

## Danos Y Perjuicios Extravio Del Embrion De La Actora Negligencia Responsabilidad Del Estado

### JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Extravío del embrión de la actora. Negligencia.

Responsabilidad del Estado      Se mantiene el fallo que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios, pues si bien no había elementos probatorios que permitieran inferir que el tratamiento aplicado a la actora durante su embarazo haya provocado las malformaciones que padeciera el embrión, resultó probada la falta de servicio imputable al GCBA por el posterior extravío del feto, a causa de la conducta negligente del personal del hospital.      En la Ciudad de Buenos Aires, el 9 de marzo de 2015, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, para entender en los recursos de apelación interpuestos en los autos "GARCÍA, ROMINA LAURA Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE RESPONSABILIDAD MÉDICA", EXP 33209/0, contra la sentencia de fs. 282/295. El tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? A la cuestión planteada, GABRIELA SEIJAS dijo: I. El 21 de mayo de 2013, Aurelio L. Ammirato hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por R. L. G. y Esteban G. Amado contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) y contra quien resulte responsable por los daños y perjuicios que sufrieran como consecuencia de la mala praxis médica que atribuyeron a los profesionales y auxiliares del Hospital General de Agudos Francisco Santojanni (v. fs. 1/19 vta. y 282/295). Para así decidir, el juez afirmó que no había elementos probatorios que permitieran inferir que el tratamiento aplicado a la señora R. L. G. durante su embarazo haya provocado las malformaciones que padeciera el embrión. Sin embargo, consideró probada la falta de servicio imputable al GCBA por el posterior extravío del feto, a causa de la conducta negligente del personal del hospital. En consecuencia, condenó a la demandada a abonar a la co-actora sesenta mil pesos (\$60 000) y al co-actor treinta y nueve mil ochocientos (\$39 800) y estableció que a las sumas acordadas debía adicionarse intereses desde la fecha del hecho hasta el efectivo pago conforme el promedio que resulte de (i) la tasa de descuentos comerciales a treinta (30) días publicada por el Banco de la Nación Argentina y de (ii) la tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina para sus operaciones de descuento de documentos comerciales a 30 días. Finalmente, impuso las costas a la demandada vencida. II. Contra dicho pronunciamiento ambas partes interpusieron recursos de apelación (cf. fs. 298/298 vta. y 299). El GCBA expresó agravios a fs. 306/312 y la parte actora a fs. 315/318 vta. Estos últimos fueron contestados a fs. 320/325 vta. En síntesis, la parte actora cuestionó: (i) los montos acordados; (ii) la omisión de tratar lo relativo a la pérdida de chance. Por esas razones, solicitó que se revoque la sentencia apelada en lo que era materia de agravios, con costas. El GCBA cuestionó: (i) que el magistrado omitiera los elementos obrantes en la causa; (ii) la indemnización por daño psicológico y tratamiento psicológico debido a la superposición entre ambos rubros; (iii) la compensación por daño moral por no guardar relación con el extravío del feto; (iv) los intereses por gastos futuros; y (v) la imposición de costas. Nidia K. Cicero, Fiscal ante la Cámara de Apelaciones del fuero, dictaminó a fs. 327/329. III. Con respecto a la cuantificación de los diferentes rubros, en forma preliminar, resulta conveniente destacar 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 (Carlos A. Calvo Costa, Daño resarcible, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 97). Son estas consecuencias las que deben ser objeto de reparación (Ramón D. Pizarro - Carlos G. Vallespinos, Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, t. 2, p. 640), lo que lleva a concluir en la falta de autonomía de todo supuesto perjuicio que pretenda identificarse en función del bien sobre el que recae la lesión (la psiquis, la estética, la vida en relación, el cuerpo, la salud, etc.). En todos estos casos, habrá que atender a las consecuencias que esas lesiones provocan en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima que por lo tanto, podrán ser subsumidas dentro de alguna de las dos amplias categorías de perjuicios previstas en nuestro derecho: el daño patrimonial y el moral. Desde luego que esa conclusión no impide que, a efectos de lograr mayor claridad expositiva, el análisis parta de la consideración puntual de cada uno de los rubros reclamados en la demanda y reconocidos por la sentencia de grado. Cabe