

Danos Y Perjuicios Responsabilidad Medica Negligencia En La Atencion De Un Parto

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Responsabilidad médica. Negligencia en la atención de un parto

Se confirma la sentencia que hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Estado Nacional y se condenó al hospital demandado por negligencia médica en la atención del parto de la actora que ocasionó daños neurológicos severos en el niño.

En Buenos Aires, a los 25 días del mes de octubre de 2017, reunidos en Acuerdo los jueces de la Sala 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal para dictar sentencia en los autos mencionados en el epígrafe, y de conformidad con el orden del sorteo efectuado, la doctora María Susana Najurieta dijo:

1. La sentencia de fs. 687/696 hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Estado Nacional y encontró responsable al codemandado Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas por negligencias en la atención médica de la coactora, señora G. E. I., en ocasión del nacimiento del niño G.A.G.I. en julio de 2007, con consecuencias de daños gravísimos -incapacidad del 100 %- para el menor de edad. Consecuentemente, el señor juez a-quo condenó al Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas a abonar a los progenitores la suma de \$ 2.510.000, capital comprensivo de reintegro de gastos, incapacidad física/psíquica y pérdida de chance del niño, daño moral de G.A.G.I., pérdida de chance de los progenitores, daño psíquico de cada uno de ellos y gastos futuros tanto de los padres como del niño. En cuanto a los intereses, la sentencia ordenó que se devengaran desde la fecha del evento dañoso hasta el efectivo pago, a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días. Respecto a las costas, impuso a la actora las correspondientes a la excepción de falta de legitimación pasiva ganada por el Estado Nacional, e impuso al Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas las originadas por la relación actora/codemandado vencido.

2. Este pronunciamiento fue apelado por la parte actora, por el Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas y por la Defensora oficial. El recurso de la demandante, concedido a fs. 699 fue fundado a fs. 708/724 y mereció la contestación del demandado a fs. 733/736. La apelación del Hospital Nacional Alejandro Posadas fue concedida a fs. 705; el memorial de agravios corre a fs. 725/729 y recibió la contestación de la contraria a fs. 737/747. Tras algunas vicisitudes procesales (ver fs. 759/762), la Defensora oficial apeló la sentencia a fs. 750 y sustentó su recurso a fs. 763/768, el cual fue respondido por la parte actora a fs. 773/780 y por la parte demandada a fs. 770/772.

En esta instancia y ante circunstancias advertidas en la compulsa del expediente, que se expresaron en la resolución interlocutoria de fs. 783, el Tribunal decidió hacer uso de las facultades contempladas en el artículo 36, inciso 4º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y dictó una medida para mejor proveer a fin de procurar el esclarecimiento de algunos hechos a través de la intervención del Cuerpo Médico Forense, que dio su informe a fs. 791/794. Ante este dictamen, las partes presentaron impugnaciones a fs. 796 y observaciones a fs. 801, dando lugar a una ampliación de la medida y de las preguntas ante el Cuerpo Médico Forense (fs. 802). La respuesta corre a fs. 803/806, la que fue puesta en conocimiento de las partes como así también del señor Defensor Público Coadyuvante (fs. 816). Todo este material será tenido debidamente en consideración en la sentencia, integrado con el resto de la prueba pertinente.

3. Comenzaré por presentar el recurso del Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas -en adelante ?Hospital Posadas?- habida cuenta que impugna la sentencia por arbitraria por cuanto ha atribuido responsabilidad a su parte, en contradicción con las reglas de la buena práctica médica. Este recurrente fundamenta dos reproches, a saber, la responsabilidad puesta a su cargo y, subsidiariamente, la irrazonable procedencia y cuantificación de los rubros que componen la indemnización. Concretamente, los principales agravios pueden agruparse en los siguientes: a) la conclusión sobre la responsabilidad del hospital ha sido formada con sustento en un único dictamen pericial errado, que no se ajusta a la realidad plasmada en la historia clínica de la paciente ni a las reglas del arte, según las normas de la Dirección Nacional de Maternidad e Infancia de la Secretaría de Salud y Medio Ambiente de la Nación; b) es dogmático y arbitrario afirmar que la conducta médica adecuada hubiera sido disponer un nacimiento por cesárea; c) en atención a la falta de correspondencia entre el dictamen y la historia clínica, el demandado reclama en esta instancia -con invocación del artículo 260 del Código Procesal Civil y Comercial- la intervención del Cuerpo Médico Forense a fin de contar con un dictamen imparcial y preparado por profesionales idóneos. Subsidiariamente, en cuanto a la impugnación de la indemnización concedida en primera instancia, el recurrente cuestiona: a) la falta de justificación del monto de \$ 40.000 admitido como reintegro de ?gastos médicos? de los padres; b) la errada inclusión del ?daño psíquico? del niño como rubro autónomo, en tanto debió incluirse en la determinación del daño moral; c) la falta de fundamento respecto del daño moral de G.A.G.I.; d) la superposición de los conceptos de ?pérdida de chance?, que concluyó en la atribución de \$ 100.000 a los progenitores por una expectativa frustrada de cuidado y protección que se identifica con el fundamento de lo otorgado al niño; e) la confusión entre el ?daño psicológico? de los padres y la admisión de ?gastos futuros?, habida cuenta que, en definitiva,

