

## Responsabilidad Medica Responsabilidad Del Hospital Muerte De Un Bebe Muerte Del Hijo Perdida De Chance Dano Futuro Dano Moral

### JURISPRUDENCIA

### Responsabilidad médica. Responsabilidad del hospital. Muerte de un

bebé. Muerte del hijo. Pérdida de chance. Daño futuro. Daño moral Se revoca la sentencia apelada y se condena a un hospital por la muerte de un bebé, al acreditarse que se le practicó con demora a su madre una cesárea urgente por estar el quirófano ocupado, circunstancia que debió suplirse mediante un adecuado y rápido traslado a otro centro asistencial cercano, en tanto una oportuna intervención hubiera brindado al recién nacido mejores chances de sobrevivida. En la ciudad de Mar del Plata, a los 23 días del mes de febrero de dos mil diecisiete, reunida la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados ?M. R. D. V. y B. H. C/ HOSPITAL SUBZONAL DE BALCARCE Y OTS. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Ricardo D. Monterisi y Néliida I. Zampini, aceptándose la excusación formulada por el Dr. Roberto J. Loustaunau a fs. 1143 por la causal invocada (arts. 30, 32 y cccts. Del C.P.C.). El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes CUESTIONES 1a.) Es justa la sentencia de fs. 830/848? 2a.) Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RICARDO MONTERISI DIJO: I) La sentencia de fs. 830/848 viene a conocimiento de este Tribunal de Alzada con motivo del recurso de apelación deducido a fs. 849. La jueza a quo rechazó la demanda por indemnización de daños y perjuicios promovida por R. D. V. M. y H. O. B. contra E. G., M. B. L., R. D. A., L. G., G. M. B., S. D., el HOSPITAL SUBZONAL DE BALCARCE Dr. FELIPE FOSATTI y la MUNICIPALIDAD DE BALCARCE, con costas a los actores vencidos. Simultáneamente reguló honorarios a los profesionales intervinientes. En el pronunciamiento apelado expresa la jueza de la instancia anterior que según surge de los escritos constitutivos de la litis y material probatorio aportado, se encuentra acreditado que en el año 1995 la actora R. D. V. M. quedó embarazada de su segundo hijo, motivo por el cual concurrió al Hospital Subzonal de Balcarce para ser atendida con fechas 4-1-1996, 9-1-1996, 19-1-1996, 21-1-1996 y 23-1-1996, decidiéndose en esta última oportunidad su internación. También se ha demostrado que el día 24-1-1996 a las 8.00 hs. la paciente fue examinada por el Dr. G. B., quien a las 10 hs. decidió realizar un monitoreo fetal y dar aviso al Dr. G. para efectuar una operación cesárea, que se llevó adelante a las 13.30 hs. Agrega que el bebé nació a las 13.50 hs. practicándosele una aspiración vigorosa de meconio por parte del médico pediatra Dr. D., y que posteriormente fue trasladado a una incubadora en la sala de cuidados intensivos, sufriendo dos paros cardíacos y falleciendo alrededor de las 22.00 horas. Destaca que la responsabilidad médica se rige por los mismos principios que la responsabilidad en general, siendo necesaria -para su configuración- la concurrencia de los cuatro presupuestos que indica la doctrina: el daño, la antijuridicidad, la relación de causalidad y el factor de atribución. Por ende, debe establecerse una conexión causal adecuada entre la acción u omisión del galeno y el daño ocasionado por su intervención.

Indica que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultado, que quien invoca la culpa debe acreditarla y que el instrumento probatorio más relevante es el dictamen pericial médico, que asesora al juez sobre temas habitualmente ajenos a su formación académica. Analiza en primer término el informe pericial del Dr. Jorge A. Salgueiro, especialista en pediatría y neonatología, quien entiende que la conducta del Dr. D. durante la recepción, reanimación y tratamiento del recién nacido fue oportuna y adecuada a los medios a su alcance, puntualizando que ante el agravamiento del cuadro clínico del niño se planteó su derivación a un centro de mayor complejidad, hecho que no llegó a concretarse por el desenlace final. Valora que dichas conclusiones son coincidentes con los testimonios de los Dres. C. y O., por lo que considera que no cabe atribuir responsabilidad alguna al codemandado S. D. en el caso en estudio. Se ocupa seguidamente de la procedencia de la pretensión resarcitoria contra los Dres. A., G. y B. y las obstétricas G. y L., a cuyo efecto analiza la pericia médica de la Dra. M. Antonia Pardo. Transcribe parcialmente las conclusiones de la experta, quien afirma que la muerte del niño obedeció a una corioamnionitis aguda inespecífica (inflamación aguda de la placenta y los anexos) de instalación solapada y no sospechada, agregando que ni los registros de otros controles durante el embarazo ni la reducción del tiempo entre la decisión y la ejecución de la cesárea hubieran cambiado el resultado. Desestima las impugnaciones formuladas por la parte actora al citado dictamen, que entiende corroborado por los testimonios de las auxiliares O., P. y S. y del médico anestesista que intervino en la operación cesárea. Concluye que el deceso del hijo de los accionantes no es consecuencia inmediata ni mediata del obrar de los médicos ni las auxiliares demandadas, por lo que rechaza la acción instaurada a su respecto. En cuanto a la pretensión incoada contra Hospital Subzonal Dr. Felipe Fosatti y el Municipio de Balcarce, subraya que la prestación de servicios médicos (sean suministrados por una clínica, sanatorio u hospital

privado o público) es de índole contractual, de modo que -habiendo sido excluida la responsabilidad de los médicos y obstetras intervinientes- no corresponde endilgar responsabilidad alguna a los entes citados en forma indirecta o refleja. Tampoco advierte acreditado el incumplimiento de la obligación tácita de seguridad que pesa sobre el establecimiento sanitario, por lo que considera que la demanda debe ser íntegramente desestimada, imponiendo las costas del proceso a los accionantes vencidos. II) El apelante expresa sus agravios a fs. 1106/1114, que son respondidos a fs. 1123/1124, 1125/1127 y 1129/1135. Alega que la jueza a quo ha efectuado un análisis parcializado de los hechos y una valoración selectiva de la prueba, omitiendo elementos relevantes e interpretando de manera errónea el plexo probatorio en su conjunto. Puntualiza que se ha excluido toda consideración sobre los hechos anteriores al 23 de enero de 1996 -que forman parte del reclamo- máxime cuando la fecha probable de parto era el 10 de enero, por lo que no se valoró la conducta desplegada por los accionados desde ese momento y hasta el triste desenlace. Afirma que pese a encontrarse con un embarazo a término y haber concurrido en varias oportunidades al hospital siendo atendida por diferentes médicos y obstétricas, no consta en la historia clínica de la Sra. M. que se hubiera realizado ningún examen para corroborar la situación del bebé sino hasta su internación, en que se le efectuó un monitoreo recién el día 24 de enero. Observa que la jueza a quo ha omitido sopesar los dictámenes producidos en sede penal por los Dres. Peñeñory y Rosenthal, quienes coinciden que se trató de un recién nacido post término que padeció sufrimiento fetal y que el parto se tendría que haber producido aproximadamente dos semanas antes. Destaca que la propia perito Pardo -sobre cuyas conclusiones se apoya el fallo- admite que cuando la paciente fue atendida por el Dr. A. ¿era una alternativa razonable indicar, ante las dudas sobre la edad gestacional y la presunción de cumplimiento de término, un control de la vitalidad fetal con monitoreo anteparto...?, lo que contradice su posterior afirmación en el sentido que los controles realizados en el hospital fueron frecuentes y adecuados. La experta también indica que la ecografía practicada el 19 de enero era deficiente porque no describe el volumen del líquido amniótico ni las características de la placenta, datos que pueden orientar para diagnosticar un embarazo post término. Entiende que si la fecha probable de parto consignada en la historia clínica era el 10 de enero, no existían razones para que los profesionales intervinientes (las obstétricas y el Dr. A.) no adecuaran su conducta al tratamiento de un embarazo en término, pues no se realizaron ninguno de los estudios aconsejados a partir de la semana 40 para diagnosticar el sufrimiento fetal crónico. El examen omitido recién se efectuó el 24 de enero luego de 16 horas de internación arrojando la necesidad de acudir a un parto por cesárea, por lo que la ausencia de los estudios previos fue determinante -por omisión y negligencia- para el correcto diagnóstico y evaluación del caso. Advierte que la jueza de primer grado tampoco tuvo en cuenta las consideraciones del perito Dr. Salgueiro, quien concluye (en coincidencia con las pericias producidas en sede penal) que el recién nacido fue producto de un embarazo cronológicamente prolongado de 42 semanas de gestación, que padeció sufrimiento fetal crónico y sufrimiento fetal agudo, y que ello le ocasionó distress respiratorio por enfermedad de membrana hialina. Controvierte también las afirmaciones de la perito Pardo desestimando la indicación de urgencia para la operación cesárea; se apoya en lo expuesto por el perito Salgueiro, en el sentido que la presencia de líquido meconial sumando al monitoreo fetal no reactivo imponen la intervención quirúrgica urgente. Concluye que el servicio obstétrico del Hospital demandado no brindó a la Sra. M. -desde el momento de su derivación el 13-12-1995- el seguimiento adecuado, omitiendo la realización de controles y estudios que hubieran permitido evitar las complicaciones que derivaron en la muerte del pequeño F. B..

