



En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para dictar sentencia en los autos “**R. S.**

E. V. Y OTROS CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MEDICA)”, EXP 39388/0”, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo, resultó que la votación deberá realizarse en el siguiente orden: DRES. ESTEBAN CENTANARO, MARIANA DÍAZ y FERNANDO E. JUAN LIMA.

A la cuestión planteada, el DR. ESTEBAN CENTANARO dijo:

RESULTA:

1. A fs. 1/8 los actores, E. V. R. S. y A. S. R. T. interpusieron demanda por daños y perjuicios contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en lo sucesivo, GCBA o Gobierno), la Sra. Stella Maris Camardelli y el Director del Hospital general de Agudos, Dr. Cosme Argerich, con el objeto de que se la indemnizase con la suma de pesos setenta y dos mil quinientos noventa (\$72.590) –o en lo que más o menos resultase de las constancias de las presentes actuaciones– a causa de los daños y perjuicios que habrían sufrido.

Al respecto, relataron que aproximadamente a las 05:55 horas del día 02 de marzo de 2010, la Sra. R. S. dio a luz a una niña en el Hospital General de Agudos Dr. Cosme Argerich.

Manifestaron que durante el parto estuvieron presentes cuatro personas en la sala de quirófano, entre las cuales se encontraba la partera llamada Stella Maris Camardelli, quien al momento del nacimiento le informa a la Sra. R. S. que el recién nacido era un varón.

Narraron que luego de informarle el sexo del bebé, le solicitó dos nombres para anotarlos. En aquella oportunidad la Sra. R. S. indicó que el niño se llamaría T. A., bajo cuyo nombre quedó registrado en el libro de nacimientos de la entidad.

Indicaron que la partera se retiró del quirófano junto al bebé y al salir le comunicó al Sr. R. T. que había tenido un varón. A su vez, le solicitó que le entregué la ropa para vestirlo.

Refirieron que aproximadamente a las 09:30 hs. restituyeron al menor al quirófano y desde allí se trasladaron a una habitación.

Detallaron que en horas del mediodía concurrió el pediatra con dos ayudantes para revisar al bebé y cuando la actora abrió el pañal, inesperadamente se percató que era una niña y no un varón.

Continuaron relatando que el personal médico procedió a tomar nuevamente sus medidas, peso, huellas y a cambiarle las pulseras.

Describieron que en ese contexto el pediatra convocó a otros médicos y a la partera a fin de anotarlos de lo acontecido.

Rememoran que ante tal situación, confundidos, desesperados y considerando la posibilidad de que hubiese ocurrido un cambio o robo de su hijo recién nacido, el Sr. R. T. realizó una denuncia policial en la Comisaría N°24.

Señalaron que ante la angustia padecida y la posibilidad de “un cambio” del recién nacido es que solicitaron una prueba de ADN.

Asimismo, adujeron que en virtud de la espera del resultado del ADN debieron esperar en el Hospital por una semana.

En ese contexto, apuntaron que ante el cuadro de angustia por no saber si eran los verdaderos progenitores de la recién nacida, la Sra. R. S. fue derivada a una psicóloga.

Precisaron que el 12 de marzo de 2010 obtuvieron el resultado del estudio del ADN realizado ante la Fundación Favaloro el cual dio positivo por existir una alta probabilidad de filiación. No obstante ello, por orden de la señora fiscal, se efectuó otro ADN ante el Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional que arrojó el mismo resultado.

Continuaron diciendo que a causa de los hechos descriptos, su hija recién nacida durante siete meses no tuvo su Documento Nacional de Identidad ni certificado que avalara su nacimiento. Expresaron que todo ello vulneró sus derechos a la identidad y a la salud.

Luego, atribuyeron responsabilidad a las demandas con fundamento en los arts. 43, 902, 1109, 1112 y 1113 del Código Civil.

A continuación, efectuaron el detalle de los rubros y montos reclamados: gastos de asistencia médica y de farmacia: \$100 (cien pesos); gastos hospitalarios: \$140 (pesos ciento cuarenta); lucro cesante: \$12.000 (doce mil pesos); daño psicológico: \$ 10.000 (diez mil pesos), daño moral: \$50.000 (cincuenta mil pesos). Por último, acompañaron prueba documental, informativa, testimonial y pericial.

2. Corrido el traslado de ley, a fs. 85/94 se presentó el GCBA.

En primer lugar, realizó una pormenorizada negativa de los hechos.

Luego, señaló que al momento del nacimiento, mediante un error involuntario, se le informó a la Sra. R. S. que había dado a luz a un varón. Expuso que el mismo día al advertir el error, y sin demora alguna, se puso en conocimiento al Director del Hospital lo sucedido y se solicitó autorización para modificar el libro de partos e historias clínicas y para solicitar estudios de ADN para la niña y la madre.

Agregó que “*autorizados los estudios, al día siguiente 3/3/02 [sic] se llevan las muestras a la Fundación Favaloro y se le hace saber a la paciente que deberá permanecer internada hasta el día que llegue el resultado al Hospital*” (v. fs. 87).



Refirió que el juez de instrucción archivó la causa atento a que la recién nacida era hija de los actores y que no hubo maltrato.

Añadió que la Sra. R. S. mantuvo interconsultas con la licenciada Mariela MIRANDA –miembro del equipo de salud mental–.

Concluyó que *“las circunstancias que rodearon al nacimiento de la hija de los actores no pudo haber dado lugar a la pretendida angustia que refiere la madre toda vez que el nacimiento de un hijo es fuente de alegría para una familia y en especial cuando el hijo/a dado a luz, lo fue en un parto que no presentó ningún problema ni para la madre ni para el bebé”* (cfr. fs. 88).

En tal rumbo, destacó que ha existido una causa ajena que ha producido la fractura del nexo causal en virtud de la propia conducta del damnificado (cfr. fs. 163).

Finalmente, rechazó su responsabilidad, impugnó los montos reclamados, ofreció prueba e hizo reserva de la cuestión constitucional.

2.1. A fs. 108/122 se presentó la codemandada Sra. Stella Maris

CAMARDELLI.

Comenzó su defensa con la negativa de los hechos para luego dar su versión de lo sucedido.

En primer lugar, señaló que al momento de los hechos se desempeñaba como obstétrica en la guardia de los días lunes en el Hospital general de Agudos, Dr. Cosme Argerich.

Relató que el trabajo de parto transcurrió sin complicaciones y que en todo momento estuvo al lado del bebé para identificarlo cuando se le permitiera. Agregó que el neonatólogo llevó al recién nacido a reanimación donde lo comenzó a secar (cfr. fs. 110 vta.).

Adicionó que las pulseras (tanto la que se coloca a la madre como la perteneciente al bebé que se coloca en la historia clínica) fueron confeccionadas por la obstétrica Andrea Teresa Soto Condori, quien anotó el nombre de varón en el reverso de la que corresponde al bebé.