ambos rubros consisten en pagar los gastos de tratamiento de rehabilitación futura; y f) finalmente, la parte demandada sostiene que reconocer \$ 300.000 por gastos futuros del niño es exorbitante dado que la madre habría manifestado que no tienen confianza en las prestaciones médicas y/o escolares que pudieran corresponder al caso. 4. En el memorial de fs. 708/724 la parte actora presenta numerosos reproches contra la sentencia de grado, que pueden agruparse en los siguientes: a) lo concerniente al cuestionamiento de los montos que conforman la indemnización (gastos realizados, daños psicofísicos, daño moral del menor, daño psíquico y gastos futuros de los progenitores, gastos futuros del niño y daño por pérdida de chance); en tal sentido, afirma que no fueron calculados a valores históricos ni actuales y que son insuficientes en consideración a la gran incapacidad y a la desconexión con el mundo que se deriva de las graves lesiones cerebrales del niño G.A.G.I.; b) lo atinente a la falta de discriminación del capital e intereses que son de titularidad del niño respecto del capital e intereses de titularidad de los progenitores; sostiene que sobre los intereses (frutos civiles) devengados entre el día del hecho y el 1/8/2015 -momento de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación-, los progenitores tienen usufructo de libre disponibilidad, sin control del Ministerio Público y que ello debe ser materia de discriminación en el texto de la sentencia; c) la omisión de fijar un plazo para el cumplimiento de la sentencia, que no puede superar los treinta días por tratarse de una cuestión alimentaria respecto de una familia de moderados recursos; d) reprocha, asimismo, la admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Estado Nacional; en este sentido, reclama la condena del Estado Nacional puesto que el Hospital Alejandro Posadas sólo es un organismo descentralizado, administrado y financiado por el Estado Nacional; subsidiariamente, se queja por la imposición de las costas a cargo de la actora respecto de esta excepción; y e) finalmente, cuestiona que los jueces de la causa no han tenido contacto directo con el niño y con el grupo familiar y, en tal sentido, solicita que el Tribunal fije una audiencia para asistir el letrado con sus mandantes, incluyendo el niño, con o sin la participación de los contrarios (punto 14 de fs. 724). 5. En el escrito de fs. 763/768 la Dra. Florencia Plazas, Defensora Pública Oficial ante este Tribunal, se adhiere en general a la apelación de la parte actora, poniendo el acento: a) en la escasa cuantía del monto reconocido como resarcimiento del daño moral de G.A.G.I.; b) en la errónea decisión sobre la falta de legitimación pasiva del Estado Nacional; en todo caso y en subsidio sobre la decisión, solicita revocar la imposición de costas a la parte actora en relación a esta excepción; c) en la necesidad de que el Tribunal disponga que la condena sea abonada por el demandado en forma inmediata y espontánea, evitando someter a la víctima de un grave daño al retardo de toda ejecución de sentencia. Asimismo, y sin que ello represente agravio alguno respecto de la sentencia de primera instancia -sino una respuesta al memorial de la actora- expresa su disconformidad con lo pretendido en su memorial por el apoderado de la demandante, en cuanto al usufructo de los progenitores de los intereses que se han devengado por la indemnización debida al hijo. Afirma al respecto que lo dispuesto por el Código de Vélez ha sido fuertemente criticado por su inconstitucionalidad y que la solución correcta es la plasmada en el art. 697 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. 6. Responderé los agravios que han presentado la parte actora y la Defensora Pública Oficial ante este Tribunal, con relación a la admisión por parte del señor juez a-quo de la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta oportunamente por el Estado Nacional. El Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas de El Palomar, Partido de Morón, Provincia de Buenos Aires, es una persona jurídica pública, comprendida en el artículo 1° de la ley 19.337 como entidad descentralizada, que goza de personalidad jurídica propia, con aptitud de ser sujeto de derechos, con capacidad para obligarse contractualmente y actuar en juicio, ya sea como actor o como demandado. Es una entidad comprendida en el régimen de Hospitales Públicos de Gestión Descentralizada -decreto n° 578/93 y modificación por el decreto 939/2000- y, en esta situación, no tiene vínculos jerárquicos respecto de la Administración Central sino que el Estado Nacional posee a su respecto, una eventual responsabilidad subsidiaria, por falta a la obligación de control tutelar (Balbín Carlos F., Tratado de Derecho Administrativo, tomo IV, ed. La Ley, págs. 362/365). Este Tribunal ha tenido precedentes en donde el Estado Nacional ha querido intervenir para la mejor defensa de los intereses en riesgo del ente descentralizado. Por el contrario, en estos autos, el Estado Nacional opuso la excepción de falta de legitimación sustancial pasiva y ella es procedente pues el fundamento de la responsabilidad es exclusivamente la mala práctica médica y los profesionales del nosocomio no están laboralmente relacionados con el Estado Nacional. No obstante, en virtud del principio de la comunicación de los patrimonios entre el Estado central y los entes descentralizados, cabe concluir que la responsabilidad del Estado Nacional es de carácter subsidiario tal como corresponde a la diferenciación de personalidades que hemos señalado, y su fundamento es la obligación de tutelaje (confr. Balbín Carlos F., obra citada precedentemente, pág. 367). Esto conduce a confirmar la admisión de la excepción de falta de legitimación sustancial pasiva opuesta por el Estado Nacional, sin perjuicio de que lo atinente a su responsabilidad subsidiaria podrá discutirse en caso de configurarse las condiciones necesarias, que no son absolutamente evidentes en este estadio del proceso. Ciertamente, la particular naturaleza de la responsabilidad de los entes descentralizados conduce a la revocación de la decisión atinente a las costas por esta defensa, que se distribuirán en el orden causado (art. 70, segundo párrafo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). 7. Por razones de orden lógico, me corresponde en primer lugar el tratamiento del tema de la responsabilidad, que constituye el principal agravio del Hospital Posadas. En atención a

