

Citar ABELEDO PERROT N°: AR/JUR/61523/2013

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B**Fecha:** 26/06/2013**Partes:** D. L. C., M. P. y otro c. H., D. E. y otro s/ daños y perjuicios**Publicación:** APJD 18/11/2013

MÉDICO - Responsabilidad médica - Supuestos particulares - Interconsulta - Fallecimiento de un bebé a los dos meses de nacido por una perforación intestinal - Responsabilidad del médico que omitió interconsulta y de los cirujanos que no realizaron intervención quirúrgica - Pérdida de chance de sobrevida - Reglas del arte de curar - Diligencia máxima - Riesgos de la operación y baja probabilidad de tolerancia - Principio de beneficencia - Disidencia parcial: intereses

Sumarios

1.DAÑOS Y PERJUICIOS - MALA PRAXIS ~ MALA PRAXIS MEDICA ~ MUERTE DEL HIJO ~ OPERACION QUIRURGICA ~ PERDIDA DE CHANCE ~ PERICIA ~ REGLAS DEL ARTE DE CURAR ~ RESPONSABILIDAD MEDICA

El médico demandado resulta responsable, junto con la Municipalidad a cuya órbita pertenece el Hospital Maternal, por la pérdida de chance de sobrevida de un bebé que falleció por una perforación intestinal a los dos meses de haber nacido prematuramente, pues del informe pericial surge que, ante el cambio brusco en su evolución y de acuerdo a las reglas del arte de curar, aquél debía realizar una interconsulta con cirugía infantil, cuya omisión determinó que horas más tarde la situación fuera más grave y que al niño se le esfume la chance mencionada.

2.DAÑOS Y PERJUICIOS - MALA PRAXIS ~ MALA PRAXIS MEDICA ~ MUERTE DEL HIJO ~ OPERACION QUIRURGICA ~ PERDIDA DE CHANCE ~ RESPONSABILIDAD MEDICA ~ RIESGO QUIRURGICO

Los cirujanos demandados resultan responsables por la pérdida de chance de sobrevida de un bebé que falleció por una perforación intestinal a los dos meses de haber nacido prematuramente, pues, al omitir la inmediata intervención quirúrgica de urgencia, a pesar del riesgo y la baja probabilidad de tolerancia que se presentaban, condujeron al niño a una muerte segura, conducta que dejó de lado el principio de beneficencia, el cual imponía decidir aquello que menos riesgos y padecimientos ocasionase al paciente.

3.COMPUTO DE INTERESES - DAÑOS Y PERJUICIOS ~ ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA ~ INDEMNIZACION ~ INTERESES ~ PLENARIO ~ TASA ACTIVA ~ TASA DE INTERES

Los intereses aplicables a una indemnización de daños deben liquidarse conforme a la tasa activa establecida en el plenario “Samudio de Martínez” —2009/04/20, La Ley 22/04/2009, 5— desde la fecha del hecho y hasta el momento del efectivo pago, pues no hay elementos que hagan presumir que ello produzca un enriquecimiento indebido.

4.COMPUTO DE INTERESES - DAÑOS Y PERJUICIOS ~ INDEMNIZACION ~ INTERESES ~ TASA ACTIVA ~ TASA DE INTERES ~ TASA PASIVA ~ VALOR ACTUAL

Las partidas indemnizatorias fijadas a valores actuales en una acción de daños devengarán intereses conforme la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina, desde que cada perjuicio se originó hasta la fecha de la sentencia definitiva, y desde ese momento hasta el efectivo pago, conforme la tasa activa prevista en el plenario “Samudio de Martínez” —2009/04/20, La Ley 22/04/2009, 5— (del voto en disidencia parcial del Dr. Solimine).

TEXTO COMPLETO

Expediente: 606.956

2ª Instancia.— Buenos Aires, junio XX de 2013.

El Dr. Mizrahi dijo:

I. Antecedentes

La sentencia de primera instancia, obrante a fs. 951/964, rechazó la demanda impetrada por M. P. de la C. y L. F. G. contra el Hospital materno infantil Mohibe Akil de Menem, D. E. H., R. G. D., M. D. B., J. L. G., T. C. y la Municipalidad de Malvinas Argentinas; como así también contra las citadas en garantía Seguros Médicos S.A. y SMG Compañía de Seguros S.A. Las costas se impusieron en el orden causado.

La causa tiene su origen en la demanda de fs. 14/25 por mala praxis médica. En dicha oportunidad, los reclamantes manifestaron que el 24/05/2004 se produjo el nacimiento de su hijo E. J. G.; el que fue prematuro, con 36 semanas de gestación, y un peso de 1.500 Kg.; por lo que quedó internado en el mencionado hospital. Continúan diciendo los actores que la evolución del bebé fue favorable hasta que, el 12/07/2004, les informan que el niño padecía un mal estado general; lo que derivó finalmente en su deceso el 14/07/2004. Imputan al citado nosocomio y a los profesionales intervinientes mala práctica médica; primero por haberse efectuado tardíamente el diagnóstico de hernia inguinal, que estaba atascada; y segundo por el reprochable obrar de los cirujanos intervinientes; en particular, porque no se le practicó al bebé, de manera urgente, una laparotomía exploratoria.

II. La sentencia de grado y los agravios

El fallo dictado por la instancia anterior, como lo anticipé, entiende que en el caso no ha quedado configurada la culpa médica; teniendo especialmente en cuenta “el dictamen del Cuerpo Médico Forense del Departamento Judicial de San Martín” (sic, ver fs. 964). Y así, la juez de grado considera que no se verificó “ni error de ejecución ni error de planeamiento”. En consecuencia, se afirma que “no corresponde atribuir responsabilidad por mala práctica médica a los co-demandados, por no hallarse acreditado el incumplimiento contractual denunciado en la demanda” (ver fs. 964).

Contra el referido decisorio se agravia la parte actora a fs. 1006/1022. Se queja porque la sentencia no explica los motivos por los cuales la juez optó por el dictamen obrante en la causa penal, descartando el que corre agregado en los presentes autos. Se imputa al fallo que no realizó un estudio pormenorizado de la prueba producida. Destaca que en la experticia penal una sola médica es integrante de la oficina pericial del Departamento Judicial de San Martín, al par que los dos restantes son galenos que asisten a los demandados como una suerte de consultores técnicos; y que, para colmo, aquélla no tiene la especialidad en Neonatología. Insisten los quejosos con sus planteos de la demanda, en el sentido de que no se detectó a tiempo los padecimientos del bebé al dejarse pasar “48 horas valiosísimas”, de manera que éste tuvo que soportar durante ese tiempo “materia fecal esparcida por todo su organismo”. Asimismo, se imputa responsabilidad a los cirujanos intervinientes porque no practicaron una urgente Laparatomía exploradora; pues, sin esa intervención, el occiso “nunca mejoraría”.

Los referidos agravios fueron respondidos por el Dr. J. L. G. y su citada en garantía SMG Compañía Argentina de Seguros S.A. a fs. 1041/1045; por el demandado M. D. B. a fs. 1046/1052; y por el emplazado R. G. D. a fs. 1053/1059.

Asimismo, a fs. 1037/1038, el citado Dr. G. (junto con la mencionada aseguradora) se agravia de la imposición de costas efectuada en la anterior instancia.

III. Labores cumplidas ante la Alzada

Más allá de la expresión de agravios y sus contestaciones colectadas, el tribunal, a fs. 1063, citó a la Dra. A. P. (integrante de la oficina pericial del Departamento Judicial de San Martín) y a la Dra. G. L. C. (perita de oficio designada por la juez de grado), para que comparezcan a una audiencia a los efectos de interrogarlas para lograr un mayor esclarecimiento en relación a lo que cabe decidir. A fs. 1077/1083 obra el acta respectiva; y a fs. 1083, in fine, se fijó el plazo de cinco días “para que las partes, si lo creen conveniente, hagan sus manifestaciones sobre las declaraciones de las expertas”. Respondiendo al mencionado requerimiento, a fs. 1085 se presentó J. L. G. y su citada en Garantía SMG Cía. Argentina de Seguros S.A.; a fs. 1087/1090 hizo lo propio M. D. B. y Seguros Médicos S.A.; y a fs. 1092/1096 luce la presentación de la parte actora.

IV. Límites en el análisis de los agravios

Debe advertirse que en el estudio y análisis de los agravios he de seguir el rumbo de la Corte Federal y de la buena doctrina interpretativa. En efecto, claro está que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (ver Corte Sup., Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; FASSI YÁNEZ, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado”, T° I, p. 825; FENOCCHIETO ARAZI, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado”, T 1, p. 620). Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (art. 386, in fine, del ritual; Corte Sup., Fallos: 274:113; 280:3201; 144:611).