III) CONSIDERACIÓN DE LOS AGRAVIOS. 1. El marco jurídico aplicable al caso. Previo a ingresar en el análisis particular de los agravios propuestos, entiendo necesario realizar un breve comentario respecto a la legislación aplicable al caso en estudio, teniendo en cuenta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial (Ley 26.994) y su entrada en vigencia el pasado 1 de agosto de 2015 (art. 1 de la ley 27.077). El artículo 7 del nuevo Código ha replicado casi textualmente el artículo 3 del hoy derogado Código Civil conf. ley 17.711, en virtud del cual las nuevas leyes se aplican a las situaciones o relaciones jurídicas que se creen a partir de su vigencia y a las consecuencias que se produzcan en el futuro de relaciones o situaciones jurídicas ya existentes. La excepción se da cuando la ley prevea expresamente su retroactividad, la que será válida en la medida en que no afecte derechos amparados por la Constitución. Tratándose de normas supletorias, se mantiene su inaplicabilidad a los contratos en curso de ejecución, salvo -y aquí una novedad con relación al art. 3 del código derogado- que se traten de reglas más favorables al consumidor en supuestos de relaciones de consumo. En litigios -como el que viene a conocimiento de este Tribunal- en los que se debate la procedencia de una pretensión indemnizatoria fundada en la responsabilidad civil de los accionados, doctrina y jurisprudencia son contestes en afirmar que la ley que rige la relación generada por el hecho ilícito dañoso es la vigente al momento de la producción del daño (v. Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015, pág. 158; en jurisprudencia, v. mi voto en causa "Rios, Marta Graciela c/ Transportes 25 de mayo SRL y ot. s/ Daños", Expte. 159040, del 08/10/15; de este mismo tribunal, Sala Primera, autos "Uriarte, Paula A. y Romero Rubén Omar c/ Galán, Héctor F. s/ Daños y Perjuicios", Expte. 129.815, del 22/10/2015, Sala Tercera, autos "Salazar, Pedro A. c/ Bruno, Luis G. y ot. s/ Daños y perjuicios", Expte. 159.100, 24/11/2015; en igual sentido:

Cám.2da.Civ.Com. de La Plata, Sala II, "Medina, Olga Mabel c. El Rápido Argentino Cía de Microomnibus S.A. y otro/a", del 15/09/2015, La Ley Online, AR/JUR/30827/2015, Cám.Civ.Com. de Bahía Blanca, Sala II, autos "Mangano, Edgardo Omar c/ Rivera Novoa, Lorenzo Antonio y ot. s/ Daños y Perjuicios", causa 145.795, del 23/12/2015, Cám.Ap. Cont.Adm. de La Plata, autos "L., C. M. c. Hospital Zonal Gral. Agudos de Quilmes y otro/a s/ pretensión indemnizatoria", del 10/09/2015, publicado en LA LEY 2015-F, 321, Sup. Adm. 2015 (noviembre), 61, Cám.Civ.Com. de Morón, sala II, en autos "Barrios, Sandra Beatriz Antonia y Otro c. Lacuadra, Aranda Juan Ignacio y Otros s/ daños y perjuicios", del 22/09/2015, La Ley Online AR/JUR/31284/2015, CNCiv., sala J, en autos "S. M. A. y Otro c. Z. J. L. y Otros s/ daños y perjuicios", 28/08/2015, ED 05/10/2015, 3, LA LEY 29/10/2015, 8, CNCiv., sala H, "Feres, José Luis c. General Tomás Guido S.A.C.I.F. y otros s/ Daños y Perjuicios", del 21/10/2015, La Ley Online AR/JUR/47667/2015, CNCiv., Sala A, "M. V. T., B. y otro c. Julia Tours S. A. y otro s/ daños y perjuicios", del 24/08/2015, Publicado en: RCCyC 2015 (noviembre), 138 ? RCyS 2015-XII, 117, CNCiv., Sala J, "S. M. A. y otro c. Z. J. L. y otros s/ daños y perjuicios", 28/08/2015, Publicado en: ED 05/10/2015, 3, LA LEY 29/10/2015, 8, LA LEY 2015-F, 94, RCyS 2015-XII, 93, entre otros). Ello, sin perjuicio de la eventual aplicabilidad de la nueva ley a las consecuencias no agotadas de aquella relación jurídica obligacional preexistente y que pudieran verificarse en el proceso (v.gr. daños ocurridos con posterioridad al 01/08/15, intereses moratorios devengados luego de esa fecha, etc.) (Kemelmajer, ob.cit., pág.62, Moisset de Espanés, Irretroactividad de la ley y el nuevo Art. 3 -Código Civil, derecho transitorio-, Universidad Nacional de Córdoba, 1976, pág. 47, Rivera, Julio C. "Aplicación del nuevo código civil y comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el congreso)", LA LEY 04/05/2015, 1 -punto II.5.2.-, CNCiv., Sala B, "Martinez, José Eduardo c. Varela, Osvaldo Héctor y otros s/ daños y perjuicios", del 06/08/2015, ED 03/09/2015, 7, LA LEY 30/10/2015, 5). El criterio expuesto parte de una premisa central, cual es que la obligación de resarcir conforma una relación jurídica que se establece entre víctima y el responsable en virtud de la ley cuando se reúnen los requisitos o presupuestos de hecho necesarios, y que incluye la producción de un daño indemnizable (Kemelmajer, ob.cit., p. 158-159, Moisset de Espanés, Luis, ob.cit., pág. 39 a 42; plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ?Rey, José c. Viñedos y Bodegas Arizu S.A?., del 21/12/1971, Publicado en La Ley Online, AR/JUR/123/1971). En el sub judice, tanto los hechos que sustentan la pretensión indemnizatoria como los daños cuya reparación se reclama han ocurrido en una fecha anterior a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, motivo por el cual la controversia debe resolverse a la luz de las normas contenidas en el derogado Código Civil -ley 340 y sus modif. (art. 7 del Código Civil y Comercial). La solución expuesta no solo se presenta como la más adecuada interpretación del derecho transitorio previsto en la novel legislación (art. 7 del C.C. y C.), sino que además es aquella que mejor resguarda el derecho fundamental de defensa en juicio de las partes, teniendo consideración las pretensiones y defensas que dieron forma a la relación procesal -fundadas, como no podía ser de otra manera, en la legislación entonces vigente-, la consecuente actividad probatoria y la posterior solución definitiva asignada por el magistrado de grado (arts. 18 CN y 8.1 CADH, sobre el tema, véase voto del Dr. Ferrari en el caso "Barrios" cit. más arriba, de la Cám.Civ.Com. de Morón, Sala II; Rivera, op. cit., punto II.4 ). Sentado ello y como he señalado en anteriores oportunidades, es doctrina de la Suprema Corte Provincial -en consonancia con la uniforme jurisprudencia nacional-, que la responsabilidad médica constituye una parte especial de la responsabilidad profesional, y al igual que ésta se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general (conf. Ac. 37.102, sent. del 22 XII 87; Ac. 32.597, sent. del 13 X 88; Ac. 38.111, sent. del 25 X 88, entre muchas otras). En ese sentido, dice Trigo Represas que la responsabilidad profesional es "aquella en la que incurre el que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que ésta le impone... Tal responsabilidad ha de requerir para su configuración los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil" (Cfr. Félix Trigo Represas, "Reparación de daños por mala praxis médica? Ed. Hammurabi, Bs.As., 1995, pág. 86). La obligación que asume el profesional del arte de curar radica en poner todo su empeño, su saber, su diligencia y los medios a su alcance para obtener la curación del enfermo, sin que pueda garantizar el logro de tal objetivo, pues la complejidad de los elementos que juegan en cada caso médico sumado a las particularidades que hacen a la individualidad de cada paciente, impiden tener certeza sobre el éxito del tratamiento escogido (C.N.Civil, Sala G, S. 15-4-85, L.L. 1985-C-547; C.N.Civ. y Com. Fed., Sala I, S. 27-8-96; C.N.Civ. Sala F, S. 9-6-03, Expte. L. 357801 "R. D., M. M. O. c/Obra Social del Personal de la Sanidad y otros s/daños y perjuicios", con voto de los Dres. Elena Highton de Nolasco, Eduardo Zannoni y Fernando Posse Saguier; esta Sala, Exptes. 138.206 S. 14-7-2009 Reg. 515-S, 139.685 S. 22-12-2009 Reg. 995-S, 152.421 S. 12-7-2013 Reg. 165-S, 130.741 S. 20-2-2014 Reg. 37-S, entre muchos otros). El caso particular del médico obstetra no escapa a este criterio general, pues "Aunque el embarazo se puede clasificar como un estado fisiológico normal, está plagado de riesgos considerables tanto para la madre como para sus descendientes... Hay docenas de factores que durante el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el principio del puerperio sugieren riesgo adicional... pudiendo presentarse todo tipo de dificultades que muchas veces ocurren como consecuencia de la interferencia de riesgos no siempre previsibles y, por ende, no siempre controlables...? (Cfr. Urrutia, Amílcar y otros., "Responsabilidad médico-legal de los obstetras?", Ed. La Rocca, Bs.As. 2004, pág. 89 y ss.; esta sala, Exptes. 113.297 S.

