

Voces: SALUD - ASISTENCIA MÉDICA - HOSPITALES Y SANATORIOS - CULPA CIVIL - NEGLIGENCIA - DAÑOS Y PERJUICIOS - INDEMNIZACIÓN - INCAPACIDAD SOBREVINIENTE - DAÑO MORAL - REEMBOLSO DE GASTOS - GASTOS MÉDICOS - GASTOS DE INTERNACIÓN

Partes: V. M. P. y otro c/ Hospital de Pediatría Garrahan y otros | daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala/Juzgado: H

Fecha: 7-jul-2015

Cita: MJ-JU-M-94292-AR | MJJ94292

Producto: MJ,SYD

Responsabilidad del hospital -y no de los facultativos o enfermeras dependientes- de indemnizar por haber dejado en estado vegetativo permanente a una paciente, pues ello aconteció por la deficiente organización del sistema de alarmas y control, y no a la desatención de médicos o enfermeros. Cuadro de rubros indemnizatorios.

Sumario:

1.-Corresponde modificar la sentencia apelada y admitir la demanda de daños y perjuicios contra el Hospital demandado, que debe indemnizar a los actores ya que debido a una negligencia en la temporánea detección de la complicación de la menor, la que no obedeció a desatención de los médicos o enfermeros a su cargo, sino a una deficiencia en la organización del sistema de alarmas y control, resulta el hecho de haber dejado en vida vegetativa permanente a una menor.

2.-Encontrándose acreditado que transcurrió un lapso de al menos algunos minutos entre el momento del inicio del paro cardiorrespiratorio y la atención de la paciente y, por el otro, se probó que el saturómetro colocado a la niña no podía ser correctamente visualizado por la enfermera a cargo de su cuidado, sumado a la total ausencia en la historia clínica de una explicación acerca de la forma en que se detectó la complicación sufrida por la enferma, si existían alarmas colocadas para alertar acerca de esa circunstancia, y si estas realmente funcionaban, se concluye en la existencia de indicios serios, graves y concordados (art. 163, inc. 5 del CPCCN.) suficientes para presumir que existió un retraso injustificado en la atención de la paciente, ante la omisión de detectar temporáneamente el cuadro que sufrió.

3.-La imposibilidad de determinar si existió o no negligencia por parte de los demandados en el descubrimiento temporáneo del paro cardiorrespiratorio que estaba sufriendo la paciente, se debe a que existen serias omisiones en la historia clínica acompañada, pues dada la trascendencia del suceso que se presentó en la atención de la paciente, y que derivó en las secuelas que padece, se imponía asentar en el documento en cuestión las distintas circunstancias vinculadas con el descubrimiento del evento, extremo que no se advierte en el caso de autos.

4.-Corresponde indemnizar por la incapacidad sobreviniente a la niña que debido a una falla en el sistema de alarmas del hospital demandado quedó en estado vegetativo permanente, y presenta una incapacidad total y permanente del 100% de la V.O.T., quien no desempeñaba ninguna tarea remunerada, pues al momento de producirse los hechos tenía 1 año y 11 meses de edad estimándose prudencialmente el monto atento las particularidades del caso, las posibilidades de progreso económico de la niña, así como el hecho de que la indemnización debe computar asimismo la pérdida de la capacidad de la víctima para efectuar otras actividades no remuneradas, pero mensurables económicamente. (art. 165 del Código Procesal).

5.-Es procedente la indemnización tendiente a reparar el daño psíquico causado a la madre de la menor que por negligencia del hospital demandado quedó en estado vegetativo permanente, pues las consecuencias que el hecho ilícito generó en la menor, resultan suficientes para sustentar lo expresado por el perito respecto de la incapacidad psíquica que padece la madre de la niña.

6.-Debe repararse en concepto de gastos médicos, de farmacia, de tratamiento, de traslado, de farmacia, de ortopedia, y de asistencia, a la madre de quien se encuentra en el EVP, pues ante estas circunstancias según lo informa el perito existen dos posibilidades: llevar al paciente a un centro que cuente con la experiencia suficiente como para sostener todos los protocolos de tratamiento, o la internación domiciliaria y para ésta última opción, es necesario contar con la infraestructura y un equipo multidisciplinario organizado.

7.-Debe cuantificarse el monto debido a la actora en concepto de necesidades de adaptación de la vivienda atento lo que surge de la pericia arquitectónica que no fue impugnada por los codemandados, la que da cuenta de que la propiedad en la cual reside la menor no cuenta con las características necesarias para su debida atención.

En Buenos Aires, a los 7 días del mes de julio de 2015, hallándose reunidos los señores jueces integrantes de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a los efectos de dictar sentencia en los autos: "V. M. P. y otro c/ Hospital de Pediatría Garrahan y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.", y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Fajre dijo:

I.- La sentencia de fs. 3015/3025 rechazó la demanda incoada por M. P. V., por derecho propio y en representación de su hija M. A. V., contra Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan, G. W., L. E. C., y La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales, con costas.

La decisión fue apelada por las demandantes y por el Ministerio Público Tutelar. A fs. 3099/3108 expresó agravios la parte actora. Sostuvo -en síntesis- que: a) se realizó una

errónea valoración del dictamen del Cuerpo Médico Forense elaborado en sede penal, pues de dicho informe surge con claridad que no se dejó constancia en la historia clínica de cuestiones vitales para la resolución de la causa (v. g., si sonaron las alarmas, si estaban conectadas, etc.); b) se tuvo en cuenta la pericia elaborada por el Dr. V., que fue descalificada en su momento y motivó la realización de un nuevo dictamen con la intervención de otro profesional; c) es erróneo considerar que no se encuentra acreditada una deficiente atención de la paciente, pues las irregularidades en la historia clínica operan como una presunción en contra de los demandados, y d) la absolución de la enfermera en sede penal no se puede traducir en un factor de inimputabilidad de los demandados en sede civil, pues la sentencia criminal únicamente valoró la conducta de la enfermera C., y la absolución obedeció a la falta de certeza sobre las circunstancias fácticas.

A fs. 3122/3126 la Sra.defensora de menores de cámara mantuvo y fundó el remedio promovido en la anterior instancia.

La expresión de agravios de la parte actora mereció las respuestas de fs. 3112/3115 y 3117/3119.

II.- Liminariamente es preciso destacar que no se encuentra discutido en autos que la coactora M. A. V. ingresó el 20 de marzo de 2002 en el Hospital Garrahan, donde se le diagnosticó botulismo tipo A. Fue internada en la unidad de terapia intensiva, y se le practicó una traqueotomía debido a las dificultades respiratorias que presentaba, como consecuencia de la dolencia ya mencionada. El día 19 de junio del mismo año se encontraba estable.

Tampoco se discute que durante la madrugada del día 20, aproximadamente a las 6 hs., la menor sufrió un paro cardiorrespiratorio, por lo que se le realizó reanimación, y se recuperó la frecuencia cardíaca con un ritmo normal luego de habersele suministrado adrenalina por segunda vez.

Las partes se encuentran contestes en que todo el proceso antes referenciado se debió a la súbita complicación que presentó la niña como consecuencia de la enfermedad que padecía.

Ahora bien, lo que sí es motivo de debate es si no pudo detectarse a tiempo el paro cardiorrespiratorio -que, ante la falta de oxigenación, causó a la paciente secuelas irreversibles a nivel neurológico- debido a la falta de control de enfermería y a las fallas de los aparatos a los cuales se encontraba conectada la menor.

III.- Determinado entonces el thema decidendum sometido a conocimiento de este tribunal, corresponde establecer cuál es el régimen de responsabilidad aplicable, tanto al hospital, en cuyo marco se desarrolló la atención, como al médico y la enfermera demandados.

Desde esta perspectiva diré que la misma debe ser juzgada a la luz de las reglas sobre responsabilidad contractual, y no obsta esta conclusión el hecho de que el establecimiento asistencial en cuestión sea un hospital público.