Añadió que de *“espaldas a él se encontraba el neonatólogo Osvaldo Marsico que anotaba los datos del nacimiento, como no podía ver y no podía acercarme hasta terminada la maniobra de secado y estimulación le pregunté al Dr. Francisco Casazza si era varón, pues en la pulsera había colocado un nombre de varón en el reverso, a lo cual él responde que `sí` por lo que procedí a ponerle la pulsera”* (v. fs. 110 vta.).

Explicó que transcribió el nombre de la pulsera y luego realizó la identificación correspondiente con las huellas plantares. Seguido de ello, le comunicó al Sr. A. S. R. T. que había nacido un varón.

Recordó que una vez finalizada la guardia, mientras se dirigía a su domicilio fue llamada por teléfono para comunicarle que hubo un error en la asignación del sexo de un recién nacido. Por ello, inmediatamente regresó al Hospital reconociendo su error.

Concluyó, en síntesis, que *“en el caso de autos incurri en un involuntario error al confiar en médico neonatólogo para que me informara el sexo del recién nacido del parto de la Sra. R. S., pero no se ha producido ninguna interrupción del vínculo madre-hijo”* (cfr. fs. 111 vta.).

Por último, impugnó la liquidación, fundó en derecho, ofreció prueba e hizo reserva del caso federal.

2.2. A fs. 130/144 vta. contestó demanda Néstor Abel HERNÁNDEZ solicitando su rechazo con imposición de costas.

Efectuó la negativa por imperativo legal y dio su versión de los hechos.

Describió que los profesionales intervinientes en el parto fueron los obstetras Dres. Francisco REITANO y Robero DI LEO, el neonatólogo Dr. Osvaldo MARCICO y las obstétricas Stella Maris CAMARDELLI y Andrea SOTO.

A su vez, destacó que –en relación a los hechos de la causa– nunca atendió a ninguno de los actores.

Agregó que solo actuó con posterioridad al hecho que se reprocha en calidad de Subdirector Médico, y no como Director del nosocomio.

Refirió que –ante la ausencia del Director Médico– se limitó a autorizar la realización del estudio de ADN.

Asimismo, expresó que la función del Director es de dirección del nosocomio y se encuentra circunscripta a las determinaciones en materia de conducción y organización.

Seguidamente, manifestó que en el caso de autos no se configuró el elemento “daño” como elemento de atribución de responsabilidad e impugnó la liquidación.

Finalmente, fundó en derecho, citó doctrina y jurisprudencia que entendió aplicable al caso, ofreció prueba, denunció a la aseguradora y citó en garantía e hizo reserva del caso federal.

2.3. A fs. 166/171 vta. se presentó la citada en garantía Seguros Médicos S.A.

En primer lugar, refirió que entre su parte y el codemandado Néstor Abel HERNÁNDEZ se celebró un contrato de seguros por responsabilidad profesional médica, vigente a la fecha del hecho de autos (póliza N°800.383), monto asegurado pesos doscientos cincuenta mil (\$ 250.000), con una franquicia de pesos quince mil (\$ 15.000).

Seguidamente, contestó demanda solicitando su rechazo. En virtud del principio de economía procesal, adhirió y dio por reproducido *in totum* la contestación de demanda efectuada por el Sr. Néstor Abel HERNÁNDEZ.

Por último, ofreció prueba e hizo reserva del caso federal.

2.4. A fs. 192/197 vta., Seguros Médicos S.A. se notificó espontáneamente y contestó la citación en garantía respecto de la asegurada y codemandada Stella Maris CAMADRELLI.

Indicó que la póliza N°800.378 tenía vigencia desde las 12:00 horas del día 01/10/09 hasta las 12:00 horas del día 01/10/10, siendo renovable en forma



automática -de acuerdo a la documentación acompañada- hasta el 01/03/09 (cfr. fs. 192 vta.), con un monto asegurado de cien mil pesos (\$100.000) y una franquicia de pesos quince mil (\$15.000).

Finalmente, contestó la citación adhiriendo a la contestación de demanda realizada por su asegurada, ofreció prueba, fundó en derecho e hizo reserva de caso federal.

3. El señor juez de primera instancia, en su sentencia de fs. 494/512 vta., rechazó la demanda promovida por E. V. R. S. y A. S. R. T. e impuso las costas por su orden, toda vez que la parte actora pudo considerarse con razón para promoverla (cfr. art. 62, segundo párrafo del CCAyT).

Para resolver como lo hizo, en primer lugar, comenzó por analizar la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita y refirió que se exige la existencia de los siguientes requisitos: “a) el Estado debe incurrir en una falta de servicio, b) la actora debe haber sufrido un daño cierto, y c) debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue” (cfr. fs. 507).

Luego, se adentró en la prueba producida en autos.

En relación a la historia clínica, destacó que a fs. 2 se encontraba la constancia del nacimiento de la menor A. E., y que a fs. 5 se dejó consignado el nombre de Thiago Aaron. Asimismo, a fs. 13 la Dra. MARTÍNEZ informa que: “(...) dada la identificación del paciente como masculino. Se informa de la situación a los padres y jefatura a cargo de obstetricia y neonatología” (cfr. fs. 508).

En lo tocante al expediente penal “NN s/ robo. Damn. T. A.s” causa N° 20367/2010 remitido *ad effectum videndi*, el magistrado destacó que el Sr. R. T. radicó denuncia en la comisaría N° 24, lo que motivó el allanamiento del nosocomio con el objeto de secuestrar la historia clínica de la coactora y de su hija A. E. A su vez, surge que la Sra. R. S. junto con la recién nacida se dirigió al Cuerpo Médico Forense para cumplir con la extracción de muestras para un estudio de ADN, las que fueron remitidas al Laboratorio PRIMAGEN. El estudio arrojó como resultado que la Sra. R. S. no puede ser excluida como madre biológica de R. R. A. E. Finalmente la señora Fiscal Susana Calleja, determinó que “la discrepancia en cuanto al sexo del bebé no resulto ser más que un error por parte del personal del Hospital Argerich. (s...) solicitando a VS que archive los actuados por inexistencia de delito” (sic. cfr. fs. 508 vta.).

Por otro lado, el sentenciante recordó que la Fundación Favaloro informó a fs. 375/381 que R. S. E. presenta una probabilidad de maternidad

de 99,999% con respecto a la persona a quien pertenece la muestra de sangre rotulada como R. A. E.

Luego, hizo especial hincapié en el informe pericial efectuado por la Licenciada Alejandra Lubel que obra a fs. 354/365.

