Expediente Nro. 155929

En la ciudad de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, en la fecha resultante del último certificado de firma digital, reunidos los señores Jueces de la Sala Uno de la Excma. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, doctores Fernando C. Kalemkerian y Jorge Federico Mercado para dictar sentencia en los autos caratulados: **"SERRA GUILLERMO ESTEBAN Y OTRO C/NARDI HECTOR DANIEL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ. USO DE AUTOM.-SIN LESIONES-SIN RESP. ESTADO-"**, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debe tener lugar en el siguiente orden: Dres. Kalemkerian y Mercado, resolviéndose plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1ra) ¿Se ajusta a derecho la sentencia de fs. 2420/2436?

2da) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR KALEMKERIAN, DIJO:

I. El Señor juez de primer grado rechazó la demanda de indemnización de daños y perjuicios por mala praxis médica interpuesta por Guillermo Esteban Serra y Carina Fernanda Cornejo contra Héctor Daniel Nardi, la "Asociación Española de Beneficencia de Bahía Blanca-Hospital Regional Español de Protección Recíproca" y la "Obra Social del Personal Marítimo" (OSPM), pleito al que fueron citadas en garantía "Provincia Seguros SA" y "Sancor Cooperativa Argentina de Seguros Limitada". Las costas fueron impuestas por su orden, considerando que, debido a las características del caso planteado, los actores pudieron razonablemente creerse con derecho a promoverla.

A continuación reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. Se alzaron contra la decisión los demandantes, quienes sostuvieron sus agravios mediante el escrito electrónico 10 de septiembre de 2021. También lo hizo la Asociación Española de Beneficencia - en adelante el Hospital Español - , mediante la presentación del día 13 de septiembre de 2021, a quien no satisfizo la distribución de las costas.

III. La extensa pieza recursiva de los actores protesta, en primer lugar, contra el pretendido absurdo en la valoración de la historia clínica como medio probatorio. Consideran que debió tenerse por reconocida en su integridad, incluida la tarjeta de internación, de la que surge el horario de ingreso al nosocomio a las 06:00 hs. Indican que recién se hizo ingresar a Carina Cornejo a la sala de parto a las 08:00 hs., lo que causó la discapacidad de su hijo Ezequiel, y su posterior deceso por causa de meningitis, siete años más tarde, debido a la imposibilidad de su detección originada en aquella minusvalía.

Los agravia también la valoración de la prueba testimonial. Destacan el testimonio de la Sra. Del Valle Brizuela (fs. 1346/1349), que fue descartado livianamente a su entender y quien habría confirmado el horario de ingreso. Sostienen que lo único que no recordó la testigo con precisión fue la hora de nacimiento de Ezequiel. Argumentan que se desatendió su testimonio por encontrarse en trabajo de parto, pero a la vez se echó mano de la confesional de Cornejo pese a que pasaba por el mismo trance.

Se quejan de que se otorgara relevancia a lo declarado por los empleados del Hospital Español (Massa, Fernandez y Tachella), a quienes comprendía las generales de la ley.

A continuación se enfrascan en el minucioso análisis de cada una de las deposiciones. Con respecto a Tachella concluyen que su declaración fue por una parte falaz y por la otra, basada exclusivamente en documentación exhibida al momento de declarar. Otro tanto puede decirse, a su criterio, de las restantes declaraciones. Reprochan al judicante haber concluido que ellos mintieron respecto del horario de ingreso, en base a manifestaciones de personas que no estuvieron presentes. Se preguntan cuál habría sido el motivo por el que

Guillermo Serra se hubiese visto tentado a denunciar una hora de ingreso distinta a la real.

Abordan luego las constancias de la historia clínica, que encuentran plagada de omisiones, contradicciones e inconsistencias. Destacan la falta de colaboración de parte de los demandados.

Seguidamente se ocupan de las pericias médicas. Consideran al respecto que, de la evacuada por la Dr. Galimberti (obstetra y ginecóloga), el a quo no solo valoró deficientemente sus constancias sino que omitió considerar las explicaciones que suministró a pedido de los actores, en particular: que durante la semana 29 el embarazo no acusaba anormalidades, que Carina Cornejo ingresó a las 06:00 hs, que lo hizo en período expulsivo, que solo se constató su presión arterial y grupo sanguíneo y que para evitar daños neurológicos debe ser inmediato el ingreso de la parturienta a la sala de parto. También que la hipoxia perinatal es una probable causa de parálisis cerebral, por lo que podría afirmarse que Esteban Ezequiel Serra sufrió hipoxia durante el alumbramiento o intra-útero.

En cuanto a la pericia elaborada por el Dr. Vain (pediátra y neonatólogo), destacan las conclusiones en el sentido de que un niño con la parálisis cerebral que padecía Esteban Ezequiel, tiene una probabilidad de sobrevida sensiblemente menor a la de uno sin dicha discapacidad, que era posible que los síntomas de una meningitis causada por neumococo pasaran desapercibidos, y que si bien era factible detectarla a través de la maniobra de Brudzinski o de Kerning, era más dificultoso hacerlo en presencia de esa discapacidad motriz. También que los niños con esa condición, tienden a manejar mal sus secreciones y por ello a congestionarse.

A renglón seguido abordan la pericia de los Dres. Laube, Corti y Grecco, que hallan coincidente con la anterior, por lo que, a su entender, cabe extraer las mismas conclusiones.

Denuncian absurdo de parte del Sr. Juez de grado, y la falta de perspectiva de género, en la valoración de la prueba confesional de Carina Cornejo, en cuanto

habría reconocido que entró al hospital con contracciones y no en período expulsivo (fs. 1463/1464). Sostienen que la actora desconoce el significado de esta expresión, y que atravesó por una situación traumática, por lo que pretender que recuerde al absolver posiciones detalles o nombres técnicos resulta, al menos poco, empático.

Observando el mismo esquema propuesto por la sentencia, el recurso se detiene en el análisis de la responsabilidad de cada uno de los protagonistas. Con respecto a Héctor Nardi, afirman que olvidó transcribir el artículo 50 de la ley 17.132, del que se desprende que una obstétrica no puede atender un parto que presente síntomas de anormalidades. Sostienen que el médico no se hizo presente sino hasta el momento de suturar a Carina. Aseveran que se lo puso en conocimiento de la situación en varias oportunidades: al salir de su domicilio con destino al hospital, al momento en que ingresaron (06:00 hs.), y a las 07:12 hs, llamada que efectuó la madre de Guillermo, pese a lo cuál Nardi se hizo presente recién a las 08:10 según la historia clínica, o a las 08:20 según Tachella.

Sostienen, en tal sentido, que está acreditado que el día 22 de junio de 1999, existió una llamada al horario señalado, desde la línea telefónica perteneciente a la Sra. Rosa de Serra, a la de titularidad del Dr. Nardi. Cuestionan el razonamiento de la sentencia sobre este punto, al haber objetado la ausencia de prueba acerca de su contenido. Se preguntan para qué otra cosa podría haberlo llamado.

En cuanto a la responsabilidad del Hospital Español, aseguran que existió una violación de la obligación de garantía implícita en la relación contractual, y responsabilidad de sus dependientes por no atender a Carina por más de dos horas desde su ingreso, lo que hubiera evitado la parálisis cerebral de Ezequiel, frente a un cuadro que imponía la necesidad de actuar con celeridad. Destacan que la falta de control y atención por parte de los médicos del hospital, la ausencia de un médico obstetra de guardia, los efectos derivados de la tardanza, el severo compromiso de Ezequiel al nacer y las deficiencias gravísimas que acabaron con su vida, hacen responsable al nosocomio.

En el siguiente apartado, solicitan la aplicación de las normas del estatuto del consumidor. Argumentan que la relación jurídica que los unió tanto con el Hospital Español como con la Obra Social fue de consumo, por lo que ambos son proveedores en los términos del artículo 2 de la Ley 24.240, y solo podían haberse eximido acreditando la interrupción del nexo causal. Sin embargo, concluyen, ni uno ni otro, y tampoco Nardi, aportaron al proceso la prueba tendiente a acreditar cuál fue la causa real de la lesión sufrida. No colaboraron con el esclarecimiento de la cuestión que se debatía en este juicio y por eso deben afrontar las consecuencias de ello.

La protesta finaliza con una referencia al límite de cobertura, solicitando la actualización de los importes al momento del efectivo pago, con cita de un antecedente de esta Sala (Expte. 150.319).

IV. Al Hospital Español, como se viera, no lo convence la decisión del Sr. Juez de grado de eximir de las costas a los vencidos, en los términos del artículo 68 2do, párr. del Cód. Procesal. El hecho de se creyeran con derecho a demandar, descansa a criterio del apelante, en una circunstancia meramente subjetiva, que en todo caso podría surtir efecto respecto del médico pero nunca del hospital. Remiten al dictamen contable elaborado por la Cdra. Granja, del que surge que Nardi no formaba parte del staff o plantel de profesionales del nosocomio por lo que no había ninguna posibilidad de que la institución fuera condenada por la presunta mala praxis.

V. La parte actora contestó la expresión de agravios el día 29 de septiembre de 2021, mientras que la suya fue replicada por el Hospital Español (p.e 4/10/21), y por Sancor Compañía Argentina de Seguros, el mismo día. Encontrándose el expediente en condiciones, paso a ocuparme de su mérito.

VI. Con abstracción, por el momento, de la hora de ingreso al nosocomio demandado, que ha quedado en el vórtice de la contienda, y sobre lo que se ha descargado gran parte del arsenal argumentativo, parece aconsejable partir al menos de dos realidades que son incontrovertibles. La primera de ellas es que el parto fue atendido sin la presencia del ginecólogo. La otra es que el menor nació con Apgar 3, en estado deprimido grave, habiéndose constatado bronco-

aspiración de líquido meconial y que debió ser sometido a maniobras de reanimación.

Sobre esto último no hay ninguna duda, pues así surge de las Historias Clínicas de Carina Fernanda Cornejo, Nro. 152.229, y de Esteban Ezequiel Serra, Nro. 152.254, agregadas en autos a fs. 2418 y 2419, cuyas copias obran a fs. 1149/1162 y 1127/1148, respectivamente. Fue a su vez corroborado por la pericia médica de la Dra. Diana Galimberti, Profesora Adjunta de Obstetricia de la Universidad de Buenos Aires, (fs. 2089/2092), y también fue relatado por Francisco Gerardo Cardile (fs. 1589/1590), médico neonatólogo que intervino en el alumbramiento y el primero en atender al recién nacido.

La ausencia del obstetra, a primera vista, parece desmentida por la Historia Clínica que, a mi modo de ver, obra de modo francamente artificioso al consignarlo como presente (v. página 4 H.C. fs. 2418: que reza "operador: Nardi"); también, en forma brumosa y poco convincente, en la propia contestación de la demanda de Héctor Daniel Nardi (fs. 282/308), pues allí negó aquella circunstancia (fs. 284 vta), y aseguró que la paciente no solo no fue abandonada, sino que había tres profesionales médicos a su disposición (fs. 287), entre los que se contó. Más tarde, empero, lo relativizó al absolver de posiciones (v. fs. 1315/1316), y admitir que no podía precisar en qué momento llegó.

Que Nardi estuvo en el parto es, por consiguiente, menos que una verdad a medias. Me parece claro que, si bien asistió, al menos, para suturar a la paciente, lo hizo luego del nacimiento, y que el procedimiento fue realizado, en definitiva, por la partera, Olga Tachella, lo que se desprende, entre otras cosas de su declaración de fs. 1364/1366 y también de la de Cardile.

No está de más recordar, en sentido contrario a la conclusión del judicante, que la función de las obstétricas solo se limita a prestar asistencia durante el estado de embarazo, parto o puerperio (arts. 42, 50 y ss. de la ley 17.132), debiendo ante la comprobación de cualquier síntoma anormal requerir la presencia de un médico especializado en obstetricia (conf. PREVOT, Juan M., "Responsabilidad civil de los obstetras", Responsabilidad Civil y Seguros, Ed. La Ley, 2011, Nro.

VIII, p. 273, cita online: AR/DOC/2273/2011). El artículo 50 de la ley 17132 establece que "Las obstétricas o parteras no podrán prestar asistencia a la mujer en estado de embarazo, parto o puerperio patológico, debiendo limitar su actuación a lo que específicamente se reglamente, y ante la comprobación de cualquier síntoma anormal en el transcurso del embarazo, parto y/o puerperio deberán requerir la presencia de un médico, de preferencia especializado en obstetricia".