compartir, en ese sentido, lo señalado por Pizarro y Vallespinos respecto de que la utilización de expresiones tales como "daño estético". A "daño psíquico?", "daño por incapacidad?", etcétera, para describir formas de perjuicios patrimonial y moral no autónomas, "no significa que ellas no puedan tener una buena utilidad para la valoración cualitativa, y cuantitativa de ciertos perjuicios, imponiendo al juzgador el deber de considerar por separado, fundadamente, las diversas facetas y repercusiones patrimoniales y morales de la acción lesiva" (Pizarro-Vallespinos, Obligaciones, cit, t.4, p. 297). IV. La perito psicóloga Claudia Manrique puso en relieve la presencia de un síndrome depresivo ansioso en el caso de R. G. (v. fs. 155) y, con respecto a Esteban Amado, el padecimiento de un trastorno adaptativo con ansiedad (fs. 167). Asimismo, estimó en un

diez (10%) y en un tres por ciento (3%), respectivamente, los porcentajes de incapacidad de cada actor, desligando otras implicancias relacionadas con sus personalidades de base y con otras experiencias ajenas que pudieran operar a modo de concausa (fs. 159 y 167). En el informe pericial sobre la señora G., la experta manifestó que "la fuerza que en sí mismo tiene (como estímulo desencadenante) la malformación, la pérdida y la posterior desaparición del feto, a todas luces resulta indudable que, aún considerando lo previo de la personalidad de base, entre los factores con-causales, el peso habrá de inclinarse -en mayor proporción- sobre los factores desencadenantes ligados con el hecho, para la determinación de la incapacidad psicológica" (v. fs. 158). Se advierte así, que sin perjuicio del énfasis puesto sobre la pérdida del feto, de la lectura del informe se desprende con claridad que la experta no descartó la incidencia de una hipotética mala praxis -pretendida causa de la malformación-, como uno de los factores concausales que motivaron sus conclusiones. Ello así, toda vez que la mala praxis médica no ha sido probada, y teniendo en cuenta que la perito psicóloga consideró dicha hipótesis como una de las causas que desencadenaron las incapacidades calculadas, no se advierte en modo alguno que los montos en concepto de daño y de tratamiento psicológico resulten exigüos. V. En cuanto a la suma dada en concepto de daño moral, se ha expresado que "a los fines de la fijación del quantum del daño moral debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la edad de la víctima, la entidad del sufrimiento causado y que no tienen necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste" (cf. Fallos 321:1117, en el mismo sentido Fallos 330:563; 329:4944; 326:847; 325:1156; entre muchos otros). A fin de establecer la suma compensatoria por este rubro debe preverse que el resarcimiento debe guardar razonable relación con las proyecciones de la persona en sus esferas existencial y psíquica, de sus padecimientos, de sus miedos, angustias y sufrimientos. Si bien no hay dudas de que la suma a establecer en concepto de daño moral no colocará a los actores en la misma situación en la que se encontraban con anterioridad al suceso, de todas maneras se debe determinar la indemnización, no para compensar el dolor con dinero, sino para otorgar a los damnificados cierta tranquilidad de espíritu en algunos aspectos de su vida, a fin de mitigar sus dolores. En el caso, ponderando la prueba producida, es claro que la pérdida del feto ha generado en los actores angustias y padecimientos espirituales que justifican el resarcimiento por este rubro. Sentado ello, en atención a los resultados de las pericias producidas entiendo que dan cuenta de las secuelas psíquicas originadas en la traumática experiencia vivida, si bien no hay parámetros para evaluar el sufrimiento espiritual, entiendo que corresponde revocar la sentencia apelada en este punto y elevar a setenta mil (\$70 000) y a sesenta mil pesos (\$60 000) los resarcimientos para los actores R. G. y Esteban Amado respectivamente, más intereses. VI. En cuanto al rubro "pérdida de chance?", tal como señaló la señora Fiscal, los actores habían planteado la cuestión oportunamente y por lo tanto, en virtud de lo establecido en el artículo 248 del CCyT, resulta formalmente procedente su tratamiento. No obstante, si bien se ha expresado que "[e]xiste pérdida de chance cuando se frustra una oportunidad de obtener un beneficio, o de evitar un menoscabo de índole patrimonial o espiritual (Ramón D. Pizarro - Carlos G. Vallespinos, Obligaciones, ob. cit., t. 2, p. 650), en atención a que no se probó la mala praxis médica en relación a las malformaciones que causaron la inviabilidad del feto y a que las