue de su cuidado personal (fs. 14/15 vta.). Por estos motivos, los montos reclamados por los actores serán adicionados y considerados únicamente con relación a L. Cabe apuntar que, en concepto de gastos futuros, se reclamaron trescientos mil pesos (300.000) por L.C, doscientos mil pesos (200.000) por H.M.C y otra suma idéntica por Y.K.F.C, las que totalizan setecientos mil pesos (\$700.000).

Efectuada esta aclaración, resulta conveniente ensayar una definición del daño futuro que permita diferenciarlo del daño actual. “Se considera daño presente o actual a aquel que se ha ya producido al momento de dictarse la sentencia, mientras que será daño futuro aquel que se producirá con posterioridad a la misma o más allá del litigio. El daño futuro se presenta como una previsible prolongación o agravación del daño actual, pero que

seguirá guardando relación de causalidad con el ilícito que ocasionó el nocimiento objeto del proceso judicial. Tal circunstancia motiva su resarcimiento, puesto que si bien el mismo aún no se ha producido, resulta ser cierto más no eventual” (Calvo Costa, Carlos A., Daño resarcible, Hammurabi, 1 era. ed., Buenos Aires, 2005, ps. 252/253).

En esta línea de pensamiento, se ha dicho que si bien todo daño es cronológicamente posterior al hecho dañoso, el daño futuro es aquél que alude a la porción del perjuicio que no se ha concretado al momento de la sentencia pero que se vislumbra como probable. Puede tratarse tanto de la prolongación de un perjuicio actual como de su agravamiento o, incluso, de un daño nuevo. Esta situación exige que, al momento de dictar sentencia, el juez realice una valoración de los efectos póstumos de la conducta lesiva y que pronostique las consecuencias indemnizables a los fines de respetar el principio de reparación integral. De otra forma, la víctima podría verse perjudicada por una reparación limitada (conf. Ramos Martínez, María Florencia, “El daño futuro: pautas para su consideración. La causalidad adecuada como criterio determinante para su resarcimiento”, publicado en RCyS2017-V, 23, cita online AR/DOC/924/2017).

Es decir, el daño futuro refiere a un hecho ocurrido pero cuyas consecuencias dañosas no cerraron aún su ciclo y se diferencia del daño hipotético o eventual en que en este último caso (daño hipotético o eventual) hay sólo una posibilidad de que acontezca (conf. Trigo Represas, Félix A y López Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, t. I, 1ra. ed., La Ley, Buenos Aires, p. 451).

La Corte ha sostenido que resulta procedente el reclamo por el daño futuro si su acontecer se presenta con un grado de certeza objetiva (conf. Fallos: 325:255). Para que el daño sea resarcible debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma, en el caso del daño actual, o suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos, de que el mismo llegue a producirse, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente, en el supuesto del daño futuro (conf. Fallos: 317:1225).

En lo que hace específicamente a los gastos terapéuticos futuros, su resarcibilidad dependerá de que, acorde con la índole de la lesión, sea previsible la necesidad de realizar o proseguir algún tratamiento curativo o de efectuar gastos que permitan afrontar las necesidades derivadas de la incapacidad. En esta línea, debe bastar con que los tratamientos resulten razonablemente idóneos para ayudar a sobrellevar siquiera parcialmente las secuelas desfavorables del hecho sin que se requiera que sean indispensables (conf. Zavala de González, Matilde, Resarcimiento..., op. cit., Integridad sicofísica, t. 2. a, Hammurabi, 2da. ed. ampl. 2da. reimpr., p. 127).

En el sub examine los actores indicaron en su escrito de inicio que L deberá, con fines paliativos, concurrir a kinesioterapia y fisioterapia dos veces por semana, a un costo de veinticinco pesos (\$25) cada sesión; efectuar controles mensuales por pediatría/clínica a fin de evitar un agravamiento de su cuadro, a un costo aproximado de cincuenta pesos (\$50) cada consulta; realizar controles por neurología y psiquiatría cada dos (2) meses y de oftalmología cada seis (6), a un costo estimado de cincuenta pesos (\$50) cada consulta y adquirir una serie de medicamentos - clobazam, diazepam, carbamazepina, etosuximida y baclofeno- de por vida. Añadieron que,

debido a sus trastornos cognitivos de atención y aprendizaje, L deberá también concurrir a sesiones de psicopedagogía dos (2) veces por semana, a un costo de cincuenta pesos (\$50) cada sesión (fs. 15).