En ese sentido, subrayó las conclusiones generales efectuadas por la perito en cuanto a que *“no se han hallado signos de una patología reactiva que pueda encuadrarse en el concepto de daño psíquico en ninguno de los examinados. Para que un trastorno emocional llegue a ser considerado daño psíquico deberá reunir determinadas características, ya que no todo trastorno psíquico es daño psíquico. No debe considerarse daño psíquico a los síntomas aislados que no constituyen una enfermedad, como tampoco a los cuadros no incapacitantes. Los trastornos emocionales padecidos por los actores, que resultaron transitorios y cursaron sin dejar secuelas incapacitantes, constituyen el llamado sufrimiento normal, es decir, que no han dejado incapacidad psíquica residual”* (cfr. fs. 363/364).

Posteriormente, el *a quo* refirió que los actores no han presentado ningún tipo de prueba documental (tales como facturas o tickets de transporte ni recibos de sueldo ni de alquileres), que sustente los gastos de traslado, ni el lucro cesante. Con respecto a los gastos de asistencia médica y farmacia, el juez de grado recalcó la existencia del Programa Médico Obligatorio el cual determina la “cobertura del 100% de medicación relativa a cualquier patología acaecida durante el primer año de vida”.

Por ello, el sentenciante expresó que la prueba producida en autos no lograba generar el grado de certeza exigido para tener por acreditado el daño invocado por los actores.

Por lo todo lo dicho, concluyó que *“la parte actora no ha probado acción u omisión imputable a la parte demandada que permita hacer lugar a la reparación intentada en autos, toda vez que no se ha alcanzado a demostrar el daño pretendido. De esta manera, no encontrándose presente el elemento primario que determina la existencia de responsabilidad civil no corresponde hacer lugar a la acción entablada”* (v. fs. 511 vta./512).

Por último, reguló honorarios de conformidad con lo dispuesto a fs. 512/512 vta.

4. A fs. 521, las letradas del frente actor por derecho propio, interpusieron recurso de apelación contra regulación de sus honorarios por considerarlos reducidos (cfr. fs. 521).

4.1. A fs. 553/558 vta., la parte actora apeló la sentencia de grado y expresó agravios.

En primer lugar, puntualizaron que persiguen la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el error cometido por los profesionales del Hospital. En esa línea, destacaron que el daño fue provocado a raíz de la confusión al momento de comunicar el sexo del bebé recién nacido, registrándolo como masculino cuando se trataba de una niña (cfr. fs. 553).

Luego, señalaron que el mencionado yerro causó serios trastornos familiares entre los que destacaron aspectos económicos y emocionales, la violación al derecho de la identidad del recién nacido y a su salud por un período mayor a siete meses.

A su vez, refirieron que surge de la prueba de autos el nacimiento de su hija y el error en la asignación del sexo. Añadieron que de las constancias de la causa



también se deriva que la menor estuvo seis meses sin partida de nacimiento ni DNI y que ello condicionó la cobertura de atención de salud durante ese tiempo.

Posteriormente, subrayaron que los perjuicios económicos y morales también habían quedado comprobados mediante la prueba testimonial.

Finalmente, manifestaron que el padecimiento emocional y sufrimiento psíquico quedó acreditado mediante la pericia psicológica y la intervención de salud mental. Adicionalmente, refirieron que si bien no presentaron un daño psíquico incapacitante, ambos debieron transcurrir por un sufrimiento psíquico (cfr. fs. 557/557 vta.).

5. A fs. 579/583 vta. obra el dictamen del señor fiscal ante la Cámara y a fs. 585 pasaron los autos al acuerdo.

CONSIDERANDO:

6. Preliminarmente, resulta necesario señalar que, durante la tramitación de la causa, entró en vigencia el Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) aprobado mediante la Ley 26994 y su modificatoria Ley 27077.

En virtud de ello, con respecto al alcance del cambio normativo suscitado, cabe destacar que el hecho ilícito sindicado como fuente del daño reclamado es anterior a la reforma legal aludida. El nacimiento de la relación jurídica a la que se refiere este pleito, por tanto, quedó agotado al momento de producirse aquel hecho y la procedencia de la responsabilidad imputada al demandado, entonces, no puede ser juzgada con arreglo a la nueva ley sin darle un efecto retroactivo categóricamente prohibido por las disposiciones del artículo 7° del CCyC.

Ello así, conforme se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) con relación a la eficacia temporal de la reforma mencionada, el principio de irretroactividad impide la aplicación de las nuevas disposiciones a relaciones y situaciones jurídicas consumidas bajo el anterior régimen legal (en “*D.L.P., V. G. c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo*”, sentencia del 6/8/15).

7. Con carácter previo a entrar en el análisis de la presente controversia, debe tenerse en cuenta que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (confr. Fallos: 306:444; 302:235; 301:676; 300:535; 272:225; entre otros). En sentido análogo, tampoco es obligación del

juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver (confr. Fallos: 308:950; 308:2263; 280:320; 274:113; entre otros).

Asimismo, debe tenerse presente que todos aquellos puntos que no han sido objeto de agravio se encuentran firmes y por lo tanto no compete a este tribunal su revisión ni estudio. En efecto, no puede soslayarse que “... *todos aquellos puntos o tópicos de la sentencia que no han sido motivo de cuestionamiento, deben considerarse consentidos y, como consecuencia del principio dispositivo, cobra plena virtualidad el brocardico tantum devolutum quantum appellatum (ínsito en los artículos 242 y 247 del Código Contencioso Administrativo y Tributario), que demarca los límites de actuación de la alzada sobre la base de existir un elemento condicionante: el agravio*” (esta sala, *in re* “Beltramo, Néstor c/ GCBA s/ daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)”, EXP 4285/0, del 2/5/06, “Aranda, Roque (Lavadero Richard) c/ GCBA (Hospitales “Carlos G. Durand” y “Parmenio Piñero”) s/ cobro de pesos”, EXP 1248/0, del 12/9/06, entre muchos otros).

7.1. En este contexto, cabe dejar asentado que la sentencia de la anterior instancia se analizó la responsabilidad en cabeza del GCBA a la luz de lo dispuesto artículo 1112 del Código Civil –tal como ha sido expresa y extensamente tratado en el considerando III del fallo apelado–.

El marco jurídico y el consecuente encuadre normativo no fue materia de agravios por ninguna de las partes. En consecuencia, ello se encuentra firme y consentido y ajeno al tratamiento ante esta instancia.

Asimismo, obran en el expediente una serie de elementos que no se encuentran controvertidos, y, por ello, no serán objeto de pronunciamiento.

En primer lugar, quedó demostrado que a las 05:55 horas del día 2 de Marzo de 2010 nació la hija de los aquí actores (cfr. fs. 20).

En segundo orden, en virtud de una confusión –reconocida por el GCBA y la Lic. CAMARDELLI – se les comunicó a los actores que habían sido progenitores de un varón. Dicha circunstancia también quedó acreditada a fs. 58, 59 y 70.