consecuencias extra-patrimoniales ocasionadas por la falta de certeza sobre el origen de dicha patología han sido consideradas como un daño que repercute en la esfera moral o espiritual de los padres, no corresponde otorgar un resarcimiento por el rubro en cuestión. Por lo demás, indemnizar la pérdida de chance por la falta de diagnóstico por la pérdida del feto implicaría resarcir un daño conjetural, vago e impreciso, lo que no es posible en un ordenamiento jurídico que demanda que el daño resarcible sea cierto (Fallos: 320:1361). VII. Respecto de los agravios expresados por el GCBA, en cuanto a la alegada improcedencia de la indemnización simultánea de los rubros daño psicológico y tratamiento psicológico, la Fiscal señaló que "es criterio jurisprudencial que la circunstancia de que se indemnicen al mismo tiempo los gastos de tratamiento psicológico y el daño psíquico, no genera una doble indemnización, pues este último rubro está destinado a reparar la incapacidad sobreviniente, mientras que el importe que se acuerda por tratamiento apunta a que se pueda sobrellevar en el futuro la dolencia psíquica que aconteciera por el injusto". Asimismo, indicó que el juez de grado había hecho mérito del informe pericial producido en la causa, "donde el experto había estimado en un 10% la disminución de la capacidad global de la actora, y en un 3% aquella del actor, desde el punto de vista psicológico conclusión ésta que, vale apreciar no fue controvertida fundadamente por la apelante. Idénticas apreciaciones cabe formular respecto de la necesidad de efectuar tratamiento psicológico" (cf. fs. 327 vta.). Efectivamente, no resulta incompatible la indemnización por daño psíquico con la indemnización por gastos terapéuticos, por cuanto el carácter permanente de la lesión indicada, no puede ser óbice para la necesaria realización del tratamiento -recomendado por la experta psicóloga- tendiente a aminorar las demás repercusiones negativas de la comprobada incapacidad (v. fs. 159). En el mismo sentido se ha expresado que "[e]l daño psicológico posee una entidad distinta a la que pudiera corresponder por el rubro "gastos de tratamiento psicológico", pues, el primero tiende a reparar la disminución en la capacidad genérica de la víctima derivada de las afecciones psíquicas que esta padece, en tanto la segunda tiene por fin resarcir el costo de la terapia consecuente como para menguar la incidencia del daño psíquico" (cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, "Lescano, Norma Beatriz c. Luna, Rubén Ariel y otros?",

sentencia del 29/09/2010). VIII. En cuanto al agravio relativo a que no correspondía la compensación por daño moral por no haber sido solicitada en la demanda, la Fiscal entendió que tal afirmación no encuentra asidero en las constancias de la causa, en tanto de la liquidación de fs. 15 vta./16, surge que la actora incluyó el rubro daño moral sin efectuar discriminación alguna respecto de los eventos dañosos en virtud de los cuales el mismo correspondería, por lo que no se advierten elementos que justifiquen excluir el reclamo en concepto de daño moral por la pérdida del feto? (cf. fs. 328). Por tales fundamentos, que comparto en su totalidad, cabe rechazar el agravio. IX. Con respecto al momento a partir del cual se deben computar los intereses sobre los gastos futuros? otorgados en concepto de tratamiento psicológico, considero que no asiste razón a la demandada. En efecto, más allá de que los actores no demostraron haber realizado el tratamiento psicológico aconsejado por la experta, la necesidad de afrontarlo se originó a partir de la producción del hecho dañoso, tal como es el caso de los restantes rubros. Es decir, desde dicho momento los actores se transformaron en acreedores de la reparación de los perjuicios causados en su psiquis y, en tal sentido, podrían haber realizado el tratamiento si hubieran dispuesto de la suma reconocida en la sentencia. Por tanto, no se advierten razones que justifiquen la discriminación peticionada. X. Finalmente, cabe destacar que a partir de la ley 23928, y sus prórrogas y modificatorias -cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada-, se encuentran vedados los mecanismos de actualización monetaria, siendo la tasa de interés el único instrumento legal y de carácter ordinario, tendiente a mantener incólume el contenido económico de la sentencia (v. art. 10 del decreto 941/91). Ello así, el 31 de mayo de 2013 en la causa "Eiben, Francisco c/ GCBA s/ empleo público", Exp. 30370/0, la Cámara en pleno, por mayoría, resolvió: ?I) Fijar la tasa de interés a partir de acuerdo plenario en caso de ausencia de convención o leyes especiales