V. Criterios jurídicos a aplicar en la resolución de la causa

A los fines de evaluar la responsabilidad que los pretensores atribuyen a los demandados, previamente estimo indispensable expresar cuáles han de ser los criterios jurídicos a aplicar.

V.1. Alcance de la responsabilidad de los médicos

En relación a los médicos, su eventual obrar culposo se juzgará conforme a los parámetros previstos en los arts. 512, 902 y 909 del Cód. Civil. Sobre esta cuestión, cabe precisar que si bien la culpa se apreciará en concreto, en tanto que se analiza el accionar del obligado en función de los hechos acontecidos y demás circunstancias, de todas formas podría sostenerse que nuestro sistema en materia de culpa es mixto en buena medida, dado que se confronta la actuación concreta del agente con un tipo abstracto; en el caso, cómo hubieran desempeñado su labor médicos prudentes. Vale decir que, para juzgar la diligencia o negligencia en un comportamiento, la comparación se realiza con un modelo que, por supuesto, no existe en la realidad y debe ser imaginado (ver TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, “Responsabilidad civil de médicos y establecimientos asistenciales”, LL, 1981-D-133).

De lo delineado se desprende, en consecuencia, que la obligación que asumen los médicos en sus prestaciones es de medios, y no de resultado, en atención a que el galeno no es un garante de la salud del paciente. Por otra parte, la ley 17.132 prohíbe a los profesionales “anunciar o prometer la curación” y “anunciar o prometer la conservación de la salud” (art. 20, incs. 1° y 2°).

Sin perjuicio de lo descrito, es necesario aclarar que la diligencia y pericia que se exigirá a los médicos presentará ribetes especiales. Es que si bien hace ya más de un cuarto de siglo fue destacado que la ciencia médica tiene sus limitaciones y que siempre se plantean situaciones que pueden escapar a las previsiones más prudentes, se subrayó de todos modos que cuando está en juego la vida o la salud de las personas hay una natural predisposición a juzgar con rigor la actuación profesional (ver C. Nac. Civ., sala E, 19121977, LL, 1979C20, voto del Dr. Néstor D. Cichero).

Dado entonces que la diligencia de los médicos se ha de apreciar con un criterio severo, se advertirá que en esta materia no se han de excluir las “culpas pequeñas”. Ello es así porque —como se dijo— al intervenir valores tan trascendentes, la menor imprudencia, negligencia o descuido más leves, tendrá una dimensión especial que le ha de conferir una singular gravedad; susceptible de desencadenar la responsabilidad profesional. Esto significa que lo que se ha de exigir es una diligencia máxima teniendo en cuenta la mayor capacidad de previsión del profesional; el que en todo tiempo debe tener una posición de prevención, con el deber de adoptar todos los recaudos que resulten indispensables para atender a la seguridad del paciente (ver Corte Sup., 13/10/1989, “Amante c. Asoc. Mutual Transp. Automotor”, ED, 136-679, y JA 1990-II-126; esta sala, “Simone de Del Moral, Emilia Rosa y otros c. Granja, Miguel Angel y otro s/ daños y perjuicios”, del 18/03/2008, Expte. Libre N°488.465, JA, 2009-I, LOnline; íd., íd., “Martin, Alicia Irene c. Obra Social Bancaria Argentina s/ Daños y Perjuicios”, del 18/07/2008, Expte. Libre N°492.538, el Dial AA4B8C, JA, del 05/11/2008; íd., íd., “Berard de Meligrana, María Beatriz c. Medicus S. A. y otro s/ daños y perjuicios”, del 08/04/2008, Expte. Libre N°472.151, ED, del 03/05/2010, LOnline; íd., íd., “Sinicalco, Elisabet Gladys y otros c. Clínica Boedo S. R. L.”, del 04/03/2009, Expte. Libre N° 502.255; íd., íd., Devita de Varela, Alicia F. c. Estado Nacional”, del 08/09/2009, Expte. Libre N° 518.481; íd., íd., 16/05/2011, “Gutiérrez Salazar, Jaime Ramiro c. Clínica Bazterrica S. A.”, Expte. Libre N° 562.329; íd., íd., “Avalos de Olazábal, Alejo c. IOS”, del 21/10/2010, Expte. Libre. 570.202; C. Nac. Civ., sala A, 29/08/1989, “Abraham, Julio c. Covaro, Jorge A.”, libre N° 43.828; C. Nac. Civ., sala H, 21/06/1995, “Gutiérrez, María E. c. Intermedics”, libre N°161.624; C. Nac. Civ., sala A, 10/09/2001, “Romero, María Inés c. M.C.B.A.”, libre N° 307.751; C. Fed., Civ. y Com., sala 1°, 10/08/1984, ED, 111-110 y LL, 1985-A-612, 36.757, S; C. Nac. Civ., sala F, 29/02/2008, “B., J. V. y otros c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, JA, 2008-IV, fascículo N° 10, del 03/12/2008, p. 59).

No obstante, y conforme a lo ya anticipado, claro está que la sola existencia del daño no será suficiente para provocar la responsabilidad de los profesionales que se ocupan de la salud. Y aquí entran en juego dos cuestiones que deben deslindarse cuidadosamente: la relación causal, por un lado; y la culpabilidad o el factor de atribución, por el otro.

La relación de causalidad —la imputatio facti— se presenta cuando un determinado daño puede ser imputado objetivamente a una persona. Se trata sólo de una cuestión material; sencillamente se verifica una relación causal entre un antecedente y un consecuente y, en función de ella, se determina entonces que el daño acontecido es consecuencia de un hecho determinado (ver CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo, “Responsabilidad médica y causalidad”, LL, 2003-E-1031; ORGAZ, Alfredo, “La relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño”, LL, “Páginas de Ayer”, N° 4-2003, p. 23 y ss.).

La imputatio facti comportaría —en el caso de la práctica médica— la llamada iatrogenia, entendida ésta no como la interpreta cierta doctrina (ver COSTA, Enzo Fernando, “La interrupción del nexo causal en la

responsabilidad médica”, ED, 159-1041), sino en un sentido amplio, como surge claramente del diccionario de la lengua y se corresponde con su etimología; o sea la alteración del estado del paciente producida por el obrar del médico, se deba al caso fortuito o a una actuación negligente del profesional (ver Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española”, ps. 766 y 842, 22ª ed., Madrid 2001; MOLINER, María, “Diccionario del uso del Español”, t. II, p. 80, Gredos, Madrid, 1991). Es por eso que si bien toda mala praxis en general lleva implícita una iatrogenia, ésta no necesariamente se ha de producir por aquélla. La patogenia o las consecuencias negativas que sufre el paciente podrán tener origen en su propia predisposición, constitución o sensibilidad; vale decir, en sus factores individuales, de manera que la intervención del galeno lo que hace es disparar o poner en marcha elementos patológicos que hasta ese momento estaban latentes en aquél. No alcanzará pues para responsabilizar al profesional cuando su conducta pueda calificarse de inculpable por haber adoptado todas las diligencias que el caso requería.

Empero, habrá que tener cuidado en delimitar si una consecuencia determinada tiene realmente su causa en el accionar del profesional. Ello en razón de que, a tenor de la directiva del art. 906 del Cód. Civil, no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes. Causa de un daño es solo aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado. Las demás condiciones, que no producen normal y regularmente ese efecto, serán sólo condiciones antecedentes o factores concurrentes (ver BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, 9ª ed., p. 270, N° 590; ORGAZ, Alfredo, “El daño resarcible”, Marcos Lerner, p. 43; esta sala, 05/04/1999, “Tarrio Cabanas de Ludovico, Mercedes c. Cabanne, Ana María s/ Daños y Perjuicios”, Expte. libre N° 255.011; íd., íd., 23/11/2005, “Ayam, Alicia M. c. Fernández Humble, Raúl s/ Daños y Perjuicios”, Expte. libre N° 390.230, “La Ley Online”, Gaceta de Paz, Año LXXI, n° 3406, 27/04/2006, p. 1 y ss.; Infobae.com, del 13/02/2006; elDial.com AA3133; Uol Noticias, del 13/02/2006).