También quedó demostrado que la señora R. S. descubrió que el recién nacido en verdad era una niña. A su vez, ante el posible robo o cambio de bebé consta la denuncia realizada el 2 de marzo en la Comisaría N°24 por el señor A. S. R. T..

Asimismo, obra en la causa penal el informe realizado por la Fundación Favalaro –en fecha de 3/3/2010– el cual concluye que la señora R. S. E., no puede ser excluida del vínculo biológico como madre respecto a la muestra sangre de la recién nacida rotulada como R.R.,A.E. A su vez, dicho informe de filiación fue recibido por la Dirección Médica del Hospital Argerich en fecha de 12 de marzo de 2010 (conf. fs. 35/45 de la causa penal).

A más de ello, cabe destacar que la señora fiscal a fin de lograr el esclarecimiento del hecho –y teniendo en cuenta que no resultó posible el cotejo de las huellas– remitió la causa al juzgado de Instrucción. El señor juez de Instrucción, Dr. Rodríguez, libró oficio al Cuerpo Médico Forense para que practique nuevo estudio de ADN.

Finalmente, mediante dictamen de fecha de 3 de agosto de 2010, el Cuerpo Médico Forense, explicó que los estudios llevados por el Laboratorio Prestador PRIMAGEN, arrojaron como resultado que la Sra. R. S. no puede ser excluida como madre biológica de la menor R.R.,A.E. habiéndose establecido una probabilidad



de maternidad biológica del 99.9%. En consecuencia, el juez de Instrucción –en fecha de 27 de agosto de 2010– descartó la comisión de un delito y archivó las actuaciones (cfr. fs. 89 de la causa penal).

8. Ello asentado, cabe ingresar en el análisis de los agravios esgrimidos.

En primer término, examinare la crítica vinculada con la existencia de un daño, ya que ante su inexistencia deviene innecesario el tratamiento del resto de los agravios.

8.1. DAÑO PSICOLÓGICO.

Sobre este rubro, el juez de grado fundó su rechazo en las conclusiones arribadas en el informe pericial que obra a fs. 354/365.

Allí, la perito del Cuerpo Médico Forense determinó, en relación a la señora R. S., que “(...) *no se observan signos que permitan hacer un diagnóstico de una personalidad premórbida, en el sentido de la existencia de una alteración previa de la personalidad. No se observan signos que permitan hacer un diagnóstico de una patología relativa o de un agravamiento de un trastorno preexistente que pueda encuadrarse en el concepto de daño psíquico*” (v. fs. 359)

Asimismo a fs. 363 obran las conclusiones generales respecto de ambos actores estableciendo que “[a]tento a la evaluación realizada, es posible afirmar que no se han hallado signos de una patología reactiva que pueda encuadrarse en el concepto de daño psíquico en ninguno de los examinados. Para que un trastorno emocional llegue a ser considerado daño psíquico deberá reunir determinadas características, ya que no todo trastorno psíquico es daño psíquico. No debe considerarse daño psíquico a los síntomas aislados que no constituyen una enfermedad, como tampoco a los cuadros no incapacitantes. Los trastornos emocionales padecidos por los actores, que resultaron transitorios y cursaron sin dejar secuelas incapacitantes, constituyen el llamado sufrimiento normal, es decir, que no han dejado incapacidad psíquica residual (...)”.

A su vez, respondiendo a los puntos de pericia la Lic. Alejandra Lubel determinó que “(...) *no se han hallado evidencias en los actores de patología reactiva al hecho de autos. (...). No se indica tratamiento psicológico alguno para los examinados (...)*” (v. fs. 364).

En este contexto, resulta sustancial el informe especializado efectuado por el Cuerpo Médico Forense –que no ha sido desacreditado por ninguna otra opinión experticia en la causa–.

Cabe señalar que la indemnización por este rubro está dirigida a establecer la pérdida de potencialidades futuras, causadas por las secuelas permanentes

y el resarcimiento necesario para la debida recuperación, teniendo fundamentalmente en cuenta las condiciones personales del damnificado, sin que resulte decisivo a ese fin el porcentaje que se atribuye a la incapacidad, sino que también debe evaluarse la disminución de beneficios, a través de la comparación de las posibilidades anteriores y ulteriores.

A tal efecto, no pueden computarse las meras molestias, estorbos, temores, recelos, fobias, que casi siempre son secuelas propias de este tipo de hechos.- En cambio, debe repararse en el aspecto laboral, la edad, su rol familiar y social; es decir, la totalidad de los aspectos que afectan la personalidad (conf. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones" Tº IV-A, pág. 129, núm. 2373; TRIGO REPRESAS en CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, "Derecho de las Obligaciones", Tº III, pág. 122; BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones", Tº I, pág. 150, núm. 149; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", Tº II-B, pág. 191, núm. 232; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en BELLUSCIO-ZANNONI, "Código Civil Comentado, Anotado y Concordado", Tº V, pág. 219, núm. 13; ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, "Curso de Obligaciones", Tº I, pág. 292, núm. 652).

Sobre el punto, no es ocioso recordar que el art. 384 del CCAyT establece que “[l]a fuerza probatoria del dictamen pericial es estimada por el/la juez/a teniendo en cuenta la competencia del/la perito, 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 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca”.

Son abundantes los fallos y coincidentes los fundamentos que los sustentan, al precisar 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. “El juez es soberano al sentenciar en la apreciación de los hechos, dentro de los cuales se encuentra el dictamen. Así lo interpreta unánimemente la doctrina judicial; pero (...) se le ha señalado una valla, pues deberá aducir razones de entidad suficiente para apartarse de las conclusiones” (FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, Astrea, 1999, pág. 690 y sigtes.).

Es decir que el juez no puede desvincularse arbitrariamente de la opinión del experto y tiene la obligación de fundar su discrepancia.

En virtud de lo dicho, no encuentro razones fundadas para apartarme de las conclusiones a las que arribó la perito.

Por lo expuesto, corresponde rechazar el presente agravio y confirmar –en lo que a este punto refiere– la sentencia de grado.

8.2. LUCRO CESANTE.

Al respecto, cuadra recordar que el daño patrimonial está integrado por dos elementos: el daño emergente, o sea el perjuicio efectivamente sufrido, y el lucro cesante, es decir la ganancia de que fue privado el damnificado.

En efecto, este último aspecto del daño se configura como la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo (LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tº I, Abeledo – Perrot, 5ª edición, núm. 232, págs. 286/287; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Abeledo – Perrot, 9ª edición, núm. 321, pág. 170; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. – LÓPEZ MESA, MARCELO J., Tratado de la Responsabilidad Civil, Tº I, Editorial La Ley, 2.004, núm. 4.2, págs. 462 y sigtes.).