la complejidad y a la multiplicidad de cuestiones que son debatidas en este litigio, adelanto que aplicaré la jurisprudencia que sostiene que el juez no está obligado a seguir todas y cada una de las argumentaciones que le presentan las partes, sino sólo las conducentes para el correcto enfoque y resolución del conflicto (doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 258: 304; 262: 222; 291: 390 entre otros). Destaco, no obstante, que he examinado de manera minuciosa la totalidad de las pruebas, con especial atención a la prueba de la historia clínica (doctrina de Fallos 324: 2689), absolutamente relevante en conflictos de esta naturaleza, que no ha sido acompañada por el Hospital Posadas en sus piezas originales sino en fotocopias de difícil lectura (en alguno de sus elementos componentes), lo cual no hace sino perjudicar la posición del centro médico demandado por cuanto la historia clínica es la pieza privilegiada que permite seguir la evolución de la atención recibida por la señora I., desde el momento de su internación hasta el momento del nacimiento de su hijo. En efecto, la observación del Cuerpo Médico Forense, en el sentido de que se ha visto obligado a trabajar sobre fotocopias que llevan la autenticación de un dependiente del Hospital Posadas y la falta de registro impreso del monitoreo fetal (fs. 804 bis), no contribuye a dar certeza sobre la sucesión de los actos de seguimiento médico, situación que perjudica la mejor defensa que pudo ofrecer la parte demandada. Destaco, además, que en litigios de esta índole, el juicio del magistrado debe estar informado por las peritaciones científicas (art. 457, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; esta Sala, causa 5643/92 del 8/8/2000; causa 3631/93 del 30/4/2002; causa 17.750/96 del 3/7/2003, entre muchas otras). Si bien la pericia técnica tiene un valor relevante, máxime cuando es completada por la intervención del Cuerpo Médico Forense (esta Sala, causa 1992/99 del 8/5/2003; causa 17.750/96, ya citada), también es cierto que su ponderación debe responder a las reglas de la sana crítica, y debe ser apreciada a la luz de las demás pruebas producidas que acrediten los hechos de conformidad con principios científicos -impugnaciones de las partes, dictámenes de consultores, y demás elementos indiciarios que resulten de la historia clínica, en su caso-, todo lo cual he ponderado con detenimiento en este caso.