Luego tenemos el resultado, que también está fuera de controversia: un bebé que presentó cuadriparesia (o tetraparesia) espástico-distónica (v. 49/50, 1294, 1295, 1300, y sgtes.)

La pregunta que decanta, debido a su propio peso, es cuál es el motivo por el que el parto se llevó a cabo sin la presencia del ginecólogo y si hay conexión entre este hecho y la patología que presentó el recién nacido. ¿No hubo tiempo de esperarlo? ¿Por qué razón un embarazo que no acusaba complicaciones desemboca en una parálisis cerebral? ¿Fue el tiempo intra-útero un factor determinante de esta afección?

La conjetura que, para darles respuesta, se cuela naturalmente en la mente del profano, es que si el parto comenzó sin el auxilio del profesional médico, y además no existen constancias de monitoreo fetal, es porque, efectivamente, no había tiempo para todo ello, cualquiera sea el motivo de la demora, y de a quien corresponda imputarla.

Luego, podemos suponer, en consonancia con lo que piensan los actores, que el tiempo se constituyó en una variable de peso y no es descabellado pensar que fue la causa de la hipoxia, y el consiguiente sufrimiento fetal, lo que originó, a la postre, las consecuencias que derivaron en la condición de severa discapacidad motriz del menor.

A pesar de la extrema sobriedad, y hasta el desgano, de la pericia médica de fs. 2090/2092, y de haber dicho que no podía aseverarse que Esteban Ezequiel Serra haya nacido con una parálisis cerebral (¿?), también dijo la experta, - al responder por el encadenamiento causal entre el tiempo transcurrido y la

parálisis - , que cuando una paciente ingresa al establecimiento asistencial en período expulsivo, el único tratamiento es llevar a término el parto.

La respuesta no podía ser mas aséptica. Sin embargo, al suministrar explicaciones, aclaró que la prolongación del trabajo de parto podría asociarse con desenlaces materno y perinatales adversos varios, entre ellos la hipoxia perinatal. Del mismo modo, que cuando la hipoxia perinatal es grave, tiene una alta probabilidad de causar parálisis cerebral en el niño (respuesta a pedido de explicaciones, fs. 2122/2123).

Claro que es posible, a modo de hipótesis, que el expulsivo prolongado no haya tenido nada que ver y que solo sea un dato anecdótico. La Historia Clínica de Cornejo, dicho sea de paso, menciona una hemorragia genital (v. hoja 5 historia clínica agregada a fs. 2418).

Fue, empero, el propio demandado quien le atribuyó al tiempo una significación especial e incluso enlazó dicha hemorragia con la demora, aunque no de su parte, sino de la paciente, conectando ambas circunstancias.

Dijo el Dr. Nardi que "el estado en período expulsivo con hemorragia, dado el estado de necesidad del caso, requirió que no se prolongara el nacimiento del bebé" (fs. 289 vta) y más adelante: "el ingreso al área de maternidad en período expulsivo con hemorragia genital pone de manifiesto la llegada tardía de la Sra. Cornejo al Hospital, pudiendo ser ésta la causa del resultado final" (fs. 290). Añadió también que el monitoreo fetal no puede hacerse cuando se está en período expulsivo.

Es verdad que apenas unas páginas después, argumentó que la hipoxia, pocas veces es la causa de la parálisis y que no debe ser considerada siempre como sinónimo de inadecuado control obstétrico (v. fs. 296). Ensayó, entonces, como otras causas posibles, infecciones intrauterinas, malformaciones cerebrales, problemas placentarios (que subraya), etc.

Pero todo ello quedó como una mera posibilidad sin que recibiera la menor confirmación probatoria, porque ninguno de los puntos de pericia propuestos por el Hospital (fs. 185) ni los formulados por el propio Nardi (fs. 304/305), como el

relativo a las causas de la hemorragia (punto 9) o si hubo presencia de circulares de cordón umbilical que pudieran afectar la salud del recién nacido (punto 27), o lo relativo al desprendimiento placentario anterior (punto 31) llegó a producirse, luego de que ambas partes manifestaran desinterés en la prueba pericial y se abstuvieran de participar en ella (v. auto apertura a prueba fs. 681/686).

No alcanzaba con el nihilismo.

Indudablemente los demandados tenían la obligación legal de colaborar con el esclarecimiento de la situación litigiosa; su silencio, reticencia o actitud omisiva, no puede favorecerlos, pues pesa sobre ambas partes la tarea de arribar a la verdad material, observando el "principio de cooperación procesal" (conf. PEYRANO, "El principio de cooperación procesal", LA LEY 2010-A, 1062.; MORELLO, Augusto, "Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba (la cooperación al órgano, sin refugiarse en el sólo interés de la parte)", ED, 132-953).

El alivio de la carga probatoria de la víctima viene dado, en la especie, por la estricta aplicación, en el proceso, del juego de presunciones judiciales, la conducta procesal de las partes y la noción de las cargas probatorias dinámicas, donde el que debe probar es el que está en mejores condiciones procesales de hacerlo en función de un hecho concreto, siendo exigible -en orden a las circunstancias del caso, alcance de la pretensión y defensas-, que el profesional y el nosocomio acrediten su diligencia o que la prestación médica fue diligente e idónea, de acuerdo con las circunstancias particulares" (conf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - TALLONE, Federico, "Derecho Médico y Mala Praxis", Ed. Juris, p. 316 y sgtes;).

No comulgo, entonces, con la sentencia, en cuanto a que hayamos estado, en este caso, frente a posibles complicaciones de un parto, y que las causas de la lesión sufrida puedan ser múltiples, inevitables e imprevisibles (v. fs. 2431 vta.). Lo que puede ser cierto, de modo abstracto y general, no parece serlo para la específica situación de autos.

Porque si bien no puedo descartar complemente que todo pudo haber sido una desgraciada coincidencia, y que la demora que desencadenó la urgencia no agregó nada al cuadro que exhibió el menor al nacer, las cosas no suelen funcionar de este modo (art. 520, 901, y cctes. Cód. Civil) y no hay nada que me induzca a pensar así; más bien tengo poderosas razones para creer que el padecimiento experimentado pudo haberse revertido si se hubiese atendido a tiempo y evitado así el expulsivo prolongado, la consiguiente asfixia (hepoxia) perinatal y el sufrimiento fetal, y por consiguiente, el severo compromiso posterior del menor.

VII. En cambio, y continuando con el análisis preliminar de la relación causal, estoy de acuerdo con el Sr. Juez en punto a que no hay modo de ligar causalmente la muerte de Esteban Ezequiel Serra con los hechos relatados en la demanda, y en particular con el retardo en la atención del parto de la Sra. Cornejo.

La pericia de Nestor Eduardo Vain (fs. 2086/2088), profesor titular de Pediatría de la UBA, dejó en claro que si bien puede no ser sencillo identificar un cuadro de meningitis en un menor que padece parálisis cerebral, ello no lo vuelve imposible, sino a lo sumo más dificultoso y "también puede llegar a tener manifestaciones" (v. respuesta a puntos 2, 4 y 9). Admitió que quienes sufren esta condición pueden tener más secreciones, pero que eso no origina la meningitis, pues ésta es una enfermedad causada por bacterias y virus.

Al responder el pedido de explicaciones (fs. 2122/2123), señaló que no existe respaldo científico sólido que demuestre que la presencia de secreciones en niños con parálisis cerebral sea un predisponente de la meningitis. También aclaró un poco más la naturaleza de las dificultades para la detección, derivadas del hecho de no poder interrogarse al paciente, dificultad que, por cierto, no ha de ser ajena a gran cantidad de episodios pediátricos.

El trabajo pericial guardó armonía con el informe de la UBA de fs. 2126/2127, suscripto por los Dres. Laube (Jefe de Guardia del Hosp. Muñiz), Corti (Prof. Titular Enf. Infecciosas de la UBA) y Grecco (Especialista en Pediatría) y no

tengo razones para apartarme de las conclusiones de ambos dictámenes (art. 474 CPCC).

De acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada, que es la adoptada por nuestro ordenamiento jurídico, para que exista relación causal, la acción tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente; es decir que el efecto ha de ser apropiado a la forma de obrar del sujeto en función del daño resultante (GOLDENBERG, Isidoro H., La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 32 y ss.).

La muerte por meningitis, entonces, aun cuando se llegara a la conclusión de que ha existido un incumplimiento obligacional, no podría ser una consecuencia inmediata y necesaria de éste (art. 520 Cód. Civil).

No dejo de ver que existe un punto sobre el que también han coincidido ambas conclusiones periciales: la sobrevida de un niño con parálisis cerebral, suele ser más corta que la de uno sin esa patología. De forma tal que podría decirse que la enfermedad, en un segundo estadio causal, ha incidido en la disminución de las chances de sobrevida de Esteban Ezequiel, y ello podría importar en sí mismo un daño susceptible de reparación. Incluso si el menor siguiera con vida, no hubiera sido descabellado proponer que su condición se tradujo en un peligro de daño futuro, tal como ha sido lúcidamente descripto por Eduardo Zanoni, al contemplar las hipótesis en que, frente a las secuelas actuales, se plantee la eventualidad de un daño factible de manifestarse en el futuro (ZANONI, Eduardo, "El beneficio o ganancia frustrada y las meras chances", Rev. Derecho de Daños, 2008-1, Ed. Rubinzal Culzoni, pag. 89 y sgtes).

Como bien dice el autor que cuya opinión he recortado, si bien no permite indemnizar la eventualidad como daño cierto, permite evaluar cómo su peligro incide negativamente, cual una pérdida de chances.

En tal caso, como en el ejemplo del contagio de HIV que suministraron los actores en la demanda, la disminución de la expectativa de vida misma, podría ser el objeto de la reparación.

La cuestión es opinable, porque al igual que en este caso, habría de hacerse un juicio de probabilidad, que no siempre será del todo acertado. Basta con ver, precisamente, la evolución que de un tiempo a esta parte han experimentado los pacientes afectados de aquella enfermedad infecciosa, que en muchos casos pueden convivir con una forma crónica de la misma, insusceptible de originar el deceso, o casos como el de Stephen Hawking, por citar uno de los más conocidos, que superaron todo pronóstico imaginable en cuanto a sus chances de vida.

Ahora bien más allá de lo que acabo de decir, acaecida la muerte, el peligro de daño futuro forzosamente se desplaza, porque el suceso venidero ya no es una mera probabilidad, sino que desgraciadamente se ha materializado, y en el caso, no aparece como la prolongación fatal y necesaria del daño original. Su concreción, ha quedado demostrado, no obedeció de modo inexorable a las condiciones físicas desfavorables que presentaba el niño, porque aun con dificultades (muchos diagnósticos las presentan), la enfermedad que lo llevó a la muerte era detectable.

Por lo demás, lo reclamado (art. 330 inc. 4) CPCC), no fue una mera chance, sino directamente el o los perjuicios derivados de la muerte, como si el médico o el hospital la hubieran causado. Basta con pasar revista a los rubros introducidos en la demanda (Vgr. gastos de sepelio, manutención de sepulcro, daño moral en los términos del art. 1078 del Cód. Civil, etc).

VIII. Hasta aquí he intentado desentrañar el nexo de causalidad que a mi juicio existió entre la demora y el daño, lo que no prejuzga acerca de sus razones ni respecto de a qué o quiénes deba atribuirse, sin excluir a los propios reclamantes.

A propósito de ello, dado que es determinante el horario de ingreso al hospital para establecer esta circunstancia, parece evidente que la respuesta a esta incógnita debería encontrarse, en principio, en la historia clínica. No hace falta que me extienda ahora respecto del valor probatorio que guarda este instrumento en este tipo de contiendas (conf. SCBA, C 98113 S del 20-8-2008, autos

"Chavez, Evangelina del Valle c/ Clínicas y Sanatorios S.R.L. y otros s/ Daños y Perjuicios").

La autoridad de la hoja de parto para justificar el horario de ingreso de la paciente al hospital es muy fácil de recusar. Bien se ve que allí solo se indica el horario de comienzo del parto. Si pretendiera identificarse con el horario de ingreso, so pretexto de que en casos de urgencia el paciente pasa directamente al servicio (v. testimonios de fs. Jorge A. Fernandez, de fs. 1367/1370 y Edith Massa, fs. 1441/1443), no sería más que una nueva ficción, que vendría a sumarse a la presencia de Nardi en el alumbramiento. Con el agravante de que esta ficción podría tener como consecuencia borrar de un plumazo todo lapso de tiempo que por hipótesis, pudiera haber transcurrido entre el ingreso a la guardia y la efectiva derivación al servicio.