Sentado ello, debo señalar que para que la misma quede configurada deben concurrir como requisitos:a) Obligación preexistente, o sea la que asume el médico en virtud de un compromiso previo de naturaleza contractual o legal; b) Falta médica, que debe ser estrictamente profesional y cuyo elemento esencial es la antijuricidad; c) Daño ocasionado, esto es, que como consecuencia de la falta cometida se produzca un daño en el cuerpo o en la

salud del paciente; d) Relación causal entre el acto médico y el daño ocasionado; e) Imputabilidad, o sea que para que el médico sea tenido por culpable del daño, su conducta debió jugar dentro de las condiciones de discernimiento, intención y libertad y según se den los presupuestos exigidos por el art. 512 del Código Civil (Conf. Yungano, López Bolado, Poggi, Bruno, "Responsabilidad profesional de los médicos", págs. 134 y sigs.).

Con criterio que comparto se ha sostenido que la obligación asumida por el médico no es de resultado, sino de medios. No se compromete a sanar al enfermo, sino solamente a atenderlo con prudencia y diligencia, a proporcionarle todos los cuidados que conforme a los conocimientos científicos que su título presume, son conducentes al logro de la curación, la que no puede asegurar (Conf. Trigo Represas, Felix, "Responsabilidad civil de los profesionales", pág. 81). De hecho, el art. 20 de la ley 17.132 prohíbe a los profesionales que ejerzan la medicina anunciar o prometer la curación fijando plazos, anunciar o prometer la conservación de la salud (incisos 1 y 2).

En materia de responsabilidad médica, resulta fundamental la prueba de la culpa o negligencia del profesional, que a su vez generará la del establecimiento asistencial. Aquél, a su vez, podrá excusarla demostrando la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero o el caso fortuito e inclusive, la mera inexistencia de negligencia de su parte, o prueba de su no culpa (Conf. Highton, Elena, "Prueba del daño por mala praxis médica", en Revista de Derecho de Daños, N° 5, pág.74).

En líneas generales, podría sostenerse que quien alega el incumplimiento de su obligación por parte del médico, tiene a su cargo la prueba de que los servicios profesionales se prestaron sin esa prudencia o diligencia, o sea que le corresponde al damnificado probar la relación de causalidad entre la culpa médica y el perjuicio que se invoca.

Sin embargo, no existe consenso en lo que hace a la carga de la acreditación de la culpa, pues hay quienes sostienen que probado el contrato y el daño por el accionante, es el demandado quien debe demostrar acabadamente su cumplimiento o sea la prueba de que cumplió con la atención debida. Al médico le resultará mucho más fácil intentar una demostración de una conducta acorde con lo prometido, que al paciente convencer al juez acerca del apartamiento de la conducta médica respecto de la prestación emergente del negocio celebrado (Conf. Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad civil del médico", pág. 293; Lorenzetti, Ricardo, "Responsabilidad civil de los médicos", pág. 246).

En el mismo sentido se dijo que el médico debe probar, no sólo que ha puesto los medios, sino que éstos han sido suficientes y eficientes para obtener la curación de su paciente, lo cual si no se ha obtenido, no puede ser imputable a los mismos. Debe probar que la prestación brindada ha poseído la idoneidad necesaria y se ha realizado con la diligencia y prudencia correspondiente (Conf. Riu, Jorge, "Responsabilidad civil de los médicos", pág.86).

Siendo ello así, nada impide que pueda exigirse entonces al profesional médico involucrado en la litis una amplia colaboración en la dilucidación de los hechos.

Para admitir la excusabilidad del error médico habrá que investigar si adoptó todas las previsiones que aconseja la ciencia para la elaboración del diagnóstico, y, además, habrá de estarse a lo que opinan los demás médicos y la ciencia sobre el presunto error, y en base a estos datos el juez evaluará la excusabilidad del error invocado (Conf. Lorenzetti, op. cit., pág. 248).

Ahora bien, en nuestro sistema jurídico la culpa se aprecia en concreto, pero utilizando un tipo de comparación abstracto, que es elástico, fluido adecuado a cada situación particular. Por lo tanto, de acuerdo con el sistema instituido por el art. 512 del Código Civil, el juez debe atenerse en principio a la naturaleza de la obligación o del hecho y a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, considerando las condiciones personales del agente, al único efecto de hacer mérito a la mayor o menor previsibilidad del daño impuesto en el caso (conf. CNCiv., Sala G, 31 de agosto de 2007, Revista Gaceta de Paz, 11 de octubre de 2007).

La culpa de los médicos está gobernada por estas reglas, en relación con los arts. 902 y, en su caso, 909 del Código Civil (Conf. Bueres, Alberto, "Responsabilidad civil de los médicos", págs. 212 y sigs.). Comprende tres fases: la negligencia, la imprudencia y la impericia. La primera supone una conducta omisiva, el no tomar las debidas precauciones en un evento cualquiera. La segunda consiste en una acción de la que había que abstenerse o en una acción que se ha realizado de manera inadecuada, precipitada o prematura. La tercera consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte (Conf. Mosset Iturraspe, op. cit., pág.197).

La imprudencia es la falta de prudencia y ésta debe ser una de las virtudes médicas, pues el médico debe ejercer su profesión con cordura, moderación, cautela, discreción y cuidado. Se identifica con el conocimiento práctico o idóneo y apto para la realización del acto profesional y supone el ejercicio de otros valores o conductas, conjugándose la experiencia, la comprensión del caso actual, la claridad para saber qué es lo que se debe hacer y el trato que debe darse al paciente y a sus familiares. La realización de un acto innecesario es un acto de imprudencia (Conf. Yungano, op. cit., pág. 158).

Otro aspecto a considerar es el tema del error.

Si se arriba al mismo por un conocimiento insuficiente, existe culpa por parte del médico, pues su obligación es poseer los conocimientos adecuados y actualizados para ejercer con toda responsabilidad la prestación asistencial que el paciente necesita, en cuyo caso se configura una típica falta a la responsabilidad profesional por impericia, quedando consagrada su culpa.

Distinto es el caso en que el médico llega al resultado dañoso porque los alcances técnicos son todavía insuficientes o la afección desconocida que presenta el paciente se constituye en materia opinable. Ese resultado se deberá a un error científico, configurándose una situación inculpable (Conf. Riú, op. cit., págs. 71 y sigs.).

La responsabilidad del médico queda comprometida cuando se trata de un error grosero de diagnóstico, pero si se está en presencia de un caso dudoso o raro con evolución atípica y signos clínicos cambiantes, estas circunstancias pueden determinar un incorrecto pero excusable diagnóstico, que no podrá afectar la responsabilidad profesional (Conf. Yungano, op. cit. pág. 168).

De ahí que el plan de conducta que lleva adelante el facultativo constituye, en realidad, la ejecución de la prestación principal a cargo del establecimiento asistencial, razón por la cual su inexacto cumplimiento comprometerá la responsabilidad de este último. Es allí donde adquiere relevancia la culpa del médico en el desarrollo del plan de conducta, pues dicho plan es lo debido por el ente asistencial, y será este último quien responderá, en el marco del contrato, por su propio incumplimiento (Sáenz, Luis R. J., "La responsabilidad de las clínicas, hospitales

y demás establecimientos asistenciales en el marco de la ley de defensa del consumidor", en Picasso, Sebastián - Vázquez Ferreyra, Roberto A., Ley de defensa del Consumidor. Comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, ps. 626 y ss.).

Desde esta perspectiva, la responsabilidad del hospital quedaría consolidada una vez acreditado el incumplimiento de la obligación principal comprometida, es decir, determinada la negligencia en el desarrollo del plan de conducta debido (arts. 511, 512, 519 y concs. del Código Civil).