Por lo tanto, y conforme a lo expuesto, jugarán dos cuestiones. Una, si el daño tiene su causa en el obrar del médico; la otra, si ese daño se imputará subjetivamente a su autor. En este último supuesto ingresamos en un ámbito propiamente jurídico, pues hay que investigar si se le impone o no a un sujeto la obligación de reparar el perjuicio sufrido por el otro. Nos hallaremos, por ende, en el campo de la imputatio iuris, en tanto corresponderá resolver si se hace responsable a alguien por el menoscabo de que da cuenta quien articula el reclamo (ver, esta sala, “Berard de Meligrana María Beatriz c. Medicus S. A. y otro s/ daños y perjuicios”, del 08/04/2008, Expte. Libre N° 472.151; íd., íd., “Sinicalco, Elisabet Gladys y otros c. Clínica Boedo S. R. L.”, del 04/03/2009, Expte. Libre N° 502.255; íd., íd., “Devita de Varela, Alicia F. c. Estado Nacional”, del 08/09/2009, Expte. Libre N° 518.481).

Con el precedente enfoque, en definitiva, habrá que determinar si los elementos analizados —relación causal y culpabilidad— se verifican en los presentes actuados; situación que conlleva a analizar también si los profesionales que atendieron al bebé E. J. han extremado todas las previsiones y cautelas para evitar el daño aquí reclamado. En la dirección apuntada, entonces, se encaminará mi estudio.

V.2. La responsabilidad de los hospitales

En lo que hace a los hospitales, y por aplicación de los principios generales, su responsabilidad —en casos como el de autos— recién surgirá cuando se acredite la culpa médica. Esto es, que el responder de aquéllos necesariamente va a estar ligado al incumplimiento previo de los deberes que estaban en cabeza de los galenos que tuvieron a su cargo la atención de la víctima.

Es que en relación a los hospitales, sanatorios y clínicas, se reconoce sin mayores discusiones que pesa sobre ellos una obligación tácita de seguridad hacia quien acude a los servicios que brinda. Esto es, que rige una cláusula sobreentendida de garantía que se traduce en atender a la seguridad del paciente, y que tiene su fundamento en el principio general de la buena fe (art. 1198, primer párrafo, del Cód. Civil). En otras palabras, existe la obligación de la entidad hospitalaria o clínica de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general o accesorio para la preservación de la personas de los contratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato. Es que si el hospital o la clínica se ha obligado a proporcionar asistencia médica, no solamente será responsable por el servicio que se ofrezca, sino también de que se preste en condiciones tales para que el paciente no sufra daños por una eventual deficiencia de la prestación prometida (Ver VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “La obligación de seguridad”, suplem. especial La Ley, septiembre de 2005, p. 4; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, p. 468, N° 1431 quáter, 5ª ed., Buenos Aires, 1987; C. Nac. Civ., sala A, del 02/06/2004, LL del 10/11/2004; BUERES, Alberto “Responsabilidad civil de los médicos”, p. 383/384, Buenos Aires, 1992; C. Nac. Civ., sala G, del 25/06/1981, en autos “Abalo, Omar Ulises c. Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor”, Expte. libre n° 269.599; C. Nac. Civ., sala H, 21/06/1995, “Gutiérrez, María E. c. Intermedics Inc.”, libre N° 161.624).

Adviértase que para decretar la responsabilidad en estos supuestos ni siquiera es necesario acudir a sostener que

la obligación que pesa sobre los hospitales y clínicas es de resultado, como lo han sostenido pronunciamientos de nuestro fuero (ver, en tal sentido, C. Nac. Civ., sala E, del 25/11/1980, LL 1981D133; C. Nac. Civ., sala C, del 09/02/1984, LL, 1985C638, s. 36.846; C. Nac. Civ., sala C, del 05/09/2000, in re “Parisi, Roberto J. c. Girado, Juan M.”, voto del Dr. Alterini, JA, 2001III571; C. Nac. Civ., sala M, del 05/06/2001, en autos “González de Toloza, Perla c. Armada Argentina”, Lexis Nexis n° 1/700056271; etcétera). Aunque nos ubiquemos en el ámbito de las obligaciones de medios, se verá que es exigible al ente asistencial una prestación diligente, idónea y técnicamente irreprochable (ver TRIGO REPRESAS, Félix, “Responsabilidad civil de médicos y establecimientos asistenciales”, LL, 1981D133; esta sala, “Simone de Del Moral, Emilia Rosa y otros c. Granja, Miguel Ángel y otro s/ daños y perjuicios”, del 18/03/2008, Expte. Libre N°488.465; íd., “Martin, Alicia Irene c. Obra Social Bancaria Argentina s/ Daños y Perjuicios”, del 18/07/2008, Expte. Libre N°492.538).

V.3. Las experticias en la responsabilidad médica

Merece destacarse especialmente que en este tipo de juicios la prueba pericial deviene relevante ya que el informe del experto no suele ser una mera apreciación sobre la materia del litigio, sino un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos (C. Nac. Civ., sala D., en autos “Yapura, Gregoria Erminda c. Transporte Automotor Riachuelo S. A. s/ Ds. y Ps.”, expte. libre n° 77.257/98, del 08/10/2002; íd., “Fiorito, J. L. c. Petersen, J. y otro s/ Ds. y Ps”, expte. libre n° 105.505/97, del 20/09/1991). La función de la prueba pericial es de asesoramiento, pues se trata de cuestiones ajenas al derecho respecto de las cuales el Juez no tiene conocimientos específicos. No será el perito quien defina el pleito, pero es indudable que —fundando debidamente su informe— esta actuación, por su peso y envergadura, desplaza por lo regular y quita valor convictivo a otros elementos que no resulten definitorios. Al respecto, es oportuno aclarar que la mera opinión de los litigantes —o lo que abstractamente se haga saber por la vía de la prueba informativa— no puede prevalecer sobre las conclusiones de los expertos, en especial si se advierte que no hay argumentos valederos para demostrar que las mentadas conclusiones fueron irrazonables. La solvencia técnica que se desprende de cada profesión indica que la prueba pericial es la más adecuada, pues ella es el fruto del examen objetivo de las circunstancias de hecho, de aplicación a éstas de los principios científicos inherentes a la especialidad, y de los razonamientos que siguen para dar respuesta a los temas sometidos al dictamen (ver C. Nac. Civ., sala D, en autos “Quiros de Delgado, Nélica c. Ferrocarriles Metropolitanos S. A. s/ Daños y Perjuicios”, expte. libre n° 25.403/93 del 27/12/1996. Ver, además, mi anterior voto in re “Chomsky c. Palavecino s/ ds. y ps.”, del 15/12/2005).

A pesar de lo expresado, corresponde resaltar que las experticias en cuestión se han de evaluar según las reglas de la sana crítica (art. 477 del ritual) y la libre convicción del juez; labor intelectual que tiene que estar sustentada, desde luego, en patrones jurídicos y máximas de experiencia. En este aspecto, téngase presente que las normas adjetivas no acuerdan el carácter de prueba legal al dictamen de los peritos (ver esta sala, in re “Tarrio Cabanas de Ludovico, Mercedes c. Cabanne, Ana María”, expte. libre N° 255.011, del 05/04/1999).

VI. Estudio de los agravios

En el presente caso, a fs. 654, la juez de primera instancia resolvió designar como perito médico a una “especialista en neonatología”, la que presentó su dictamen a fs. 707/757; al que cabe adicionar sus presentaciones de fs. 810/821, 824/830 y sus dichos ante esta Alzada a fs. 1077/1083. Es verdad que también en primera como en segunda instancia se ha tenido a estudio el informe pericial elaborado por la Dra. A. Isabel P., médica forense del Departamento Judicial de San Martín, y que obra a fs. 403/409 de la causa penal N° 381.512, que tramitara por el mencionado departamento, y que para este acto tengo a la vista.

Precisamente, por las discrepancias que pudo observar el Tribunal entre ambos dictámenes, es que se decidió la comparecencia de ambas expertas a la audiencia de que se da cuenta en el acápite III del presente voto.

Tras un análisis detenido de estos autos, y de la causa a la que recién me he referido, aplicando las reglas de la sana crítica, sustentadas en patrones jurídicos y máximas de experiencia, teniendo en cuenta la respectiva competencia de las peritos y los principios científicos que fueron invocados (arts. 386 y 477 del ritual), he de inclinarme sin la menor dubitación por las conclusiones a las que ha arribado la experta designada en estos actuados, Dra. G. L. C. Esta decisión la adopto sobre todo una vez efectuada una lectura detenida del acta de la audiencia celebrada el 15/05/2013 (ver fs. 1077/1083). Es que las conclusiones de la citada experta responden coherentemente al objetivo planteado por la juez a fs. 654; oportunidad en que se dicta una interlocutoria en la que, como vimos, se requiere —sin vueltas— el dictamen de una especialista en neonatología.