La sentencia resta toda importancia a la boleta de internación, debido al peculiar método de registro del hospital, que aparentemente, delega al personal de guardia la forma de recordar cuántos pacientes entraron, y descansa, principalmente, en las manifestaciones de los familiares (fs. 1441 vta.).

No dudo de que en circunstancias normales la derivación puede ocurrir sin el menor intervalo de tiempo. Pero ¿Y si ello no fuera así? ¿Y si la brecha horaria fuera significativa y la hora informada por los familiares fuera correcta? ¿Por qué habría de cargar el paciente con las consecuencias de un método tan improvisado? ¿No es acaso información trascendente que debería asentarse en la historia clínica?

La propia Tachella, admitió, de alguna forma, que ese socavón en el tiempo no es una hipótesis antojadiza, al decir que "yo puedo contestar a qué hora ingresó al servicio de maternidad; el ingreso al Hospital es otra cosa" (v. 1364 vta., respuesta a segunda repregunta). Si es otra cosa, es porque puede no ser tan inmediato. Si no, no sería otra cosa.

El sistema empleado por el Hospital Español, para asentar el horario de ingreso de los casos de urgencia, deja bastante que desear y no refleja la realidad o la refleja parcialmente.

La hora consignada en la hoja de parto es la del pase a sala. Antes de eso puede haber pasado unos minutos o varias horas y ese dato, que es crucial en algunos casos, se deja librado a la memoria, o la buena fe del paciente.

Desconozco si esta es una práctica habitual, o una forma particular de registro de este hospital. En todo caso no parece la más adecuada.

Podría pensarse que la boleta de internación no tiene la misma jerarquía que las constancias puestas por un profesional médico. Pero no creo que deba descartarse de plano, como al parecer hizo la sentencia, porque es, al menos un fuerte indicio, que debería integrarse con otros elementos de juicio.

En tal sentido, cuentan los actores con el relato de una testigo que confirmó su versión y puso de relieve que ingresaron entre las cinco y media y las seis de la mañana del día 22 de junio de 1999 (fs. 1346/1349, Gladys Del Valle Brizuela). La decisión en crisis le resta fuerza de convicción, sin mucha explicación, pero - por lo visto - la razón está en que la deponente se encontraba a su vez en trabajo de parto. Sobre ello cargan las tintas las contrapartes en sus contestaciones, considerando inverosímil el relato debido a esta circunstancia e incluso se la compara con el "testigo de los binoculares" en el tristemente célebre caso Maldonado.

Estoy dispuesto a conceder que tanto su estado, como el tiempo transcurrido desde el hecho hasta que prestó declaración, hayan nublado un poco su memoria. No voy a obviar, por otro lado, la relación con las partes del juicio, y no podría descartar del todo que quisiera favorecerlos. Pero lo cierto es que la testigo estuvo realmente allí, de eso nadie duda. Y que dio datos bastante precisos, cuando pudo hacerlo, por ejemplo la hora de arribo, dado que coincidió con sus primeras contracciones y la orden médica de caminar, mientras que reconoció cuando no pudo hacerlo, como, por ejemplo, cuando le preguntaron por el horario de salida del consultorio. Su relato me parece sincero, y no tengo motivos para pensar que tergiversó deliberadamente los hechos (art. 456 CPCC).

Por otro lado, de ser cierta la versión de los demandados, todo el contenido de su narración: el ingreso de Cornejo, las quejas de Serra, su estado de nerviosismo, el pedido al cónyuge de la testigo para que intercediera a fin de que aquel dejara de hostigarla con sus preguntas insistentes, y finalmente los gritos porque supuestamente el bebé asomaba la cabeza, o bien habría ocurrido en un intervalo insignificante de tiempo, o bien sería absolutamente impostado.

No pierdo de vista que cuando se confronta el relato de los actores en la demanda, con esta declaración, las absoluciones de ambos, y la dichosa llamada informada por Telefónica de Argentina S.A. a fs. 1488/1490, con la que tanto baten el parche las contrarias, aparecen inconsistencias y contradicciones.

No solo no pudieron dar cuenta los demandantes de las llamadas que dijeron haber efectuado, reiteradamente, desde las primeras contracciones, sino que el único contacto registrado al teléfono de Héctor Nardi fue en el horario de las 07:12:57 del día 22 de junio de 1999, desde la línea telefónica número 4555958, a nombre de Rosa I. K de Serra.

Por otro lado, frente a la pregunta de qué familiares acompañaban a la Sra. Cornejo, la testigo aseguró, sin hesitación, que estaba la madre de Guillermo, y que los tres fueron en un comienzo, porque aquella se descompuso en la casa de su suegra.

La consecuencia de esto, en todo caso, - más adelante volveré sobre ello al abordar la responsabilidad de Héctor Nardi - , es que no ha conseguido demostrarse que éste se hubiera anoticiado del estado de la parturienta, por lo menos hasta esa hora. Pero a mi modo de ver no invalida el testimonio, ni ubica a los actores necesariamente en el hospital con posterioridad, como sugieren las contestaciones del demandado (p.e. del día 4 de octubre de 2021 y la citada en garantía Sancor Seguros S.A. (p.e. del mismo día).

Las imprecisiones o contradicciones en el relato de un testigo dentro de su misma declaración o en contraste con la versión contenida en los escritos inaugurales, pueden ser indicativas de falso testimonio, pero a menos que se esté absolutamente convencido de ello, no deberían conducir necesariamente a

invalidarlo. La mente humana, en particular cuando intenta organizar el recuerdo de una cadena de acontecimientos, no funciona con precisión de relojería. Los recuerdos no suelen organizarse de un modo tan exacto y sin fisuras. Dentro de los datos que el testigo vuelca al proceso, habrá algunos más o menos fidedignos, y está claro que no pueden establecerse reglas rígidas para evaluar unos por sobre los otros. Es la sana crítica la que me permite suspender mi incredulidad respecto de la hora de ingreso, abonada por la testigo, mientras que la aparición de la madre de Guillermo Serra en escena, más o menos tarde, desde un principio o no, me parece una cuestión accesoria, y la falta de homogeneidad a este respecto, un dato ciertamente menor.

Lo que se dice respecto del período expulsivo, queriendo encontrar allí una nueva contradicción, esta vez, entre Cornejo y Serra, es una torsión caprichosa. Si por definición, el período expulsivo dura unos pocos minutos, es lógico que no pudo extenderse por dos horas. No sabemos en qué condición ingresó al hospital, porque solo tenemos el dato de las 8:00 hs., cuando efectivamente se encontraba en ese estado, porque estaba pariendo. Que Cornejo hubiera admitido al absolver posiciones que entró al hospital con contracciones y no en período expulsivo (fs. 1463/1464) mientras que Serra dijera que lo hizo en esa condición, no me parece definitorio ni me lleva a pensar que, efectivamente, ingresaron dos horas más tarde de lo que afirmaron. Lo cierto es que cualquiera sea el período que hubiera cursado la actora al ingresar, una vez desencadenado el proceso fisiológico natural, el cuidado de la paciente se demoró más de la cuenta.

Es así que juzgo irrelevantes las manifestaciones volcadas en tal sentido en el marco de la prueba confesional.

Es incuestionable que la prueba de confesión ostenta el valor de plena prueba y resulta suficiente para acreditar los hechos personales a los que el pliego de posiciones hace referencia, aunque éstos se hallen en contradicción con los afirmados por la propia parte en otras piezas del proceso (art. 421, 422 y cctes. CPCC).

Indudablemente es una prueba decisiva, pero no puede exagerarse su valor, en particular en el contexto de posiciones que contenían aspectos técnicos, pues de lo contrario se haría prevalecer la ficción sobre la realidad y la decisión se apartaría de la verdad objetiva.

No es preciso adoptar una perspectiva de género, como piden los apelantes, lo que sea que ello signifique. La sana crítica racional y una buena dosis de sentido común son suficientes, y no necesitan el auxilio de prejuicios o de sesgos confirmatorios.

En lo que estoy plenamente de acuerdo con los recurrentes, y me parece lícito convocarlo al análisis, es en que no veo la razón por la que Guillermo Serra se haya visto en la necesidad de mentir sobre la hora de ingreso. ¿Acaso ya podía imaginarse en ese momento el pésimo pronóstico que auguraba su hijo y decidió asegurar el resultado del juicio futuro? ¿Es concebible semejante maquinación, que hubiera requerido de raciones compensadas de frialdad y premeditación? Pienso que no.

IX. Al amparo de lo expuesto, entiendo configurada en autos la responsabilidad del Hospital Español en tanto no actuó con la premura que el caso exigía y desperdició preciosos minutos (e incluso horas) que pudieron cambiar el curso de las cosas, toda vez que esta demora, que se encuentra acreditada, está en relación causal adecuada con el resultado lesivo y le es atribuible. Máxime cuando no hubo ninguna complicación prenatal demostrable que pueda justificar el severo cuadro neurológico padecido por el niño, en tanto no se comprobaron patologías maternas, ni materno-fetales ajenas al retardo en la atención, que pudieran haber contribuido al sufrimiento fetal. Cornejo no cursó un embarazo de alto riesgo ni presentó patología prenatal comprobable, con las constancias aportadas en la historia clínica, que pueda justificar lo que sucedió, con independencia de la demora.

En su responde de demandada (fs. 163/187), el nosocomio emplazado argumentó que la Sra. Cornejo era paciente del Dr. Nardi, y que no concurrió al hospital en busca de asistencia por lo que solo brindó sus instalaciones para que aquel pudiera atender el parto.

Tanto el demandado como, más tarde, el Sr. Juez, echaron mano de la noción de "contrato desdoblado de asistencia médica en sanatorio", cuyo principal expositor ha sido Santos Briz (conf. SANTOS BRIZ, Jaime, "Derecho civil. Teoría y práctica", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, t. III, p. 666 y ss.). De acuerdo con esta conceptualización, el paciente celebra dos negocios jurídicos bien diferenciados, el de cuidados médicos puros (servicio de salud), asumido enteramente por el profesional de la medicina y el asumido por el ente asistencial, por que se compromete a brindar al paciente todo aquello atinente al alojamiento e internación, suministro de medicamentos, instrumental, servicio de enfermería, etc.

A partir de allí se distingue el acto médico puro, del que sólo será responsable el médico, pero que no puede extenderse al ente asistencial, idea retomada entre nosotros por Bueres, quien descarta en este caso la aplicación de la obligación tácita de seguridad (art. 504 Cód. Civil), en la que ha fundamentado de manera principal sus estudios respecto de la responsabilidad de las clínicas médicas (véase BUERES, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 304, y "Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos, Depalma, 1981, pag. 253 y sgtes.).

En cambio, si el incumplimiento respecto del paciente se debe a aspectos extraños al acto médico puro, la responsabilidad le atañe en tal caso a la clínica o al sanatorio con quien aquél contrató (v. SANTOS BRIZ, Jaime, "Derecho civil. Teoría y práctica", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, t. III, p. 666 y ss.).

Por otro lado, la sentencia descarta que exista una responsabilidad directa del Hospital Español por transgresión al crédito de seguridad, en tanto no existe ninguna prueba tendiente a demostrar la negligencia del médico.

Encuentro un tanto forzado aplicar esas construcciones en este caso.

En primer lugar, porque la relación entre el médico y el hospital no quedó demasiado clara. La pericia contable (fs. 1673/1674, y 2059/2061, en respuesta al pedido de explicaciones de fs. 2017/2018) descartó la relación de dependencia entre ambos, pero la obstetra en su declaración dio cuenta de que había

ginecólogos bajo la modalidad de "guardias pasivas" (fs. 1365, respuesta a décima pregunta). Queda la duda de si aludió o no a Nardi. La sentencia, sin ir más lejos, exhibe cierta contradicción pues mientras que dio por sentada su contratación autónoma, dijo a la vez que se encontraba bajo este carácter de guardia pasiva (fs. 2430). De este modo se desdibujaría la figura de un contrato desdoblado.

Sea como fuere, no creo que el esquema propuesto sea válido para el caso en que el médico, incluso habiendo sido contratado por el paciente, no estuvo presente sino una vez comenzado el parto y era obligación del hospital convocarlo, siendo que la parturienta acudió directamente al servicio de guardia.