19-6-2007 Reg. 146-S; 143.421 S. 4-3-2010 Reg. 43-S; 151.358 S. 3-10-2012 Reg. 254-S, 159.095 S. 1-10-2015 Reg. 240-S, entre otros). Por otra parte, en lo que hace a la denominada 'culpa médica' y atendiendo a la pauta general prevista en el art. 512 in fine del Código Civil vigente a la fecha del hecho (art. 1724 del nuevo C.Civ. y Com.), hemos puesto de resalto que la culpa debe meritarse en función de las circunstancias de las personas, tiempo y lugar; son éstas, en definitiva, las que -más allá de las frías especificaciones técnicas- determinarán si el profesional faltó a sus obligaciones de cuidado para con el paciente, obró con impericia o no puso todos sus conocimientos al servicio del restablecimiento de aquel. Como bien dice Calvo Costa, 'La apreciación en concreto de la culpa requiere que el magistrado pondere la naturaleza de la obligación y sus circunstancias (de persona, de tiempo y de lugar) dentro del contexto en el que se desarrolló' (v. Calvo Costa, Carlos, 'Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial', Ed. Hammurabi, Bs.As. 2007, pág. 143; exptes. 139.685 S. 22-12-09 Reg. 995-S y 143.666 S. 12-8-2010 Reg. 214-S, con voto del suscripto).

2. Los agravios del apelante. Esbozadas las líneas conceptuales que deben guiar el estudio de esta controversia, me atenderé al orden de los agravios planteados por la parte actora, que se pueden resumir en los siguientes: a) Los distintos profesionales que atendieron a la Sra. M. desde de la fecha probable de parto y hasta el 23 de enero de 1996 (las obstétricas G. y L. y el Dr. A.) omitieron realizar los estudios aconsejados a partir de la semana 40 de embarazo para corroborar el estado de salud del feto y diagnosticar el sufrimiento fetal crónico. b) El diagnóstico tampoco se realizó al momento de la internación decidida por la obstétrica L. el 23 de enero, sino 16 horas después mediante un monitoreo fetal practicado por el Dr. B. el día 24, ignorando los dolores y contracciones que presentaba la paciente desde el momento de su ingreso al hospital. c) La operación cesárea se dispuso con carácter urgente, pese a lo cual los profesionales actuantes no obraron con la diligencia que el caso imponía. No se han cuestionado las conclusiones del fallo sobre la labor desplegada por el médico pediatra codemandado Dr. S. D. -a quien cupo intervención a partir del nacimiento del niño- por lo que el rechazo de la pretensión a su respecto se encuentra firme y consentido.

3. La atención brindada a la actora por el equipo médico del ente hospitalario: Surge de las constancias de autos (fotocopias de la historia clínica glosadas a fs. 6/45 -a las que debe acudir en virtud del extravío del original agregado a la causa penal-, fotocopias de la causa penal obrantes a fs. 46/94, dictámenes periciales de fs. 343/345, 472, 514, 676/687 y explicaciones de fs. 726/727, testimonios y confesionales producidos) que la Sra. M. comenzó a efectuar los controles prenatales en dependencias anexas del Hospital Subzonal de Balcarce (la denominada 'Sala Independencia') entre los meses de setiembre y octubre de 1995; que el 1 de diciembre de dicho año se le practicó una ecografía donde se consignó que cursaba un embarazo de 35 semanas de gestación (v. fs. 21 y vta.) y que a partir del 13-12-95 fue derivada para su atención al servicio de obstetricia del Hospital, entidad a la que concurrió los días 19-12-95 (aérea de hemoterapia), 4-1-96 (guardia), 9-1-96 (guardia), 18-1-96 (guardia), 19-1-96 (obstetricia) 21-1-96 (guardia) y 23-1-96, oportunidad ésta última en la que quedó internada. También se encuentra acreditado que su hijo F. B. nació el 24 de enero a las 13.50 hs. mediante operación cesárea, falleciendo horas más tarde por una patología respiratoria. Por otro lado, se desprende de los informes producidos por los Dres. Rosenthal y Peñeñory en la causa penal caratulada 'Baca Raul O. s/ denuncia' (v. fs. 58/59, 80/81 y 110/111) y dictamen del perito médico especialista en pediatría y neonatología Dr. Jorge Salgueiro obrante a fs. 343/345, que la muerte del recién nacido fue ocasionada por un embarazo cronológicamente prolongado o 'postérmino' de 42 semanas con insuficiencia placentaria, que derivó primero en sufrimiento fetal crónico y luego en sufrimiento fetal agudo con asfixia perinatal, comprometiendo el aparato respiratorio del bebé (enfermedad de membrana hialina) y causando -horas después- una falla cardíaca. Concuera parcialmente la perito especialista en obstetricia Dra. Pardo, quien dictamina que el fallecimiento del pequeño obedeció a una 'corioamnionitis aguda inespecífica (inflamación aguda de la placenta y los anexos) de instalación solapada y no sospechada' (v. fs. 687, apartado 'conclusiones') y que se trató de un recién nacido post-término (v. fs. 688 vta. ap. 4), aunque agrega que 'el embarazo no llegó a ser prolongado' (v. fs. 687 vta. ap. 3). Esta última afirmación no condice ni con las opiniones de los otros expertos ni con las constancias de la historia clínica, donde se consignan como fechas probables de parto el 6-1-96 (fs. 21 vta.) y el 10-1-96 (fs. 11); concluyo -por ende- que el embarazo de la actora se dilató más de lo debido, ocasionando la insuficiencia placentaria con el consiguiente sufrimiento fetal que derivó en la muerte de su pequeño hijo. Advierto -además- que la citada perito hace reiterado hincapié en la falta de certeza sobre la edad gestacional por ausencia de un estudio ecográfico precoz (antes de la semana 20). Si bien este hecho podría haber contribuido a que pasara inadvertida la mala evolución del embarazo, es -a mi criterio- insuficiente para afirmar que el obrar médico fue correcto, pues los galenos contaban con dos fechas probables de parto ya excedidas y durante ese lapso la paciente acudió en varias oportunidades al hospital acusando dolores, malestares o contracciones. Por ende, es menester indagar si en las particulares circunstancias descriptas (fecha probable de parto incierta, paciente que sufría diversos malestares) se omitieron los cuidados que la buena práctica médica imponía, o si pese a la correcta atención brindada no era posible adoptar medidas para prevenir el trágico desenlace (arts. 512, 902 y ss. del C. Civil cfr. ley 340 vigente a la época en que sucedió el hecho). En esta dirección y siguiendo el orden cronológico de los acontecimientos, la Sra. M. concurrió a la guardia del hospital los días 4 y 9 de enero de 1996 alrededor de las