Ahora bien, respecto de la responsabilidad del médico demandado que atiende a un paciente en el marco de una institución hospitalaria, no celebra con él ningún contrato, razón por la cual su responsabilidad debe enmarcarse en la órbita aquiliana (Lorenzetti, La empresa médica, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998). Idéntico criterio corresponde aplicar respecto de los enfermeros, en tanto miembros del personal paramédico dependiente del establecimiento asistencial, tampoco están unidos con el paciente con ningún vínculo obligacional.

Por lo tanto, la imputación de responsabilidad a los codemandados W. y C. debe analizarse a la luz de lo que prescribe el art. 1109 del Código Civil.

IV.- Aplicando estas ideas al caso de autos, la peritación médica es de una importancia prácticamente decisiva, en tanto asesora sobre temas que normalmente escapan a la formación profesional del juez (Conf. Highton, Elena, "Prueba del daño por la mala praxis médica", en Revista de Derecho de Daños", N° 5, pág. 63). Se acentúa el significado de la pericia, que es evaluada según las reglas de la sana crítica. Cuanto mayor es la particularidad del conocimiento, menor es la posibilidad de apartarse. Sin embargo, esa importancia no implica aceptación lisa y llana. El juez no homologa la pericia, la analiza, la examina, la aprecia con las bases que contiene el art. 477 del Código Procesal (Conf. Cipriano, Néstor A., "Prueba pericial en los juicios de responsabilidad médica (Finalidad de la prueba judicial), en LL, 1995-C-623).

Asimismo, no puede soslayarse la existencia de un dictamen emanado del Cuerpo Médico Forense en el marco de la causa penal caratulada "C., L. E. s/ art. 94 del CP" (n.º 61.139/02)". Es que el aporte de dicho cuerpo científico especializado es fundamental, pues se trata de un órgano imparcial auxiliar de la justicia, cuyos miembros son designados de acuerdo a sus antecedentes y especialidad, lo que permite aceptar sus conclusiones, siempre y cuando el dictamen sea coherente, categórico y fundado en principios técnicos, dada la reconocida autoridad científica que dicho cuerpo posee (CNCiv., Sala A, 14/5/12, "T. A. R. y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.", ya citado; ídem, 9/12/08, "C., O. c/ Inst. Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados"; ídem, Sala J, 22/11/11, "L., E. F. c/ S., R. s/ daños y perjuicios", LLOnline).

Ahora bien, tanto los dictámenes de los peritos que intervinieron en autos, como el del mencionado cuerpo de expertos, coinciden en cuanto a que en la historia clínica no se dejó constancia de las circunstancias en que fue descubierto el paro cardiorrespiratorio que sufrió la menor, ni tampoco de la forma en que dicho evento fue advertido por la enfermera que se encontraba a su cuidado.

El Cuerpo Médico Forense señaló, en el marco de la causa penal ya referenciada, que tanto el diagnóstico efectuado en el nosocomio como el tratamiento fueron adecuados y permitieron la sobrevida de la paciente. Sin embargo, aclaró: "El único punto en cuestión es el relacionado

con los hechos acaecidos en la madrugada del 20 de junio de 2002". Se relató en dicho informe que surge de la historia clínica que la enfermera encontró a la paciente cianótica (coloración azulada de la piel y las mucosas), pero no se hace referencia en el documento mencionado a si ese hallazgo visual se produjo en forma casual o en respuesta a alguna alarma (respirador o monitor). Tampoco es posible conocer cómo se descubrió el accidente, pues no existe ninguna constancia en ese sentido en la historia clínica. Concluyó el citado organismo: "Lo cierto es que la niña sufrió una grave y brusca intercurencia cuasi mortal de la que pudo recuperarse después de la intervención de médicos y enfermeros. Que esa complicación le ocasionó graves secuelas. Neurológicas. Que es probable que la duración del período de hipoxia e isquemia fuera de una prolongación suficiente como para producir dichas secuelas. Que no puede inferirse de las constancias si sonaron las alarmas, si las mismas estaban conectadas y si los elementos funcionaban adecuadamente o tenían algún desperfecto" (sic, fs. 37/41; el resaltado me pertenece).

A su turno, el perito médico V. informó en su dictamen que la niña fue asistida en tiempo y forma (rta. 28, fs. 2755), y que el paro cardiorrespiratorio fue detectado en tiempo y forma (rta. 46, fs. 2757). Sin embargo, frente a la pregunta de "Si surge de la historia clínica o de la hoja de enfermería de guardia: (.).c) Cuánto tiempo estuvo cianótica hasta que se procedió a su resucitación", contestó que no encontró dicha información en el instrumento en cuestión (rta. 26, fs.2755).

A la misma conclusión, en cuanto a la inexistencia de constancia alguna en la historia clínica, llegó el perito médico pediátrico, S., quien, además de afirmar que no surge de la historia clínica la forma en que se produjo el hallazgo de la paciente al momento de sufrir la complicación (rta. 59, fs. 2913), también señaló que, si bien la historia clínica cumple con las descripciones requeridas, ".se objeta la actualización del día en que ocurre el paro cardiorrespiratorio, demasiado escueta y falta de descripciones de lo actuado, horarios, diagnósticos presuntivos, etc. que intente explicar lo previo y el resultado." (sic, rta. 63, fs. 2913 y ss.).

Finalmente, la lectura de los asientos efectuados en la historia clínica de la niña el día en cuestión (20 de junio de 2002) permite advertir que asiste razón a los peritos en este punto. En efecto, la única constancia relevante de la hoja de evolución de la paciente, en cuanto al descubrimiento del evento, dice que se "constata paro y se comienza reanimación" (sic.). La restante información allí inserta se vincula con las tareas de reanimación desarrolladas (fs. 73). Por su parte, la hoja de enfermería señala ".03 HS= CSV. Afebril, estable- 04:30 Hs= Duerme - CSV- 06:10 Hs.=Se encuentra a la paciente cianotica Se bolsea a la niña, se avisa a la médica de guardia, se realiza, reanimación." (sic., fs.864).

En base a ello, entiendo que no se encuentra acreditada la forma en que se determinó el paro cardiorrespiratorio que estaba sufriendo la niña, si ello fue consecuencia del descubrimiento espontáneo de la enfermera que estaba a su cuidado o si sonó alguna alarma que lo advirtió, ni si los aparatos que asistían a la niña funcionaban en correctas condiciones.

V.- Ahora bien, párrafo aparte merece la valoración de la historia clínica, labrada en el hospital accionado.

Sobre el particular cabe recordar que la historia clínica, además de ser la prueba del deber de información que pesa sobre el médico, constituye un documento imprescindible del ejercicio médico sanitario, puesto que al recoger toda la práctica médica es esencial para que el médico

pueda prestar una asistencia de calidad y para que el paciente pueda recibirla (Calvo Costa, Carlos A., Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 227).

Por ser la prueba fundamental del actuar médico en su relación con el paciente, debe ser confeccionada con precisión, asentando los datos esenciales en relación con el enfermo (diagnóstico, tratamiento, etc.), como así también la totalidad de las circunstancias en torno a la salud del paciente, tales como los resultados de los estudios complementarios que se hayan realizado, la evolución que ha ido presentando en enfermo, el detalle de la medicación que se le ha suministrado, etc. En lo que aquí interesa, es primordial que exista constancia de toda circunstancia relevante que se suscite a lo largo del tratamiento e intervención del enfermo. En síntesis, es un verdadero documento complejo que debe contener una pormenorizada información de lo sucedido a lo largo de toda la relación médico-paciente desde su inicio (Calvo Costa, op. cit., p. 228; Tallone, Federico C., "Análisis de la importancia probatoria de la historia clínica en los juicios de mala praxis médica", LL 2011-F, 336; Lorenzetti, Responsabilidad civil de los médicos, cit., t. II, p.246 y ss.).