Pienso que el error de este enfoque, radica en analizar los hechos desde la perspectiva de la culpa del médico para intentar llegar a la de la empresa, cuando en rigor fue la perniciosa organización del servicio de esta última, la que impidió contar a tiempo con la asistencia especializada de Nardi o de algún otro obstetra. La responsabilidad del sanatorio se halla acreditada en la medida que no aseguró, ante la existencia de complicaciones previsibles, la presencia efectiva y oportuna del especialista. Se trata del "hecho de la empresa", donde el fundamento de la responsabilidad podrá encontrarse, ora en la obligación de seguridad, que viene impuesta por el principio general de la buena fe consagrado expresamente en el primer párrafo del artículo 1198 del Código Civil, ora en la noción de falta de servicio, que se produce cuando una organización irregular, comisiva u omisiva, causa un perjuicio, y da lugar a una imputación objetiva de responsabilidad (conf. LORENZETI, Ricardo, "La empresa médica", Ed. Rubinzal Culzoni, pag. 354).

Por otro lado, aún bajo la óptica de los contratos desdoblados, parece evidente que no es el acto médico puro, por emplear aquella la terminología, lo que originó el resultado, sino la deficiente prestación de los servicios que, siguiendo la clasificación que ha hecho principalmente la doctrina española, podrían encuadrarse como paramédicos (acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a él, que son llevados a cabo -generalmente- por personal auxiliar) o extramédicos (que están compuestos por los servicios de hotelería, tales como el alojamiento, la manutención, etc. pero también por los que obedecen al

cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes) (véase, con mayor detalle: FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, "Responsabilidad civil médico-sanitaria", Aranzadi, Pamplona, 1983, p. 174 y ss.; también, LLAMAS POMBO, Eugenio, "La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos", Trivium, Madrid, 1988, p. 308).

Una buena organización hospitalaria requiere poner a disposición del paciente personal calificado, en número suficiente y presente en los momentos necesarios, desempeñar una actividad coordinada en los diferentes servicios, utilizar productos seguros y sanos, mantener sus instalaciones en forma higiénica, etc. (conf. CHABAS, François "La responsabilità delle strutture sanitarie per difetto di organizzazione. Studio di diritto privato francese", in Responsabilità Civile e Previdenza, Nº 1, Milano, 2001, p. 13 et ss, cit. por PREVOT, Juan Manuel, "El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil", Revista Chilena de Derecho Privado, No 15, pp. 143E-1L78P -

X. Cosa distinta es lo que ocurre con el demandado Héctor Nardi. El análisis de responsabilidad civil, en este caso, no logra superar el presupuesto de la relación causal, pues incluso asignando al tiempo un papel relevante, no hay modo de conectarlo a la conducta del médico. Las omisiones, como la que se ha imputado en definitiva, no desencadenan un proceso causal propio, al punto de que muchos creen que no hay relación causal alguna, mucho menos adecuada. En la omisión, la ley establece un deber de actuar que el obligado incumplió: no hay causalidad sino incumplimiento de un deber (breach of duty), como en la negligencia (véase, CODERCH, Pablo Salvador, FERNANDEZ CRENDE, "Causalidad y responsabilidad", Revista In Dret.). Por el contrario, hay quienes piensan que cuando el ordenamiento impone una determinada conducta para conjurar el peligro, la omisión tiene virtualidad suficiente para considerar configurado el nexo entre la causa y el efecto, lo que en definitiva termina por emparentar la indagación causal con la antijuridicidad.

Unos y otros, - creo - , terminan diciendo más o menos lo mismo. Hay en el fondo un reemplazo de la causalidad física (cause in fact) por la causalidad jurídica, entendida como la violación de un deber de conducta.

Aunque resulte profundamente antipático decirlo, a más de veintidós años de un suceso trágico y verdaderamente desgarrador, pienso que no han conseguido acreditar los actores que Nardi faltara a su deber de prestar la asistencia que le fuera requerida y a la que se había comprometido, pues todo lo que logró probarse es que del hospital le avisaron una vez que la paciente ingresó en el área de obstetricia, a las 08:00 hs. del día 22 de junio de 1999 (v. fs. 1315, respuesta y aclaración a la décima posición fs. 1375 vta. y declaración de Tachella fs. 1365 vta.).

Queda en el tintero, por supuesto, la llamada de ese mismo día las 07:12 hs., pero aunque se de crédito a que fue realizada por la Sra. Rosa de Serra, que - por cierto - no hubiera llamado para saludarlo, pues no se me ocurre otro contenido posible para la llamada como no fuera avisar de la situación por la que pasaba su nuera, el informe no establece su duración, y tampoco se puede asegurar que fuera respondida, por lo que no es factible saber si Nardi logró tomar conocimiento de ello. Por lo demás, en tal caso, la demora no habría excedido de lo razonable.

Por añadidura, no hay conducta culposa alguna que pueda imputarse (art. 512 Cód. Civil). No queda más que confirmar la sentencia en este punto.

XI. En lo que toca a la responsabilidad de la Obra Social del Personal Marítimo, lo decidido llega firme a esta instancia de apelación.

Como se ha visto, el Sr. Juez consideró que el sistema asistencial abierto, que acuerda al beneficiario la posibilidad de elegir el médico o el establecimiento sanitario, determina que la obra social no responda por los actos culposos o dolosos del médico o los integrantes de las clínicas u hospitales.

El criterio se acomoda a lo que fue decidido en la causa Ac. 58.354, "Acosta, Graciela A. contra Manuele, Alberto y otros. Daños y perjuicios" (21/04/1998), interpretada como "doctrina legal" por la Suprema Corte de Buenos Aires en los exptes. C. 108088 y C. 101912, y a la que hemos adherido en otras oportunidades, más recientemente en los autos "GENAISIR JORGE OMAR Y OTROS C/ GIMENEZ NESTOR ANTONIO Y OTROS S/ DAÑOS Y

PERJUICIOS", Expte. 153.817, sent. 12 de agosto de 2021, con voto de mi estimado colega de Sala.

La memoria no objetó dicha caracterización y tampoco sus derivaciones en punto a la responsabilidad que pudiera caberle a la obra social, que no aparece aludida prácticamente en ningún pasaje de la expresión de agravios. Es recién sobre el final que se la menciona, como al pasar, en la medida en que invoca la aplicación de las normas de la Ley de Defensa del Consumidor, - producto de una reflexión tardía -, sin que se ocupara en rebatir las conclusiones de la sentencia que tenía la carga de impugnar (art. 266 CPCC).

XII. La composición positiva de la disputa (inc. 2 del art. 289 citado) exige abordar todos aquellos argumentos defensivos que fueron desplazados por el modo y las razones bajo las cuales la incidencia se resolvió. Ello así, dado que en virtud del instituto de la apelación adhesiva o implícita, se impone el conocimiento de las articulaciones o defensas llevadas ante las instancias de grado y que no pudieron ser traídas a esta sede en atención al carácter victorioso de la parte (conf. doct. C. 93.807, sent. del 2-IX-2009; C. 95.528, sent. del 25-VIII-2010; C. 105.365, sent. del 2-III-2011; C. 109.072, sent. del 12-XII-2012).

Por consiguiente, es preciso dar tratamiento a la defensa de prescripción interpuesta por Provincia Seguros S.A. a fs. 427/429.

No hay dudas acerca de la legitimación con la que cuenta la aseguradora para oponer la excepción de prescripción, con el fin de resistir la pretensión del tercero, en cumplimiento de su "obligación de garantía", teniendo en consideración el carácter sui generis de su citación, con las características de la intervención coactiva, en los términos del artículo 94 del CPCC, que la convierte una verdadera parte con amplias facultades defensivas y, por ende, impugnatorias (Martínez, Hernán, "Proceso con sujetos múltiples", Ed. La Rocca, t. II, pág. 113); a tal punto que la sentencia que se dicte hace cosa juzgada contra el asegurador y puede ser ejecutada contra éste en la medida del seguro como surge del art. 118 apartado 3 de la ley 17.418 (conf. art. 96 C.P.C.C.). (Véase también SCBA Ac. 56.938 y 57.428).

Con todo, la defensa no puede ser receptada.

En primer lugar desde que el carácter contractual del vínculo habido entre los actores, el médico y el hospital fue abiertamente reconocido. Este último, sin ir más lejos, tal como se viera, invocó como excusa a su favor la teoría del contrato desdoblado de asistencia médica, que no sería compatible con la naturaleza extracontractual de la relación.

La defensa, por otro lado, fue introducida de modo subsidiario, contemplado un supuesto bastante peculiar, esto es, sólo para "el hipotético e improbable caso en que se admitiera la demanda sobre una base distinta a la esgrimida por la parte actora y de considerarse que existió responsabilidad extracontractual" (fs. 428).

Supuesto que, a mi criterio, hubiera sido violatorio del principio de congruencia (arts. 34 inc. 4), 163 inc. 6 CPCC) (v. de esta Sala, Expte. 153171, y el antecedente Fallos 327:5837 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que anuló el fallo de segunda instancia, que había transformado la pretensión originariamente planteada desde la perspectiva de la teoría del riesgo, en una acción de responsabilidad contractual basada en la obligación de seguridad).

A lo que puede agregarse que, como regla general la responsabilidad del médico, y con mayor razón la de las clínicas y sanatorios es contractual, salvo algunas hipótesis excepcionales, como la de los servicios médicos solicitados por una persona distinta del paciente, salvo representación legal o voluntaria, cuando el hecho médico configura un delito del derecho criminal (art. 1107, Cód. Civil), cuando el contrato entre el galeno y el paciente es nulo, cuando el médico presta sus servicios en forma espontánea (ver art. 19, inc. 3), ley 17.132), cuando el médico actúa en contra de la voluntad del paciente, cuando el médico causa el daño con dolo (art. 1072, Cód. Civil), etc. (conf. (VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. "Prueba de la culpa médica" Ed. Hamurabbi, ps. 49 y siguientes).

El reclamo fundado en la lesión producida al niño, así como el basado en su muerte posterior, derivaron del incumplimiento de la obligación preexistente asumida con los progenitores, que reclaman como contratantes insatisfechos.

No me convence la reflexión del colega de la instancia anterior, en el sentido de que ello solo puede predicarse de la madre, mientras que el padre actúa como un tercero ajeno. El médico tiene dos pacientes, porque contratan sus servicios la madre por derecho propio, y ésta -y en su caso el padre- en representación tácita de su hijo nonato, pero que de acuerdo con nuestro ordenamiento ya es persona. Eso implica que no solo debe velar por el bienestar de la encinta, sino también por la vida y la salud del niño en gestación. (GARAY, Oscar Ernesto [coord.], Responsabilidad Profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal, LA LEY, 2003, 1º reimpresión 2007, p. 827).

Tampoco la conclusión a la que arriba en la sentencia, pese a ello, partiendo de que el daño es únicamente la muerte, pues el punto de partida de la prescripción no se acomoda a lo dispuesto por el artículo 3959 del Código Civil. El plazo de la prescripción de la acción civil de responsabilidad extracontractual comienza a correr, conforme lo ha decidido la jurisprudencia, desde que se produce el hecho generador del daño, y el damnificado tiene conocimiento de él (CSJN, L.L.,57-745), que en el caso no sería sólo la muerte, sino los que fueron consecuencia de la incapacidad, reclamados por separado. Hago esta aclaración, que podría parecer ociosa, porque un sector de la doctrina considera incluidos en el ámbito de la responsabilidad aquiliana, los casos en que el paciente muere y los damnificados legitimados accionan por el resarcimiento de los daños.

En definitiva, el vínculo que unió a los padres del menor fallecido con el médico y el sanatorio, se enmarca en la órbita contractual y aún reclamando a título personal, los daños originados en la incapacidad que determinó su tardía y deficiente atención, están sometidos al plazo decenal establecido por el artículo 4023 del Cód. Civil, que no se hallaba cumplido al momento de interponerse la demanda.

En cuanto a los derivados de la muerte, pese a que se lo ubicara en el ámbito aquiliano, tampoco estarían prescriptos pues el desgraciado suceso ocurrió el día 11 de julio de 2006, y la demanda fue introducida el 7 de septiembre del año siguiente. De todos modos, tal como se ha visto, no guardan relación causal con el hecho atribuido a los demandados.

A la luz de todo lo expuesto, considero que la sentencia no se ajusta totalmente a derecho.

Voto, entonces, por la NEGATIVA.

El señor juez doctor Mercado, por iguales fundamentos votó en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR KALEMKERIAN, DIJO:

Por lo acordado en la votación que antecede, corresponde revocar parcialmente la sentencia apelada, y en su consecuencia hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios interpuesta por Guillermo Esteban Serra y Carina Fernanda Cornejo contra la Asociación Española de Beneficencia de Bahía Blanca – Hospital Regional Español de Protección Recíproca- , en la medida y con los alcances que surgen de las consideraciones que siguen.