8. Los hechos relevantes que han quedado demostrados son los siguientes, expuestos en apretada síntesis. La señora G. E. I., de 34 años de edad, fue controlada en el Servicio de Obstetricia del Hospital Posadas desde la séptima semana de gestación. En ocasión de un estudio ecográfico, en abril de 2007, se advirtieron cuatro núcleos miomatosos. En junio 2007, en la semana 36,3 se le realizó un estudio para la pesquisa del *Estreptococo* *Betahemolítico*, el que resultó positivo y dio lugar a tratamiento. En el mes de julio se le realizaron dos monitoreos fetales, el 10 de julio y el 17 de julio, en que concurre a controles externos y se decide su internación. En el examen clínico se registra embarazo de 41 semanas y en el examen ginecológico se anota "feto único en cefálica FCF 142 x min.", dinámica uterina aislada, bolsa íntegra (fs. 504vta/505; fs. 591). La historia clínica no menciona monitoreo con registro papel ni ecografía al tiempo de la internación. Hay un registro de "pase nocturno" firmado por el Dr. Valdivia, que anota dinámica uterina de una contracción cada 10 minutos de 20' de duración. A las 8 hs del 18 de julio, se anota 1,5 cm de dilatación y FCF de 140 por minuto. Se decide inducción del parto y se registra aplicación de *occitoxina* por vía EV desde las 9 hs. La droga registrada es *Syntocinon*. A las 10,30 hs. se aumenta la unidad de *occitoxina* y nuevamente se eleva a las 11 hs. (16 mU/Kg min). En la historia clínica constan registros de monitoreo fetal externo manual cada aproximadamente 30', salvo en el período expulsivo, en que se anota un control a las 20 hs. y el siguiente a las 20,40 hs. (conf. vs. 591/592, en coincidencia con el dictamen de fs. 792 y fs. 804). A las 12 horas del 18 de julio se le administra *Ampicilina* 2 gr, y se refuerza a las 16 hs. (1 gr) y a las 20 horas (1 gr.). Las evoluciones entre las 9 horas y las 19,30 hs. están firmadas por tres Obstetras diferentes, acompañada la firma por la médica Dra. Luciana Rebottaro y en una oportunidad por la médica Andrea Haeve. Los registros de las 20 y de las 20,40 hs. están firmados por la médica Sabrina Escobar. A las 20,45 nace el niño G.A. con un peso de 3060 gr., con Apgar 3 al minuto, Apgar 5 a los cinco minutos y Apgar 7 a los siete minutos, sin respiraciones espontáneas, cianótico, siendo el PH del cordón al nacer de un valor de 6.90 (con EB de -20). Ello significa un niño deprimido grave, con acidosis fetal severa, dificultad respiratoria (se le practican maniobras de reanimación externa sin respuesta y ventilación positiva con bolsa de reservorio, suprimiéndose oxígeno desde la noche del día de su nacimiento -sin especificar hora). Se internó en UTIN con diagnóstico de RN deprimido grave con antecedente de sufrimiento fetal agudo. En la evaluación neurológica del 24 de julio, la doctora Frenkel diagnosticó "Encefalopatía hipóxica isquémica perinatal".

9. Ahora bien, en orden a la responsabilidad médica, de los profesionales y de los nosocomios, se trata de la aplicación de los principios generales, con algunas particularidades en cuanto a la configuración de la falta médica, siendo la culpa el factor de imputabilidad necesario para que la responsabilidad exista. Ciertamente la ciencia médica no es una ecuación exacta, pero la previsión del eventual daño en las circunstancias particulares de cada especie y el juicio sobre la omisión de las diligencias debidas al paciente en consideración a la formación profesional, idoneidad y dedicación que debe prodigar el médico, es un estándar severo que responde al art. 902 del Código Civil vigente al tiempo de los hechos, es decir: "cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y el pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos". Ello es así pues la medicina es un arte incompatible con actitudes superficiales y, en cada caso, la diligencia debida es la que corresponde a las particulares circunstancias de las personas, en un tiempo y un lugar determinado (conf. esta Cámara, Sala III, causa "G.D.O. y otros c. Corporación Asistencial S.A. y otros, del