En el caso, la imposibilidad de determinar si existió o no negligencia por parte de los demandados en el descubrimiento temporáneo del paro cardiorrespiratorio que estaba sufriendo la paciente, entiendo se debe a que existen serias omisiones en la historia clínica acompañada. En efecto, es evidente que, dada la trascendencia del suceso que se presentó en la atención de la paciente, y que derivó en las secuelas que ahora padece, se imponía asentar en el documento en cuestión las distintas circunstancias vinculadas con el descubrimiento del evento, extremo que no se advierte en el caso de autos.

Ahora bien, cuando la historia clínica presenta una irregularidad u omisión, eso la desnaturaliza como medio probatorio. Por ende, en estos casos la deficiencia del documento actuará, al menos, como un incumplimiento del deber de conducta de las partes en el proceso (Lorenzetti, Responsabilidad civil de los médicos., cit., t. II, p. 251). La historia clínica llevada deficientemente o incompleta, si bien no demuestra por sí sola la culpa profesional, anudada o corroborada por otros elementos probatorios producidos en la causa, puede constituir un indicio que, junto a otros, permita tener por demostrado el accionar negligente de los expertos que atendieron al paciente, siempre y cuando se pruebe la relación de causalidad adecuada, según el curso normal y ordinario de las cosas, existente entre las omisiones o deficiencia de la historia clínica y el daño cuyo resarcimiento se pretende (CNCiv. Sala A, 8/8/2011, "Espíndola, Claudia Viviana c/ Asociación Civil de Estudios Superiores Hospital Austral y otros s/ daños y perjuicios", LLOnline AR/JUR/50982/2011; ídem, 9/12/2009, "Riveras, Lorena Carla c/ Clínica Morano y otros", LLOnline AR/JUR/63538/2009; ídem, 30/11/2006, "O., M. C. c/ Ciudad de Buenos Aires", LLOnline AR/JUR/8158/2006; Calvo Costa, Daños ocasionados., cit., p. 233; Taraborrelli, José N.- Magnoni, Christian M., "La historia clínica y su valor probatorio", LL 2009-D, 832).

En consecuencia, la omisión de asentar en la historia clínica datos de gran relevancia acerca de la forma en que se descubrió la complicación de la enferma constituye un indicio del accionar negligente, al menos, del establecimiento asistencial.

Esta comprobación deja vacía de contenido la conclusión del perito V. en el sentido de que la niña fue atendida en debido tiempo y forma, pues lo cierto es que no surge ningún dato de la historia clínica que permita apreciar si la paciente fue o no asistida temporáneamente, por lo que difícilmente podía el experto sustentar la afirmación que expuso.

Ahora bien, el indicio enunciado precedentemente no es el único relevante en la causa. En este sentido, cabe destacar lo informado por el perito S. en cuanto al tiempo que debe transcurrir para que la hipoxia produzca daños irreversibles. Al respecto, dijo que ".una detención del flujo sanguíneo cerebral (FSC) al encéfalo, puede ser provocada por una hipoxemia por más de 6 a 8 segundos, lo cual provoca la pérdida inmediata de la conciencia. Si el FSC se restablece rápidamente, la conciencia se recupera en segundos a minutos. Si la hipoxia-isquemia se mantiene por más de cinco minutos, se produce daño neuronal en las estructuras más sensibles" (rta. 24, fs. 2904/2905).

Esta afirmación permite concluir, teniendo en cuenta las secuelas neurológicas irreversibles que sufrió la paciente, que transcurrieron al menos cinco minutos entre la producción del paro cardiorrespiratorio y la atención de la actora, lo cual, pese a su gravedad, no se encuentra justificado por constancia alguna de la historia clínica.

Asimismo, la sentencia dictada en sede penal, en la que se absolvió a la codemandada C., da cuenta que el saturómetro que tenía colocado la niña no podía ser visualizado desde el box en donde se encontraba la enfermera. Es decir que, debido a la infraestructura del área de terapia intensiva en donde se produjo el hecho, quien se encontraba al cuidado de la paciente no tenía contacto visual con la enferma (fs. 464 de la causa penal).

Es decir que, por un lado, se encuentra acreditado que transcurrió un lapso de al menos algunos minutos entre el momento del inicio del paro cardiorrespiratorio y la atención de la paciente y, por el otro, se probó que el saturómetro colocado a la niña no podía ser correctamente visualizado por la enfermera a cargo de su cuidado. Si a eso se suma la total ausencia en la historia clínica de una explicación acerca de la forma en que se detectó la complicación sufrida por la enferma, si existían alarmas colocadas para alertar acerca de esa circunstancia, y si estas realmente funcionaban, se concluye en la existencia de indicios serios, graves y concordantes (art. 163, inc. 5 del CPCCN) suficientes para presumir que existió un retraso injustificado en la atención de la paciente, ante la omisión de detectar temporáneamente el cuadro que sufrió.

De hecho, el testigo A. dijo que su hija estaba internada a dos boxes de distancia de A. V., y recordó que en la madrugada del hecho C. tomó un descanso dejando a cargo de su hija y de A. V. a M. Cuando regresó fue a aspirar a su hija, luego fue a ver a A. y al llegar al box donde la menor se encontraba, comenzó a llamar a los enfermeros a los gritos. Agrega el testigo que no recuerda que haya sonado alguna alarma esa madrugada (fs. 80 vta. de la causa penal).

En virtud de ello, considero que esa negligencia en la temporánea detección de la complicación de la menor, en modo alguno se debió a la desatención de los médicos o enfermeros a su cargo, sino a una deficiencia en la organización del sistema de alarmas y control, por lo que estimo que la misma resulta imputable al hospital demandado en su calidad de deudor de las prestaciones de salud, pues constituyó un defectuoso cumplimiento de las obligaciones a su cargo (arts. 511, 512, 519 a 522 y concs., Código Civil).

Por ello, entiendo que la solución debe ser distinta en lo que respecta a los restantes codemandados en autos.

En primer lugar, y respecto de la enfermera codemandada, cabe recordar que el art. 1102 del Código Civil establece que, cuando se produce la absolución del acusado en sede penal, la

sentencia que así lo decide hará cosa juzgada en sede civil acerca de la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese caído la absolución. Por ende, si la acción penal es desestimada porque el hecho no ocurrió, o porque el autor no participó, ese extremo no podrá ser discutido nuevamente en sede civil, pues esto implicaría volver sobre el análisis de una cuestión que ya ha sido juzgada (Kemelmajer de Carlucci, Aída, comentario al art. 1103 en Belluscio, Augusto C. (dir.) - Zannoni, Eduardo A. (coord.), Código Civil y normas complementarias. Comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1994, t. 5, p. 309 y ss.).

Es cierto que la apreciación por parte del juez penal de la negligencia del imputado no impide la valoración de su conducta en sede civil, que se realiza en base a criterios distintos (Saux, Edgardo I, comentario al rt. 1103 del Código Civil, en Bueres, Alberto J. (dir.) - Highton, Elena I. (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3A, p.329). Sin embargo, en el presente caso, las conclusiones del juez penal en cuanto a las circunstancias en que se desarrollaron los hechos (en particular, que la enfermera no tenía a la vista a la paciente desde el "box" de enfermería, y que no se trataba de la única enferma a su cuidado) me llevan a coincidir con la conclusión de la distinguida colega de la anterior instancia, en cuanto a que no existió una conducta negligente por parte de la Sra. C. en el cuidado de la paciente.

En efecto, fue terminante al señalar: ".es cierto que la enfermera C. no tenía en su orden de trabajo -por el tipo de cuadro que presentaba el paciente M. V.- llevar a cabo un exhaustivo control de su estado en forma permanente, es decir, minuto a minuto. No estaba destinada al exclusivo cuidado de aquella, sino por el contrario, tenía otra paciente en quien ocuparse -y por cierto en un estado más crítico (.).lo contrario implicaría imponer -tanto a Covarrubias como al resto del personal de enfermería- obligaciones que van más allá de sus posibilidades, circunstancia ésta ajena al cometido del Derecho mismo, habida cuenta que el ordenamiento jurídico no puede compeler la realización de conductas heroicas sino aquellas que sean de factible cumplimiento".