23.00 horas, siendo atendida por la obstétrica E. G.; en dichas oportunidades se la examinó constatándose movilidad y latidos cardíacos fetales normales sin contracciones, por lo que se la envió de regreso a su domicilio (fs. 19, 92/94, 167/170 y 676/687). La paciente volvió a concurrir al hospital el 18 de enero; la atendió la obstétrica de guardia y le aconsejó presentarse al día siguiente en el servicio de obstetricia (fs. 14). El día 19 fue examinada por la obstétrica G. y por el Dr. A., quien ordenó una ecografía porque ?había dudas sobre la edad gestacional? (v. fs. 236/vta.). Aunque dicho estudio arrojó una gestación de 40.6 semanas (fs. 22/vta.), observa la perito Pardo que ?no se describe las características respecto al volumen del líquido amniótico ni las características de la placenta (grado placentario, presencia o ausencia de calcificaciones, etc.). Estos datos pueden orientar para el diagnóstico de embarazo posttérmino...? (v. fs. 678 ap. h.). Evaluada la paciente y el informe ecográfico, se le recomendó que regresara el 22 de enero para un nuevo control (v. fs. 236/vta.). Sobre la actuación del Dr. A., agrega la perito: ?Según las normas de manejo habitual podría haberse indicado, para un óptimo control de vitalidad fetal, un monitoreo fetal anteparto, sugerido en las mismas a partir de la semana 40. Pero esta omisión no es cuestionable desde un punto de vista estrictamente científico [...] no hay suficiente evidencia de que el control de vitalidad entre las 40 y 42 semanas mejore el resultado y que ningún protocolo de monitoreo fetal ha demostrado ser superior a otro? (v. fs. 684 vta./685, ap. 3.). Más adelante aclara la experta que el monitoreo resulta de utilidad para diagnosticar el sufrimiento fetal crónico, patología que no se manifiesta al examen clínico (v. fs. 686, punto 3). Se desconocen los motivos por los cuales el Dr. A. juzgó innecesario efectuar el referido estudio el día 19; tal vez la ausencia de hallazgos patológicos en la ecografía, sumada a la auscultación de latidos cardíacos fetales normales alejaron las sospechas sobre la mala evolución del cuadro (fs. 14, 676/687). Paralelamente, no existen elementos de convicción para afirmar que un monitoreo fetal en ese momento hubiera arrojado señales de alarma que modificaran el curso de los acontecimientos, por lo que -entendiendo- no cabe formular imputaciones sobre la conducta del citado profesional (arts. 375 y 384 del C.P.C.). La Sra. M. se presentó nuevamente en la guardia hospitalaria el día 21 de enero por la mañana, donde la evaluó la obstétrica M. L.; se le efectuó un examen de rutina que no registró anomalías, retirándose a su domicilio (fs. 14, 677). La misma profesional la atendió el día 23 de enero en horas de la noche, y en esa ocasión advirtió la presencia de ?dinámica aislada? ordenando la internación; el trabajo de parto comenzó alrededor de las 3 de la mañana del día 24, realizándose controles regulares cada hora que se consignaron en la historia clínica (fs. 14/vta., 88/91 y 677). A las 8.00 hs. la paciente fue evaluada por el Dr. B., quien constató movimientos y latidos fetales positivos con frecuencia normal (fs. 14 vta., 679); alrededor de las 10.00 hs. y ante la presencia de líquido meconial, el citado médico dispuso realizar un monitoreo que evidenció irregularidades en el ritmo cardíaco del feto, por lo que solicitó la concurrencia al hospital del Dr. G. a fin de practicar una operación cesárea (fs. 14/vta., 67, 85/87, 88/91, 676/687). En lo referente a la conducta de los profesionales que atendieron a la Sra. M. a partir de su internación, el agravio de la apelante se centra en la demora en efectuar el monitoreo fetal que puso en evidencia la mala evolución del embarazo. Ahora bien, afirma la perito especialista en obstetricia que ?Utilizando adecuada praxis (como el control cercano y frecuente durante el trabajo de parto de los latidos cardíacos fetales, dinámica uterina, dilatación, monitoreo intraparto) puede suceder que no se detecten circunstancias o signos que deriven en un resultado fatal como el que nos ocupa...? (v. fs. 678 vta. ap. 1); en otras palabras, no hay elementos en la causa que permitan aseverar -con suficiente grado de certeza- que una mayor premura en realizar el monitoreo fetal hubiera aportado un resultado diferente, ni que se hayan omitido los cuidados que la buena práctica médica imponía en el caso (arts. 375, 384 y 474 del C.P.C.). Resta entonces examinar lo sucedido a partir del momento en que el Dr. B. advirtió la necesidad de interrumpir el trabajo de parto y convocó al Dr. G. para efectuar la operación cesárea. En este punto, cotejando el dictamen de la perito Pardo con otros elementos probatorios, observo algunas contradicciones que debo poner de resalto: 1) Afirma la mencionada experta que durante el monitoreo se registraron latidos fetales dentro de límites normales sin signos de compromiso fetal agudo, y que la indicación de cesárea obedeció a la falta de progresión del trabajo de parto por lo que no existió urgencia (v. fs. 678 vta. ap. 1), 679 ap. a), 679 vta. ap. e) y f), 681 vta. ap. b), 682 ap. d). No obstante, al responder los puntos propuestos por el codemandado G., la misma perito expresa: ?El diagnóstico presuntivo con que se indicó la cesárea (esto es sospecha de sufrimiento fetal) requiere la terminación del embarazo en plazo perentorio... en este caso particular, los signos de control del estado fetal (monitoreo) indicaban una necesidad urgente de intervención...? (v. fs. 682 vta. ap. k), el destacado me pertenece). En sede penal, el codemandado Dr. B. declaró que ?decide realizar un monitoreo fetal de 32 minutos con resultado reactivo no satisfactorio? (v. fs. 67 y vta.), agregando a fs. 85/87 que ?el monitoreo fetal de 32 minutos con resultados reactivos pero no del todo satisfactorio [...] significa que no existía un sufrimiento fetal agudo, pero no se producía ascenso de frecuencia cardíaca en el feto en sus movimientos, lo que tiene una relativa importancia [...] comprueba que no había progresión en el trabajo de parto y teniendo en cuenta el signo de alarma de líquido meconial, el dicente le avisa al Dr. G....? (v. fs. 86/86 vta., el destacado me pertenece). Para esclarecer las dudas que ofrece esta cuestión (de estricta técnica médica) entiendo pertinente acudir a la literatura especializada; a este respecto, expresa el Dr. Enrique Valdés en el trabajo titulado ?Rol de la monitorización electrónica fetal intraparto en el diagnóstico de sufrimiento fetal agudo? que: ?...El término