Y bien, la causa nos demuestra que, por un lado, contamos con la información técnica de la Dra. P.; quien es una galena no dedicada ni a la pediatría ni a la neonatología, pues sus intervenciones han sido en “cardiología de adultos” y “terapia intensiva de adultos”. En cambio, por otro lado, hallamos a la Dra. C., que es “pediatra y neonatóloga”; y que “actualmente trabaja en un sanatorio como terapeuta neonatal y pediatra en un sanatorio”

(ver fs. 1077, respuesta a la pregunta primera). Las diferencias entre una y otra profesional, en el conocimiento de la materia que nos ocupa, son, pues, abismales; sin perjuicio del respeto y consideración que me merece la Dra. P.

Más aún, es la misma Dra. P. la que señaló —con una sinceridad que valoro— que “probablemente la Dra. C. tenga mayores conocimientos de neonatología que los que yo poseo” (ver fs. 1077, respuesta la pregunta segunda). Al mismo tiempo, no puedo dejar de considerar algunas expresiones de la Dra. C. vinculadas al asunto, que me parecen de superlativa importancia. Por ejemplo, cuando manifiesta que “las conductas médicas de un terapeuta neonatal no son las mismas que las de un terapeuta de adulto. Un terapeuta neonatal muchas veces toma conductas anticipadas” (ver fs. 1077 vta., respuesta a la pregunta segunda). “Insisto, los terapeutas neonatales no esperamos que sucedan las complicaciones, sino que tomamos conductas anticipatorias” (ver fs. 1078, respuesta a la pregunta tercera). “Uno, como neonatólogo, no espera, uno toma medidas precautorias” (ver fs. 1081 vta., respuesta a la pregunta décima segunda).

La Dra. C., en su experticia, afirma que el 11/07/2004 “se produce un cambio brusco en la evolución del bebé, hasta entonces favorable: se constata un abdomen distendido y doloroso a la palpación”. Agrega, como falencia médica, “que no se solicitó interconsulta con Cirugía Infantil, como era indicado hacerse” (ver fs. 725). A su vez, al día siguiente (el 12/07/2004) el co-demandado Dr. H. verifica en el paciente “abdomen duro, distendido, con débito biliar y luego fecaloide por sonda orogástrica”. Se cuestiona nuevamente la labor galénica por la perito; pues se reitera que “no se solicitó interconsulta con Cirugía Infantil, como era indicado hacerse, y no se consignó una interpretación diagnóstica del cuadro que presentaba el bebé, dado el desmejoramiento brusco de su estado general” (ver fs. 726). Antes la experta aclaró que “habida cuenta los hallazgos consignados” dicha interconsulta tenía que haberse realizado (ver fs. 720); lo cual se reitera a fs. 819, punto 4.

La mala praxis médica del profesional que intervino el 11/07/2004 (cuyo nombre se desconoce), y la posterior el 12/07/2004 del Dr. H. (demandado en autos), se ratifica por la perito de autos a fs. 1077 vta. cuando señala que “la consulta quirúrgica debía ser inminente, no solo llamar al cirujano sino también repetir radiografías seriadas. Uno como terapeuta neonatal arbitra todos los medios para no llegar a la complicación que en este caso con un abdomen de esas características podía producirse la perforación” (respuesta a la pregunta segunda). “Sí correspondía una actitud celosa y de control y por supuesto que el cirujano evaluara ese abdomen distendido y doloroso” (ver fs. 1078, respuesta a la pregunta tercera). “Por la descripción del abdomen no guardaba correlación con el débito biliar o fecaloide que indicaba un íleo obstructivo. Esto determina una consulta inmediata para realizar una laparotomía exploratoria, porque no vamos a esperar que el chico entre en shock” (ver fs. 1078 vta., respuesta a la pregunta quinta). Asimismo, tampoco se hizo “un examen semiológico abdominal” ni “un seguimiento de control radiológico” (ver fs. 1079, respuesta a la pregunta quinta, y fs. 1082 vta., respuesta a la pregunta décimo sexta).

Es de destacar que, ante los signos que presentaba el bebé el 11 y 12/07/2004, la propia Dra. P. sostiene que la “conducta expectante” que figura en la historia clínica “no es otra cosa que observarlo permanentemente, no es retirarse, sino chequearlo constantemente” (ver fs. 1077 vta., respuesta a la pregunta segunda). Sin embargo, ese “chequeo constante” no se produjo. Véase que de las 19 horas del 11/07/2004 se pasa a las trece horas del 12/07/2004 (ver fs. 64 y 64 vta. de la causa penal); vale decir, que se dejan pasar nada menos que dieciocho horas valiosas sin que el bebé fuera examinado; y tal vez más horas todavía porque en verdad a las 13 hs. del 12/07/2004 no se dispone la tan reclamada interconsulta con cirugía infantil; con la que insiste la Dra. C. a fs. 719.

La cuestión sobre las conductas médicas el día 11/07/2004 y el 13/07/2004 reviste importancia, porque en esta última fecha era mucho más delicado el estado del bebé. La Dra. C. expresa que “con el correr de las horas empezó a ponerse más feo” (la situación del paciente); “clínicamente empieza a haber una descompensación hemodinámica”; “el chico hace un shock séptico porque se le perforó el intestino”; “estaba grave”; “la situación del día 13 era más grave porque estaba comprometido completamente”. En este dictamen coincide también la Dra. P., quien dice que “claro que hay diferencia” (entre el 11 y el 13/07/2004). “El 13 la situación era más grave y con menos posibilidad de sobrevivida” (ver fs. 1081, respuesta a la pregunta décimo segunda).

Por lo precisado, a mi juicio parece sobreabundante seguir haciendo referencia al dictamen pericial para tener por demostrada la mala praxis del Dr. D. E. H. —identificado por la Dra. C. como uno de los profesionales que no tomó las medidas adecuadas— y la consecuente responsabilidad no solo del citado profesional, sino también —por supuesto— de la Municipalidad de Malvinas Argentinas, a cuyo órbita pertenece el Hospital Maternal Mohibe Akil de Menem, quien tenía a su cargo una obligación tácita de seguridad; tal como lo destacué en el acápite V.2., al que me remito. La responsabilidad referida, no obstante, como más adelante se especificará, no es por el fallecimiento del bebé E. J. G., sino por la pérdida de chance de éste de sobrevivir; chance que se les esfumó al niño por no haber tomado los galenos intervinientes —entre ellos, el Dr. H.— las conductas médicas que el arte de curar indicaban.

Queda ahora por analizar la labor médica de los cirujanos Dres. R. G. D. y M. D. B.

De acuerdo a la historia clínica (ver fs. 66 de la causa penal), la Dra. C. detecta en el bebé, el 13/07/2004, una “hernia inguinoescrotal atascada”; por lo que requiere “interconsulta con cirugía infantil”. Ese mismo día es examinado por el Dr. D., quien —en lo que aquí interesa— asienta que el paciente padece “hernia inguinal escrotal izquierda atascada, mal estado general ...Realizo reducción manual con éxito. Al examen abdominal se encuentra testículo tenso. Sonda orogástrica con débito biliario fecaloide ...Revalorización clínica y en cuanto se mejore se planteará resolución quirúrgica” (ver fs. 66 de la mencionada causa penal).

Anticipo desde ya que no se advierte cuál es el éxito o el resultado positivo de la maniobra realizada por el Dr. D., ya que —a las pocas horas, concretamente a las 14— el bebé ni por asomo se había recuperado en medida alguna. Tan es así que el Dr. Cirnigliaro —a esa hora— inserta en la historia clínica que se halla “en mal estado general con mala perfusión periférica”; y a las 16.30 hs. el mismo profesional indica que el “paciente continúa en estado crítico” y que presenta movimientos “que se interpreta como convulsión” (ver fs. 66 vta. de la causa penal).

En el mismo día, o sea el 13/07/2004, se realiza la segunda consulta con cirugía infantil con el Dr. B., quien destaca que el bebé sigue “con muy mal estado general con asistencia respiratoria mecánica ... se coloca sonda vesical, colocación de acceso venoso central, punción abdominal, drenaje abdominal...Tolera procedimientos. Tratamiento paliativo hasta mejoría de estado general para laparotomía exploradora” (ver fs. 67 de las citadas actuaciones).

La perito médica designada en autos, Dra. C., señala —contrariamente a lo que sugieren los Dres. D. y B.— que el tratamiento indicado era la laparotomía exploradora, “porque no era posible esperar una mejoría del estado general del paciente en esas condiciones” (ver fs. 722 de estos autos). Diría que, de algún modo, el Dr. B. coincide con esta apreciación pues sus letrados apoderados expresan que “mi mandante recibe a un paciente Premortem, casi sin ninguna chance ...” (ver fs. 1088); y antes también puntualizaron que se le realizó al niño un “tratamiento paliativo, que de ninguna manera se configuró como definitivo, sino que frente a una eventual e improbable mejoría, se realizaría la laparotomía exploradora” (ver fs. 789, cuarto párrafo).