Agregaron que las dificultades de L en la expresión oral requieren que el actor efectúe tratamiento de fonoaudiología una vez por semana, a un costo de sesenta pesos (\$60) la sesión y que, a modo de actividad recreativa y de tratamiento para su hipotonía muscular, debe practicar natación dos veces por semana, a un costo de cien pesos (\$100) mensuales. Manifestaron que por su patología bucal L debe asistirse por odontología una vez al mes, abonando cincuenta pesos (\$50) la consulta, debiendo añadirse los gastos por materiales y ortodoncias, los que calcularon en un promedio de cincuenta pesos (\$50) mensuales. Por último, afirmaron que las lesiones sufridas por el accionante le impiden trasladarse mediante transporte público y hacen que requiera de por vida de una tercera persona que lo asista en su cuidado personal. Estimaron un costo aproximado de veinte mil pesos (\$20.000) anuales en concepto de transporte y de contratación de una persona de asistencia (fs. 15 vta.).

Practicaron liquidación y calcularon gastos anuales por veintitrés mil trescientos cinco pesos (\$23.305) por gastos médicos y paramédicos –incluye kinesioterapia, pediatría, neurología, psiquiatría, oftalmología, psicoterapia, psicopedagogía, fonoaudiología, natación, odontología y medicamentos-, veinte mil pesos (\$20.000) en concepto de transporte y de contratación de una persona de asistencia y seis mil pesos (\$6.000) por escolaridad especial.

De esta forma, si se divide el monto total reclamado –setecientos mil pesos (\$700.000)- por los gastos anuales totales estimados -cuarenta y nueve mil trescientos cinco pesos (\$49.305)- se llega a la conclusión de que las sumas peticionadas permitirían hacer frente a los gastos durante sólo catorce (14) años.

En este contexto, cabe señalar que a la hora de analizar la procedencia del daño futuro se presentan dos grandes dificultades que son, por un lado, estimar el grado de certeza de que el daño se vaya a producir y, por el otro, el modo en que éste será cuantificado ya que, como fácil se advierte, los montos consignados en la demanda han quedado notoriamente desactualizados. Téngase presente que la demanda fue presentada ante la justicia civil en el año 2009 (conf. cargo de fs. 19 vta.).

Volviendo sobre las constancias del expediente, es oportuno recordar que en la pericia obrante a fs. 731/742 vta. los expertos indicaron que L presenta pérdida de autonomía y autovalidez y que requiere ayuda para realizar la mayoría de las tareas (fs. 739 vta.). En este sentido, estimaron una incapacidad permanente del cien por ciento (100%; fs. 739) que, como se dijo, implica que “no puede trabajar, requiere de ayuda de terceros y no se puede hacer entender” (ver contestación a la impugnación de pericia, fs. 759). Huelga aclarar que el hecho de que sea permanente implica que no podrá hacerlo tampoco en un futuro: no podrá trabajar; requerirá ayuda de terceros hasta para las tareas cotidianas más simples y no se podrá hacer entender. Tampoco producirá ingresos.

En suma, se encuentra acreditado que L carece de autonomía y que requiere de la ayuda de una tercera persona que lo asista en forma permanente, rol que en la actualidad desempeñan mayormente sus padres. Asimismo, su cuadro clínico conlleva el consumo de por vida de una serie de medicamentos y de atención médica en forma periódica por lo que, a su vez, deberá desplazarse con frecuencia a los distintos centros de atención, debiendo tenerse presente las dificultades motoras que padece. Obsérvese que, tal como fuera expuesto en los considerandos anteriores, L recibe tratamiento por las diversas patologías asociadas a su cuadro de encefalopatía crónica no evolutiva, como la epilepsia refractaria y los trastornos respiratorios, entre muchos otros. Las historias clínicas agregadas a estos autos son elocuentes respecto de los numerosos controles médicos que realiza L y los medicamentos que tiene indicados.