La indemnización por lucro cesante tiene por objeto indemnizar el quebranto patrimonial representativo de las ganancias efectivamente dejadas de percibir, como cesación de un lucro específico relacionado causalmente con el accidente. Para que el lucro cesante sea indemnizable, basta la existencia de una cierta probabilidad objetiva de que se habría logrado un beneficio, según el curso ordinario de las cosas y de las circunstancias pertinentes, aunque la prueba de los daños no sea categórica, si del contexto no surgen circunstancias que obstan a ello. Es decir que, si bien es cierto que el lucro cesante no consiste en la privación de una simple posibilidad de ganancia, tampoco es imprescindible la absoluta seguridad de que esta se habría obtenido para que se establezca la correspondiente indemnización, siendo suficiente la certeza de una seria probabilidad objetiva de que se habría obtenido un beneficio, según el curso ordinario de las cosas y de las circunstancias (cfr. “Kutnowski, Silvia Estela c/ GCBA y otros s/ Daños y perjuicios [excepto resp. médica]”, Expte. EXP 39970/0, Sala II, sentencia del 26 de agosto de 2014).

Asimismo, se ha sostenido que el lucro cesante, como el daño emergente debe ser probado. La dificultad que presenta el primero es que solo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido, no incluyendo los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. De allí que deba considerarse entonces que el lucro cesante apunta a aquellas ganancias que efectivamente la parte actora se vio privada de percibir como consecuencia directa del infortunio (cfr. “Kutnowski, Silvia Estela”, ya citado).

En este contexto, corresponde recordar que la actora petitionó este rubro indemnizatorio toda vez que el padre de la menor *“debió desatender sus ocupaciones laborales en un astillero en el cual trabajaba y cobraba \$90,00.- (PESOS NOVENTA) diarios, recibiendo mensualmente la suma aproximada de \$2.000,00.- (PESOS DOS MIL); sus ausencias reiteradas, dieron origen a su despido”* (cfr. fs. 4).

Sobre el punto, cabe destacar que la única prueba tendiente a demostrar la existencia de una relación laboral se trató de la declaración testimonial del Sr. Juan Flaminio Insaurrealde, amigo del Sr. R. T.

En su deposición refiere que A. S. R. T. *“lo suspendieron (...) porque el dejó de ir a trabajar. Y cómo el dejó de ir a trabajar lo suspendieron porque en esa empresa te suspenden si dejas de ir a trabajar”* (v. fs. 317).

Seguidamente, ante las preguntas de la letrada del GCBA, Insaurrealde, relató que el actor estuvo ausente unos 15 días más o menos. Luego, dijo no saber si el señor R. T. había comunicado el motivo de su ausencia. Finalmente, señaló que al accionante le comunicaron verbalmente su suspensión y agregó que no sabía exactamente cuándo se había reintegrado a la empresa (cfr. fs. 317 vta./318).

Así las cosas, obra en el expediente una única declaración testimonial, de un amigo del actor, que en ningún momento refiere a despido —sino a una supuesta suspensión— sin ahondar en mayores precisiones.

Las constancias de la causa me inclinan a pensar que no existen suficientes elementos de prueba a efectos de concluir que como consecuencia del hecho de autos existieron ganancias que efectivamente fueron dejadas de percibir.

Todo esto me conduce a rechazar el reconocimiento de una indemnización por lucro cesante.

8.3. DAÑO MORAL.

Preliminarmente, corresponde realizar una aproximación al concepto de este rubro.

He dicho que el daño moral puede ser definido como la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más grandes afectos, a lo que se puede agregar que, ya sea que se caracterice como la lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales o como el que no menoscaba al patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley o el que se infiere a los sentimientos, a la integridad física o intelectual, o a las afecciones legítimas, es decir que se causa a los bienes ideales de las personas, es condición esencial para esa indemnización que él exista o se haya producido (conf. LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, Tratado de Derecho Civil Tº I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 271, núm. 243; MAYO, JORGE, Código Civil Comentado Anotado y Concordado, dirigido por BELLUSCIO A. - coordinado por Z ANNONI E. - Tº II, Buenos Aires, Astrea, p. 230; ZANNONI, EDUARDO, El daño en la responsabilidad civil, Astrea, Buenos Aires, p. 287, núm. 85; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 179, núm. 556/7; CNCiv., Sala A, “Buletti, Marcelo Pablo y otro c/ Crucero del Norte S.R.L. y otros”, 23/04/08, voto del Dr. LI ROSI, RICARDO).

Sin lugar a dudas, constituye una mortificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, por una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho y anímicamente perjudicial, que debe ser reparado con sentido resarcitorio (conf. Pizarro, Ramón Daniel, Daño Moral, Ed. Hammurabi, 1996, p. 47).

Siendo ello así, y como sostuve en anteriores oportunidades, para que el daño moral sea resarcible debe ser cierto —es decir, que resulte constatable su existencia actual, o cuando la consecuencia dañosa futura se presente con un grado de probabilidad objetiva suficiente— y personal —esto es, que solamente la persona que sufre el perjuicio puede reclamar su resarcimiento—; debe derivar de la lesión a un interés extrapatrimonial del damnificado —la afectación debe recaer sobre un bien o interés no susceptible de apreciación económica— y, finalmente; debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho dañoso y el perjuicio sufrido (conf. mi voto, Sala I, “Sandrini, Diego Leonardo c/ GCBA (Dirección General de Obras Públicas) s/ Daños y Perjuicios, expte., EXP 1934”).

La indemnización cumple una función resarcitoria, pero ello no es óbice para que en el caso del daño moral, esa función sea satisfactoria para la víctima. Ella, por lo obtenido como reparación del perjuicio experimentado, paliará éste con



placeres o ventajas que subsanarán en sus sentimientos o en su espíritu la situación disvaliosa padecida.

Como es sabido, la fijación del importe por daño moral es de difícil determinación, sujeta a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, o sea, agravios que se configuren en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una adecuada discrecionalidad del sentenciante (conf. CNCiv. Sala F “Pescio, Lucía María c/ MCBA s/ daños y perjuicios” 30/04/01).

Si bien no es fácil mensurar en dinero el daño moral y, en un sentido estricto, ninguna suma será adecuada compensación, es deber de los jueces buscar el equilibrio y fijar con prudencia la respectiva indemnización. El dinero tiene un valor compensatorio que permite a la víctima algunas satisfacciones que son un equivalente o sucedáneo del daño sufrido. Pero ese derecho de la víctima no puede traducirse en un beneficio que no guarde relación con la subsistencia del perjuicio o con la reparación de otros daños, es decir, debe buscarse una relativa satisfacción del agraviado mediante una suma de dinero que no deje indemne la ofensa, pero sin que ello represente un lucro que desvirtúe la reparación pretendida. La fijación de dicha reparación, por sus particulares características, depende, en definitiva de un juicio de valor que el sentenciante está facultado a realizar (cfr. CSJN, Fallos: 323:1779; Cám. Cont. Adm. Fed., Sala II, sentencia dictada en los autos “Cozzi Jorge Alberto c/ E.N. –Min. De Defensa – Prefectura Naval Arg.”, sentencia del 23 de mayo de 1996 y Sala IV, sentencia dictada en la causa “Miguens Francisco F. c/ E.N. [M° de Defensa Resol. 1250/95]”, sentencia del 14 de junio de 2001).