Las expresiones atribuidas al Dr. B. que hacen alusión al estado “premortem” y la atinente a la “improbable mejoría”, parecerían indicar que el criterio del cirujano era que dicha mejoría —para después practicarle al bebé la intervención quirúrgica— no iba a acontecer en la realidad. A mi juicio, entonces, a pesar del riesgo y la eventual baja probabilidad de tolerancia a la operación que necesitaba el niño —como los demandados sostienen— la conclusión que se desprende es que, de no practicarse la laparotomía exploradora, se conducía al bebé a una muerte inexorable. Es que no se advierte de qué manera un bebé con hernia estancada (y perforada o a un paso de perforarse, ver fs. 727/728) podía tener alguna chance de mejorar sin aquella intervención quirúrgica; y por eso no es casual que, a pesar de las maniobras ejecutadas por los cirujanos, la “improbable mejoría” (léase deceso) era la que se imponía.

En efecto, debe resaltarse que ninguno de los actos médicos aplicados al paciente por los Dres. D. y B. fueron de utilidad para él. Más aún, en el caso del primer profesional, la experta expresa con toda claridad que la “taxis” —reducción manual de la hernia— “estaba contraindicada”, por las terminantes razones que se explicitan a fs. 727. Por lo demás, “la evolución posterior (del bebé) demostró su fracaso, al empeorar su cuadro clínico” (ver fs. 729 y 733). La reducción manual de la hernia implicó para el niño “un mayor riesgo” que el que significaba proceder a practicarle la laparotomía exploradora (ver fs. 738 y 817).

Bien lo señala la Dra. C. que el estado del bebé el 13/07/2004 indicaba como prioritario, sin ninguna demora, una cirugía de urgencia; cualquiera sea el estado general del bebé, ya que la operación precoz hubiera aumentado las chances de sobrevivida del niño; “tenía probabilidad de sobrevivida”; “el bebé tenía condiciones para sobrevivir” (ver fs. 734,735, 741 y 749). “La no resolución quirúrgica inmediata frente a la existencia de una hernia inguinoescrotal atascada determinó la muerte a las 24 horas del bebé por perforación intestinal” (ver fs. 1083, respuesta a la pregunta décima novena). Agrega la perito de autos que el “contenido entérico” que surgió como consecuencia de la punción y drenaje abdominal “constituye una comprobación indubitante de perforación intestinal. Ante este cuadro, la única alternativa que pueda dar una chance —aunque sea escasa— de sobrevivida, es la intervención quirúrgica, esto es, la laparotomía exploradora, por el hecho de que esa mejoría no podía nunca producirse en una peritonitis con contenido fecal en la cavidad abdominal si no se realizaba el tratamiento quirúrgico” (ver fs. 728/729 y 730).

Es por tal motivo que antes expresé, y lo ratifica lo que diré seguidamente, mi convicción relativa a que los Dres. D. y B. tuvieron que haber percibido de algún modo que en lo hechos la mejoría no se iba a producir; no obstante que esa “esperanza” de mejora ha sido lo que ambos plasmaron en la historia clínica; ello dicho para certificar su obrar negligente, más allá de las buenas intenciones (injustificables por cierto) que pudieron impulsar el accionar de esos profesionales.

A fs. 1088, el apoderado del Dr. B. señala que “todos estamos de acuerdo en que había que operar, pero el estado del paciente no lo permitía en ese momento”; “Entonces no puede pretenderse que, frente al grave cuadro que presentara el niño, se procediera a practicar una laparotomía”. No he de coincidir con estas reflexiones, pues —insisto— un camino distinto a la inmediata intervención quirúrgica era la pasiva espera de la muerte del bebé. De allí que la perito dictamina que “como consecuencia de las fallas médicas detalladas, el bebé perdió chances de sobrevivir a su patología” (ver fs. 729).

Sigue expresando la Dra. C. que “Lo erróneo del procedimiento se vio confirmado con la evolución posterior del paciente, que continuó con su desmejoramiento clínico hasta su muerte el día siguiente” (ver fs. 730). A fs. 756 la perito reitera que “las medidas adecuadas no se tomaron”; esto es, no fue correcta la decisión de los Dres. D. y B. de intentar mejorar al paciente para practicarle en un tiempo ulterior la intervención quirúrgica; sencillamente porque esa mejoría no iba a acontecer (ver fs. 756). Sin la operación del bebé “jamás podía haber mejoría” (ver fs. 818). “La intervención quirúrgica era el único recurso que podía intentarse para conservarle la vida, aún a costa de los riesgos inherentes a una operación en un paciente en muy mal estado general” (ver fs. 828). De ahí que se concluye que, al no realizarse la laparotomía exploradora, “se le privó (al bebé) de la chance de sobrevivir a su grave enfermedad” (ver fs. 828). En verdad, el niño “tuvo una triple pérdida de chance” (ver fs. 1081, respuesta a la pregunta décima primera).

Por lo precedentemente narrado, soy de la opinión que Los Dres. D. y B. deben ser responsabilizados por mala praxis médica; sin que quepa hacer jugar en la especie el “principio de discrecionalidad” que se invoca (ver fs. 1090 vta). Efectivamente, como lo sostuve en otros precedentes, no se trata de requerir a los profesionales de la salud la infalibilidad en su labor, pero tampoco una diligencia “media”. Ya he puntualizado en el acápite V.I. del presente voto (al que me remito) que la diligencia médica corresponde apreciarla con un criterio severo; lo que significa decir que se ha de exigir una diligencia máxima teniendo en cuenta la mayor capacidad de previsión del galeno. Es por eso que éste tiene que tener en todo tiempo una posición de prevención, con el deber de adoptar todos los recaudos que resulten indispensables para atender a la seguridad del paciente.

Por supuesto que no ignoro que en principio debe descartarse la mala praxis cuando se le ofrecen al médico varias opciones —admisibles científicamente— y elige aquella que entiende más apta según las circunstancias del caso; lo que significa decir que la judicatura no tiene que intervenir cuando se está en el ámbito de la discrecionalidad y de la libre elección de la técnica que cabe al profesional. Sin embargo, no creo que la situación de la causa encaje en la precedente reflexión, en atención a que un requisito fundamental para que entre a jugar la discrecionalidad en la elección de la técnica por parte del galeno es el respeto al principio de beneficencia; esto es, decidir aquello que menos riesgos y padecimientos ocasione al paciente (ver esta Sala, del 22/06/2007, en autos “Cantarella c. Simonovich y otros s/ ds. y ps.”, Expte. libre N° 458.689 y del 18/03/2008, en autos “Simone de Del Moral, Emilia Rosa c. Granja, Miguel Ángel s/ daños y perjuicios”, Expte. Libre N° 488.465; íd., íd., “Avalos de Olazábal, Alejo c. IOS”, del 21/10/2010, Expte. Libre. 570.202; C. Nac. Civ., sala F, del 23/09/2004, “Amato, Elenora c. Guerrieri, Claudio Juan s/ Daños y Perjuicios”, Expte. libre N° 393.530; íd., sala M, del 21/12/2004, en autos “De Moura, Ana María y otros. c. García Morato, Eduardo y otros.” (Expte. n° 71.882/00); FUMAROLA, L. Alejandro, “Eximentes de responsabilidad civil médica”, Colección “Responsabilidad Civil”, vol. 18, p. 99, Hammurabi).

Y es aquí donde no es posible justificar el obrar de los médicos en estos actuados. Bien se destacó que la adopción de conductas galénicas que sometan al paciente a un riesgo mayor del necesario son datos que no deben permanecer indiferentes a los magistrados cuando se juzga la responsabilidad médica; ya que uno de los objetivos esenciales es evitar la deshumanización del arte de curar; pues concebir al paciente como “pura materialidad” es una suerte de degradación (ver Corte Sup., 20/03/1984, “González Oronó de Leguizamón, Norma M. c. Federación de Trabajadores Jaboneros y Afines”, LL, 1984-B-384; ETCHEVERRY, Guillermo Jaim, “Entre la ciencia y la humanidad”, ADN Cultura, “La Nación”, 11/04/2009, ps. 8/9).

Si bien coincido con la apreciación de que es necesario preservar, tanto desde el punto de vista jurídico como social, la necesaria seguridad y tranquilidad que deben tener los médicos en la noble misión del arte de curar (ver esta sala, “Cantarella, Adelina c. Simonovich, Zelman”, del 22/06/2007, Expte. Libre N° 458.689), esa directiva no debe ser óbice para exigir —como ya lo he dicho— un máximo de diligencia en el trabajo de los profesionales de la medicina. Es que al intervenir valores tan trascendentes, aún el descuido más leve puede llegar a tener efectos de singular gravedad; y estos autos son un ejemplo del mentado aserto.