I. Comienzo por el daño emergente que fuera solicitado, contemplando los gastos realizados en la rehabilitación de Esteban Ezequiel y los destinados a facilitar su desplazamiento, entre los que se listaron una férula con muslera articulada, un andador, una silla, una mesa con agarradera, entre otros.

También se reclamaron gastos médicos y de farmacia, que no fueron cubiertos por la Obra Social del Personal Marítimo, con la que luego dejaron de contar. Agregaron a ello el costo de traslado del menor al instituto de rehabilitación (IREL), consistente en el combustible o remis, cuando no podían desplazarse en su automóvil particular.

Finalmente, el reclamo se integró con las erogaciones correspondientes al sepelio y mantenimiento del sepulcro de Esteban Ezequiel.

Dejo de lado estos últimos, en atención a lo que se expuso en los considerandos anteriores sobre la ausencia de ligamen causal de la muerte con la conducta de la parte demandada.

No parece dudoso que el pedido de reintegro gastos médicos y de farmacia es procedente, a la luz del principio de reparación integral (art. 1083 Cód. Civil).

Si tenemos en cuenta la gravedad del cuadro neurológico que experimentó el menor, y las diversas consultas y tratamientos médicos y/o terapéuticos a los que debió someterse, deben obviamente presumirse un sinnúmero de gastos y erogaciones incluso cuando muchas de ellas fueran cubiertas por la obra social.

La ausencia de una prueba acabada sobre la efectividad de los desembolsos y su cuantía no es óbice para su reconocimiento (conf. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. "Resarcimiento de daños" vol. 2a. Ed. Hammurabi. p.141). La razonable presunción hominis es hoy, en el nuevo Código Civil y Comercial, una presunción legal (art. 1746 CCCN). Esta presunción es susceptible de rebatirse por prueba en contrario, que deberá producir quien alega la improcedencia del reclamo, o pretende una suma inferior a la estimada (art. 375 CPCC).

En tal sentido, la Municipalidad de Bahía Blanca contestó el oficio que le fuera dirigido informando, por intermedio de su Secretaría de Promoción Social, que no existía ayuda económica a nombre de los actores o su hijo (fs. 964).

En cambio, con respecto al tratamiento de rehabilitación recibido en el Instituto de Rehabilitación Integral (IREL), que consistió en terapia física, y ocupacional, fonoaudiología, y psicología, el mismo estuvo a cargo en su totalidad del Seguro Municipal de Salud (fs. 1300).

Vale decir que, si bien el tratamiento de rehabilitación, en particular, no incidió económicamente sobre los reclamantes, la misma experiencia indica que con ello no se agota la pesada carga económica que el complejo cuadro del menor ha de haber significado para sus padres, derivada de las múltiples consultas y seguimiento permanente, sumado a una infinidad de gastos que son innegables pero que serían difíciles de enumerar, asociados a la necesidad de adaptación de todos los espacios de la vivienda para favorecer el desarrollo funcional de la persona con discapacidad, a fin de lograr una vida más o menos independiente.

A este respecto no está de más recordar que la Convención sobre derechos del niño, aprobada por ley 23.849, establece en su art. 2) el derecho "al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud", la ley 26.061, por su parte,

prescribe que “tienen derecho a la atención integral de su salud", mientras que por su condición de discapacitado la ley 24.901 ordena una "cobertura integral" a sus necesidades y requerimientos" (art. 1) y establece que las obras sociales y en virtud de lo dispuesto por la ley 24.754, también las empresas de medicina prepaga, tienen a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones (arts. 2 y 6, 35 y cctes.).

Conforme las constancias de autos, los actores solo contaron con obra social los primeros años de vida de Esteban Ezequiel, por lo que incluso suponiendo que estas prestaciones fueron otorgadas en su momento, el vacío posterior debió ser cubierto por ellos.

En lo que toca a los gastos específicamente listados, obra en autos cotización de la empresa Igualar Bahía Blanca, en relación a dichos elementos ortopédicos (fs. 1471) pero sería absurdo pretender aferrarse a esos guarismos, que corresponden al 6 de agosto de 2010, considerando la brutal devaluación de nuestra moneda, sumado a que, como los mismos actores lo pusieron de manifiesto, han debido reponerlos en más de una oportunidad, lo que resulta presumible, no sólo debido al crecimiento de su hijo, sino a que estos implementos cuentan con una determinada vida útil.

Al amparo de todo lo expuesto, propongo al acuerdo otorgar la suma de pesos trescientos mil ($ 300.000) que estimo razonable (art. 165 CPCC) para atender el conjunto de dichas erogaciones.

II. Los actores reclamaron, asimismo, por la merma de ganancias que habrían sufrido por el hecho de que Guillermo debiera abandonar su trabajo para ocuparse de los cuidados y traslados que requería su hijo. También por la pérdida de chance de progreso que ello significó para su vida laboral, considerando que se desempeñaba como marinero desde los 18 años de edad, actividad que debió reemplazar por la poda de árboles y la venta de pescado en forma ambulante.

El sentido común, nuevamente, sugiere que cuando un hijo padece una minusvalía del tipo de la que es objeto de este juicio, la vida misma se ve

drásticamente trastocada, y ello debe arrastrar, por supuesto la actividad laboral, que no es más que un apéndice adicional de la existencia.

Pero en este caso, la impresión que pudiera albergarse en el fuero íntimo tropieza con las exigencias probatorias de este rubro, que no puede descansar en meras corazonadas.

El lucro cesante no indemniza la pérdida de una simple expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio del damnificado de la obtención de ganancias a las cuales su titular tenía derecho al tiempo del hecho.

De acuerdo con Zavala de Gonzalez, la mayoría de los precedentes exigen un mayor esfuerzo de acreditación del lucro cesante: la prueba de la ocupación ejercida, eventualmente del nivel de ingresos que de ella se obtenían, así como la demostración de que el período de inactividad ha dado lugar a la frustración de tales ganancias. ("Resarcimiento de daños", ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, Vol. 2, 2º Edición, pág. 283). Se requiere además del aporte de circunstancias objetivas que autoricen a inferirlo, debiendo descartarse el que solo reposa en las aspiraciones, deseos o imaginación de la víctima, sin real sustento material en los hechos (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", Vol. 2, 2º Edición, pág. 311).

Según la explicación de los demandantes, Guillermo cumplía tareas en la empresa Ibermar S.A., pero luego de que tomaron conocimiento de la incapacidad de Ezequiel, debió trabajar para Satecna Costa Afuera S.A., pues los tiempos de embarque eran menores. Sin embargo, también tuvo que dejar este empleo, debido especialmente, a la necesidad de trasladar al menor para su rehabilitación.

El soporte probatorio con el que se intenta abonar esta conclusión es, sin embargo, muy pobre. Del informe evacuado por aquella empresa, surge que la relación laboral finalizó por despido en el mes de enero de 2002 (fs. 1112). Se trató de un despido sin invocación de causa, por lo que podría aventurarse que se debió a las razones invocadas, pero solo se trataría de un pálpito, insuficiente

para solventar la certeza que requiere este rubro, y exigía un despliegue probatorio adicional que ilustrara convenientemente los motivos de la desvinculación.

Por otro lado, los antecedentes incorporados por el Instituto de Rehabilitación Integral, que corren agregados de fs. 1253 a 1300, denotan un elevado nivel de ausentismo. Sin ir más lejos en el informe de fs. 1281, se da cuenta de que, en el mes de noviembre de 2002, fecha para la que supuestamente ya había dejado su empleo, sólo concurrieron un día durante todo el mes. Ya a comienzos del año 2004, se abandonó el tratamiento, a pedido de los padres (fs. 1300). No prejuzgo sobre las razones de ello y no dudo ni por un segundo de que ambos padres siempre quisieron lo mejor para su hijo. Sólo lo pongo de manifiesto para marcar que el relato no luce del todo consistente.

En cuanto a la pérdida de chance de progreso, también aparece como conjetural o hipotética, máxime cuando la muerte eliminó el supuesto obstáculo para prosperar laboralmente. De hecho, tal como surge de la entrevista psicológica (fs. 1766), por lo menos para esa fecha (2013) y desde hacía ya cinco años, Guillermo Serra se desempeñaba como contramaestre de cubierta en el remolque de una empresa multinacional, por lo que al parecer pudo retomar esa actividad.

III. El siguiente rubro está constituido por la pérdida de chance de ayuda futura para los padres derivada de la incapacidad y posterior muerte del menor.

Si la chance solo se hubiera asociado a la muerte, la solución sería más simple. Sin embargo, con una buena dosis de agudeza de parte de su dirección letrada, se lo vinculó también con la incapacidad previa.

Esto plantea un problema filosófico-jurídico bastante delicado, que hasta podría calificarse de interesante si no fuera por la espantosa tragedia familiar que constituye su trasfondo.

Hay dos formas, al menos, de encarar este problema.

Una de ellas es pensar que la muerte no agregó nada, porque la chance ya había quedado trunca desde un principio. La severa incapacidad del menor hacía suponer que ya no podrían los padres albergar esperanzas de que, llegado el caso, Ezequiel contribuyera a su sostén en el futuro. Podría decirse que la pérdida de chance se había configurado con independencia de la muerte.

Por atractiva que pueda parecer, la idea no me convence. Tal como se ha visto en el apartado referido a la relación de causalidad, así como la muerte eliminó como posible daño reclamable la pérdida de chance de sobrevida, porque interfirió con la trama causal de modo autónomo e independiente, del mismo modo proyecta su influencia respecto de la chance de futura colaboración. Ello es así porque con abstracción de la incapacidad, esa colaboración nunca llegaría a concretarse, dado que el menor falleció antes de llegar a la edad en la que presumiblemente podría haberla encarado, a raíz de un suceso que no está conectado con la conducta del demandado.

El primer modo de razonar, guarda cierto parentesco con lo que la dogmática penal, al abordar los estudios de imputación objetiva, denomina prohibición de regreso, que más de una vez el derecho civil ha tomado prestada.

La prohibición de regreso impide retroceder en la cadena causal desde que se verificó la intervención de un tercero que da lugar a un resultado que con aquella conducta o esta actividad no se hubiera alcanzado o bien hubiera sido diferente al finalmente acaecido.

Si alguien dispara por segunda vez contra un moribundo, el autor del primer disparo hizo todo el aporte causal y debe cargar con las consecuencias, mientras que, si solo le hubiera provocado heridas leves, la condena habría de recaer sobre el segundo, porque produjo un resultado diferente.

Aplicando estos principios podría decirse que el resultado, como en el primer ejemplo, ya era inexorable, lo que llevaría a descartar la prohibición de regreso y, por consiguiente, admitir el resarcimiento en este caso.

Sin embargo, este modo de razonar olvidaría que en esas construcciones hipotéticas suministradas por la doctrina penal en torno a la prohibición de

regreso, todo está en el pasado, y si lo trasladamos a la órbita civil, los daños (la muerte, las heridas) son daños actuales.

Aquí, en cambio, la chance se alojaba en el futuro. La muerte provocada por el segundo disparo, es definitiva e irrevocable. También lo era la incapacidad de Ezequiel, pero la posibilidad de ayuda económica, era una probabilidad futura que, de no haber ocurrido la minusvalía, todavía podía frustrarse por un sinnúmero de circunstancias sobrevinientes. El hecho es que ya sabemos que la probabilidad se extinguió debido a un hecho desvinculado del primer aporte causal. La ayuda económica, nunca habría de configurarse porque por desgracia, el menor murió tempranamente. Contamos con el diario del lunes, por así decirlo.

IV. Toca el turno del daño psicológico. Pidieron los actores, como daño emergente futuro, el costo de un tratamiento psicológico a razón de dos sesiones semanales durante cinco años.

La pericia psicológica de fs. 1765/1771, recomendó un tratamiento terapéutico por un período no menor un año para el Sr. Serra y dos años para la Sra. Cornejo, con una frecuencia semanal, en ambos casos.

En esa medida, atendiendo al principio de reparación integral ya mencionado, debe también reconocerse el costo de su realización (art. 1083 Cód. Civil). No encuentro relevante en este caso que el dictamen haya referido principalmente al duelo inacabado derivado de la muerte, pues es sabida la comprensión más amplia que el término tiene para la psicología, sumado a que el desencadenante del sufrimiento psíquico, obviamente, no ha sido solo este hecho. El proceso mental patológico que aquejó a los padres no admitiría tan arbitraria bipartición.