Ahora bien, resulta claro que la suma a establecer por este rubro no colocará al actor en la misma situación en que se encontraba con anterioridad al suceso.

A su vez la Corte Suprema ha dicho que “*La estimación del daño moral no debe necesariamente guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste*” (Fallos, 326:1673).

Por otro lado, prestigiosa doctrina ha dicho que “*Constituye parámetro significativo el lapso durante el cual se ha sufrido o previsiblemente se sufrirá el desmedro existencial*” (ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, Resarcimiento de daños, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, Pág. 116).

De acuerdo a las constancias de la causa, es razonable suponer que el suceso del 2 de marzo de 2010 provocó a los actores sentimientos de dolor, angustia y desazón, que se prolongó, cuanto menos, durante diez días. Ello, en virtud que recién en fecha de 12 de marzo de 2010 la Dirección Médica del Hospital Argerich recibió el informe que comprobaba el vínculo biológico entre la actora y su hija. Asimismo, el

informe fue confirmado el 3 de agosto de 2010, mediante el dictamen del Cuerpo Médico Forense –en virtud del estudio del Laboratorio Prestador PRIMAGEN–. Finalmente, el juez de Instrucción en fecha de 27 de agosto de 2010, descartó la comisión de un delito y archivó las actuaciones.

Resulta indudable que en ese período de incertidumbre ante el posible cambio o robo de su hijo y hasta que se demostró la existencia de vínculo biológico con la recién nacida, se generó una alteración a su espíritu que merece ser indemnizada.

Por las consideraciones expuestas y las circunstancias padecidas por los actores, considero que en el caso se configura la existencia de un daño. En consecuencia, corresponde revocar la sentencia de grado en lo que a este punto refiere.

8.4. GASTOS.

Con relación a los gastos médicos, farmacéuticos y de traslado, cabe recordar que estos no exigen necesariamente la prueba acabada de su existencia, si luego de las pericias técnicas se evidencia su ocurrencia a través de la naturaleza de las lesiones experimentadas y del tratamiento a que fue sometido el actor (CNCiv., Sala G, “Zárate Marta Teresa c/ Alive SRL y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 30 de marzo de 2012 y, Sala M, “Giménez Martiniano Omar y otro c/ López Rubén Darío y otros”, sentencia del 14 de diciembre de 2010).

Sin embargo, la valoración judicial debe ser severa y prudente cuando se carezca de demostración certera sobre la cuantía de los desembolsos (cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Resarcimiento de daños a las personas, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 145). Tal presunción, aplicable a erogaciones de diversa índole, resulta rebatible por la prueba en contrario, cuya producción incumbe a quien alega la improcedencia del reclamo, contrariamente al curso natural y ordinario de las cosas.

A partir de las constancias que obran en el expediente –especialmente el nacimiento de A.E.R.R. en fecha de 2/3/2010 y la partida de nacimiento de fecha de 28 de septiembre de 2010 (cfr. fs. 20)–, es posible inferir que la parte actora debió incurrir en diversos gastos médicos o farmacéuticos, por cuanto la recién nacida careció de identificación durante varios meses. Ello, sin dudas, debió dificultar –entre otras cosas– el alta ante la Obra Social, tal como han afirmado los accionantes en su libelo de inicio.

En consecuencia, corresponde revocar la sentencia de grado en lo que a este punto refiere y hacer lugar al presente recurso.

9. Determinada la existencia de daño, cabe ahora verificar si corresponde atribuir responsabilidad a los codemandados.

9.1. En primer lugar, corresponde analizar el caso de la Licenciada Stella Maris CAMARDELLI.

Cabe recordar que no está controvertido y que la propia codemandada reconoció haberle comunicado al Sr. A. S. R. T. que había nacido un varón. Asimismo, admitió haber transcripto un nombre de niño en la pulsera de la recién nacida.

De ello, se deriva el reconocimiento de una conducta negligente. Incluso, es dable poner de manifiesto, que al momento de contestar la demanda, luego de haber asumido su error, la obstétrica basó su defensa en la supuesta inexistencia del elemento daño.

Sin embargo, –en sentido contrario a lo afirmado por la codemandada– ha quedado acreditada la configuración de dicho elemento de la



responsabilidad, así como la conducta negligente, solo resta examinar si existe relación de causalidad entre la acción de la profesional de la salud y el daño sufrido por los actores.

Así las cosas, cabe recordar que calificada doctrina tiene dicho que “[p]ara que pueda adjudicarse a un profesional de la salud el daño sufrido por su paciente, es imprescindible la existencia de un nexo causal entre su accionar y la consecuencia. Ahora bien, el juicio de previsibilidad en abstracto que supone el estudio de la causalidad, presenta particularidades muy propias al estudiarse la responsabilidad en el ámbito de la salud. En este sentido, no es suficiente con la demostración del obrar negligente del médico para considerarlo responsable por el perjuicio sufrido por el paciente, sino que debe acreditarse que de acuerdo con tal juicio de previsibilidad, el daño deriva lógicamente de su conducta. Lo expuesto no es más que una derivación de las reglas generales, pero hacemos esta aclaración, pues comúnmente se asume que el mal resultado de un tratamiento sumado a un obrar negligente, supone necesariamente la responsabilidad profesional, cuando sabemos que faltará aún la prueba de la causalidad adecuada” (WIERZBA SANDRA M., en *Derecho de daños*, WIERZBA SANDRA M - BORAGINA, JUAN C. – MEZA, JORGE A, Buenos Aires 2017, Hammurabi, pág. 402).

Asimismo, se trata de la vinculación externa, material, que enlaza el evento dañoso y el hecho de la persona o de la cosa (confr. Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", novena edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 267), es decir que, para que la conducta del sujeto genere responsabilidad debe estar causalmente ligada con el resultado final, de modo que pueda afirmarse que dicha actuación ha funcionado como factor eficiente de su consumación.

En el presente caso, resulta evidente la relación de causalidad entre el obrar negligente de la Obstétrica –confusión del sexo de la recién nacida– y el daño sufrido por los actores –padecimientos generados por la incertidumbre del posible robo o cambio de su hijo– conforme fuera analizado en el punto 8 de mí voto.

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar al presente agravio, y, en consecuencia, condenar a la Licenciada Camardelli junto a su aseguradora citada en garantía, Seguros Médicos S.A.