sufrimiento fetal agudo (SFA) se usa con frecuencia y sin restricciones en la práctica obstétrica, definiéndose como "un estado en que la fisiología fetal se halla tan alterada que es probable su muerte o la aparición de lesiones permanentes en un período de tiempo relativamente breve" [...] El concepto de patrón "reactivo" [...] definido como la presencia de al menos dos aceleraciones de la FCF (frecuencia cardíaca fetal) de 15 lpm y de 15 segundos de duración en relación a los movimientos fetales, es considerado como un signo de bienestar fetal [...] La inexistencia de aceleraciones durante más de 40 a 45 minutos, en ausencia de cualquier otra explicación (medicación materna, anomalía congénita fetal) debe considerarse como altamente sospechosa de SFA? (v. Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología año 2003; 68(5): 411-419, disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0717-75262003000500010](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-75262003000500010), fecha de última visita 4-1-2017; el subrayado me pertenece). Por su parte, el perito especialista en pediatría y neonatología Dr. Salgueiro afirma que "El médico pediatra recibe la comunicación por parte del Dr. B., que se iba a realizar una cesárea en una paciente con alteración de los latidos fetales y meconio, es decir con sufrimiento fetal agudo. Por tal motivo se hace presente en el quirófano [...] sufrimiento fetal agudo detectado en monitoreo fetal previo a la cesárea [...] y corroborado al nacer, donde se recibe un recién nacido deprimido grave...?" (v. fs. 343 vta. ap. f) y 344 ap. a, el destacado me pertenece). Los elementos analizados confirman que el monitoreo intraparto evidenció anomalías compatibles con sufrimiento fetal agudo, lo que -sumado a la presencia de líquido meconial- determinó la indicación de interrumpir el trabajo de parto mediante una operación cesárea (arts. 36 inc. 2º, 375, 384, 474 y ccdds. del C.P.C.). 2) Otra contradicción que exhibe el dictamen de la Dra. Pardo es la referente a la urgencia en la intervención cesárea (v. fs. 679 vta. ap. e), 681 vta. ap. b), 682 ap. d) y 682 vta. ap. k). A este respecto, basándome en las consideraciones precedentes y atendiendo a las constancias de la historia clínica (v. fs. 20), concluyo que dicha intervención tenía carácter urgente, dado el peligro de daño inminente en la salud fetal. Sentado ello cabe analizar si los profesionales médicos actuaron con la celeridad que el caso imponía, pues según dictamina la especialista en obstetricia, "una vez tomada la decisión de cesárea y transcurrido el tiempo prudencial de uteroinhibición (30 minutos a una hora) la ejecución de la misma debe realizarse al fin de dicho término?" (v. fs. 678 vta. ap. j), y que "se ha establecido como indicador de calidad hospitalaria que el tiempo entre la decisión y la realización de la cesárea (tiempo decisión-incisión) no debe superar los treinta minutos. Este indicador no se cumple en este caso?" (v. fs. 682 vta. ap. k). A tenor de las constancias de la historia clínica (fs. 6/45), declaraciones vertidas en sede penal (fs. 60, 61/62, 67, 68 y 85/87), confesionales de fs. 414 y 415, testimonios de fs. 463/464 y 640/643 y dictámenes periciales de fs. 343/345 y 676/687, se encuentra demostrado que una vez advertidos los signos de sufrimiento fetal, el Dr. B. tomó la decisión de interrumpir el trabajo de parto entre las 10.30 y las 11.00 hs. del día 24 de enero, a cuyo efecto convocó al médico de guardia Dr. G., al neonatólogo Dr. D., indicó uteroinhibición y solicitó quirófano. El Dr. G. concurrió inmediatamente al hospital, volvió a examinar a la paciente entre las 11.30 y las 12.00 hs. y nuevamente solicitó quirófano, pero la intervención comenzó después de las 13.30 hs. extrayéndose al recién nacido a las 13.50 hs., es decir, casi tres horas después de ordenada la operación cesárea. Dicha demora (que excede ampliamente el lapso de 30 minutos señalado por la perito Pardo como indicador de calidad hospitalaria) indudablemente contribuyó de manera directa en el empeoramiento del estado de salud del feto, con las consecuencias fatales ya descriptas (v. dictamen pericial de fs. 343/345). También se halla acreditado que el retraso no fue imputable a los profesionales intervinientes: los testimonios de la enfermera A. S. (fs. 463/464), la obstétrica N. O. (fs. 640/641) y el médico anestesista Dr. F. A. (fs. 642/643) son contestes en el sentido que al momento de disponerse la cesárea los dos quirófanos con que contaba el hospital estaban ocupados; que el Dr. G. permaneció esperando en la antesala del quirófano mientras se controlaba el estado del feto, y que recién alrededor de las 13.30 hs. se habilitó el uso de dichas instalaciones para practicar la intervención. Tales extremos excluyen de reproche tanto a los profesionales médicos como a las obstétricas demandados (cfr. arts. 512, 513, 514 y ccdds. del C. Civil cfr. ley 340 y sus modif., vigente a la época de los hechos), no así al ente hospitalario cuya responsabilidad será objeto de análisis en el apartado siguiente. 4. La responsabilidad del Hospital Subzonal de Balcarce por "falta de servicio?". Reiteradamente ha resuelto el Máximo Tribunal Provincial -en consonancia con la jurisprudencia de la C.S.J.N.- que "desde la óptica iuspublicista se ha afirmado que el nosocomio público se encuentra obligado constitucionalmente a organizar el servicio de salud, y frente a un deficiente funcionamiento del mismo, el Estado responde directa y objetivamente, pues hace a su propia función, y no a la actuación del profesional o dependiente. De tal modo, si el servicio no funcionó, funcionó mal o tardíamente, queda atrapada la responsabilidad del Estado, pues parte de una situación objetiva de falta o deficiencia del servicio que el Estado por mandato constitucional debe garantizar, pues constituye uno de los fines esenciales del Estado que justifican su propia existencia (Conf Weingarten, Celia y Gherzi, Carlos A., "La discrecionalidad de la estrategia terapéutica. La responsabilidad del Estado por la seguridad de los pacientes en hospitales", "Jurisprudencia Argentina", 1997-II-429). Así, el Estado tiene el deber jurídico de realizar prestaciones positivas dirigidas, sustancialmente, a la prevención de la enfermedad, y a la asistencia -médica y terapéutica- de los pacientes. En consecuencia, nacerá la responsabilidad del Estado, por falta de servicio, si éste no cumple de una manera regular los deberes u obligaciones impuestos

-de modo expreso o implícito- a sus órganos por el ordenamiento jurídico (comprensivo de la Constitución, los tratados, la ley, el reglamento, y los principios generales del derecho), o, simplemente, por el funcionamiento irregular del "servicio", en el caso, la asistencia a la salud de la población (conf. Jeanneret de Pérez Cortés, María, "Responsabilidad del Estado en materia de salud pública", en obra colectiva "Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público", Ed. Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, págs. 311 y ss.)? (v. SCBA, Ac. 86.949 S. 8-9-2004; Ac. 86.304 S. 27-10-2004; 88.940 S. 18-5-2005; Ac. 94.457 S. 3-5-2006; Ac. 97.827 S. 9-6-2010; C101.447 S. 2-7-2010; Ac. 107.625 S. 12-9-2012; Ac. 107.510 S. 11-9-2013, entre otros; en el mismo sentido, C.S.J.N., ¿Fallos? 306:2030; 307:821; 312:343; 315:1892 y 317:1921; 322:1393). De los elementos probatorios analizados en los acápites precedentes surge -sin hesitación- que existió una prolongada demora de más de dos horas en la intervención cesárea que debía practicarse con urgencia a la Sra. M., ocasionada por la falta de disponibilidad de quirófano en el hospital demandado, circunstancia que -en todo caso- debió suplirse mediante su adecuado y rápido traslado a otro ente asistencial cercano. Como expondré más adelante, es indudable que una intervención oportuna hubiera brindado al recién nacido mejores chances de sobrevivida, pues según dictaminó el perito Dr. Rosenthal en la respectiva causa penal, ¿de haber transcurrido menor tiempo entre la indicación de la cesárea y la realización de la misma, hubiera redundado en beneficio de la vitalidad fetal? (v. fs. 110 vta. ap. 5; arts. 901 a 906 y 1112 del C. Civil cfr. ley 340 y sus modif.). En estrecha relación con esta cuestión, ha dicho la Suprema Corte Provincial que ¿Las alegadas circunstancias de no contar -por su calidad de hospital general de agudos- con las medidas específicas para asegurar la contención de un paciente que portaba una patología psiquiátrica no mitigan la responsabilidad atribuida. Pues, en tal caso, la institución [...] debió eventualmente activar la inmediata derivación del enfermo a un establecimiento más idóneo [...] Los extremos hasta aquí desarrollados pueden vincularse sin esfuerzo con la falta de servicio del nosocomio perteneciente al municipio demandado...? (v. SCBA, Ac. 86.304 S. 27-10-2004). También cabe citar al respecto lo decidido por la Cám. de Apel. en lo Contencioso Administrativo de San Martín en autos ¿B.P.A. y otros c/ G.G. y otros s/ pretensión indemnizatoria?: ¿...los hechos reseñados y probados resultan con virtualidad suficiente para comprometer la responsabilidad extracontractual del Estado en los términos del art. 1.112 del Código Civil, toda vez que denotan una irregular prestación del servicio sanitario a cargo del establecimiento Hospitalario - Hospital Paroissien de La Matanza- por no contar con los insumos necesarios para la debida atención, lo que pudo derivar en el posterior diagnóstico ¿Encefalopatía neonatal severa con compromiso neurológico?. Asimismo, porque la actividad de sus órganos o funcionarios se considera propia del Estado que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas, y con factor de atribución objetivo que se trasunta a través de las denominadas faltas de servicio, con fundamento en el citado art. 1.112 del Código Civil, conforme la doctrina de la CSJN en el caso ¿Vadell?...? (v. Causa N° 3004-2012- S. 13-9-2012, eIDial.com - AA7B1B). Por los fundamentos expuestos entiendo que el recurso merecer prosperar parcialmente, haciendo lugar a la demanda resarcitoria incoada contra el Hospital Subzonal de Balcarce-Municipalidad de Balcarce, con los alcances que seguidamente expondré (arts. 1068, 1112 y ccdds. del C. Civil cfr. ley 340 y sus modif.).