Es decir que, más allá del esfuerzo argumental desarrollado por la parte actora en su expresión de agravios, la contundencia de la decisión absolutoria en cuanto a la forma en que se desarrollaron los hechos (extremos cuyo debate no puede reabrirse en esta sede), me conduce a considerar que el accionar de la enfermera fue diligente.

A idéntica conclusión habré de arribar con relación a la responsabilidad endilgada al Dr. G.W., pues ninguna constancia hay en la causa que me lleve a considerar que haya actuado de modo negligente en la atención de la menor, o que haya participado en la confección de la historia clínica, en el marco de la omisión a la que me he referido precedentemente.

Nótese que el perito S. señaló que teniendo en cuenta dado la forma en que se produjo el hecho, no habría recaudos que debió haber tomado el jefe de la unidad, es decir, el Dr. W. (fs. 2915).

Por estos fundamentos, propongo al acuerdo modificar la sentencia en tanto rechazó la acción contra el hospital, y confirmarla en lo atinente a los restantes codemandados.

VII.- Determinada la responsabilidad del hospital, corresponde señalar que el daño que pretende endilgársele, se relaciona con la pérdida de la chance con que contaba la paciente de poder recuperarse del paro cardiorrespiratorio que sufrió sin que se produjera la hipoxia, y de esa manera, evitar el grave cuadro que actualmente padece. Es que, no se encuentra

debatido en autos que dicho suceso fue causado por la dolencia que aquejaba a la menor y que, por lo tanto, sus consecuencias guardan relación causal adecuada con la situación preexistente en que se encontraba la víctima, y no con la negligencia del ente hospitalario.

Sin embargo, considero que esta negligencia sí le hizo perder, las chances con las que contaba de evitar el desenlace (estado vegetativo permanente), según se verá seguidamente. De ahí que la cuestión deba analizarse desde la perspectiva de ese particular perjuicio constituido por la pérdida de una chance de curación.

Por lo tanto, es preciso establecer si, efectivamente, al momento de producirse el suceso, la víctima contaba con posibilidades de superar el evento sin las complicaciones que motivan la promoción de esta litis.

En este aspecto, ya el Cuerpo Médico Forense, en el marco de la causa penal, señaló que: ".la niña sufrió una grave y brusca intercurencia cuasi mortal de la que pudo recuperarse después de la intervención de los médicos y enfermeros. Que esa complicación le ocasionó graves secuelas neurológicas. Que es probable que la duración del período de hipoxia e isquemia fue de una prolongación suficiente como para producir dichas secuelas." (fs. 40/41 del expediente ya citado).

Por su parte, el perito S. dijo que la detención del flujo sanguíneo cerebral al encéfalo puede ser provocada por una hipoxemia por más de 6 a 8 segundos, lo cual provoca la pérdida inmediata de la conciencia, pero si dicho flujo se reestablece rápidamente, la conciencia se recupera en segundos o minutos. Por el contrario, si la interrupción se mantiene por más de cinco minutos, se produce un daño neuronal en las estructuras más sensibles (fs. 2905). A ello agregó que el hecho fue inesperado, en una situación que debe ser afrontada por la guardia (fs. 2915).

Se ha dicho que la pérdida de una chance se caracteriza por el alea intrínseca al perjuicio y que lo que está en juego es la afectación de esa alea (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Reparación de la 'chance' de curación y relación de causalidad adecuada", en Revista de Derecho de daños. Relación de causalidad en la responsabilidad civil, 2003-2, pág.227).

El límite de la responsabilidad, en este caso del hospital demandado, estará dado, entonces, por la pérdida de chance y no por el desarrollo definitivo de la enfermedad, es decir, que no se puede imputar causalmente al ente asistencial el resultado final al que arriba la paciente, pues en parte obedece a un proceso natural.

Es decir, el nexo causal para imputar responsabilidad, media entre la omisión del tratamiento debido (en este caso, la temporaneidad en la detección de la complicación) y la posibilidad de curación que razonablemente podía esperar.

Así, se ha dicho que cuando el daño consiste en la frustración de una esperanza, en la pérdida de una chance, de una probabilidad, coexisten un elemento de certeza y uno de incertidumbre. Certeza de que de no mediar el evento dañoso el damnificado habría mantenido la esperanza futura de -en este caso- evitar el perjuicio. Pero, a la par, incertidumbre -ya definitiva- de que manteniéndose la situación de hecho que era el presupuesto de la chance, la pérdida se habría evitado (conf. Zannoni, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 76).

Se da en estos casos una reparación "no integral o total", en el sentido que "-el médico no debe ser condenado a reparar el daño final del paciente (vgr. la muerte, lesión o incapacidad) sino tan sólo la pérdida de la posibilidad de curación o supervivencia. La indemnización, pues, deberá consistir en la frustración de la chance misma, por lo cual deberá ser el magistrado quien valúe económicamente la entidad de la oportunidad perdida-" (Calvo Costa, Carlos A., La pérdida de la chance en la responsabilidad civil médica: dos sentencias ejemplares, RCyS 2011-III, 90).

Todo eso me lleva a concluir que, si bien la víctima contaba con chances del revertir el cuadro, aunque ellas eran escasas, dadas las características del hecho dañoso, la gravedad de la patología que padecía la niña, y lo sorpresivo del suceso cardíaco.

Por todo ello, estimo que la indemnización habrá de ser inferior a la que hubiese correspondido al padecimiento del cuadro final que sufrió como consecuencia del desarrollo de la enfermedad que la aquejó, es decir, que lo estrictamente indemnizable no puede sino comprender la pérdida de la posibilidad de recuperación oportuna, a los efectos de la determinación del daño material o patrimonial.

VIII.- Corresponde ahora que me refiera a la indemnización que cabe acordar a las demandantes.

a).- Incapacidad psicofísica sobreviniente para M. A. V.

Ante todo es preciso recordar que el daño, en sentido jurídico, no se identifica con la lesión a un bien (las cosas, el cuerpo, la salud, etc.), sino, en todo caso, con la lesión a un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, que produce consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales (Calvo Costa, Carlos A., Daño resarcible, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 97).

Desde esta perspectiva, habrá que atender entonces a las consecuencias que esas lesiones provocan en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima, que serán, por lo tanto, subsumibles dentro de alguna de las dos amplias categorías de perjuicios previstas en nuestro derecho: el daño patrimonial y el moral.

La incapacidad es la inhabilidad o impedimento o bien la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales. Entraña la pérdida o la aminoración de potencialidades de que gozaba el afectado, teniendo en cuenta de modo predominante sus condiciones personales. La incapacidad sobreviniente es la que se verifica luego de concluida la etapa inmediata de curación y convalecencia y cuando no se ha logrado total o parcialmente el restablecimiento de la víctima. Se aprecia en miras de lo funcional, pero el origen puede ser anatómico, fisiológico o una combinación de ambos (conf. Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, T. 2a, pág.344).

La jurisprudencia se ha pronunciado de modo reiterado, en el sentido que las consecuencias de la incapacidad física y las de la lesión psíquica deben ser valorados en forma conjunta, porque los porcentajes de incapacidad padecidos por el damnificado repercuten unitariamente, lo cual aconseja que se fije una partida indemnizatoria que abarque ambos aspectos ya que, en rigor, si bien conformarían dos índoles diversas de lesiones, se traducen en el mismo daño, que consiste, en definitiva, en la merma patrimonial que sufre la víctima por la disminución de sus aptitudes y para el desempeño de cualquier trabajo o actividad productora de beneficios materiales (CNCiv. Sala A, 18/2/2014, "G., J. M. c/ L. P., N. y otros s/ Daños y perjuicios",

Expte. n° 37.586/2008; ídem, 22/10/2013, "C., C. M. c/ Sanatorio del Valle y otros s/ Daños y perjuicios", L. n° 589.623; ídem, 12/3/2013, "H., Ricardo Alejandro c/ Empresa Ciudad de San Fernando y otros s/ Daños y Perjuicios", L. n° 610.399; ídem, 19/6/2012, "G., Josefina c/ Transporte Escalada S.A.T. y otro s/ daños y perjuicios", L. n° 598.408; ídem, 23/02/2012, "G., Victoria Yasmin c/ M., Pablo y otros s/daños y perjuicios", LL 18/06/2012, 9).