El valor de $ 150 por sesión postulado por el doctor Rabadan hace ya casi 9 años, ha perdido todo anclaje en los valores actuales, por lo que estimando hoy ese mismo arancel en no menos de $ 2000, propongo concederle a Guillermo Esteban Serra la suma de $ 104.000 (pesos ciento cuatro mil) (52 sesiones x $ 2000) y a la Sra. Carina Cornejo la de $ 208.000 (pesos doscientos ocho mil) (52 sesiones x $ 1500 x 2 años) por el tratamiento psicoterapéutico aconsejado.

V. Lo relativo al daño moral requiere una cuidadosa sistematización porque bajo este rubro se han reclamado distintos conceptos cuyos legitimados activos son también diferentes.

V.1. Los actores han solicitado en el apartado IV.2. (fs. 120 vta.) el daño moral experimentado por el menor, derivado de la incapacidad que lo aquejó en vida, y que “le impidió caminar, hablar, moverse con libertad, valerse por sí mismo”, etc. El importe fue estimado en la suma de pesos quinientos mil ($ 500.000). Argumentaron a fs. 118, que en septiembre de 2005 se iniciaron las actuaciones preliminares caratuladas “Serra, Guillermo E. Y Cornejo Carina c. Hospital Español s/ materia a categorizar”, que están agregadas por cuerda, a fin de obtener la historia clínica. Estimaron que ello implicó la exteriorización de la voluntad de su hijo de ejercitar la acción indemnizatoria, por lo que se observa el requisito del artículo 1099 del Código Civil.

Bajo este acápite se persigue el resarcimiento del daño experimentado por Ezequiel Serra como damnificado directo, actuando los reclamantes en carácter de herederos del causante, esto es, iure hereditatis.

Atendiendo al carácter personalísimo (art. 498, 1445 y cctes. Cód. Civil) y por razones de política legislativa, nuestro derecho ha considerado como regla intransmisible esta acción, con excepción del caso en que hubiera sido entablada por el difunto.

No me convence la perspectiva de que se haya cumplido el requisito que impone el artículo 1099 del Código Civil por el solo hecho de la promoción de una medida preliminar o de prueba anticipada.

Si bien pude argumentarse que las indagaciones que la animaron constituyeron el apéndice inicial de una futura demanda de “daños y perjuicios”, la acción civil por indemnización del daño moral no aparece expresa y específicamente “entablada por el difunto”. El artículo requiere que haya sido efectivamente ejercida, y no podría asegurarse, de modo categórico e inequívoco que la demanda fuera efectivamente a llevarse adelante.

No solo estamos frente a una eventual demanda, sino que habría de aventurarse también cuáles serían los rubros integrantes de la cuenta resarcitoria. No creo que sea válido conjeturar que es uno de los rubros que habitualmente se reclaman en este tipo de procesos.

Si se atiende al fundamento de la norma es todavía más claro el por qué no podría asignarse esa entidad. Solamente el damnificado directo está en condiciones de valorar su propio dolor y de adoptar la responsable decisión de invocar el daño frente al a sociedad por medio del reclamo jurisdiccional. Además, el ofendido bien puede optar por el perdón, en cuyo caso ninguna otra persona puede, so color de títulos secundarios, obtener la revocación de esa delicada elección (v. voto del Dr. Durañona y Vedia en el Plenario de la CNCiv. “Lanzillo, José A. v. Fernández Narvaja, Claudio A”. • 07/03/1977, Cita: TR LALEY 60001032).

No se me escapa la conexión que podría encontrarse entre esta hipótesis y la interrupción de la prescripción que recepta el artículo 3986 del Cód. Civil, y el sentido amplio que se asigna a la expresión “demanda”, contenida en esta norma, comprensiva de toda actividad o diligencia judicial, de cualquier gestión que hiciera el actor enderezada a mantener vivo su derecho, revelando que no lo ha abandonado, lo que alojaría en su seno medidas de esta naturaleza (véase por ejemplo Suprema Corte de Justicia- Circunscripción 1- Sala 1 -Mendoza, “Fiscalía de Estado en J. Fiscalía de Estado c. Narváez Mallea Héctor y ot. s/daños y perjuicios- Casación”, 29/05/2003, elDial - MZ3BB4)

No falta quien considera que, si a las diligencias preliminares se les confiere el carácter interruptivo del 3986 del Cód. Civil, habría una contradicción lógica en no asignarle el mismo cariz a los fines previsto por el artículo 1099.

Este modo de razonar olvida que, en el caso de la prescripción, ello es así porque como institución jurídica que conduce a la aniquilación del derecho, es de interpretación restrictiva, y por consiguiente exige una comprensión amplia de los actos tendientes a preservar su subsistencia. No sucede lo mismo con la acción por daño moral, en la que, si el propio interesado no se siente dañado o no cree digno ponerle un precio a su dolor, nadie puede intentar la acción en su

lugar (conf. BORDA, Guillermo "La reforma de 1968 al Código Civil", Ed. Perrot, p. 204, n. 133).

En el caso concreto, y considerando la crítica condición del menor y el hecho de que los herederos son sus mismos representantes legales, puede que este fundamento, un tanto general y abstracto, no sea del todo adecuado, pero el intérprete no puede introducir discriminaciones en el frío texto de una norma que no trae excepción alguna. Con ese criterio, la solución legal sería inaplicable en el caso de los incapaces o menores de edad. El dispositivo, por otro lado, no ha merecido objeciones de índole constitucional.

En consecuencia, y al amparo de lo expuesto, no queda más remedio que el rechazo de este rubro.

V.2. Los Sres. Serra y Cornejo han reclamado también el reconocimiento del daño moral sufrido en carne propia por la muerte de su hijo, el punto 3.1.2 de la demanda (fs. 118), es decir, como damnificados indirectos (iure proprio).

La legitimación en este caso es incuestionable, pues deriva de lo dispuesto por el artículo 1078 del Código Civil. Sucede, sin embargo, que tal como se ha puesto de manifiesto, la muerte del menor no está en relación causal con el hecho juzgado, por lo que no corresponde atender este rubro.

V.3. A continuación los actores pidieron la inconstitucionalidad de la limitación para reclamar el daño moral contenida en esa misma norma, con cita de una decisión de la Suprema Corte. A pesar de alguna dificultad interpretativa, originada en el hecho de que al cuantificar este rubro se lo hizo en forma promiscua con el anterior (v. fs. 120/121) pienso que, en definitiva, queda claro que en este caso lo que se reclama no es ya el daño derivado de la muerte, porque en tal caso no tendría sentido el pedido de inconstitucionalidad. Sobre la parte final, pienso, termina de despejarse, por cuanto los demandantes solicitan se los considere legitimados “para reclamar el daño moral que hemos sufrido al haber nacido nuestro hijo (y vivido sus 7 años de vida) con una parálisis cerebral” (fs. 119 vta.).

A mi modo de ver no es preciso acudir a la ultima ratio de la declaración de inconstitucionalidad porque, tal como se ha visto, no estamos frente a una responsabilidad aquiliana, sino contractual. Sin ir más lejos, fue esa circunstancia la que impidió el progreso de la prescripción, por lo que no sería coherente otorgarle, al mismo tiempo, un tratamiento que corresponde a un ámbito distinto de responsabilidad.

Ya hube adelantado que cuando los progenitores contratan con un médico o una clínica la atención de salud de un hijo menor de edad -o concebido en el seno materno, como es el caso de autos-, no lo hacen exclusivamente a nombre o representación de este último sino por un interés propio, por lo que la relación es contractual, sin que el art. 522 Código Civil, cuya aplicación subsidiaria fue acertadamente introducida en la demanda (fs. 120), contenga ninguna limitación respecto de los legitimados activos.

Ha abonado esta postura Bustamante Alsina, quien señaló al respecto que los padres, es decir el padre y la madre en ejercicio de la patria potestad conjunta (art. 264 inc. 1°, Cód. Civil) actúan en cumplimiento de deberes que la paternidad les impone, entre los que se destaca contratar con terceros servicios de atención médica, y no puede sostenerse que lo hacen como representantes de sus hijos. Ello significa que cualquiera de ellos puede reclamar los daños a título personal (conf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge “Responsabilidad civil de las obras sociales por mala praxis en la atención médica de un beneficiario”, LA LEY, 1998-A, 405).

De cualquier manera, pese a que se considerara operativa la limitación contenida en el artículo 1078 del Código Civil, la solución no ha de variar.

La cortapisa puesta a la reclamación de una indemnización por daño moral en un supuesto como el de autos, en que una ineficiente prestación del servicio de salud derivó en los gravísimos y permanentes daños sufridos por el hijo de los actores, repugna el más elemental sentido de justicia.

El temor que unas cuantas décadas atrás inspiró la solución, y pudo parecer en aquel momento una razonable limitación, enderezada a evitar la superposición

de legitimarios en cascada, que pudiera originar la ruina del responsable, resulta hoy intolerable y difícil de justificar a la luz de los principios constitucionales involucrados (arts. 14 bis párr. 3º “in fine”, 16, 19 y cctes. Const. nac.), máxime luego de la influencia que ha tenido la constitucionalización del derecho privado (art. 75 inc. 22 Const. Nac.).

La limitación, entre otras cosas, vulnera el principio de igualdad (al reconocer al damnificado indirecto tan sólo la reparación del daño material), el principio de reparación integral y la protección integral de la familia (al privarla de reparación frente al dolor más hondo que pueda experimentarse) e incluso la garantía de razonabilidad, pues una odiosa discriminación legal tiende a dar la espalda a un padecimiento espiritual que, en la generalidad de los casos, es mucho mayor que el que podría derivar de la lesión en el propio cuerpo. El ordenamiento legal va a contrapelo de la misma condición humana ¿No es el padecimiento de un hijo el máximo dolor imaginable? ¿Qué padre dudaría en intercambiar su lugar con el de un hijo sufriente, si ello fuera posible?

La ofensa que la norma así concebida ha provocado en el ánimo de la doctrina y jurisprudencia, se ha cristalizado, recientemente, en la nueva regla legal del art. 1741 del Código Civil y Comercial, que por razones temporales no rige en la especie (art. 7 CCCN), según el cual 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 “Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquel recibiendo un trato familiar ostensible. [...]””.

Participo, entonces, del criterio adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (“L., A. C. c. Prov. de Buenos Aires y otro”, del 16/05/2007, DJ 2007-II-453; el Dial - AA3D69) en el sentido de que el art. 1078 del Cód. Civil, es inconstitucional y así debe declararse, no como regla, pero sí en casos excepcionales, en los que el sufrimiento moral de los damnificados indirectos deriva, como en este caso, de la incapacidad tal de un ser querido,

que necesitará asistencia de por vida para proveer a las necesidades fisiológicas más elementales.

Despejada esta cuestión, la procedencia del rubro es incuestionable. Los hechos hablan por sí mismos, y no es suficiente producir prueba alguna para dar por acreditado el impacto sentimental que produjo en ambos padres el severo compromiso neurológico del menor, afectado desde su nacimiento por una cuadriparesia espástico-distónica, que le ocasionó una incapacidad motora total y permanente (v. fs. 49/50). Basta con pasar revista a la vívida descripción de los estados de ánimo reflejados en la pericia psicológica, que incluyen irritabilidad, enojo, angustia, humor cambiante, crisis de llanto, etc.

Son sabidas las dificultades que ofrece la cuantificación del daño moral, y tanto mayores son las derivadas del resarcimiento a otorgar por una de las fracturas espirituales más severa, uno de los dolores más hondos e inconmensurables que pueda experimentar un ser humano, acaso sólo superado por la muerte, sufrido por dos padres cuyo hijo, durante su corta vida, careció por completo de autonomía personal y dependió en forma total de terceros para sobrevivir y realizar sus actividades más elementales.

La solución que hemos encontrado para intentar compensar este daño es altamente imperfecta. No nos cansamos de decirlo, y aun así no hemos podido encontrar una alternativa a la monetaria.

La indemnización, se supone, ingresa en el lugar del perjuicio -obteniéndose entonces, si bien no la reparación en especie, sí al menos una equivalencia patrimonial. Pero en este caso, asistimos a una profunda disociación entre el bien espiritual menoscabado, y el medio pecuniario al que debe acudirse para repararlo.

¿Cómo traducir en dinero la pérdida definitiva de la integridad corporal de un hijo? ¿Cómo la circunstancia de haber convivido, durante la fugaz vida de Ezequiel, con la forzosa utilización de distintos artefactos ortopédicos para emprender actividades tan simples y cotidianas como la de deambular, higienizarse, jugar o intentar alguna práctica deportiva? No hay suma de dinero,

viaje, inmueble, automotor o emprendimiento, que pueda dejar compensar a los padres la repercusión anímica negativa, originada en la minusvalía omnipresente en todos los ámbitos y esferas de la existencia personal de su hijo.