5. El daño resarcible. Sentada la responsabilidad del ente hospitalario municipal por ¿falta de servicio?, corresponde dilucidar cual es el daño resarcible a tenor de las particulares circunstancias del caso. Emanada del informe del perito Dr. Ricardo Rosenthal más arriba citado que ¿no hay elementos en la causa que permitan aseverar o negar que una cesárea horas antes hubiera modificado el resultado final, dejando constancia que de haber transcurrido menor tiempo entre la indicación de la cesárea y la realización de la misma, hubiera redundado en beneficio de la vitalidad fetal? (v. fs. 110 vta.). En otras palabras, aunque no es posible afirmar que de haberse practicado la intervención de inmediato el niño no hubiera sufrido -de todos modos- las lesiones que le causaron la muerte, es un hecho cierto que habría tenido mejores chances de sobrevivida; ergo, postergar dicha terapéutica importó para la víctima lo que en doctrina se ha denominado ¿pérdida de chance de curación? (v. Trigo Represas, Félix ¿Pérdida de chance de curación y daño cierto, secuela de mal praxis? LL 1986-C-37; Kemelmajer de Carlucci, Aída, ¿Reparación de la chance curación y relación de causalidad adecuada? en Revista de derecho de daños 2003-2 p. 221; López Mesa, Marcelo ¿La cuantificación de los daños por mala praxis médica y los problemas que ella acarrea? publicación de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; Prévôt - Chaia ¿Pérdida de chance de curación? Astrea, 2007, entre otros; Cam.CyC Azul ¿Mondini, Rubén Darío y otros; Cam.CyC Dolores ¿Palma c. Municipalidad?, entre otros). Expresa Lorenzetti (citado por Aizenberg y Roitman) que en la chance coexisten un elemento cierto y otro incierto: hay seguridad de que, de no haber actuado el facultativo negligentemente -léase en el sub iudice, la deficiente atención del ente asistencial- el paciente habría mantenido la posibilidad de curación; no se sabe a ciencia cierta si manteniéndose esa posibilidad de mejoría, la misma se habría producido realmente (v. Aizenberg Marisa y Roitman Adriel, ¿Responsabilidad civil médica y relación de causalidad. Pérdida de chance ante casos de error de diagnóstico?, L.L. 2009-D, 594).

Desde otra óptica, se ha dicho que el médico es responsable por pérdida de chance cuando, aun no existiendo una conexión directa e inmediata entre su conducta y el daño sufrido por el paciente, está demostrado que su acción u omisión disminuyó las posibilidades de sobrevivida o cura de aquel. La relación causal queda entonces establecida entre la acción u omisión negligentes del profesional -o

del ente hospitalario- y la pérdida de la probabilidad de sanar o de vivir, lo cual constituye un perjuicio reparable (v. Calvo Costa, Carlos, ¿De la pérdida de chance en la responsabilidad civil médica: dos sentencias ejemplares?, RCyS 2011-III-90). Para emprender la difícil tarea de cuantificar la ¿chance perdida? debe tenerse presente -como oportunamente expuse en mi voto en los autos ¿Palacios, Hugo y otro c/ Hospital Interzonal s/ daños y perjuicios?- que en supuestos como el analizado, el resarcimiento no debe alcanzar a la integridad del valor perdido sino que se circunscribe a la probabilidad de evitar dicha pérdida; se trata de la ¿frustración de una posibilidad futura, dentro del ámbito de las expectativas legítimas y verosímil según el curso ordinario de las cosas? (CSJN, 17-3-98, LL 2000-D-467), determinado por el juez con arreglo a las especiales particularidades del caso (esta Sala, Exptes. 141.089 S. 2-10-09 Reg. 866-S; 143.666 S. 12-8-2010 Reg. 214-S; 130.741 S. 20-2-2014 Reg. 37-S). Dijo al respecto la Sala A de la CNCiv. que ¿...cuando el perjuicio es la pérdida de una chance de supervivencia, el juez no tiene la facultad de condenar al profesional de la salud o al ente asistencial a pagar una indemnización igual a la que se debería si se hubiese ocasionado -con su actuar negligente u omisión- la muerte del enfermo. En muchos de estos casos -tal como lo destaca Vázquez Ferreira- lo que lamentablemente provocó la muerte del paciente fue su propio estado de salud... El límite de su responsabilidad estará dado por la pérdida de la chance de curación y no por el desarrollo definitivo de la enfermedad...? (Cfr. CNCiv. Sala A, ¿Martínez, Santiago c/ Hospital Gral. de Niños Dr. Pedro de Elizalde? S. 26-3-09 en Rev.L.L. 30-7-09). En otro precedente se pronunció la Cámara de Apelaciones de Necochea, expresando que ¿...el resarcimiento deberá guardar relación con las posibilidades de sobrevida y curación que, como daño cierto pero no final, infiriera el deficiente servicio del Hospital Municipal. La causa cierta del óbito fueron las omisiones o irregularidades del servicio hospitalario que, de no haber ocurrido, habrían colocado al paciente en mejores condiciones para enfrentar el cuadro patológico que padecía, con la chance cierta de prolongar su vida útil. Empero la internación no le garantizaba ni su sobrevida ni su recuperación psicofísica total...? (Cfr. Cám. Ap. Civ., Com.y Penal de Necochea, S. 12-2-09, LLBA abril de 2009, 336). Este Tribunal tuvo ocasión de expedirse sobre el punto en los autos ¿Falleesen, Marta Ester c. Hospital Municipal de Coronel Vidal y Otros s/ daños y perjuicios?; pusimos de resalto allí lo problemático que resulta fijar porcentualmente la chance perdida, pues ello demanda efectuar un cálculo de probabilidades a luz de los dictámenes médicos y demás elementos existentes en la causa (v. esta Sala, expte. N° 141.335 S. 26-10-09 Reg. 913-S). Por ello, tomando como pauta los extremos que surgen de los distintos dictámenes periciales obrantes en autos y los antecedentes judiciales en casos similares, entiendo prudente atribuir al Hospital Subzonal de Balcarce (Municipalidad de Balcarce) un 50% de responsabilidad por los daños ocasionados, en concepto de chance perdida (arg. arts. 901, 902, 904, ss. y ccdds. del Código Civil cfr. ley 340 y sus modif., vigente a la fecha del hecho; v. esta Sala, exptes. 143.666 S. 12-8-2010 Reg. 214-S; 130.741 S. 20-2-2014 Reg. 37-S, entre otros). 6. La cuantificación del resarcimiento. Los actores formulan su pretensión resarcitoria discriminando dos rubros: daño material por ¿pérdida de chance? y daño moral. 6.1. Daño patrimonial por muerte del hijo. Reiteradamente ha resuelto la Suprema Corte Provincial que ¿La muerte del hijo que aún no está en condiciones de ayudar económicamente a sus padres, importa un obstáculo para que ciertos valores -sostén futuro- se incorporen al patrimonio de éstos, daño que tiene los caracteres necesarios para que sea indemnizable, no estrictamente como lucro cesante, sino como pérdida de una "chance" u oportunidad de que tal ayuda se concretase. La probabilidad del padre de necesitar esa ayuda, si es de humilde condición, y la posibilidad del hijo de prestarla, podrá ser mayor o menor... pero en tanto exista, la pérdida de esa "chance" es un daño cierto en la misma medida que su grado de probabilidad? (Cfr. SCBA, Ac. 51.706 S. 27-9-1994, AyS 1994 III-776; Ac. 52.947 S. 7-3-1995, AyS 1995 I-208. Idem CC2a.LP, Sala 3, Exptes. B 69.481 RSD-264-90 S. 13-12-1990, B 84.575 RSD-394-96 S. 26-12-1996; 102.249 RSD-161-4 S. 22-6-2004, entre muchos otros). En idéntica dirección se ha señalado que ¿en el caso de padres que reclaman por la muerte de un hijo, debe resarcirse el daño futuro cierto que corresponde a la esperanza: no como lucro cesante sino como pérdida de chance u oportunidad de que se diera o continuara en el futuro la posibilidad de ayuda? (CC1a.LP, Sala 2, Expte. 223.928 RSD-139-96 S. 11-7-1996, entre muchos otros). Se procura ¿compensar la frustración de la oportunidad de que en el futuro, de haber vivido la víctima, se hubiera concretado la ayuda o sostén económico para sus padres; esa pérdida de posibilidad es un daño futuro que bien puede calificarse de cierto y no eventual, aunque para su cuantificación deba valorarse que en el curso ordinario de las cosas, ese hijo haya o hubiese a su vez constituido su propia familia? (Cfr. CC1a.LP, Sala 2, Expte. 235.873 RSD-171-00 S. 14-11-2000). En lo que hace a su cuantificación (y sin dejar de señalar lo dificultoso que resulta mensurar -en casos como el presente- el perjuicio económico futuro que reportará a los padres la muerte de un hijo recién nacido), teniendo en cuenta la composición del grupo familiar, la edad de los actores a la fecha del fallecimiento del niño, su condición social y demás circunstancias del caso, así como el importe del salario mínimo, vital y móvil vigente que (siguiendo el criterio empleado en casos similares) vale atender como pauta primaria de orientación para cuantificar el daño (Cfr. Zavala de González, Matilde, ¿Resarcimiento de daños?, Ed. Hammurabi, 2004 V. 2) cuya justipreciación definitiva la parte actora supeditó a la valoración judicial, entiendo prudencial fijar el monto del resarcimiento en la suma de PESOS SETENTA Y CINCO MIL (\$ 75.000) para cada uno de los progenitores (arts. 1068, 1069, 1083 y ccdds. del C.