Sentado ello, diré que en la demanda se reclamó la suma de \$ 364.000.- por este concepto, o lo que en más o menos resulte de la prueba a producirse en la causa (fs. 45 y ss., punto 4.1.1).

El perito S. señaló que la niña se encuentra en estado vegetativo permanente, y presenta una incapacidad total y permanente del 100% de la V.O.T. Por su parte, el Dr. V. sostuvo que "la niña M. A. V.padece un foco neurológico central secuela neurológica secundaria a paro cardiorrespiratorio, irreversible (impresiona descerebración).", apreciación en la que ambos peritos han coincidido.

Es claro que A. no desempeñaba ninguna tarea remunerada, pues al momento de producirse los hechos tenía 1 año y 11 meses de edad (ver fs. 72).

En función de lo expuesto, en base a las pautas sentadas en el considerando que antecede, adaptadas a las particularidades del caso, valorando también prudencialmente las posibilidades de progreso económico de la niña, así como el hecho de que la indemnización debe computar asimismo la pérdida de la capacidad de la víctima para efectuar otras actividades no remuneradas, pero mensurables económicamente, habré de acceder a este rubro por la suma de \$ 550.000.- (art. 165 del Código Procesal).

b).- Daño psíquico reclamado por M. P. V.

La madre de la damnificada directa reclamó en la demanda la suma de \$ 60.000 en concepto de daño psíquico.

El experto S. estimó su incapacidad psicológica en un 15%, lo que no fue impugnado por los demandados. Para así concluir, el experto sostuvo que la Sra. V. experimenta un malestar caracterizado por angustia y sentimientos de tristeza e indefensión, que es crónico y le genera dificultades para adaptarse a condiciones de vida que percibe como estresantes desde hace tiempo. Entre ellas, la de mayor envergadura es, sin duda, la enfermedad de su hija y las consecuencias familiares que acarrea. Asimismo, dijo: "Las exigencias de su vida cotidiana en muchos casos superan el repertorio de estrategias organizadas con que cuenta para formular y dirigir sus comportamientos como pretendería" (fs. 2916/2919).

Es cierto también que, contrariamente a ello, el perito V. afirmó que la madre de la menor no presenta ningún tipo de daño psíquico (punto VIII de fs.2766/2767).

Sin embargo, la contundencia del informe brindado por el experto citado en primer término, sumado a las consecuencias que el hecho ilícito generó en la menor, quien hoy se encuentra en estado vegetativo, y el más elemental sentido común, resultan suficientes para echar por tierra las conclusiones de este último médico.

Siendo así, me inclino por seguir el criterio sustentado por el Dr. S. respecto de la incapacidad psíquica que padece la madre de la niña.

Ahora bien, surge del incidente del beneficio de litigar sin gastos promovido por la interesada que al 16 de junio de 2004, ella vivía junto a su pareja y no trabajaba, dado que se dedicaba permanentemente al cuidado de su hija. Únicamente dijo percibir un subsidio por el "Plan Trabajar" de \$ 150 (fs. 97/102, expte. n° 5.738/04).

En consecuencia, por análogas razones a las expuestas en el considerando anterior, teniendo en cuenta que las tareas que desarrolla la madre de la niña son mensurables económicamente, estimo que este rubro debe prosperar por la suma de \$ 60.000.- (art. 165 del Código Procesal).

c).- Daño moral de A. V.

Puede definirse al daño moral como: "una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial" (Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31).

En lo que atañe a su prueba, cabe señalar que, a tenor del principio que sienta el art.377 del CPCCN, se encuentra en cabeza de los actores la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones (Bustamante Alsina, Jorge, "Equitativa valuación del daño no mensurable", LL, 1990-A-655).

En el caso, la condición actual de la niña (estado vegetativo permanente) permite indudablemente presumir la existencia de un daño moral (art. 163 inc. 5, Código Procesal). Es que dudar o negar sobre la posibilidad de que los niños o insanos, como en el caso, padezcan daño moral, significa tanto como creer que, para sufrir se debe poseer "discernimiento" en los mismos términos que el art. 900 del Código Civil prescribe como recaudo del hecho voluntario.

En cuanto a su valuación, ha señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: "Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (-). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" (CSJN, 12/4/2011, "Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS, noviembre de 2011, p.261, con nota de Jorge Mario Galdós).

En idéntico orden de razonamiento se sostuvo que para estimar pecuniariamente la reparación del daño moral falta toda unidad de medida, pues los bienes espirituales no son mensurables en dinero. Sin embargo, al reconocerse una indemnización por este concepto, no se pone un

precio al dolor o a los sentimientos, sino que se trata de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas (Conf. Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", pág. 187; Brebbia, Roberto, "El daño moral", N° 116; Mosset Iturraspe, Jorge, "Reparación del dolor: solución jurídica y de equidad", en L.L. 1978-D-648).

Si la indemnización en metálico no puede por sí restablecer el equilibrio perturbado del bienestar de la víctima, puede sin embargo, procurarle la adquisición de otros bienes que mitiguen en daño (Conf. Fischer, Hans A., "Los daños civiles y su reparación", pág. 228).

La misma idea resulta del art. 1741 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación recientemente promulgado, a cuyo tenor: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

Si bien ese cuerpo normativo recién entrará en vigencia a partir del 1 de agosto de 2015 (art.7, ley 26.994, según la ley 27.077) es indudable que los preceptos que lo integran deben inspirar la interpretación de las normas del Código Civil que todavía se encuentra vigente, en la medida en que recogen -por lo general- la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria respecto de los diversos puntos del derecho civil, aspecto que se destaca en el nuevo ordenamiento legal.

Por consiguiente, atendiendo a las características del hecho generador, su repercusión espiritual en la víctima, a las secuelas incapacitantes permanentes de la niña, y los padecimientos que debió enfrentar como consecuencia del hecho y que han sido enumerados a lo largo del presente pronunciamiento, considero que el presente rubro debe estimarse en la suma de \$ 600.000.- (art. 165 del Código Procesal).

d).- Gastos médicos, de farmacia, de tratamiento, de traslado, de farmacia, de ortopedia, y de asistencia

En la demanda, la parte actora reclamó, en forma independiente: a) los gastos de asistencia médica, odontológica, kinesiológica y podológica; b) los gastos de farmacia y colaterales (pañales, sondas, jeringas, etc.) y ortopedia (silla de ruedas, etc.); c) los gastos de movilidad y transporte; y d) los de atención personalizada y permanente, sumando el reclamo por todos estos conceptos la suma de \$ 2.082.500. Por razones de mejor orden expositivo, se tratarán conjuntamente todos los ítems mencionados.

Sobre el particular, cabe recordar que la reparación del daño patrimonial sufrido por una persona que ha resultado discapacitada como consecuencia del hecho no puede circunscribirse al lucro cesante a partir de los ingresos que aquella percibía antes del hecho, pues ello importaría transferir al reclamante los costos de su incapacidad, que - de adoptarse esta postura- deberían ser soportados con un sueldo idéntico al que obtenía antes de verse afectado por su detrimento físico o psíquico. De tal forma, se resarciría solo parcialmente el lucro cesante, pero no el daño emergente, que consiste en los costos de la asistencia de la terapia y de la incapacidad. Dentro de este renglón resarcitorio, en casos como el presente, debe encontrarse comprendida la asistencia permanente de la víctima, como así también los gastos que implique su atención (Zavala de González, Resarcimiento de., cit., t. 2a, p.130 y ss.).