9.2. Corresponde ahora analizar la responsabilidad del doctor Hernández, codemandado en estos autos, en su carácter, al decir de la actora, de Director del Hospital.

Preliminarmente, es dable señalar que la Licenciada Camardelli posee independencia técnica y no se trata de una subordinada. Con ello, su obrar culposo no puede ser endilgado al galeno.

Asimismo, surge de las constancias de autos que el Dr. Hernández no intervino en la práctica médica al momento del nacimiento de la menor A.E.R.R.

A su vez, no se ha producido prueba tendiente a demostrar cuál fue la conducta u omisión que resulta reprochable al mencionado.

Cabe recordar 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, no compromete por sí solo responsabilidad alguna si la conducta considerada reprochable no está acreditada suficientemente (conf. CCivCom., Lomas de Zamora, Sala I, “López Rodríguez, Lelia J. y otra c/ Municipalidad de Esteban Echeverría”, 18/09/03, LLBA 2004, p. 526).

Siguiendo esta línea argumental y ante el caso específico, se recuerda que quien no prueba los hechos pertinentes pierde el pleito si de ello depende la suerte de la *litis* (confr. Fassi, Santiago C. – Maurino, Alberto L., “Código procesal civil y comercial anotado y concordado”, ed. Astrea, tomo III, Buenos Aires, 2002, pág. 415; Cám. Cont. Adm. Fed., Sala II, “Zurutuza José Miguel c/ Dir. Gral. de Fabricaciones Militares s/ empleo público”, del 12/08/97; “Miguel A. c/ E.N. s/ retiro policial”, del 14/9/93; entre otros muchos).

En esta inteligencia, el artículo 301 del CCAyT establece que cada parte soporta la prueba de los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende. La actividad probatoria constituye, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés. Esa actividad procesal es la encargada de producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos y supone un imperativo del propio interés del litigante quien a su vez puede llegar a obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una actitud omisa (confr. arg. CSJN, “Kopex Sudamericana S.A.I.C. c/ Bs. As., Prov. de y otros s/ daños y perjuicios”, del 19/12/95).

Cabe recordar que “*la carga de la prueba es prescripta por la ley al litigante, a fin de que sus afirmaciones sean verificadas y produzcan convicción en el juez sobre la razón que le asiste y constituye un imperativo de su propio interés; es una circunstancia de riesgo, referida a que quien no prueba los hechos pertinentes pierde el pleito si de ello depende la suerte de la litis*” (confr. Acosta, José V., Visión Jurisprudencial de la prueba civil, Rubinzal-Culzoni, Buenos aires, T.I., p.129).

En el caso de autos ninguna prueba permite endilgarle responsabilidad al mencionado médico.

Por lo expuesto, en lo que respecta al codemandado Hernández, el presente reclamo debe ser rechazado.

9.3. En lo que respecta, a la atribución de responsabilidad en cabeza del GCBA caben rememorar los argumentos recientemente expuestos *in re* “S. C. N. contra GCBA y otros sobre responsabilidad médica”, Expte. 22846/2006-0, esta sala, voto de la Dra. Díaz al que adherí, del 21/03/2019.

Allí, se recordó que la CSJN, en reiteradas oportunidades, ha dicho que son requisitos ineludibles para la procedencia de un reclamo fundado en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita la ejecución irregular de un servicio, la existencia de un daño cierto y la relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar del Estado y el perjuicio (Fallos 331:1690, entre otros).

A su vez, el Tribunal Superior de Justicia local señaló que para que proceda el supuesto de responsabilidad bajo estudio resulta indispensable “*que se*



reúnan los siguientes presupuestos: a) antijuridicidad o ilicitud, consistente en la violación del ordenamiento jurídico, entendiéndose por ello no solo la infracción a deberes impuestos por la ley —en sentido amplio— sino también por la voluntad de las partes; b) la existencia de un daño —patrimonial y/o moral— cierto, concreto y actual; c) relación de causalidad entre el daño sufrido y el hecho —acto u omisión— que lo provocó; d) factor subjetivo —culpa o dolo— u objetivo —sin reproche moral al autor de la conducta— de atribución de la responsabilidad a un determinado sujeto”. Asimismo, también se indicó que “la relación de causalidad es imprescindible para atribuirle la responsabilidad a un sujeto determinado, ya que no es suficiente la existencia de ilicitud, daño y factor de atribución”.

Además, se agregó que “[l]a determinación, en un caso concreto, de cuáles fueron las causas eficientes del resultado dañoso, suele ser una tarea difícil, ya que los hechos son fenómenos complejos por la concurrencia o concatenación de distintas circunstancias que actúan como condición del resultado. Sin embargo, no todas las condiciones —negativas y positivas— que contribuyeron a la producción de un resultado pueden generar responsabilidad civil en su autor”.

Así también, se sostuvo que, en supuestos como el que nos ocupa, “[p]ara determinar, en el ámbito de la responsabilidad civil, a qué causas atribuirles el resultado dañoso, se han elaborado distintas teorías. Nuestro Código Civil adopta una de ellas: la teoría de la causalidad adecuada, según la cual la causa sería aquella que según el ‘curso natural y ordinario de las cosas’ es idónea para producir el resultado (doctrina art. 901 Cód.Civ.)”.

Por último, se concluyó que “para establecer la causa de un daño es necesario formular un juicio de probabilidad, es decir considerar si el acto u omisión del presunto responsable era idóneo para producir regular o normalmente ese resultado; y ese juicio de previsibilidad debe hacerse en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto u omisión (Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, 7ª ed. ampl. y puesta al día, nº 591/592, pág. 252, Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As.)” [TSJ, en los autos “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Bertilotti, Marta Rosa c/ GCBA s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)”, expte. N°6584/09, sentencia del 16/7/10; y, en “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Bonicelli, María c/ GCBA s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)”, expte. N°6583/09, sentencia del 17/3/10, votos de los jueces Ana María Conde y José Osvaldo Casás].

A su vez, es menester destacar que “quien contrae la obligación de prestar un servicio [en el caso, de salud] lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que

causare su incumplimiento o su irregular ejecución” (CSJN, Fallos 306:2030; 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329:3065; entre otros).

Asimismo, para lo que aquí interesa, se ha señalado que *“el adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto en cualquiera de sus partes (...) necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su control”* (CSJN, Fallos 306:178; 317:1921; 322:1393).

Al mismo tiempo, se ha fijado que para determinar la mala praxis deben valorarse las pruebas con delicadeza y precisión pues, de lo contrario, si bien se coadyuvaría a solucionar la situación de una persona y su familia, se causaría un serio perjuicio al sistema de salud en desmedro de toda la sociedad, ya que en razón de los naturales riesgos que implica el arte de curar, los médicos actuarían bajo una presión inconveniente e injusta, motivo por el que, sólo cuando se demuestre de modo fehaciente que la mala praxis o la desatención ha sido la causante exclusiva de los perjuicios, cabe responsabilizar a los médicos y a las instituciones de los daños sobrevinientes (CSJN, Fallos 325:2202).