Civil cfr. ley 340 y sus modif.; 165 último párrafo del C.P.C.). 6.2. Daño moral. Es materia recibida que el daño moral tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos (cfr. S.C.B.A., Ac. 2078 del 20-5-97 y sus citas; Ac. 35579; Ac. 46353 y Ac. 52258). Este daño es el que hiere o menoscaba los sentimientos, la integridad física o moral, las afecciones legítimas de una persona, en suma, los llamados bienes ideales (Cfr. Cazeaux-Trigo Represas; ?Compendio de Obligaciones?, To. 1, p. 191). Su procedencia en el sub judice no requiere demostración, pues -siguiendo la doctrina del Máximo Tribunal Provincia- ?Cuando se trata de la muerte de un hijo, el daño moral no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica -prueba in re ipsa- y es al responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un dolor moral? (Cfr. SCBA, Ac. 39.597 S. 13-9-1988, AyS 1988-III-373; Ac. 46.960 S. 19-10-1993; Ac. 67.843 S 5-10-1999, entre otros). Por otra parte, según he puesto de relieve en anteriores pronunciamientos de este Tribunal, la más calificada doctrina autoral en la materia -refiriéndose a la pérdida de un hijo- expresa que ?desde un punto de vista sustancial, resulta inimaginable procurar la explicación de un padecimiento semejante - quizás el más duro que pueda enfrentarse-, porque no hay palabras que sugieran siquiera la medida de ese dolor? (Zavala de González Matilde, ?Daños a las personas, Pérdida de la vida humana?, 2 b, pág. 275, Ed.Hammurabi, Bs.As. 1990). Como acota Mosset Iturraspe ?la vida de los hijos representa para los padres, desde el ángulo de los sentimientos, un valor incomparable. El padre o la madre ven en los hijos el fruto de su amor, la continuación de sus vidas más allá de las propias, y esperan recibir de ellos buena parte al menos del cariño que han depositado, como consuelo y ayuda espiritual en los altos años de la vida" (?El valor de la vida humana, pág. 137, Ed.Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1983). Desde el miraje del derecho pretoriano regional se ha dicho que es tan inmenso el dolor que produce la pérdida de un hijo, que ha dado lugar a un vacío semántico, a raíz del cual los idiomas eviten nominarlo. Así ?mientras que la persona que pierde su cónyuge se torna viudo o viuda, el que pierde el padre o la madre se torna huérfano, los idiomas (con excepción del hebreo) no tienen un término correspondiente para el padre o la madre que pierde su hijo o hija. La única calificación (en hebreo) de esta situación traduce "la idea de abatimiento del alma" (Corte IDH, caso ?Bulacio vs. Argentina?, sentencia de 18 de septiembre de 2003. Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 24-25). Atentos estos parámetros, teniendo en consideración que los demandantes supeditaron la justipreciación definitiva del rubro a la valoración judicial, y atendiendo a la edad y demás circunstancias personales de los actores a la fecha del fallecimiento de su hijo recién nacido, la composición del grupo familiar así como lo traumático de la situación vivida, entiendo prudente y razonable fijar el resarcimiento en la suma de PESOS TRESCIENTOS MIL (\$ 300.000) para cada uno de los progenitores respectivamente (art. 1078 y cccts. del C.Civil cfr. ley 340 y sus modif.). Todos los importes precedentemente fijados serán soportados por los demandados Hospital Subzonal de Balcarce-Municipalidad de Balcarce hasta la proporción del CINCUENTA PORCIENTO (50%) a título de pérdida de chance de curación, por los fundamentos explicitados en los considerandos precedentes. 7. Costas e intereses. Atento el progreso parcial de la demanda contra el Hospital Subzonal de Balcarce-Municipalidad de Balcarce, las costas irrogadas por la pretensión incoada a su respecto en la instancia de origen, se imponen a los vencidos (art. 68 del C.P.C.). En cuanto a la tasa de interés aplicable sobre el capital de condena, hace ya casi una década la Sala Segunda de este Tribunal resolvió -por mayoría- en autos ?Zibecchi, Pablo c/ Trama, Fabián y ot. s/ Daños y Perjuicios? (Expte. N° 126.644, sent. del 21-06-07 Reg. 168-07) que en aquellos casos en los que no es aplicable una tasa legal o pactada, los intereses moratorios deben ser calculados, desde el 6 de enero de 2002 (fecha de promulgación de la ley 25.561), a la tasa activa que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de préstamos personales. Sostuve en el antecedente citado que la Suprema Corte Provincial, a partir del caso ?Zgonc? -Ac. 43.448, del 21/05/1991-, sentó como doctrina judicial la aplicación de la tasa pasiva a todos los créditos pendientes de pago que han sido reconocidos judicialmente, trátese de responsabilidad contractual o aquiliana, cuando no median intereses convencionales ni legales, y que ese criterio había sido sostenido en los inicios del denominado plan de convertibilidad. Ese contexto económico -señalé- difería sustancialmente del que existía al momento de dictar la sentencia en la precitada causa ?Zibecchi?. Expuse también en aquella oportunidad que los jueces deben dar solución -en los casos a resolver- en la medida que mejor satisfaga los intereses sociales de la época, por lo que -teniendo en consideración la notoria desarticulación normativa del sistema de convertibilidad a partir de la promulgación de la ley 25.561-, es imprescindible «mantener incólume la cuantía de la obligación, fijándose tasas de interés moratorio positivas (art. 622 del Código Civil) para evitar así que debido a la demora en el pago imputable al obligado, el acreedor reciba una cantidad nominal depreciada, en lugar de la justa indemnización que le corresponde para enjugar el daño padecido? (C.N.Civ., Sala ?G?, La Ley 06/03/2007). Todo ello para dar cumplimiento al principio de la reparación integral de la que nos informa el Código de Vélez en su artículo 1069 y con tutela constitucional. Sin embargo, en octubre de 2009 la Corte con sede en La Plata -por mayoría- ratificó la vigencia del criterio sentado en el caso ?Zgonc? sin perjuicio del abandono de la paridad cambiaria