Ahora bien, sentado ello, y ya sobre el análisis de los gastos reclamados en autos, es claro y ninguna duda me cabe que tales erogaciones, que requiere la atención de la menor, quien se

encuentra en estado vegetativo, no precisan de una prueba directa, pues la gravedad de las lesiones autoriza a presumir que se han debido realizar, y que deberán afrontarse en el futuro.

Vienen a corroborar esta apreciación las contundentes manifestaciones del médico S. en cuanto a las necesidades que presenta la menor.

En efecto, dijo dicho experto que, en el estado vegetativo permanente existen dos posibilidades: llevar al paciente a un centro que cuente con la experiencia suficiente como para sostener todos los protocolos de tratamiento, o la internación domiciliaria. Para esta última opción, sostuvo que es necesario contar con la infraestructura y un equipo multidisciplinario organizado. Agregó que la víctima es totalmente dependiente para su traslado, y necesita acompañante y asistencia tanto en el transporte como en sus actividades de la vida diaria, cómo así también terapias adecuadas a su problemática (v. gr. fonoaudióloga, kinesiología, odontología, etc.).

Por ello, a la luz de las características del caso, lo informado por el experto, en función de las limitaciones que padece la menor, corresponde concluir que estos rubros deben evaluarse en la suma de \$ 1.000.000.- (art. 165 del Código Procesal).

e).- Necesidades de adaptación de la vivienda

En la demanda, la parte actora reclamó el resarcimiento del daño generado por la necesidad de adecuación de la vivienda de la menor, pues la actual resulta inadecuada. Estimó este ítem en la suma de \$ 50.000.-

Al respecto es preciso tener en cuenta que la discapacidad que padece la niña permite presumir la necesidad de adaptar su hogar a los fines de que pueda continuar residiendo en él, o bien comprar otra vivienda que sea acorde a sus necesidades actuales. En este sentido, se ha señalado que, en muchos casos, puede necesitarse adaptaciones importantes de orden arquitectónico en el hogar de la persona con capacidades diferentes, por ejemplo, en los sanitarios, accesos, circulación dentro de su hábitat, etc. (Zavala de González, Resarcimiento de., cit., t. 2a, p. 131).

La pericia arquitectónica de fs. 2573/2591, que no fue impugnada por los codemandados, da cuenta de que la propiedad en la cual reside la menor no cuenta con las características necesarias para su debida atención. Por ejemplo, la vivienda no cuenta con una buena accesibilidad, no existe un suministro de corriente eléctrica alternativa, no hay comodidades para la persona que debe atender a la niña, el cuarto de la damnificada directa no cuenta con el espacio suficiente para circular alrededor de la cama, etc. Finalmente, la experta estimó el costo de una vivienda, en la misma zona en donde reside la menor, entre 85.000 y 89.300 dólares estadounidenses.

Así las cosas, teniendo en cuenta el costo mencionado, lo dispuesto en el art. 165 del CPCCN, y que las demandantes supeditaron la estimación de la indemnización a lo que en más o en menos surgiera de las probanzas a producirse en la causa, considero procedente fijar este rubro en la suma de \$ 75.000.-

f).- Tratamiento psicológico

La Sra. P. M. V. reclamó el tratamiento psicológico que debe afrontar por el hecho ilícito de

marras, y estimó este ítem en la suma de \$ 23.400.-

Sin embargo, no se encuentra acreditada en autos la necesidad de dicho tratamiento.

En efecto, el perito S.no estimó, en ningún momento, que la madre de la niña requiriera la intervención de un experto psicólogo, y este extremo no fue objeto de cuestionamiento por la parte actora en su impugnación.

Siendo ello así, y por aplicación de la regla establecida en el art. 377 del Código Procesal, este rubro no habrá de prosperar.

g).- Gastos de traslado

La madre de la menor reclamó las erogaciones en que debería incurrir para trasladarse al consultorio del terapeuta.

Toda vez que el daño por tratamiento psicológico ha sido desestimado, por idénticos argumentos, corresponde rechazar este ítem.

h).- Aumento de los gastos domésticos

También reclamó la damnificada indirecta los gastos generados por la presencia del personal necesario para la asistencia de la menor, como así también por la necesidad del cambio de la vivienda. Sin embargo, este ítem se encuentra comprendido en los gastos estimados para la atención de la menor, más allá del esfuerzo argumental realizado al respecto.

Por lo tanto, también cabe desestimar este rubro.

i).- Lucro cesante de la damnificada indirecta

La progenitora de la menor reclamó el lucro cesante que dice haber sufrido, consistente en la imposibilidad de llevar una vida normal para dedicarse a la atención de M.

Ahora bien, es sabido que aunque en el lucro cesante sólo puede aspirarse a una certeza relativa sobre la frustración de los beneficios esperados, siempre es menester aportar prueba suficiente al respecto. Es decir, que el interesado debe aportar elementos objetivos que permitan inferir que las ganancias se habrían previsiblemente logrado de no haber ocurrido el hecho perjudicial (Zavala de González, Resarcimiento de daños., cit., t. 3, p. 175).

Por otra parte, la admisión de la existencia de lucro cesante presupone una prueba certera de las ganancias dejadas de percibir y de su cuantía. Quien formule esta petición debe traer al pleito la prueba que demuestre su extensión o, por lo menos, dejar en el ánimo del juez la certeza de que no se produjo una ventaja por haberlo impedido la acción del responsable o corresponsable del hecho dañoso (CNCiv., Sala C, mayo 17/2005, L. 405.657 González José Mario c/Gil Nelio Omar s/daños y perjuicios).

En el caso, la Sra. V. no produjo prueba alguna tendiente a acreditar, siquiera mínimamente, que haya sufrido alguna pérdida de ganancias como consecuencia del hecho ilícito que sustenta su pretensión.

Por lo tanto, este rubro también debe ser desestimado.

j).- Pérdida de chance de ayuda futura

La madre de la menor reclama la pérdida de chance de ayuda futura, ítem que estima en la suma de \$ 8.000.-

Con criterio que comparto, se ha dicho que la muerte de un hijo hace perder a sus padres una chance, de contenido económico, representada por la expectativa de sostén, apoyo y colaboración en la ancianidad y ante los problemas que la vida puede representar, y no obsta a la existencia de esta probabilidad la circunstancia de que la víctima, en razón de su edad, no tuviese capacidad productiva o para concretar otros logros sociales, pues este último extremo no excluye una fundada y objetiva esperanza ligada a la proyección futura de su existencia (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños., cit., t. 2b, p. 260 y ss.; Vázquez Ferreyra, Roberto A., "La indemnización por daño patrimonial y moral a los padres por al muerte de un hijo de pocos meses", LL 1997-F, 914; Sagarna, Fernando A., "Daño patrimonial indirecto por fallecimiento del hijo", RCyS, mayo de 2007, p. 99).

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: "No puede negarse la indemnización por la 'pérdida de chance' por la muerte de un hijo recién nacido, que por su naturaleza es sólo una posibilidad, con el argumento de que es imposible asegurar que de la muerte del menor vaya a resultar perjuicio, pues ello importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo del daño de cuya reparación se trata, cuya existencia, por un lado, no cabe excluir en función de la corta edad del fallecido, pues es dable admitir la posibilidad de ayuda futura y sostén para los progenitores, expectativa legítima (art. 367, Código Civil) y verosímil según el curso ordinario de las cosas" (Fallos, 321:487).

Sin embargo, la situación que aquí se presenta es distinta de las que acaban de mencionarse, que presuponen, justamente, la muerte del hijo.

En el caso, en cambio, la niña A. está con vida, aunque en estado vegetativo permanente.