17/6/2008, publicada en RCyS 2008-1089). En este orden de ideas, en la noción de culpa está comprendida la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. En tanto la culpa exista y medie suficiente nexo causal entre esa conducta y el daño producido, habrá responsabilidad del deudor (esta Cámara, Sala 1, causa n° 855/95 del 28/12/95, Sala 1 causa n° 22.655/96 del 13/4/2004 y sus citas; conf. Trigo Represas Félix A., ¿Responsabilidad civil de los médicos y establecimientos asistenciales?, en La ley 1981-D-p. 140 y en La Ley 1984-C- 586; Garay Oscar Ernesto, ¿La responsabilidad civil de los médicos? en la obra colectiva Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, Biotética y Justicia: civil y penal, Coordinador Oscar Ernesto Garay, ed. La Ley, 2003, p. 742) 10. El dilema relevante es establecer si existe causalidad apropiada entre las conductas de los distintos profesionales del arte de curar que atendieron a la señora I. desde su internación en el Hospital Posadas y hasta el nacimiento del niño G.A. -por las que responde el centro médico demandado- y el resultado de daño cerebral por sufrimiento fetal agudo, que se diagnosticó al nacimiento del niño. La modalidad de atención durante los días 17 y 18 de julio de 2007 fue por turnos -de 9 a 14,30 hs; de 15 a 17 hs.; de 17,30 a 19,30 hs. y la evolución comprendida entre las 20 y las 20,40 hs.-, pero esta fragmentación y la ausencia de un seguimiento personalizado por un médico obstetra de cabecera o por un director del servicio, no puede disculpar omisiones que hubieran podido prevenir, evitar o al menos mitigar el gran daño. Recuerdo que a pesar de su importancia técnica significativa -como ocurre en el sub-lite-, las opiniones de los peritos no resultan vinculantes para el juzgador (art. 386 y 477 del Código Procesal), quien debe examinar los dictámenes con el conjunto de datos objetivos de la causa y de conformidad con las reglas de la sana crítica, las que imponen, cuanto menos, ignorar los excesos subjetivos y las autocontradicciones. Prescindiré, por ejemplo, de la información que brinda el Dr. Peñalba a fs. 496 respecto del suministro del medicamento ¿Duratocin? (agente uterotónico-Carbetocin-solución inyectable), que no fue registrado en la historia clínica y no aparece corroborado en ningún dato objetivo (donde consta que la droga suministrada para la inducción del parto fue Syntocinon, fs. 712). También prescindiré de la conclusión final del Dr. Villalba, quien sostuvo a fs. 805 que el monitoreo fetal electrónico es imprescindible en un parto inducido, afirmación que no fue sostenida en su primer dictamen de fs. 793 donde afirmó que el monitoreo clínico es el que habitualmente se utiliza, ni por el Dr. Peñalba a fs. 526, que afirma como conducta correcta el monitoreo manual según estetoscopio de Pinard y las reglas de la auscultación fetal según la especialidad obstétrica. Apreciadas en su conjunto las distintas experticias, más las impugnaciones de la consultora de la parte actora y las impugnaciones de la demandada, y confrontado todo ello con la historia clínica -al menos las piezas acompañadas en fotocopia por el Hospital Posadas-, llego a la conclusión de las siguientes conductas inadecuadas y omisivas, de graves consecuencias: no se efectuó ecografía de la señora I. en el momento de la internación o en la mañana del 18 de julio, en el momento previo a la decisión de inducción del parto; durante la noche del 17 al 18 de julio de 2007 sólo se registró un ¿pase nocturno? a hora no determinada; no se efectuó el control de la frecuencia cardíaca fetal con la periodicidad debida a la situación de parto inducido y a la carencia de un monitor fetal electrónico: la anotación en la historia clínica cada media hora en el período de dilatación y de cuarenta minutos en el período expulsivo es altamente deficiente (fs. 595); no se monitorearon los latidos fetales en relación con la contracción y el pulso materno para la detección de la presencia de DIPS I y DIPS II (fs. 524, en coincidencia con la impugnación de fs. 798 y vta.). Ello es relevante puesto que un solo registro -que no revela duración- no es idóneo para detectar la alteración del patrón cardíaco del feto una vez pasada la contracción, alteración que puede significar que no está recibiendo suficiente oxígeno. La deficiente supervisión de la evolución del parto -que llega a la mayor deficiencia en el período expulsivo, en que se hace una medición a las 20 hs. y la siguiente a las 20,40 hs.- impidió advertir la alteración de la frecuencia cardíaca fetal -con indicadores de alteración del intercambio oxigenativo- y adoptar las conductas médicas habituales para evitar el daño, que son: colocar a la paciente en decúbito lateral, intentar disminuir el ritmo contráctil de ser posible y/o necesario, y administrar oxígeno inhalatorio a la paciente intentando así normalizar la frecuencia cardíaca fetal (fs. 714). Agrega el dictamen del Dr. Villalba: ¿...si no se lograra este objetivo en el corto plazo, corresponde la inmediata extracción fetal por la vía que requiera el menor tiempo para su realización (extracción fetal con fórceps o cesárea de urgencia)...? (fs. 714). Ello significa que están demostradas las omisiones y deficiencias incurridas durante la atención del trabajo de parto, toda vez que la conducta médica apropiada y debida hubiera permitido modificar la conducta obstétrica y evitar el resultado dañoso. En suma, del conjunto de las pruebas producidas y aportadas, apreciadas según las reglas de la sana crítica, concluyo como lo ha hecho el señor juez de la primera instancia en la responsabilidad de la parte demandada Hospital Posadas -por la deficiente atención del parto de la señora I.- que provocó el daño neurológico en el niño G.A.G.I. 11. Corresponde tratar los agravios que ambas partes dirigen contra la cuantificación del resarcimiento, establecida en el capítulo VII de la sentencia. A fin de ponderar los reproches de ambas partes no debe perderse de vista que el niño sufre ¿encefalopatía hipóxica izquémica perinatal más epilepsia con retraso madurativo y escasa movilidad motora, gran dificultad para la realización de cualquier tipo de tareas y dependencia permanente. Su incapacidad es del 100%, en la actualidad cuenta con diez años de edad y, de conformidad con el dictamen pericial de fs. 607/608, su estado general (en junio de 2015) se evidenciaba algo deteriorado, por falta de atención médica apropiada. En este contexto de total vulneración del