Cierto es que no es posible afirmar que no se vaya a modificar la frecuencia de las consultas médicas referidas. Podría ocurrir que deba acudir a menos controles oftalmológicos, pero también puede pasar que se incrementen los neurológicos, por proponer un ejemplo. Sin embargo, las patologías que presenta L, al menos en el estado de avance de la ciencia médica actual y a tenor de las

pericias realizadas, no tienen perspectivas de mejorar. De lo contrario, los peritos no habrían determinado un cien por ciento de incapacidad permanente. Idéntica conclusión cabe extender a los medicamentos prescritos: podrán variar a criterio médico pero todo lleva a pensar que es altamente probable que vaya a necesitar tomar gran cantidad de medicamentos a lo largo de su vida.

Cabe apuntar que los actores estimaron, en el año 2009, un gasto anual de veinte mil pesos (\$20.000) en concepto de transporte y de contratación de una persona de asistencia. A esa fecha, el salario mínimo vital y móvil ascendía un mil cuatrocientos pesos (\$ 1.400; conf. resol. 2/2009 del Consejo Nacional del empleo, la productividad y el salario mínimo vital y móvil). Esta suma multiplicada por trece arroja como resultado dieciocho mil doscientos pesos (\$18.200), por lo que el saldo restante para transporte ascendería a un mil ochocientos pesos (\$1.800) anuales. Nuevamente, aun cuando no sea posible efectuar un cálculo aritmético que arroje una cifra precisa, el monto reclamado, si se toma en consideración el salario mínimo vital y móvil vigente a esa fecha, no resulta exorbitante.

Lo dicho hasta aquí otorga una certeza objetiva respecto de los gastos futuros en que deberá incurrir L en medicamentos, transporte y asistencia. El hecho de que por las dificultades explicadas no puedan estimarse con precisión no resta certeza respecto de su existencia.

Distinta es la solución con relación a las sumas reclamadas por escolaridad especial (esto es, \$6.000 anuales). En efecto, no se ha acreditado en autos que L en la actualidad asista a un establecimiento de educación especial. Por otra parte, si se otorgara una indemnización por los años ya pasados no estaríamos indemnizando daño futuro. Tampoco se han adjuntado recibos que den cuenta de tales erogaciones ni se ha manifestado por cuánto tiempo es que habría asistido.

Por todo lo expuesto, resulta prudente otorgar la suma de seiscientos cincuenta mil pesos (\$650.000) a favor de L.I.C en concepto de daño futuro.

Gastos por tratamiento psicoterapéutico para Y.F.C y H.C.

XXXIX. Que en el escrito de demanda, la parte actora reclama una indemnización que le permita afrontar el costo del tratamiento psicoterapéutico para Y y H.

De las pericias psicológicas de autos se desprende que se ha indicado tratamiento psicológico sólo a Y, a razón de una sesión semanal (ver pericia de fs. 654 vta.), sin indicar duración del tratamiento.

En consecuencia, partiendo de un costo estimado de mil pesos (\$1.000) la sesión, se considera razonable fijar en quinientos veinte mil pesos (\$520.000) la indemnización por este rubro. Vale aclarar que, a diferencia de los restantes montos otorgados en esta sentencia, éste se fija a valores actuales, ya que no se estimó monto de consulta alguno para Y en la demanda. Por ello, y como se verá seguidamente, distinto será el modo de calcular los intereses por este ítem. Por esta razón, no hay afectación alguna al principio de congruencia.

En cambio, corresponde rechazar la indemnización peticionada por H.C. por este rubro.

Tasa de interés aplicable. Cómputo de los intereses.