que establezcan una tasa especial. II) Aplicar a los montos reconocidos en los decisorios judiciales el promedio que resulte de las sumas líquidas que se obtengan de (i) la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina y de (ii) la tasa pasiva promedio que publica el BCRA (comunicado 14.290). Ello, desde el momento de la producción del daño o inicio de la mora y hasta el efectivo pago (cumplimiento de la sentencia). Con excepción de aquellos supuestos en los que los jueces fijen indemnizaciones a valores actuales, en los que deberán aplicar una tasa pura del 6% anual por el período comprendido entre la mora y la fecha de la sentencia y, a partir de allí, el promedio de tasas que resulte conforme a la operación que, por mayoría, aquí se establece?. Por tanto, dejando a salvo mi disidencia respecto a lo resuelto, conforme a los fundamentos allí expresados, entiendo que corresponde su aplicación al caso. Así las cosas, toda vez que el juez de grado dispuso fijar todas las sumas acordadas a la fecha de la sentencia, corresponde hacer lugar al planteo realizado por el GCBA y, en consecuencia: a) establecer la aplicación de una tasa pura del 6% anual para el período comprendido entre la fecha del evento dañoso y la de la sentencia de grado; y b) disponer que a partir de tal fecha y hasta el efectivo pago será aplicable el promedio de tasas establecido en el plenario mencionado. XI. Por último, en cuanto a las costas, considero que debe confirmarse la imposición efectuada por el juez de grado toda vez que la demandada ha resultado sustancialmente vencida (cf. art. 62 del CCAyT) y disponerse que las correspondientes a esta instancia corran por su orden, atento la existencia de vencimientos parciales y mutuos (cf. art. 65 del CCAyT). XII. Por los argumentos expuestos y, en caso de que mi voto fuere compartido, propongo al acuerdo: 1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, elevar a setenta mil (\$70 000) y a sesenta mil pesos (\$60 000) los resarcimientos fijados en concepto de daño moral para R. G. y para Esteban Amado, respectivamente; 2) Hacer lugar parcialmente al recurso de la demandada y, en consecuencia, se calculen los intereses en los términos expresados en el considerando X; 3) Confirmar la sentencia apelada en cuanto a los montos indemnizatorios dispuestos para el daño psíquico y tratamiento psicológico y las costas de primera instancia; 4) Rechazar la procedencia de la pérdida de chance? reclamada por la parte actora; y 5) Imponer las costas de esta instancia por su orden en atención a la existencia de vencimientos parciales y mutuos (cf. art. 65 del CCAyT). A la cuestión planteada el doctor ESTEBAN CENTANARO dijo: I. Adhiero al relato de los hechos efectuados por la Dra. Seijas, así como a la solución que propicia en cuanto; i) confirma la procedencia y los montos de los rubros daño psicológico y tratamiento psicológico, ii) confirma la procedencia del daño moral y eleva la indemnización reconocida en concepto de daño moral, iii) da tratamiento al agravio relativo a la pérdida de chance y luego lo desestima, iv) aplica la tasa de interés reconocida en el plenario ?Eiben? y v) confirma la imposición de costas dispuesta en primera instancia e impone las de esta instancia en el orden causado, atento a la existencia de vencimientos parciales y mutuos (art. 65 del CCAyT). Sin embargo considero pertinente efectuar algunas consideraciones. II. Con respecto al rubro ?pérdida de chance?, coincido con la magistrada preopinante en cuanto a que las consecuencias disvaliosas generadas por la pérdida del feto y la imposibilidad consiguiente de conocer la causa de la malformación que tenía éste fue reconocido por el magistrado de grado dentro del rubro daño moral Ello se sigue de la simple lectura de la sentencia recurrida en la medida que dice: ?...es preciso tener en cuenta la repercusión de los sentimientos de los actores por el extravío del feto, la consecuente imposibilidad de esclarecer -mediante los análisis correspondientes- las causas de la malformación, la incidencia negativa de esta circunstancia en la planificación familiar de nuevos embarazos, la consecuente incertidumbre de todo ello trae aparejado y la afectación del desarrollo del propio plan de vida? (v. fs. 294 vta.). Asimismo cabe