Estoy convencido, ya lo señalé, que al omitir los cirujanos demandados practicar la inmediata intervención quirúrgica de urgencia en el bebé, se lo condujo —en el estado en se hallaba (con o sin maniobra de taxis y con o sin punción y drenaje abdominal)— a una muerte segura; como realmente aconteció a las pocas horas. Valer decir, que la conducta de dichos profesionales hizo perder concretamente al niño E. J. G. la chance de sobrevivir; y, con dicha pérdida, fue dejado de lado el principio de beneficencia al que antes hice alusión.

No cabe duda, y esta aclaración también se anticipó, que la responsabilidad de los Dres. D. y B. —y obviamente

del Hospital Mohibe Akil de Menem por el deber de seguridad a su cargo— no será por la muerte del niño sino por la frustración de la mentada chance. Al respecto, hay acuerdo en doctrina y jurisprudencia de que estamos ante una chance cuando existe la oportunidad, con visos de razonabilidad o fundabilidad, de lograr una ventaja o evitar una pérdida. Y desde luego que la frustración de esa probabilidad, imputable a otro, engendra un perjuicio resarcible. Esto es, que hay algo actual, cierto e indiscutible; y ello es la efectiva pérdida de la oportunidad de lograr un beneficio. Sobre el punto, creo indispensable efectuar dos precisiones. La primera, es que la pérdida de chance no genera la obligación de indemnizar cuando se trata de la frustración de ínfimas posibilidades o expectativas; es decir, cuando éstas son muy vagas o generales, pues en tales casos el daño que se invoca sería puramente eventual o hipotético, y es sabido que resulta improcedente conceder indemnizaciones por meras conjeturas. De ahí que esa posibilidad perdida —para dar nacimiento a la obligación de indemnizar— tiene que tener una intensidad tal de modo que se erija en una probabilidad suficiente; o sea, que es necesario que la pérdida se encuentre debidamente fundada a través de la certeza de la probabilidad del perjuicio.

La segunda precisión a efectuar en materia de chance es que —cuando lo truncado es una probabilidad suficiente— lo que se indemniza es la chance misma y no la ganancia o pérdida que era objeto de aquélla; a cuyo efecto el juez ha de evaluar la mayor o menor probabilidad de que esa chance se convierta en cierta. Lo dicho comporta, entonces, que el resarcimiento a disponer en ningún supuesto ha de tener el alcance que lo identifique con el beneficio perdido, ya que —si mediara tal identificación— se estaría indemnizando específicamente la ganancia frustrada o la pérdida generada, y no la probabilidad de lograrla o de evitarla, que hace a la esencia de la chance.

La jurisprudencia y doctrina, como ya se dijo, es coincidente en los precedentes lineamientos (ver esta sala, en autos, “Torres, Horacio J. c. Microómnibus Norte L. 60”, del 16/11/2006; *id.*, “Simone de Del Moral, Emilia R. c. Granja, Miguel A.”, del 18/03/2008, JA 2009-I; *id.*, in re “Oubiña c. Soc. Italiana de Beneficencia y otros.”, del 27/02/2008; C. Nac. Civ., sala C, del 05/08/1974, LL 156-274; C. Nac. Civ., sala G, del 21/12/1981, LL 1982-D-475; C. Nac. Civ., sala J, del 23/04/2007, en autos “V.A. c. Banco Superville”; C. Nac. Civ., sala D, del 24/05/2006, “G., R. L. c. G., P. A. y otros”; Sup. Corte Mendoza, sala 2ª, del 31/10/1979, JA 1980-I-197; C. Nac. Fed. Civ. y Com., sala 2ª, del 26/08/1988, LL 1989-A-342; ZABALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños”, vol. 2º “Daños a las personas”, p. 373 y ss., Hammurabi, Buenos Aires, 1991; ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Derecho de Obligaciones”, p. 790, N° 1856, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998).

En el caso que ahora me toca decidir, no sabemos en verdad si el bebé de autos hubiera sobrevivido si el Dr. H. dispusiera una rápida intervención de los cirujanos infantiles, o si los Dres. D. y B. procedieran a realizar —como correspondía— una laparotomía exploradora inmediata. Sin embargo, estoy persuadido que lo que perdió E. J. es una chance seria; vale decir, que ésta tuvo el alcance necesario para constituir una probabilidad suficiente de evitar el deceso del niño. Así, pues, con esa chance perdida se puede comprobar la existencia de una adecuada relación de causalidad; la que, en cambio, no se verifica con la muerte en sí.

Como colofón de lo expuesto, propondré al Acuerdo revocar la sentencia de grado en lo que ha sido materia de agravio y admitir parcialmente la demanda. En consecuencia, corresponde condenar a la Municipalidad de Malvinas Argentinas y a los Dres. D. E. H., R. G. D. y M. D. B., al pago a los actores del resarcimiento correspondiente por resultar responsables de que el bebé E. J. G. perdiera la chance de sobrevivir por la dolencia que padecía. La condena se extenderá a Seguros Médicos S.A., la que responderá en la medida del seguro.

VII. La indemnización

A mérito de lo que resulta del análisis efectuado en el acápite precedente, se procederá a estudiar seguidamente los rubros indemnizatorios reclamados; los que se determinarán —vale la pena reiterarlo— desde la perspectiva de la pérdida de chance, y no por haber acaecido el fallecimiento del bebé.

VII.1. La indemnización del llamado “valor vida”.

Consideran los actores que corresponde se les otorgue un resarcimiento porque “de vivir el occiso hubiera concretado la posibilidad de una ayuda o sostén económico para sus padres” (ver fs. 22vta.). Es pocas palabras, peticionan una indemnización por el denominado “valor vida” del bebé fallecido.

En tal sentido, me parece indudable que la valoración económica de la vida humana implica -ni más ni menos- la medición o cuantificación del daño o perjuicio que sufren, o que pueden llegar a sufrir en el futuro, aquellas personas que eran destinatarias (o que podían llegar a serlo) de todos o parte de los bienes económicos que el fallecido producía o podría llegar a producir, debido a la extinción de esa fuente de ingresos pecuniarios (ver, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “El valor económico de la vida humana y la reparación del daño patrimonial causado por homicidio”, ED, 124-656; Taraborrelli, J. N. y Bianchi, Silvia Noemí, “Cuantificación de la indemnización por la pérdida de la vida humana”, LL, ejemplar del 04/01/2008, p. 1). Esto significa -se reitera- que lo que se valora no es la vida misma —que ha fenecido— sino las consecuencias que el óbito genera hacia

otros sujetos; en este caso, la interrupción de la posibilidad de una actividad creadora de bienes en el futuro (ver mis votos, in re “Bustos, María Cristina c. La Nueva Estrella SCC s/ daños y perjuicios”, del 19/02/2009; “Martin, Alicia Irene c. Obra Social Bancaria Argentina s/ Daños y Perjuicios”, del 18/07/2008”; “Simone de Del Moral, Emilia Rosa y otros c. Granja, Miguel Ángel y otro s/ daños y perjuicios”, del 18/03/2008; entre otros).

En el presente juicio, lo señalado implica que corresponde desentrañar la eventual privación de beneficios que la vida de E. J. podía haber llegado a reportar a los actores. En tal virtud, tendrá que ser materia de evaluación la alegada capacidad productiva futura del bebé y su posible sobrevida; como así también la situación de los damnificados, considerando —para estimar lo que podrían haber recibido los pretensores por parte del causante— su nivel de vida actual, ingresos, profesión, edad, y demás circunstancias vitales.

Al respecto, se advierte en el sub examine que, al momento de interposición de la demanda, la actora M. P. De La C. se desempeñaba como ama de casa, mientras que su pareja L. F. G. hacía “changas”, sin contar con trabajo estable; y que vivían en una casilla de madera de propiedad de la tía del Sr. G., ubicada en Pablo Nogués, Pcia. de Buenos Aires (ver fs. 7, 8, 10 del expte. n° 17.097/2006 de beneficio de litigar sin gastos). A su vez, a la fecha de la realización de la experticia psicológica (el 12/10/2010; es decir, aproximadamente 4 años más tarde) continuaban habitando la misma vivienda, y el grupo familiar estaba compuesto por tres hijos de la pretensora de una relación anterior, y una hija en común de dos años que nació con posterioridad al lamentable suceso de autos.