XL. Que a las sumas adeudadas a la parte actora corresponde añadirle intereses, los cuales se calcularán de acuerdo con lo decidido por la Cámara de Apelaciones del fuero en pleno en la causa "Eiben", donde se dispuso "[a]plicar a los montos reconocidos en los decisorios judiciales el promedio que resulte de las sumas líquidas que se obtengan de (i) la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina y de (ii) la tasa pasiva promedio que publica el BCRA (comunicado 14.290). Ello, desde el momento de la producción del daño o inicio de la mora y hasta el efectivo pago (cumplimiento de la sentencia)" (Cámara de Apelaciones del fuero en pleno, "Eiben, Francisco c/GCBA s/empleo público", expte. EXP 30.370/0, 31/05/13).

a) En autos los intereses deberán calcularse, aplicando el promedio de tasas antes mencionado, desde el 3 de octubre del 2000 -fecha del incidente que ocasionó los daños- y hasta la fecha del efectivo pago, excepto en lo referido al monto estipulado en concepto de daño futuro y de gastos por tratamiento psicoterapéutico.

b) En cuanto a la tasa de interés correspondiente a las sumas fijadas por daños futuros, corresponde aclarar que si bien la mayoría de la jurisprudencia considera que el cómputo de los intereses respecto de dicho rubro comienza a correr a partir del dictado de la sentencia dado que se trata de erogaciones que no han tenido lugar (ver en este sentido Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, "R., C.

L. c. C. G. de B. A. y otros s/ daños y perjuicios”, 07/05/2019, cita online AR/JUR/19921/2019 y “Mesa Carlos Aníbal c/ Sanatorio 15 de Diciembre III y otros s/ daños y perjuicios”, 08/05/2019, cita online AR/JUR/19687/2019), en este caso en particular, de seguirse esa pauta se estaría afectando el principio de reparación integral. Ello, toda vez que, al día de la fecha, han transcurrido más de diez (10) años desde el momento en que la parte actora practicó la pertinente liquidación de gastos en su escrito de demanda, período en el cual, como es de público y notorio, ha habido un importante proceso inflacionario, aspecto sobre el cual no es posible hacer caso omiso. Como consecuencia de esto, los valores tomados por los actores como referencia para calcular los daños futuros –como ya se vio- han quedado manifiestamente desactualizados. Obsérvese que en la demanda se calcularon valores de consultas médicas a razón de entre veinticinco (\$25) y cien (\$100) pesos la consulta, todos estos muy por debajo de los vigentes.

Ello así, en miras a resguardar el principio de justa indemnización, los intereses por el rubro aludido se calcularán también de acuerdo a al promedio de tasas establecidas en el plenario “Eiben”, pero desde la fecha de la interposición de la demanda, esto es a partir del 10 de agosto de 2009, y hasta el efectivo pago.

c) Por último, toda vez que la indemnización por gastos terapéuticos fue fijada a valores actuales, es del caso señalar que en el antes citado plenario “Eiben” se previó como excepción “aquellos supuestos en los que los jueces fijen indemnizaciones a valores actuales, en los que deberá aplicar una tasa pura del 6% anual por el período comprendido entre la mora y la fecha de la sentencia y, a partir de allí, el promedio de tasas que resulte conforme a la operación que, por mayoría aquí se establece [esto es, la aludida al comienzo de este considerando]”.

Así, toda vez que este rubro fue fijado a valores actuales y, a su vez, importa una indemnización por gastos futuros, los intereses deberán calcularse desde la fecha de la sentencia y hasta el efectivo pago.

Costas.

XLI. Que las costas del juicio deben ser soportadas por el GCBA por no existir razones para apartarse del principio objetivo de la derrota (conf. art. 62, CCAyT).

En mérito de lo expuesto, FALLO:

1. Hacer lugar a la demanda deducida y, en consecuencia, condenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a que abone a L.I.C la suma de trescientos mil pesos (\$300.000) en concepto de incapacidad sobreviniente, doscientos setenta mil pesos (\$270.000) por daño moral y seiscientos cincuenta mil pesos (\$650.000) por gastos futuros; a Y.K.F.C la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000) en concepto de daño moral y de quinientos veinte mil pesos (\$520.000) por tratamiento psicoterapéutico; y a H.M.C la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000) en concepto de daño moral, todas ellas con más sus intereses, calculados según las diferentes pautas para cada rubro establecidas en el considerando XL.

2. Imponer las costas a la demandada GCBA (conf. art. 62, CCAyT).

3. Diferir la regulación de honorarios profesionales hasta el momento en que se apruebe la liquidación definitiva (conf. art. 54, ley 5134).

Regístrese, notifíquese -a las partes por Secretaría y a la señora Fiscal y al señor Asesor Tutelar mediante la remisión del expediente-. Oportunamente, archívese.