Queda el pobre consuelo de que, en definitiva, el dinero resulta, en palabras del más grande escritor nacional, un repertorio de futuros posibles; un Proteo más versátil que el de la isla de Pharos; una moneda que simboliza nuestro libre albedrío. Y acaso en esta idea encuentre justificación la torpe solución que propone el derecho a la incapacidad de un hijo.

No dispongo de parámetro alguno ensayado en la demanda, más allá de un importe nominal que ha perdido todo significado. Propongo, entonces, en ausencia total de posibles placeres compensatorios listados a modo de comparativa, resarcir a ambos padres en conjunto, con la suma que sería necesario para adquirir una vivienda modesta, para lo que estimo razonable la suma de pesos nueve millones ($ 9.000.000), (Arts. 1078, 1083, 520 y conc. del CC. y 165 y conc. del CPCC), correspondiendo cuatro millones y medio a cada uno de los actores.

VI. Queda por ver el que fue titulado como daño psíquico, para cuyo resarcimiento se estimó la suma global de pesos sesenta mil, a valores de ese momento.

Como he dicho en otra oportunidad (Expediente Nro. 151271) una cosa es la repercusión patrimonial del daño psicológico, como la pretensión de obtener un tratamiento tendiente a revertirlo, evaluada con anterioridad, o la minoración psicológica permanente, que origine un porcentaje de incapacidad, y otra muy distinta es el daño psicológico como capítulo integrante del agravio moral.

Entiendo que esto último fue lo solicitado. Más allá de las objeciones que sugiere la falta de autonomía con ese rubro, la reparación se conectó principalmente al hecho de la muerte, y la circunstancia de transitar ambos padres por un duelo inacabado (de lo que dio cuenta la pericia psicológica de fs. 1765/1771), por lo que no se observa un vínculo causal con el hecho atribuido al emplazado (art. 901 y cctes. Cód. Civil). Por lo demás, el impacto psíquico relacionado con la

incapacidad, ha sido merituado para cuantificar el daño moral, del que forma parte.

VII. En virtud de la apelación adhesiva, me ocupo de las defensas oportunamente deducidas por Provincia Seguros y Sancor Cooperativa Argentina de Seguros Limitada.

VII.1. Comienzo por la solicitud de exclusión de cobertura introducida por la primera.

El Hospital Español no consiguió acreditar la existencia de la póliza Nro. 0107398, supuestamente emitida por Vanguardia Compañía Argentina de Seguros S.A., según recibo de fs. 161, emanado del broker Secure Group.

Sin embargo, Provincia Seguros S.A. admitió la fusión por absorción con esta última, operada mediante escritura nro. 17 del 26 de enero de 2000, pasada ante el notario Juan Carlos Lagar (fs. 365/391 y 1552/1572) lo que importó adquirir la titularidad de los derechos y obligaciones de la sociedad disuelta, produciéndose la transferencia total de su patrimonio a la incorporante (art. 82 L.G.S.).

Quedó reconocida también la existencia de una relación asegurativa mediante la emisión por parte de Vanguardia Compañía Argentina de Seguros S.A., de la póliza Nro. 341.636, cuya copia acompañó a fs. 392/409.

Pretendió excusarse la citada, argumentando que a la fecha del siniestro (22 de junio de 1999), no existía cobertura ya que no se encontraba vigente el seguro por falta de pago.

Por si fuera necesario (aunque la defensa en torno de la vigencia se fundó exclusivamente en que no fue abonado el premio), advierto que conforme los términos de la cobertura, se trató de un seguro del tipo claims made (fs. 1541), en los que el asegurador indemniza al asegurado por cuanto deba a un tercero a consecuencia de un hecho ocurrido durante la vigencia y siempre y cuando se hubiera efectuado el reclamo durante el período convenido, aspecto que no viene discutido.

Por otro lado, a diferencia de los seguros “de ocurrencia” los de este tipo puede tener una cobertura retroactiva, incompatible con un seguro tradicional, que en el caso alcanzaba al 2 de mayo de 1999 (v. fs. 1533), por lo que no hay dudas de que contaba con vigencia al momento del hecho.

En cuanto al pago de la prima, tratándose de una situación (el supuesto estado de mora) anterior al siniestro, la defensa resultaba oponible al reclamo del tercero damnificado (art. 118, párrafo tercero, primera parte "in fine", ley 17.418).

El artículo 31 de la ley 17.418 dispone que "si el pago de la primera prima o de la prima única no se efectuara oportunamente, el asegurador no será responsable por el siniestro ocurrido antes del pago". Entonces, la mora en el pago del premio genera la carencia de garantía del riesgo y libera por consiguiente al asegurador, de indemnizar cualquier siniestro que ocurra en el lapso que media desde la mora hasta la rehabilitación del contrato, que se produce al día siguiente de efectivizarse la cancelación de la prima adeudada (cfr. Meilij, "Manual de Seguros", p. 21; Stiglitz-Stiglitz, "Contrato de Seguros", p. 44 y ss.; SCBA, Ac. 33.598 del 15-IV-1986 y 48.903 del 15-7-1997).

Sin embargo, más allá del error del Hospital Español, en tanto exhibió un supuesto recibo de fecha anterior a la vigencia de la póliza (contratada el día 30 de diciembre de 1999, sin perjuicio de su alcance retroactivo) la mora no fue acreditada, y la pericia contable evacuada por la Contadora Laura Santi (fs. 1573/1578) dio cuenta del pago del premio (v. impresión de pantalla fs. 1577 vta. y 1578).

Por consiguiente, no cabe hacer lugar a la exclusión de cobertura solicitada.

Tampoco puede prosperar el segundo argumento en pos de la declinación de la cobertura.

La versión, o perversión de la excusa, obedece a una interpretación inaceptable de la póliza cuya copia obra agregada a fs. 1531/1551.

El Anexo PM-2 contiene el texto de la cobertura claims made, a la que hice referencia. El riesgo cubierto está contemplado en el artículo 3, que refiere, entre

otros, a “reclamos de responsabilidad profesional derivados de actos de mala praxis médica, cometidos con posterioridad a la fecha de retroactividad..”. El artículo 6, contiene una serie de exclusiones, pero ninguna de ellas remite a la responsabilidad contractual, lo que sería absurdo, desde que como hemos visto, la responsabilidad extracontractual de un establecimiento asistencial constituye un supuesto excepcional. Dentro de estas exclusiones, existen algunas que serían incompatibles con esta interpretación, como los reclamos derivados de cualquier “acuerdo, contrato o compromiso del asegurado en virtud del cuál se hubiere comprometido un resultado, efecto o éxito”. La exclusión no tendría sentido si la responsabilidad contractual no formara parte del riesgo cubierto.

Además de los principios generales en la materia, la lectura que nos propone contradice la misma póliza. En el artículo 1 del Anexo PM-2, prescribe que en caso de discordancia entre las Condiciones Generales y las Particulares predominan estas últimas. Me parece muy evidente que el clausulado que invoca a su favor la citada en garantía, está inserto dentro de las Condiciones Generales Uniformes para los Seguros de Responsabilidad Civil (arts. 2 y 4), mientras que el Anexo 10, completa estas condiciones generales ampliando el riesgo cubierto, al uso de vehículos automotores y el transporte de personas, en vehículos que no sean de propiedad del asegurado, a la vez que excluye algunos riesgos que tampoco tienen nada que ver con al seguro de mala praxis médica.

Se trata de disposiciones que no se vinculan con el seguro claims made del Anexo P2M, y en cambio, son comunes a todo seguro de responsabilidad civil, propias de un seguro de “ocurrencia” que encaja en lo dispuesto por el artículo 109 de la L.S. Con el mismo criterio, este artículo impediría todo tiempo de cobertura en materia de responsabilidad contractual, al aludir a un tercero, que por definición no es parte del contrato.

Existen cláusulas que son derogatorias de las disposiciones generales, sean legales o reglamentarias, y siempre y cuando no sean de orden público, y no es posible propiciar una interpretación que ponga en pugna las disposiciones y pretenda aniquilar unas por efecto de las otras.

A la luz de lo expuesto, la defensa debe ser rechazada, y la condena deberá hacerse extensiva a la citada en garantía en la medida del seguro (art. 118 L.S).

VII.2. Por su parte, Sancor Cooperativa Argentina de Seguros Limitada, en su responde de fs. 453/467 reconoció la existencia de un seguro de responsabilidad civil, instrumentado en la póliza 39.584, con vigencia a la fecha del siniestro, pero instó la exclusión con fundamento en que las prácticas obstétricas no están incluidas y también en la existencia de una franquicia en cabeza del asegurado de U$s 200.000.

La primera de las excusas parte, otra vez, de una interpretación antojadiza del texto de la póliza. En las Condiciones Particulares Específicas (fs., 1192), se define el objeto del seguro, que consiste en responsabilidad civil emergente de actividades realizadas en la clínica, con adicional de mala praxis. Se refiere además a la cobertura básica, según cláusula, que amplía a algunos casos, como cirugía de alta complejidad, hemodiálisis, hemodinámica, laboratorio de análisis bioquímicos, etc. A pesar de que la técnica empleada en la redacción no me parece la mejor, no veo por qué la enumeración precedente debiera interpretarse como exclusión de los casos no listados, máxime cuando la cláusula 32 del Anexo Nro. 4 (fs. 1202), establece que el asegurador cubre la responsabilidad civil contractual del asegurado emergente de lesiones o muerte que afecte a pacientes o acompañantes, aunque medie responsabilidad de los profesionales intervinientes. La misma cláusula establece una serie de exclusiones, específicamente vinculadas a la práctica médica o paramédica, como los daños genéticos, los actos o internaciones prohibidas por ley, intervenciones o tratamientos que tengan por objeto el cambio de sexo y/o trasplante de órganos, etc. Ninguna de ellas se dirige a la práctica obstétrica.

En lo que toca a la delimitación cuantitativa del riesgo contenida en la póliza. Más allá de la dificultad interpretativa que origina la rebuscada y poco amigable redacción de las cláusulas que integran la póliza de fs. 1192/1203, se observa que al lado del clásico descubierto obligatorio que suele figurar entre las condiciones generales para los seguros de responsabilidad civil (v. Anexo I, fs. 1194), por el que el asegurado debe participar en cada siniestro con un 10 % de las indemnizaciones, con un mínimo del 1 % y un máximo del 5 % de la suma

asegurada (que aquí se reduce a un 0,5 % y 3 % respectivamente, v. fs. 1193) se ha pactado como condición particular específica (v. fs. 1192), que el asegurador sólo responderá por la suma asegurada cuando los daños producidos por el riesgo cubierto excedan la suma de U$s 200.000, y en caso contrario, no participará en ninguna proporción, no existiendo obligación alguna a su cargo.

No es muy sencillo conjugar todos estos dispositivos, pero por lo visto, la cláusula específica funciona como una suerte de franquicia simple, que tiene el efecto de liberar al asegurador de la cobertura de los siniestros cuya entidad económica no supere cierto importe.

Llama la atención, en el caso, la importancia de este importe, verdaderamente muy significativa en relación con la suma asegurada, en particular a la luz de la finalidad que la institución de la franquicia está llamada a cumplir, esto es, limitar los gastos que engendran los "pequeños siniestros". De todos modos, no hubo objeciones en tal sentido, ni de parte del Hospital (fs. 521) ni de la víctima (fs. 515) y sin lugar a dudas estuvo motivada en la intención de abaratar el costo de la prima.

Ahora bien, la póliza que une al hospital con la citada en garantía, si bien se encuentra expresada en dólares, en razón de su fecha de emisión, quedó alcanzada por las normas previstas por la ley 25.466; 25.561; 25.587; Decretos 214/2002; 1606/2001; 71/2002; 141/2002; art. 3 decreto 320/2002; 1316/2002 y las resoluciones ME. 6/2002; 9/2002; 18/2002; 23/2002; 46/2002 que impusieron un régimen de pesificación para la cancelación de las obligaciones originadas en los contratos entre particulares.

Está claro que a partir de la aplicación estas disposiciones, en particular de los arts. 1 y 8 del Dcto. 214/2002, y de lo previsto en el art. 11 de la ley 25.561 -texto según ley 25.820 (B.O.: 4/12/2003) que zanjó las disputas interpretativas anteriores-, todas las obligaciones de dar sumas de dinero nominadas en dólares estadounidenses existentes al 6 de enero de 2002, que no estuvieran vinculadas al sistema financiero, cualquiera fuere su origen o naturaleza, y con independencia de la situación de mora del deudor, quedaron convertidas a pesos

a la relación de cambio de 1 $ = 1 U$S, con más la aplicación del coeficiente de estabilización de referencia (CER) o el de variación de salarios (CVS), según corresponda.