Por otro lado, y en lo que se refiere al quantum indemnizatorio —además de los lineamientos reseñados— no pueden soslayarse los precedentes de esta sala en cuanto a los montos resarcitorios concedidos por este concepto, en casos similares al de autos (ver, in re “Siniscalco, Elisabet c. Clínica Boedo S. R. L. s/ ds. y ps.”, del 04/03/2009, Expte. Libre N° 502.255; “González, Antonio c. Sztark, Ricardo A. y otros s/ ds. y ps.”, del 26/09/2012, Expte. Libre N° 599.159; “Falcón, Viviana C. y otros c. Sanatorio Colegiales S. A. s/ ds. y ps.”, del 25/02/2013, Expte. Libre N° 604.941).

A la luz de lo decidido en los citados antecedentes —muchos de ellos de reciente data y que se corresponden en sus proporciones con tantos otros anteriores y con fallos de otras salas, como por ejemplo, sala M, “G., J. C. c. O. y otro s/ ds. y ps.”, del 25/11/2002; sala K, “M., E. D. s/ Sanatorio Otamendi y Mirolí S. A. s/ ds. y ps.”, del 13/12/2006; sala C, “F., J. A. y otro c. O., G. F. y otro s/ ds. y ps.”, del 03/08/2011; sala G, “L., F. D. y otro c. Obra Social del Personal de la Ind. Del Plástico s/ ds. y ps.”, del 31/08/2010; sala H, “R., B. G. c. Hospital Nacional Profesor A. Posadas y otro s/ ds. y ps.”, del 30/03/2009; entre muchos otros— ; y sin desconocer que cada caso concreto tiene sus particularidades, estimo que, en pos de la seguridad jurídica, la coherencia que es dable requerir en las sentencias, y la necesidad de que reine cierto grado de previsibilidad en los procesos judiciales (ver mi voto in re “Carbajal, Nora Antonia c. Aragón, Olga y otros”, del 12/04/2010, LL, 2010-E, 14 con nota aprobatoria en este sentido de MENDELEWICZ, J., “El valor de los precedentes judiciales. Fundamentos para la cuantificación del daño moral”, *Microjuris Argentina*, MJD4849); y, en fin, evaluando que el justiprecio se realiza desde la perspectiva de una pérdida de chance, corresponde que la reparación prospere —en lo que a este rubro se refiere— por la suma de \$10.000 para cada uno de los actores. Así votaré.

VII.2. Daño moral

También requieren los pretensores una indemnización en función del daño moral sufrido por el fallecimiento de su hijo. Cabe destacar que, en general, se admite que para que proceda un resarcimiento por tal concepto es indispensable que nos encontremos frente a una lesión a los sentimientos o afecciones legítimas, perturbándose la tranquilidad y el ritmo normal de vida, por lo que constituye una alteración desfavorable en las capacidades del individuo para sentir, querer y entender; traduciéndose en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho.

Es que el daño moral -en tanto configura un menoscabo a los intereses no patrimoniales- es el conjunto de sinsabores, angustias, pesares, sufrimientos, etcétera, que el injusto provocó en el damnificado; más allá de las secuelas de orden psíquico que el episodio pueda o no dejar en la víctima, según su peculiar sensibilidad y circunstancias personales (ver CAMMAROTA, Antonio, “Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos”, Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 102; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños”, T. 2b, ps. 593 y ss.; ZANNONI, Eduardo A., “El daño en la responsabilidad civil”, Astrea, p. 287; C. Nac. Civ., sala C, 22/12/2005, “Vega Rubilan, Soria de las Mercedes c. Transporte Automotor General Las Heras S. R. L.”, LL, online; íd., sala E, 26/05/2006, “Montalbetti, Carlos F. y otros c. Microómnibus Sur SAC y otros”).

No cabe duda que el daño moral recae en el lado íntimo de la personalidad; y al respecto es verdad que nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia, y en su caso la intensidad, del padecimiento y angustia que se invoca. Es que se trata de un sentimiento que, como decía Kant, representa un estado que “no contiene más que lo subjetivo puro” (ver “Principios metafísicos del

Derecho”, p. 13, Imprenta de J. María Pérez, Madrid, 1873).

Sin embargo, la circunstancia de que estemos ante supuestos de alteraciones emocionales profundamente subjetivas e inescrutables no ha de impedir la evaluación del juez, la que —necesariamente— tendrá que ser objetiva y abstracta; para lo cual se considerará cuál pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo de una persona común, colocada en las mismas condiciones concretas en que se halló el damnificado del acto lesivo (ver BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría General de la Responsabilidad civil”, p. 247, 9ª ed., Abeledo Perrot, 1997). En este sentido, no parecería un requisito necesario la demostración de la existencia en concreto del daño moral en sí; a tal punto que se ha sostenido que dicha prueba —de producirse— sería irrelevante para el derecho, pues lo que hay que tener en cuenta es el dolor o sufrimiento moral que el hecho en cuestión produce normalmente en los sujetos, dado que se estaría ante un efecto “previsto de antemano por la norma” (ver BREBBIA, Roberto H., “El daño moral”, p. 86, Orbir, 2ª ed., Rosario, 1967). Sin perjuicio de este aserto, en lo que hace a la magnitud y el alcance del daño moral, podrá ser presumido por el juez por vía indirecta, tras la prueba por los damnificados de determinadas situaciones por las que transitan a raíz del injusto (ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños”, T. 2b, p. 593 y ss.).

En la presente causa, estamos ante una pérdida de chance de que un hijo sobreviva; y es lógico el profundo dolor que ese solo hecho origina. Por ende, la procedencia de esta partida deviene incontestable. Conforme a los parámetros antes referidos, propondré entonces a mis colegas que la indemnización por este rubro prospere por la suma de \$30.000 para cada uno de los actores (arg. art. 165 Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación). Así votaré.

VII.3. Daño psíquico y tratamiento psicológico

En cuanto al daño psíquico, es sabido que con dicha partida se tiende a indemnizar la falta de salud mental derivada de un hecho ilícito, debiéndose verificar —a los fines indemnizatorios— la naturaleza y la entidad del interés lesionado. Tal como sucede con las lesiones físicas, se está ante una inhabilidad o dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales, sin que importe que tal disminución no afecte la capacidad productiva del individuo, dado que existe igualmente en este tipo de lesiones un derecho en el sujeto a conservar ilesa e intacta su psiquis.

A fs. 759/767 luce agregado el informe de la perito psicóloga designada de oficio en estos actuados. Allí efectúa una descripción de la batería de tests a los que sometió a los aquí pretensores a fin de pronunciarse respecto de la existencia de una lesión en sus psiquis. Como resultado de las técnicas diagnósticas implementadas, la conclusión a la que arriba la idónea es que no puede observarse “al momento actual un trastorno postraumático o síntomas psicopatológicos” en los accionantes como consecuencia del hecho que motivara las presentes actuaciones (ver fs. 765).

Como se puede apreciar, la experta ha sido terminante en sus conclusiones; las que no se vieron conmovidas por las impugnaciones de fs. 776/778 y 786/789, debidamente contestadas por la idónea a fs. 836/843. Obsérvese, como ya señalé en el acápite V.3. al que me remito, que en materia de procesos de daños y perjuicios la prueba pericial deviene relevante ya que el informe del idóneo no es una mera apreciación sobre la materia del litigio, sino un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos.

Así, y dado que los argumentos esgrimidos por los actores lejos estuvieron de desarticular los fundamentos expuestos en el informe señalado, no encuentro razones para apartarme del dictamen formulado por la experta. Por lo demás, diré que no puede soslayarse que, a pesar de que asistía a los pretensores la facultad de designar un consultor técnico de parte —de conformidad con lo establecido por el art. 458, in fine, del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación— no hicieron uso de ella a los fines de acreditar los extremos en los que basan su pretensión indemnizatoria por los rubros referidos.

En consecuencia, propondré al Acuerdo el rechazo de la indemnización pretendida en concepto de daño psíquico.

La misma suerte ha de correr la petición de una suma de dinero para afrontar un tratamiento psicoterapéutico en el futuro. No obstante, corresponde aclarar que no decido de este modo por coincidir con el criterio esbozado por la codemandada Municipalidad de Malvinas Argentinas en su responde; cuando afirma que no corresponde otorgar un resarcimiento autónomo en concepto de psicoterapia. Las razones del rechazo que aquí propicio tienen un sustento distinto: se debe, como ya lo dije, en atención a que la experta psicóloga de autos no ha encontrado lesión psicológica alguna que padezcan los aquí actores; es decir, una patología que tenga que ser elaborada con la intervención de un terapeuta especializado; y, más aún, al ser específicamente requerida la opinión de la perito, ésta no ha recomendado su realización (ver fs. 767).