Bajo ese temperamento, *“el nosocomio público se encuentra obligado constitucionalmente a organizar el servicio de salud, y frente a un deficiente funcionamiento del mismo, el Estado responde directa y objetivamente, pues hace a su propia función, y no a la actuación del profesional o dependiente. De tal modo, si el servicio no funcionó, funcionó mal o tardíamente, queda atrapada la responsabilidad del Estado, pues parte de una situación objetiva de falta o deficiencia del servicio que el Estado por mandato constitucional debe garantizar, pues constituye uno de los fines esenciales del Estado que justifican su propia existencia”* [Sala I, en los autos “Morutto Mirta Zulema c/ GCBA s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)”, expte. N°21824/0, sentencia del 2/9/15; y, esta sala, en los autos “Armendariz, Viviana Carolina y otros c/ GCBA s/ responsabilidad médica”, expte. N°5972/0, sentencia del 17/2/14].

A mayor abundamiento cabe recordar que la CSJN definió a la responsabilidad directa del Estado basada en la falta de servicio *“...como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular y, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la actividad con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. En consecuencia, el factor de atribución genérico deberá ser examinado en función de los elementos antes mencionados, mediante los que será posible aplicar en el caso concreto aquella regla general (considerando 6º, del caso “Mosca”, registrado en Fallos: 330:563, confr. “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSES s/ daños y perjuicios”, del 08/10/2013).*

En el caso de autos se encuentra acreditada la falencia imputada en relación con el servicio de salud brindado. Ello ya que ha quedado reconocida la conducta negligente en la práctica médica y, a su vez, se logró acreditar el daño así como también el nexo de causalidad. En consecuencia, corresponde atribuir responsabilidad al GCBA.



10. Así las cosas, corresponde ahora determinar la extensión del resarcimiento.

10.1. En lo tocante al daño moral, por los fundamentos brindados en el considerando 10.3. de mí voto, entiendo que corresponde otorgar la suma de cincuenta mil pesos (\$50.000) al frente actor.

10.2. En lo referido a los gastos de traslado y de farmacia, entiendo que corresponde conceder el monto que fuera petitionado por el frente actor, es decir, la suma de cuatrocientos cincuenta pesos (\$450).

11. TASA DE INTERÉS APLICABLE.

De conformidad con lo resuelto en el plenario “Eiben, Francisco c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)”, EXP 30370/0, del 31 de mayo de 2013 los intereses de los importes reconocidos a la actora en concepto de indemnización deberán calcularse conforme el siguiente detalle: (i) Desde el 2° de marzo de 2010 y hasta la fecha de la presente sentencia, aplicando una tasa pura del seis por ciento (6%) anual y, (ii) a partir de esa fecha hasta el efectivo pago, aplicando 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).

12. Que, resta el agravio de las recurrentes acerca de la imposición de costas.

Sobre el punto, cabe recordar que las costas son, en nuestro régimen procesal, corolario del vencimiento (art. 62 del CCyT). Se imponen no como una sanción sino como el resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, que deben ser reembolsados por el vencido con prescindencia de la buena fe con que haya actuado.

La justificación de la condena en costas se encuentra en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial de la parte en cuyo favor tiene lugar, haciendo su imposición, al deber del juez de condenar al derrotado. Por lo tanto, el vencido debe cargar con todos los gastos que hubo de realizar el vencedor para obtener el reconocimiento de su derecho.

Lo expuesto constituye aplicación de una directriz axiológica, de sustancia procesal, en cuya virtud "se debe impedir, en cuanto sea posible, que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho se convierta en daño de quien se ve constreñido a accionar o a defenderse en juicio para pedir justicia" (CHIOVENDA, en "Ensayos de Derecho Procesal" [trad. Santis Melendo], T. II, p. 5.).

Sin embargo, este principio reconoce excepción en aquellos casos en los que existe mérito para eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido o cuando hubieran existido vencimientos mutuos (art. 62 in fine y 65 del CCAyT).

Analizadas las constancias de la causa a la luz de las directrices señaladas precedentemente y de acuerdo a la forma en que se resuelve, considero que las costas devengadas deben ser impuestas a las codemandadas aquí vencidas, por no hallarse motivos que permitan apartarse del principio objetivo de la derrota (conf. art. 62 del CCAyT). En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso y revocar la sentencia de grado en lo que a este punto refiere.

13. HONORARIOS.

Que, atento la forma en que se decide y lo normado por el artículo 249 del CCAyT, corresponde dejar sin efecto la regulación de honorarios efectuada en la instancia anterior y diferirla para cuando se apruebe liquidación definitiva.

En suma, por las consideraciones que anteceden, propongo al acuerdo, en caso de compartirse mi voto: **1)** se haga lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora, y en consecuencia, se modifique la sentencia de grado en los términos de los considerandos 8 a 11; **2)** se deje sin efecto la regulación de honorarios efectuada en la instancia anterior y diferirla para cuando se apruebe liquidación definitiva y **3)** se imponga las costas de esta instancia al GCBA, la Licenciada Camadrelli y su aseguradora –Seguros Médicos S.A.– aquí vencidos.

A la cuestión planteada la Dra. MARIANA DIAZ dijo:

Adhiero en lo sustancial al voto de mi colega preopinante, por cuanto lo allí resuelto es suficiente a fin de resolver el recurso bajo análisis.

En mérito a la votación que antecede, el tribunal **RESUELVE: 1)** hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora, y en consecuencia, modificar la sentencia de grado en los términos de los considerandos 8 a 11 del voto del Dr. Esteban Centanaro; **2)** dejar sin efecto la regulación de honorarios efectuada en la instancia anterior y diferirla para cuando se apruebe liquidación definitiva y; **3)** imponer las costas de esta instancia al GCBA, la Licenciada Camadrelli y su aseguradora – Seguros Médicos S.A.– aquí vencidos.

El Dr. Fernando E. Juan Lima no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia.

Regístrese, notifíquese al fiscal de Cámara y a las partes. Oportunamente, devuélvase.

SALA 2 CAYT - Expediente:39388/2010-0 CUIJ J-01-00057716-9/2010-0 - Actuacion: 14503835/2020

FIRMADO DIGITALMENTE 16/03/2020 14:18

Mariana Díaz
JUEZ/A DE CAMARA
SUBROGANTE
CÁMARA DE
APELACIONES EN LO
CAYT - SALA II

Esteban Centanaro
JUEZ/A DE CAMARA
CÁMARA DE
APELACIONES EN LO
CAYT - SALA II