En esta circunstancia, sumado ello a que ya se ha otorgado una partida tendiente a resarcir la incapacidad sobreviniente que, lógicamente, no procedería en caso de muerte de la víctima, resarcir adicionalmente la pérdida de chance de ayuda futura implicaría incurrir en una doble indemnización por el mismo concepto.

En síntesis, debo señalar que cualquier detrimento en la aptitud de M. para realizar tareas patrimonialmente mensurables, incluido el aporte económico o la ayuda material a su progenitora, ha quedado comprendido en el rubro "incapacidad sobreviniente".

Ello que me lleva a desestimar este rubro.

IX.- En lo relativo a la tasa de interés, de acuerdo a lo establecido por la doctrina plenaria sentada por esta Cámara civil en los autos "Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transporte Doscientos Setenta S.A.s/ daños y perjuicios" (del 20/4/09), sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde el momento del hecho (ver mi voto como vocal de la Sala A de esta cámara in re "Piñeiro, Gabriel Alberto c/ Ausilli, José Luis y otros s/ Daños y Perjuicios", del 10/11/2011, L 574.847, LL 2011-F, 568).

X.- En cuanto a las costas procesales, entiendo que la demandante ejerció un legítimo derecho al accionar contra todos los protagonistas del suceso, independientemente del resultado del juicio. No me parece que ella haya actuado con ligereza al demandar a todos los profesionales que atendieron a su hija, a quien también representa.

En los casos de mala praxis médica ocurren situaciones de muy difícil comprobación para el damnificado. Así, es lógico que quien demanda no conozca toda la verdad de lo ocurrido al momento de iniciar su reclamo. Quienes formaron parte de la atención de la paciente fueron los médicos y sus colaboradores.

Al ser así, estimo que no corresponde que la actora soporte las costas del juicio relativas a los accionados vencedores y, por esa razón, considero que el Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan deberá cargar con las costas procesales de ambas instancias, incluso con aquellas correspondientes a la actuación de los demandados no vencidos (conf. arts. 68 y 279 CPCCN).

XI.- Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo que se haga lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto, y en consecuencia: 1) se modifique la sentencia apelada, en el sentido de admitir la demanda contra el Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan, y se lo condene a abonar a M. A. V. la suma de dos millones cincuenta mil pesos (\$ 2.225.000.-), y a Mabel Patricia Vega, la de dieciocho mil pesos (\$ 60.000.-), dentro del término de diez (10) días de quedar firme la presente decisión; 2) Se establezca que las sumas fijadas devengarán el interés establecido en el considerando IX del presente decisorio; 3) se confirme la sentencia en lo demás que decide y fue materia de apelación y agravio; 4) se impongan las costas conforme lo expuesto en el considerando X.

El Dr. Kiper y la Dra. Abreut de Begher, por las consideraciones expuestas por el Dr. Fajre, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores Jueces por ante mí, que doy fe.

FDO.

José Benito Fajre.

Liliana E. Abreut de Begher.

Claudio M. Kiper.

Buenos Aires, 7 de julio de 2015.

Y VISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcrito precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide: I.- Modificar la sentencia apelada, en el sentido de admitir la demanda contra el Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan, y condenarlo a abonar a M. A. V. la suma de dos millones cincuenta mil pesos (\$ 2.225.000.-), y a M. P. V., la de dieciocho mil pesos (\$ 60.000.-), dentro del término de diez (10) días de quedar firme la presente decisión; II.- Establecer que las sumas fijadas devengarán el interés establecido en el considerando IX del presente decisorio; III.- Confirmar la sentencia en lo demás que decide y fue materia de apelación y agravio; IV.- Imponer las costas conforme lo expuesto en el considerando X. V.-En atención a lo dispuesto por el artículo 279 del Código

Procesal, corresponde dejar sin efecto las regulaciones efectuadas en la instancia de grado y establecer los honorarios de los profesionales intervinientes adecuándolos a este nuevo pronunciamiento.

En lo que se refiere a la base regulatoria, este Tribunal considera que, de conformidad con lo establecido por el art.19 de la ley 21.839, debe considerarse como monto del proceso a los fines arancelarios al capital de condena con más los intereses reclamados y reconocidos en la sentencia (autos "Prevención Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA c/Medina Juan José y otros s/cobro de sumas de dinero" del 27/09/11).

Sentado lo anterior se tendrá en cuenta el objeto de las presentes actuaciones y el interés económicamente comprometido, naturaleza del proceso y su resultado, etapas procesales cumplidas, y el mérito de la labor profesional apreciada por su calidad, eficacia y extensión, considerando además lo dispuesto por los artículos 1, 6, 7, 9, 10, 11,19, 33, 37, 38 y conchs. de la ley 21.839 -t.o. ley 24.432-.

En consecuencia, régúlese el honorario de la representación letrada de la parte actora, integrada por las Dras. Alicia Mabel Repún y Edith Susana Salim, en conjunto y por las tres etapas, en la suma de (\$) por el principal, y en la de (\$) por la incidencia resuelta a fs. 274/5.

Se fijan los de los Dres. Gabriel Carlos Jait y Rodrigo Puga, en conjunto, por las tres etapas del proceso, en la suma de (.); los de los letrados patrocinantes del codemandado G. W., Dres. Julio Roberto Albamonte, María Gabriela Paredes, Pedro Oscar Alejandro Bancoff y Vanina Lorena Duffy, por dos etapas y en conjunto, en la suma de (\$) por el principal, y en la de (\$) por la incidencia resuelta a fs. 274/5; los del letrado apoderado de la citada en garantía, por dos etapas, Dr. Víctor Enrique Romano, en la suma de (.); y los de la Dra. Diana Nieves Brizuela, letrada patrocinante de la codemandada L. E.C., por su actuación en las segunda etapa, en la suma de (.).-

VI.- En cuanto a los honorarios de los peritos, se tendrá en consideración el monto del proceso conforme lo decidido precedentemente, la entidad de las cuestiones sometidas a su dictamen, mérito, calidad y extensión de las tareas, incidencia en la decisión final del litigio y proporcionalidad que deben guardar sus honorarios con los estipendios regulados a favor de los profesionales que actuaron durante toda la tramitación de la causa (art. 478 del CPCC).

Por lo antes expuesto se regulan los honorarios de la perito arquitecta, L. M. S., en la suma de (.); los del Dr. V. J. V., en la de (.); los del calígrafo J. C. P. R., en la suma de (.), y los del Dr. M. E. S., en la de (.).

VII.- Respecto a los honorarios de la mediadora, esta Sala entiende, por mayoría de votos de sus integrantes, que a los fines de establecer los honorarios de los mediadores corresponde aplicar la escala arancelaria vigente al momento de la regulación (cfr. autos "Brascon, Martha Grizet Clementina c. Almafuerde S.A. s/ds. y ps.", del 25/10/2013, Exp. 6618/2007, con disidencia del Dr. Picasso).

En consecuencia, ponderando el monto de la sentencia y lo dispuesto por el Dec. 1467/2011, Anexo III, art. 1, inc. g), se fija el honorario de la Dra. Patricia Marina Kremer en la suma de (.).

VIII.- Por su actuación en la etapa recursiva que culminó con el dictado de la presente

sentencia definitiva, régúlese el honorario de las Dras. Repún y Salim, en conjunto, en la suma de (\$.); los de la Dra. Vanina Lorena Duffy, en la suma de (\$.); y los del Dr. Rodrigo Puga, en la de (\$.) (art. 14 del Arancel).

Dichos honorarios no contienen la alícuota correspondiente al IVA, por lo que, en caso de acreditar los profesionales su condición de inscriptos ante dicho tributo, deberá adicionarse el 21% correspondiente.

Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública, dependiente de la CSJN (conf. Ac. 15/13), notifíquese y a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces y, oportunamente, archívese.

FDO.

José Benito Fajre.

Liliana E. Abreut de Begher.

Claudio M. Kiper.