derecho fundamental del niño a su integridad física y psíquica, de completa dependencia de terceros para todos los actos de su vida lo cual entraña gastos permanentes -aun cuando se contara con prestaciones asistenciales, de las que no ha habido prueba-, además de la privación de la expansión de sus posibilidades intelectuales e incluso la privación de su posibilidad de conectarse con la realidad y gozar con una situación anímica que le permita discernir sus sentimientos; en tales condiciones, encuentro que los reproches que la parte demandada ha enunciado en los puntos 3.1, 3.2., 3.3., 3.4., y 3.6 de su memorial (fs. 726/728) son completamente insustanciales, expresan meras disconformidades que no refutan los fundamentos del juez, quien ha justificado cada rubro y, en consecuencia, no satisfacen los requisitos procesales establecidos en el art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En cuanto al fundamento del monto admitido por daño moral, agregaré que lo que caracteriza este supuesto no es propiamente la angustia o el sufrimiento por la consciencia de la propia situación, sino el disvalor subjetivo que se produce en la persona cuando se han cercenado sus derechos inherentes a su personalidad con probable minoración de su aptitud de sentir (conf. M. Zavala de González, ¿Las personas sin discernimiento y las personas jurídicas como sujetos pasivos de daño moral?, J 1985-I-794; R.D.Pizarro, ¿Daño moral causado a personas sin discernimiento?, JA 1996-III-193; esta Cámara, sala III, sentencia del 17/6/2008, ya citada). Entre los reproches que formula el Hospital Posadas aparece el cuestionamiento al monto de resarcimiento admitido como daño psíquico de los progenitores, rubro que considera superpuesto con el monto admitido para gastos de tratamiento futuro de psicoterapia. Ahora bien: esta Sala normalmente no ha admitido la reparación autónoma del daño psíquico -como regla general- pues normalmente hemos ponderado el impacto de esta minoración tanto en el plano de la incapacidad física o, más frecuentemente, en el plano de la mortificación moral. Ciertamente, es absurdo desconocer las inconmensurables angustias y perturbaciones emocionales de los padres de un niño que padece daño neurológico severo como consecuencia de la falta de diligencia del accionar médico en ocasión del nacimiento. Sin embargo, los padres no han reclamado daño moral propio en este litigio y el dictamen de fs. 607/608 da cuenta del daño psíquico estable y de difícil recuperación que padecen ambos progenitores, habiendo establecido una incapacidad del 35% para la madre y del 25% para el padre. Ello sin perjuicio de la recomendación de tratamiento psicológico (fs. 608). En consecuencia, el presente es un caso en el que no seguiré la doctrina jurisprudencial habitual de esta Sala puesto que considero que la reparación del daño psíquico de los padres del niño debe ser admitido en forma autónoma, teniendo en cuenta su magnitud y su permanencia (conf. esta Sala, causa 14.053/03 ?C.V.B.G.A. c/R.A.G. y otro, s/daños y perjuicios? del 21/8/2007). Destaco que no encuentro superposición ninguna con el rubro de gastos de tratamiento de rehabilitación psicológica, que la experta aconseja como un tratamiento necesario y prolongado, a fin de mejorar el equilibrio de los progenitores, en el contexto dado, cuestión que abordaré en los considerandos siguientes, al tratar el recurso de la parte actora. En suma, propiciaré rechazar los agravios de la parte demandada sobre el rubro ?daño psicológico de los progenitores? y declarar desierto sus reproches sobre las restantes cuestiones que hacen a la cuantificación del resarcimiento (art. 266 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). 12. Respecto del memorial de fs. 708/724 de la parte actora y el escrito con argumentos coadyuvantes -en principio- de la señora Defensora Pública Oficial ante este Tribunal, recordaré la doctrina jurisprudencial que sostiene que el juez no está obligado a seguir a las partes en todos sus razonamientos ni analizar los argumentos que estime que no son decisivos, ni examinar todos y cada una de los planteos que se deduzcan, sino que está obligado a motivar su decisión de manera razonable y circunstanciada respecto de todos aquellos asuntos conducentes del litigio (artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación). En la decisión de tales cuestiones, resulta esencial la razonabilidad y pertinencia de la decisión del magistrado de la primera instancia y la entidad de los agravios de la parte. En este orden de ideas, me pronunciaré sobre los agravios atinentes al daño moral y a los gastos futuros del niño, a la insuficiencia de los montos asignados para tratamiento psicológico futuro de los progenitores, a la cuestión del reclamado usufructo de los progenitores sobre los intereses que se han devengado por la indemnización conferida al hijo hasta la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial y, finalmente, la petición de la parte actora sobre la audición del niño. En primer lugar, destaco que lo que se denomina daño moral es una conceptualización que proviene de la tradición francesa, vinculada esencialmente con el sufrimiento -y por tanto con la consciencia para percibir el dolor- y no con el paradigma actual que sostiene una visión integral de la persona humana y de su inviolabilidad, y de la necesidad de resarcir el detrimento a sus derechos personalísimos, que es un daño jurídico en la esfera extrapatrimonial (conf. Mosset Iturraspe Jorge/Piedecabras Miguel A., Responsabilidad por daño, Código Civil y Comercial de la Nación, tomo V, Daño no patrimonial a la persona, Rubinzal Culzoni Editores, 2016, pp. 20/22). Este último concepto se abrió paso en doctrina argentina a partir del II Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, 1991), ha sido receptado por la jurisprudencia argentina y se ha plasmado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en especial, en el segundo párrafo del artículo 1738, en el concepto de la reparación plena y en el último párrafo del artículo 1741, que orienta la cuantificación a fin de que pueda lograr las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puede procurar la suma de dinero que se admita. En este orden de ideas, considero razonable el monto de \$ 700.000 que ha fijado -a valores históricos- el señor juez de la anterior instancia, que propongo confirmar y que no necesita ninguna