destacar que la parte actora no produjo prueba con el fin de obtener el resarcimiento que pretende por este rubro. Es decir, no existe en la causa constancia alguna -conclusiones médicas por ejemplo- que permita concluir que de no haberse extraviado el feto, los padres podrían haber contado con información útil acerca de la causa de las malformaciones y en ese sentido el daño se convierte en conjetural. III. En otro orden la parte demandada se agravia por cuanto el sentenciante no tuvo en cuenta que los grados de incapacidad psíquica fijados por la perito psicóloga en su pericia refieren a la totalidad de los hechos dañosos imputados por la parte actora a la demandada y no exclusivamente al daño por el que prosperó la acción, relativo al extravío del feto. Sobre este punto advierto aquí que si bien asiste razón a la Ciudad en cuanto a que el grado de incapacidad fue calculado por la experta en relación a cómo habría repercutido en la personalidad de los actores la totalidad de las vivencias relatadas en su demanda, en lo que a la sentencia respecta, el magistrado efectuó una distinción entre las diferentes causas y solo ordenó repararla referida al daño relativo al extravío del feto. Ello se sigue del fragmento del fallo que dice: 'en la medida que la presente acción prospera parcialmente -es decir, únicamente por los perjuicios derivados del extravío del feto (...), pero no por las malformaciones que originaron su carácter inviable- la demandada sólo debe afrontar las consecuencias derivadas de aquél. La distinción es útil porque no le corresponde al obligado soportar la integridad resarcitoria del perjuicio sino la cuota del daño que ha causado- resulta aplicable en este aspecto la noción jurídica de concausa- en cuya virtud ha de marginarse de la cuenta indemnizatoria aquella porción del daño que el responsable no ha contribuido a originar con su accionar. Así las cosas, apreciando el dictamen pericial acorde a las reglas de la sana crítica (...), y discriminado dentro de la incapacidad total que ha determinado la experta la proporción correspondiente a la incidencia concausal del hecho que se le imputa a la demandada; (...) considero equitativo fijar por el rubro en análisis...?' (v. fs. 293 vta. y 294). Las partes se han agraviado asimismo del quantum del resarcimiento por el que han prosperado los rubros bajo análisis, entiendo también que corresponde confirmar este aspecto de la sentencia. Ello así en tanto de acuerdo a lo expuesto, el magistrado no tuvo en cuenta 'factores preexistentes' al momento de calcular el monto por el que prosperó el daño psicológico, sino que tomó las consideraciones del dictamen pericial, las circunstancias personales de los actores y fijó un monto que resulta proporcionado con el daño injustamente padecido por los actores. Lo mismo cabe concluir con respecto a la indemnización por tratamiento psicológico. En este caso, si bien es cierto que la perito recomendó un tratamiento determinado, tomando en consideración la totalidad de los hechos dañosos y no solamente aquel imputado a la Ciudad, es preciso señalar, que la experta dejó en claro que no era posible estimar qué duración y frecuencia debía tener éste, en la medida que esto dependería de la evolución del proceso. Así pues, siendo que el magistrado calculó la indemnización reconocida por este concepto en base a estimaciones acerca de la duración del tratamiento y el valor aproximado de cada sesión, considero suficientemente justificada la suma reconocida por este concepto y, en consecuencia, considero que corresponde su confirmación. Así dejo expresado mi voto. En virtud del acuerdo que antecede, SE RESUELVE: 1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, elevar a setenta mil (\$70 000) y a sesenta mil pesos (\$60 000) los resarcimientos fijados en concepto de daño moral para R. G. y para Esteban Amado, respectivamente; 2) Hacer lugar parcialmente al recurso de la demandada y, en consecuencia, se calculen los intereses en los términos expresados en el considerando X; 3) Confirmar la sentencia apelada en cuanto a los montos indemnizatorios dispuestos para el daño psíquico y tratamiento psicológico y las costas de primera instancia; 4) Rechazar la procedencia de la 'pérdida de chance' reclamada por la parte actora; y 5) Imponer las costas de esta instancia por su orden en atención a la existencia de vencimientos parciales y mutuos (cf. art. 65 del CCAyT). Se deja constancia de que el doctor HUGO ZULETA no suscribe la presente por hallarse excusado (fs. 331). Regístrese. Notifíquese, a la señora Fiscal de Cámara en su despacho. Oportunamente devuélvase. GABRIELA SEIJAS Esteban CENTANARO Juez de Cámara- Subrogante Sala III Contencioso Administrativo y Tributario Ciudad Autónoma de Buenos Aires Correlaciones: GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cejas, José Luis c/GCBA (Hospital Oftalmológico Santa Lucía - Hospital Carlos Durand) s/daños y perjuicios' - Trib. Sup. Just. Bs. As. (Ciudad) - 05/06/2012- Cita digital IUSJU210358D

022094E