En la medida en que se trata de una póliza emitida y tomada por sociedades radicadas en el país, para cubrir un riesgo también localizado en él, no encuadran en ninguna de las excepciones previstas en los decretos 410/2002 y 992/2002, por lo que no hay duda de que tanto el capital asegurado como la franquicia pactada en cada caso, han quedado pesificados y ajustados con la aplicación del coeficiente de estabilización de referencia (CER).

Temperamento confirmado, en su momento, por el dictado del Dcto. 558/2002 del P.E.N., que modificara la ley 20.091 con el objetivo de permitir a la Superintendencia de Seguros de la Nación “manejar alternativas de regularización y saneamiento del mercado” frente a la “la reestructuración de obligaciones originadas en los contratos entre particulares no vinculadas al sistema financiero” derivada del dictado de la ley 25.561, “Que…ha introducido un cambio sustancial en el escenario económico del país, que incluye el mercado del seguro”.

No existió planteo alguno de inconstitucionalidad, por lo que la aplicación de las leyes de pesificación se impone atendiendo a su carácter de orden público.

Por otro lado, en cuanto a la validez constitucional de ese bloque normativo emergencial, es a esta altura de sobra conocido que la Corte Suprema de Justicia Nacional ha reconocido, reiteradamente, la situación de grave perturbación económica, social y política admitida por la ley 25.561, según surge de Fallos: 327:4495 y 328:690, y de las causas M.2771.XLI “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/ amparo - ley 16.986” (Fallos: 329:5913), R.320.XLII “Rinaldi, Francisco Augusto y otros c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra” (Fallos: 330:855), L.971.XL “Longobardi, Irene Gwendoline y otros c/Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L.” Fallos: 330:5345) y F.1074.XLI “Fecred S.A. c/ Mazzei, Osvaldo Daniel y otro”, del 27 de diciembre de 2006, 15 de marzo de 2007, 18 de diciembre de 2007 y 6 de mayo de 2008.

Y también, que en oportunidad de realizar el control de constitucionalidad de las normas en el precedente “Rinaldi”, sobre la base de las pautas enunciadas en los considerandos 35, 36, 37 y 38 —que se reiteraron en el considerando 21 del fallo “Longobardi” y considerando 22 de “Fecred”—, el Tribunal concluyó que las medidas de orden público adoptadas por el Estado para conjurar la crisis económica y social no resultan medios regulatorios desproporcionados con relación a la finalidad perseguida ni carecen de la razonabilidad necesaria para sustentar su validez constitucional, pues el art. 11 de la ley 25.561 (t.o. ley 25.820) después de establecer la conversión de las obligaciones pactadas en moneda extranjera a razón de un dólar igual un peso y de prever la aplicación de un coeficiente de actualización, faculta a las partes a solicitar el reajuste equitativo que pudiera corresponder.

Por lo demás, es del caso señalar, que la Corte Suprema sólo excluyó la pesificación en relación a las prestaciones contratadas con una compañía aseguradora, en un supuesto de renta vitalicia. En los autos “Benedetti, Estela Sara c/ P.E.N. ley 25.561 - dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo”, del 16/09/2008, estableció el alto tribunal, por mayoría, que el contrato de renta vitalicia tiene una finalidad previsional que otorga al beneficiario un derecho de crédito que debe ser integral, porque participa de los principios de la seguridad social, resultando alcanzada por los caracteres que el legislador le ha asignado a las prestaciones que se acuerden en cumplimiento de la ley 24.241, en cuanto son personalísimas, no pueden ser enajenadas y son inembargables e imprescriptibles y, para reforzar esta finalidad tuitiva, fue previsto que todo acto jurídico que la contraríe será nulo y sin valor alguno.

Solo sobre esa base, y en esa estricta medida, dijo la Corte que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 8º del decreto 214/02, de las resoluciones 28.592 y 28.924 de la Superintendencia de Seguros de la Nación y de las normas concordantes, dado que en tal caso no es posible efectuar una interpretación que compatibilice las normas de emergencia cuestionadas con los derechos constitucionales que se encuentran en juego.

Es del todo evidente que no es, precisamente, el caso de autos, donde mantener “dolarizadas” la póliza oportunamente tomada por la demandada, podría

significar que, prevaleciéndose de la franquicia acordada durante la vigencia del régimen de convertibilidad la citada en garantía pudiera liberarse lisa y llanamente de responder, desnaturalizando el sentido y finalidad de la cobertura contratada.

Luego, no puede aceptarse, que esas cláusulas, concebidas y acordadas para determinar solo una fracción de riesgo no cubierto, terminen siendo aplicadas de una manera que eximan a la aseguradora de responder (v., en el mismo sentido, CCivCom de Azul, 25/03/2009, “Colavitta Isabel Elena c/ Telefónica de Argentina s/ daños y perjuicios”, con voto del doctor Galdós; véase de esta Sala Expte. 150.888, “Marlia, Mariano Rubén c/ Ferroexpreso Pampeano S.A. y Ferrosur Roca S.A. s/ daños y perjuicios”, sent. del 22 de agosto de 2019.

Volviendo entonces al planteo de la aseguradora, si el importe de la indemnización acordada es inferior a la franquicia, la citada en garantía debe ser excluida del proceso, en razón que no se halla obligada contractualmente a pago alguno (conf. Stiglitz, Rubén S. “Franquicia y descubierto obligatorio”, Publicado en: LA LEY 19/09/2007 , 1 LA LEY 2007-E , 1141 • Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III , 1699; v. en el mismo sentido CNCiv., sala H, 07/03/2002, "Alvez de Macías J. c. Mayo S.A.", LA LEY, 2002-D, 249).

Sin embargo, no es este el caso, pues incluso aplicando a la suma de la franquicia, convertida a pesos en función de las normas mencionadas, el coeficiente de estabilización de referencia (CER), resulta que la indemnización otorgada supera este límite, como resulta del siguiente cálculo:

Monto inicial es: $ 200000,00

Índice de actualización aplicado : C.E.R.

Final de la actualización: 13/01/2022

01/2022 = 38.1525

---------- = 38,15

02/2002 = 1

El resultado de la actualizacion es: $ 7630500,00

En función de lo que llevo dicho, exclusión de cobertura solicitada debe ser rechazada, debiendo responder la citada en garantía, en la medida del seguro.

VIII. Resta ver el planteo contenido en la memoria que pivotea alrededor de los límites de cobertura y pide la aplicación del criterio sustentado por esta Sala en los autos “Salvucci c. La Caja de Seguros S.A,” (Expte. 150.319).

Sin embargo, debido a su complejidad y a fin de preservar el derecho de defensa de las partes y la garantía de doble instancia, resulta aconsejable que la cuestión vinculada a los límites de cobertura y eventuales descubiertos y/o franquicias de las pólizas de fs. 1531/1551 y 1192/1203, así como el monto definitivo de la condena que deberá abonar la demandada, resulten diferidos para la etapa de ejecución de la sentencia, en oportunidad de aprobarse la liquidación final.

IX. En función de lo todo lo expuesto, atendiendo a la determinación de los rubros que componen la cuenta resarcitoria, corresponde condenar a la demandada, Asociación Española de Beneficencia de Bahía Blanca-Hospital Regional Español de Protección Recíproca, a pagar al actor Guillermo Esteban Serra la suma de pesos cuatro millones setencientos cincuenta y cuatro mil ($ 4.754.000) ($ 150.000 + $ 104.000 + $ 4.500.000) y a la actora, Carina Fernanda Cornejo la de pesos cuatro millones ochocientos cincuenta y ocho mil ($ 4.858.000) ($ 150.000 + $ 208.000 + $ 4.500.000), dentro del plazo de diez días de quedar firme esta sentencia, a valores de este pronunciamiento, con más sus intereses a la tasa pura del 6 % anual desde el momento del hecho hasta el de esta sentencia (causas C. 120.536, "Vera, Juan Carlos contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios" y C. 121.134, "Nidera S.A. contra Provincia de Buenos Aires. Daños y Perjuicios"), y de aquí en adelante, y hasta el efectivo pago, a la más alta que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (C. 119.176, "Cabrera" de la SCBA);

La condena se hará extensiva a Provincia Seguros S.A., y Sancor Cooperativa Argentina de Seguros Limitada en la medida del seguro (art. 118 ley 17418), difiriendo a la etapa de ejecución de sentencia la cuestión vinculada a los límites

de cobertura y eventuales descubiertos y/o franquicias de las pólizas de fs. 1531/1551 y 1192/1203.

Las costas de ambas instancias deben cargarse a la demandada y citadas en garantía que, no obstante la estimación parcial de la pretensión ejercitada, ostentan la calidad de vencidos, e hicieron necesaria la promoción de este juicio para la satisfacción del reclamo formulado (art. 68 CPCC; v. SCBA C. 120.628, "Hospital Ramón Santamarina contra Naveyra, Adolfo Enrique. Repetición sumas de dinero"). De este modo, y considerando el resultado del proceso, no resulta atendible el recurso interpuesto por el Hospital Español. En cuanto a la eximición de costas a los actores respecto del codemandado Héctor Daniel Nardi, no habiendo agravio de su parte, obviamente la Asociación Española de Beneficencia no tiene interés en su modificación.

Finalmente, atendiendo al sentido y alcances de la decisión que se propone, corresponde dejar sin efecto los honorarios establecidos en la sentencia apelada, difiriendo su determinación para cuando exista base cierta para hacerlo (arts. 274 CPCC; 51 del Dcto-ley 8904 y ley 14967).

Así lo voto.

El señor juez doctor Mercado, por iguales fundamentos votó en el mismo sentido, por lo que se

SENTENCIA:

AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que precede ha quedado resuelto que no se ajusta a derecho la sentencia apelada (arts. 264 inc. 1), 512, 520, 522, 901, 902, 921, 1068, 1069, 1078, 1083, 1109, 1111, 1113 párr. 2do 2da parte, 1198, sgtes. y cctes. Cód. Civil; art. 7, 1724 y 1746 Cód. Civil y Comercial; arts. 14 bis párr. 3º “in fine”, 16, 19, 75 inc. 22 y cctes. Const. nac., art. 11 de la ley 25561, según ley 25820; 1 y 8 Dcto. 214/2002; Dctos. 410/2002, 558/2002, 992/2002; Res. 28592 y 28924 SSN; arts. 31 y 118 ley 17418; arts. 165, 330 inc. 4, 375, 384, 421, 422, 474 sgtes. y cctes. CPCC).

POR ELLO, se la revoca, condenándose a la demandada, Asociación Española de Beneficencia de Bahía Blanca-Hospital Regional Español de Protección Recíproca, a pagar al actor Guillermo Esteban Serra la suma de pesos cuatro millones setecientos cincuenta y cuatro mil ($ 4.754.000) ($ 150.000 + $ 104.000 + $ 4.500.000) y a la actora, Carina Fernanda Cornejo la de pesos cuatro millones ochocientos cincuenta y ocho mil ($ 4.858.000) ($ 150.000 + $ 208.000 + $ 4.500.000), dentro del plazo de diez días de quedar firme esta sentencia, a valores de este pronunciamiento, con más sus intereses a la tasa pura del 6 % anual desde el momento del hecho hasta el de esta sentencia y de aquí en adelante, y hasta el efectivo pago, a la más alta que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (C. 119.176, "Cabrera" de la SCBA). La condena se hará extensiva a Provincia Seguros S.A., y Sancor Cooperativa Argentina de Seguros Limitada en la medida del seguro (art. 118 ley 17418), difiriendo a la etapa de ejecución de sentencia la cuestión vinculada a los límites de cobertura y eventuales descubiertos y/o franquicias de las pólizas de fs. 1531/1551 y 1192/1203. Con costas, en ambas instancias a la demandada Asociación Española de Beneficencia -Hospital Regional Español de Protección Recíproca- y citadas en garantía, (art. 68 CPCC). Déjanse sin efecto los honorarios establecidos en la sentencia apelada, difiriéndose su determinación para cuando exista base cierta para hacerlo (art. 51 Dcto-ley 8904 y ley 14967).

Hágase saber y devuélvase

KALEMKERIAN Fernando Carlos

MERCADO Jorge Federico
JUEZ

RAMIREZ Luciano Miguel
AUXILIAR LETRADO DE CÁMARA DE APELACIÓN