demostración dado que el perjuicio a los derechos personalísimos de G.A. es notorio. En cuanto al monto reconocido en la sentencia para cubrir gastos futuros del niño (\$ 300.000), considero de toda evidencia que el magistrado ha ponderado esa suma a valores históricos habida cuenta la modalidad en que ha dispuesto la liquidación de los intereses. En atención a esta comprensión, juzgo que el rubro representa una apropiada indemnización pues basta adicionar los intereses ordenados en la sentencia para apreciar que el resultado a la fecha de la ejecución arrojará una suma significativa que permitirá costear el apoyo profesional y de medicamentos que supone la situación de dependencia total del niño respecto de las acciones de la vida cotidiana. Por ello, nada modificaré en cuanto a este rubro. 13. En cuanto a ?gastos futuros de los progenitores? (capítulo vii de la sentencia, fs. 695 vta.) el señor juez ha admitido la suma de \$ 50.000 para cada uno de los padres, a fin de encarar en el futuro el tratamiento psicológico que ha determinado la licenciada en psicología (fs.608) como una necesidad de mejorar la perturbación por el estrés que se deriva de la situación del niño. Para ello ha tomado el valor de la sesión informado por la experta en junio de 2015. Entiendo que existe un parámetro objetivo para admitir este rubro a valores actuales, pues ninguno de los progenitores sigue actualmente ningún tratamiento y son acciones a encarar en el futuro para mejorar la situación detectada mediante un tratamiento profesional. Se trata de un tratamiento prolongado, que comprenderá una fase inicial, para equilibrar la situación de los padres y otra fase de continuidad, para acompañar el crecimiento del hijo. En consecuencia, propiciaré elevar estos valores y apreciar un monto destinado a este objetivo -a valores actuales y estimando una continuidad de tratamiento de, al menos, cinco años- de \$ 180.000 para el señor José Alberto Gómez y de \$ 200.000 para la señora G. E. I. Estas sumas, por estar destinadas a gastos futuros, devengarán intereses a partir de los diez días de notificada la sentencia, a la tasa que cobra el Banco de la Nación argentina en sus operaciones de descuento de documentos a treinta días. 14. Debo tratar una petición del apoderado de los progenitores (punto 10 del memorial de agravios), por la cual solicita que el Tribunal declare explícitamente que los progenitores tienen el usufructo de los réditos generados por el dinero de la indemnización debida al niño, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil de Vélez Sársfield, durante el período comprendido entre el hecho -nacimiento del hijo- y la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación -1/8/2015- que modificó el criterio en el nuevo artículo 697 de ese cuerpo legal. A esta petición se opuso la señora Defensora Oficial en su memorial de fs. 763 y ss., donde sostiene que el capital del resarcimiento otorgado al menor de edad, con sus réditos, integran la indemnización debida al hijo y deben ser conservados y reservados para ellos (fs. 766vta.). Se trata de una cuestión atinente al ejercicio de la responsabilidad parental por los progenitores, especialmente a las facultades de administración de los bienes del hijo que padece una gran incapacidad (artículos 689 a 692 y artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación). Entiendo que a este Tribunal con competencia federal sobre el reclamo de responsabilidad civil por mala praxis contra un ente autárquico nacional, no le corresponde emitir ninguna resolución al respecto. No obstante, a los efectos de dar claridad a la titularidad del capital de la condena, diré que al padre señor José Alberto Gómez se le ha reconocido una indemnización de \$ 280.000 (capital), de los cuales la suma de \$ 180.000 están destinados a costear un tratamiento de rehabilitación psicológica futuro, con lo cual esa suma devengará intereses a partir de los diez días posteriores a la notificación de esta sentencia. En el caso de la señora G. E. I., el resarcimiento a su favor asciende a un capital de \$ 310.000, de los cuales la suma de \$ 200.000 están destinados a costear un tratamiento de rehabilitación psicológica futuro, con lo cual esa suma devengará intereses a partir de los diez días posteriores a la notificación de esta sentencia. En cuanto a la condena en favor de G.A. asciende a un capital de \$ 2.200.000, tal como ha dispuesto el señor juez de la primera instancia, que devengará intereses a partir del hecho (18/7/2007) y hasta el efectivo pago a la tasa activa ordenada por el señor magistrado de primera instancia. El capital y los intereses del capital que se han admitido corresponden a la titularidad del niño menor de edad. Entiendo que la antigua disposición sobre el usufructo paterno, que reconocía sus orígenes en el derecho griego respecto de bienes heredados por los hijos y en el régimen romano del peculio adventicio, es un arcaísmo que representa una ventaja injustificada para los progenitores (conf. Belluscio Augusto, Derecho de Familia, Abeledo Perrot, 2016, pp.566/567), que ha sido derogado por las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y, en todo caso, es inaplicable cuando el origen de los bienes es una indemnización por gran daño, necesaria para que el niño reciba los beneficios de la función reparadora de la responsabilidad, disponiendo de medios económicos suficientes para su cuidado y atención profesional y para su educación y esparcimiento en la mayor medida que lo permitan sus potencialidades. 15. No he propiciado la convocatoria a una audiencia de conocimiento directo del menor de edad -peticionada por el apoderado de los actores a fs. 724, punto 14-. Ello es así porque considero que una razonable interpretación del derecho fundamental del niño o niña a ser oído, contemplado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, debe ser coherente con la naturaleza del litigio y con las circunstancias concretas de cada menor de edad. En efecto, en el caso, se trata de un típico caso de responsabilidad civil, donde las secuelas médicas han sido evaluadas a través de diferentes experticias médicas y psicológicas. El derecho del niño a ser escuchado exige que el procedimiento judicial no sea una mera formalidad sino que se respete su dignidad esencial de persona, que incluye una explicación del motivo de la audición y de sus modalidades, con el propósito de que pueda expresarse libremente teniendo en cuenta su edad y madurez. Por lo