Así las cosas, votaré para el rechazo de las partidas requeridas en la demanda en concepto de daño psíquico y gastos para tratamiento psicológico.

VII.4. Gastos de sepelio

Se solicita en la demanda el resarcimiento de los gastos de sepelio solventados por los actores, por un monto de \$1000. Cabe destacar al respecto que este tipo de erogaciones deben admitirse aunque no se produzca prueba al respecto, por entenderse que necesariamente debieron efectuarse (conf. C. Nac. Civ., sala C, “Aloe, María del C. c. Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios”, del 19/06/1997). Ello confiere andamiaje a un reclamo de este tipo, indemnización que debe estimarse de acuerdo con las circunstancias personales del causante y sus familiares.

Por lo tanto, y en atención al principio de la reparación integral, considero justo que se incluyan en la reparación los gastos hechos a consecuencia del funeral, los que cabe presumir han sido solventados por los actores. En consecuencia, propondré a mis colegas la procedencia de una partida para resarcir estos gastos, por el monto requerido (\$1000).

VIII. Los intereses

En cuanto a los intereses del resarcimiento pecuniario, en el caso se impone la vigencia del art. 303 del ritual que establece para todo el fuero la obligatoriedad de los fallos plenarios. Así las cosas, en la sentencia de esta Cámara, en pleno, dictada en los autos “Samudio de Martínez, Ladislada c. Transporte Doscientos setenta S. A. s/ Daños y Perjuicios”, del 20/04/2009, se resolvió dejar sin efecto la doctrina fijada en los fallos plenarios “Vázquez, Claudia c. Bilbao, Walter y Otros” (del 02/08/1993) y “Alaniz, Ramona Evelia c. Transporte 123 S. A.” (del 23/03/2004), disponiéndose aplicar desde la mora la tasa de interés activa cartera general (préstamos), nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Es verdad que el mentado plenario admite una solución diversa cuando acontezca “una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido”. Pero esa singular especie comporta una situación harto excepcional, que se aparta de la regla general, y que —para que pueda tener lugar— debe ser acreditada fehacientemente y sin el menor asomo de duda en el marco del proceso. A mi juicio no obran en la causa constancias que certifiquen que, con la aplicación de la tasa activa desde el día del evento, se configuraría el mentado “enriquecimiento indebido”; como tampoco existen elementos que siquiera lo hagan presumir.

En función de lo expuesto, y en cumplimiento de la doctrina plenaria, he de proponer al Acuerdo que se le adicione al capital de condena los intereses a la tasa mencionada, los que se computarán desde la fecha del hecho (la muerte del pequeño E. J.) y hasta el momento del efectivo pago.

IX. Las costas

El principio objetivo de la derrota (art. 68, primera parte, del ritual) determina que las costas se apliquen a los vencidos. Es la regla a aplicar, de manera que el apartamiento de la referida pauta sólo se justifica si median razones muy fundadas. En la especie, no se advierten motivos para que el Tribunal realice modificaciones a ese criterio general; por lo que se propondrá al Acuerdo que las costas de primera y segunda instancia, por la demanda que prospera, se impongan a los condenados.

Sin embargo, se mantendrá lo decidido en primera instancia en materia de imposición causídica en lo que se refiere al rechazo de la demanda respecto de J. L. G. (y su aseguradora SMG Compañía de Seguros S.A.) y T. C.; por lo que se desestimarán los agravios interpuestos para que se modifique la mencionada imposición. En efecto, entiendo harto justificada en el caso la liberación del pago de las costas a la parte actora —por la demanda que no prospera— en función de lo establecido en el art. 68, 2ª parte, del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación. Es determinante para así decidir que en la causa se termina verificando una responsabilidad médica; de forma que no cabe exigir a los accionantes una precisión tal como para determinar cuál de los galenos que atendieron al bebé de autos cumplió o no adecuadamente con las reglas del arte de curar. En este sentido, no parece irrazonable que los Dres. G. y C. hayan sido incluidos entre los demandados de autos.

X. Conclusión

Por las razones fácticas y jurídicas desplegadas a lo largo del presente voto, propongo al Acuerdo revocar la sentencia de grado en lo que ha sido materia de agravio y admitir parcialmente la demanda. En consecuencia, se condena a la Municipalidad de Malvinas Argentinas, D. E. H., R. G. D. y M. D. B., al pago a los actores de la suma de \$81.000. A la mentada cifra se le adicionarán los intereses, los que se calcularán desde el día del fallecimiento de E. J. G. y hasta el momento del efectivo pago. La tasa a aplicar será la activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida, a treinta días, del Banco de la Nación Argentina. La condena se extiende a Seguros Médicos S.A., la que responderá en la medida del seguro. Las costas de primera y segunda instancia, por la demanda que prospera, se aplicarán a los emplazados vencidos. Respecto de los demandados no condenados Dres. J. L. G. (y su aseguradora SMG Compañía de Seguros S.A.) y T. C., las erogaciones causídicas —también en ambas instancias— se impondrán en el orden causado.

El Dr. Ramos Feijóo, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Mizrahi, votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

El Dr. Díaz Solimine dijo:

Al fundado voto del distinguido Vocal preopinante, adheriré con la aclaración que expondré seguidamente sobre el agravio referido a los intereses, con los cuales disiento.

En lo que hace a la tasa de interés que debe aplicarse, la doctrina sentada en los autos “Samudío de Martínez” referidos por vocal, obliga a aplicar, conforme su punto III, la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Sin embargo, la convocatoria incluyó un cuarto punto referido al tiempo en que dicha tasa debía aplicarse, lo que deja al descubierto que, a pesar de la amplia mayoría con que contara la mentada tasa activa —luego de fracasar la moción sustentada, entre otros, por los vocales de la sala C de esta Cámara (la cual integro), en el sentido de dejar libertad a los jueces para establecerla en cada caso en particular— había una opinión generalizada de adecuar la aplicación de dicho rédito atendiendo a diversas circunstancias como pueden serlo la forma de establecer el monto de la condena, las indemnizaciones u otras obligaciones a las que pudiera aplicársele, la necesidad de acortar el tiempo de los procesos, etc., considerando así diversas tasas según el período en el que debía enjugarse el daño moratorio.

Sin alterar acertadamente, la doctrina plenaria sentada en el fallo “G.” respecto al tiempo que se produce la mora de la obligación de indemnizar con relación a cada perjuicio, ello no implica, per se, que hasta el efectivo cumplimiento deba aplicarse la votada tasa activa, sino que será así siempre que no se altere el contenido económico de la sentencia, importando un desplazamiento injustificado de bienes del patrimonio del deudor al del acreedor.

Es que la imposibilidad de hecho de fijar valores históricos con relación a indemnizaciones por incapacidad o daño moral, entre otros rubros, dada la cambiante realidad que ha caracterizado a la zigzagueante y poco ortodoxa economía de nuestro país, ha llevado en la especie a establecer a la fecha de su pronunciamiento los valores de las diversas partidas.

De ahí que atendiendo a los valores que ya se encontraban actualizados al fallo apelado, se consideró, en casos similares y luego de dictado el fallo “Samudío” que la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina era la que correspondía aplicar sobre aquellas partidas fijadas a valores actuales desde que cada perjuicio se originó hasta la fecha de la sentencia definitiva, debiendo a partir de este pronunciamiento y hasta el efectivo pago que hagan los deudores aplicarse la tasa activa que resulta obligatoria en los términos del artículo 303 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación.

Lo que así voto.

Con lo que terminó el acto.

Y vistos: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: revocar la sentencia de grado en lo que ha sido materia de agravio y admitir parcialmente la demanda. En consecuencia, se condena a la Municipalidad de Malvinas Argentinas, D. E. H., R. G. D. y M. D. B., al pago a los actores de la suma de \$81.000. A la mentada cifra se le adicionarán los intereses, los que se calcularán desde el día del fallecimiento de E. J. G. y hasta el momento del efectivo pago. La tasa a aplicar será la activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida, a treinta días, del Banco de la Nación Argentina. La condena se extiende a Seguros Médicos S.A., la que responderá en la medida del seguro. Las costas de primera y segunda instancia, por la demanda que prospera, se aplicarán a los emplazados vencidos. Respecto de los demandados no condenados Dres. J. L. G. (y su aseguradora SMG Compañía de Seguros S.A.) y T. C., las erogaciones causídicas —también en ambas instancias— se impondrán en el orden causado.

Notifíquese y devuélvase.— Mauricio Luis Mizrahi.— Claudio Ramos Feijóo.— En disidencia: Omar Luis Díaz Solimine.