demás, el respeto al niño exige que esa participación sea siempre preparada y voluntaria (Observación n° 12 -2009- ¿El derecho del niño a ser escuchado?, documento CRC/C/GC/12 del Comité de los Derechos del Niño). En especial, el ejercicio del derecho contemplado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño está vinculado con los demás principios esenciales de dicha convención, siendo particularmente interdependiente con el artículo 3, que establece como consideración fundamental el interés superior del niño. En las condiciones particulares de G.A.G.I. -ver certificado de discapacidad de fs. 672 y las manifestaciones de fs. 711 del memorial de agravios-, se estima que la presencia directa del niño ante el tribunal sería una forma de revictimización contraria a su dignidad esencial, toda vez que los elementos que son necesarios para la justa resolución de la causa constan en el expediente y han sido apropiadamente expuestas por los representantes legales del niño y por la representación que corresponde al Ministerio Público ante este fuero federal.

16. Un último punto traído a esta Alzada por la señora Defensora Oficial plantea la necesidad del niño de contar en forma inmediata con la indemnización otorgada, a fin de su aplicación sin tardanza a los fines a que está destinada. Al respecto diré que es de toda evidencia que el monto de la condena al Hospital Posadas es una obligación excluida del régimen de consolidación de deudas -que tiene su origen en hechos de 2007- y ello es así aun en el supuesto en que el comprometido fuese el patrimonio del Estado Nacional, sujeto que, reitero, ha presentado excepción de falta de legitimación pasiva, la que ha sido admitida por el tribunal. No se trata propiamente de un agravio puesto que el señor juez de primera instancia en ningún punto ha dejado inferir que la obligación a cargo de la parte demandada estuviera sometida al régimen de consolidación del pasivo público. Sabido es que las indemnizaciones por daño a la vida y a la integridad física no pueden sufrir demoras que desnaturalicen su esencia (doctrina de Fallos 329: 5382 y Fallos 333: 2061) y, en el caso, propicio respecto de la suma de dinero destinada a gastos futuros, que los intereses moratorios correrán a partir de los diez días de la notificación de esta sentencia.

17. En cuanto a la cuestión introducida por el hospital demandado a fs. 771vta. /772, considero que atañe a la ejecución de la sentencia y deberá ser planteada y resuelta en la etapa pertinente.

Por lo expuesto, propiciaré: a) confirmar la admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Estado Nacional, con costas en el orden causado; b) rechazar el recurso del Hospital Posadas y confirmar la atribución de responsabilidad a su cargo; c) declarar desierto el recurso del demandado respecto de la cuantificación de la indemnización; d) admitir parcialmente el recurso de la parte actora, exclusivamente en cuanto se elevan por la presente los montos admitidos para el tratamiento psicológico de los progenitores del niño G.A.G.I., en los términos y con los intereses que se han dispuesto en el considerando 13° de la sentencia; y e) en esta instancia, imponer las costas íntegramente a cargo de la parte demandada sustancialmente vencida (art. 68, primera parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Así voto.

Los doctores Fernando A. Uriarte y Francisco de las Carreras adhieren al voto que antecede.

En mérito a lo deliberado y a las conclusiones del Acuerdo precedente, el Tribunal RESUELVE: a) confirmar la admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Estado Nacional, con costas en el orden causado; b) rechazar el recurso del Hospital Posadas y confirmar la atribución de responsabilidad a su cargo; c) declarar desierto el recurso del demandado respecto de la cuantificación de la indemnización; d) admitir parcialmente el recurso de la parte actora, exclusivamente en cuanto se elevan por la presente los montos admitidos para el tratamiento psicológico de los progenitores del niño G.A.G.I., en los términos y con los intereses que se han dispuesto en el considerando 13° de la sentencia; y e) imponer las costas de esta instancia íntegramente a cargo de la parte demandada sustancialmente vencida (art. 68, primera parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Una vez que se regulen los honorarios por los trabajos de la primera instancia, se procederá como corresponde en la Alzada.

Regístrese,
notifíquese -al Señor Defensor Público en su despacho- y devuélvanse los autos.

Fernando A. Uriarte María Susana
Najurieta Francisco de las Carreras 022496E