instituida por la ley 25.561, reafirmando la aplicación de la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires con posterioridad al 6 de enero de 2002 (SCBA, causa C. 101.744, en autos ?Ponce, Manuel Lorenzo y ot. c/ Sangalli, Orlando Bautista y ot. s/ Daños y Perjuicios?, sen. del 21-10-09; idéntica solución, aunque en materia laboral, fue adoptada en el acuerdo L. 94.446, in re "Ginossi, Juan Carlos contra Asociación Mutual U.T.A. Despido?", de la misma fecha). Si bien los decisorios de la Corte Provincial carecen de obligatoriedad para los jueces inferiores en la resolución de casos análogos (pues no existe normativa expresa de ningún rango que así lo imponga) el deber moral e institucional de seguir sus lineamientos interpretativos -sumado a razones de economía procesal- llevaron a este Tribunal a aplicar aquella doctrina en los casos que llegaron a su entendimiento (arts. 15 CPBA y 34 inc. 5 CPC; S.C.J.B.A., Ac. 77.132; Hitters Juan Carlos ?Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación?, pág. 228, Editorial Librería Editora Platense S.R.L., 1994; Camps, Carlos E. ?Jurisprudencia obligatoria y doctrina legal de la Corte bonaerense?, JA 2004-II-1164). Ello, claro está, sin perjuicio de dejar a salvo mi opinión personal ya expresada en el precedente ?Zibecchi?. La preocupación por la ínfima proporción en la que se termina indemnizando el daño moratorio sufrido por la víctima motivó que en las causas ?Avila c/ Transportes 25 de Mayo s/ Daños y Perjuicios? (Sala II, causa 156.126, sentencia del 9/9/14, RSD 225-14), y ?Rojas, Orocimbo c. Delio, Cristian y otro s. Daños y perjuicios" (Sala II, Expte. 155.954, del 04/09/2014; RSD, 223-944) adhiera a la opinión del Dr. Roberto J. Loustaunau mediante la cual se buscó una solución alternativa. En tales fallos, la opción escogida fue utilizar la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de plazo fijo ?digital? a treinta días (es decir, aquellos cuyos fondos son captados a través del sistema Homebanking de la entidad, denominado comercialmente ?Banca Internet Provincia? o ?BIP?), y en su modalidad ?tradicional? (esto es, sin posibilidad de cancelar anticipadamente). La razón para la elección de esta tasa era relativamente sencilla: aceptando -por estrictas razones de casación de hecho- que el interés moratorio representa "la productividad que se ha frustrado a raíz de permanecer impago el capital adeudado" (SCBA, in re "Ponce...", voto del Dr. Genoud), o aun si se considera que tiende a "resarcir la renta de la que se vio privado el acreedor durante el lapso en que no pudo disponer de los fondos que se le adeudaban" (íd., voto del Dr. Soria), resulta prudente escoger, entre las diversas tasas pasivas disponibles en la banca pública bonaerense, aquella que represente el mejor rendimiento para el acreedor insatisfecho (pues es esa la conducta que razonablemente puede presumirse que hubiera observado la víctima de haber recibido el capital en tiempo y forma). En aquel entonces, y aun hoy, el plazo fijo más rentable es el constituido por homebanking. Esta tasa ?BIP? tiene la virtud de garantizar el respeto a las tres pautas dadas por el Máximo Tribunal en su doctrina legal (SCBA, causas C. 43.858, ?Zgonc...?, 101.774 ?Ponce...? y L. 94.446 ?Ginossi...?, et. al), en tanto: (a) se trata de una tasa pasiva, (b) corresponde a una operación de depósitos a treinta días y (c) se liquida sin incurrir en ninguna forma de capitalización. Tal es así que en autos ?Zocaró, Tomás A. c. Provincia A.R.T., SA y otros s/daños y perjuicios? (RI. 118615 de fecha 11/03/2015, publicado LA LEY 07/05/2015, 7), la Suprema Corte consideró que aquella alícuota no era violatoria de su doctrina legal. Ahora bien, el pasado 18 de mayo de 2016 la Suprema Corte resolvió -por mayoría- en autos ?Ubertalli Carbonino, Silvia contra Municipalidad de Esteban Echeverría s/ Demanda contencioso administrativa? (causa B. 62.488) que al crédito de la reclamante -sobre el cual tampoco había tasa legal o convencional aplicable- debían adicionársele intereses moratorios a calcular conforme «la tasa pasiva más alta más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos períodos de devengamiento, conforme las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso». Poco menos de un mes después, el mismo Tribunal dictó sentencia en autos ?Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén. Daños y perjuicios? (causa C. 119.176, del 15/06/2016), ratificando -ahora en un caso de derecho civil- lo afirmado en ?Ubertalli? aunque agregando que los intereses debían liquidarse desde el día del hecho (fallo cit., voto de la Dra. Kogan, considerando V.b, último párrafo). La Suprema Corte, por mayoría, hizo lugar parcialmente al recurso extraordinario y sostuvo que «la evolución de las distintas tasas de interés pasivas aplicadas por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, que se hallan determinadas en el marco reglamentario de la mencionada institución oficial (art. 768, inc. "c", Cód. cit.), impone precisar el criterio que este Tribunal ha mantenido hasta ahora en carácter de doctrina legal, en pos de la referida finalidad uniformadora de la jurisprudencia. Por tal razón, considero que los intereses deberán calcularse exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, C.C. de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", C.C. y C.N.; 7 y 10, ley 23.928 y modif.)» (fallo. cit., voto de la Dra. Kogan que conforma la mayoría). La nueva doctrina se acompasa con lo decidido originariamente en la causa C. 43.858, ?Zgonc...?, y luego ratificado en causas 101.774 ?Ponce...? y L. 94.446 ?Ginossi...?, entre otros. Así todo, entre aquellos precedentes (?Ponce?, ?Ginossi?) y el aquí analizado (?Cabrera?) existe una diferencia que no es menor: si bien se insiste en la utilización de la tasa que representa la renta que otorga un plazo fijo constituido a treinta días en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, se deja a salvo la facultad del magistrado de elegir la más alta entre todas las posibles para

cada período de devengamiento. Es decir, dentro del género de ese tipo de inversiones, el sentenciante podrá elegir la especie (esto es, el producto bancario particular) más rentable para el ahorrista. Hoy esa tasa ¿más alta? es la que el banco paga en sus depósitos hechos por homebanking, pero nada quita que en el futuro otro producto -siempre que se trate, claro está, de depósitos a plazo fijo a 30 días hechos en el Banco Provincia- prevea una renta superior. Por los fundamentos precedentemente desarrollados, los intereses sobre el capital de condena se calcularán desde la fecha del hecho dañoso (24-1-1996) hasta su efectivo pago, conforme la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa. Esta pauta se aplicará indistintamente a los intereses devengados antes y después de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (arts. 622 y 623, C.C. de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", C.C. y C.N.; 7 y 10, ley 23.928 y modif.; SCBA, fallos cit.). ASÍ LO VOTO. LA SEÑORA JUEZA DOCTORA NÉLIDA I. ZAMPINI VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS. A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RICARDO MONTERISI DIJO: Corresponde: I) Receptar parcialmente el recurso de apelación interpuesto a fs. 849, MODIFICANDO la sentencia dictada a fs. 830/848 por los argumentos brindados. En consecuencia, se HACE LUGAR a la demanda por indemnización de daños y perjuicios promovida por R. D. V. M. y H. O. B. contra el HOSPITAL SUBZONAL DE BALCARCE DR. FELIPE FOSATTI y la MUNICIPALIDAD DE BALCARCE, condenando a los vencidos para que dentro del término de DIEZ DIAS de quedar firme la presente abonen a los actores la suma de PESOS TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL (\$ 375.000) con más sus respectivos intereses, conforme las pautas fijadas en los considerandos del presente pronunciamiento, confirmándose en lo demás el fallo apelado en cuanto ha sido motivo de agravio. II) Imponer las costas de la instancia de origen por la pretensión resarcitoria receptada, a los demandados vencidos (arts. 68 1º párr. y 274 del C.P.C.). Las costas de Alzada serán distribuidas en un 70% a cargo de la parte actora y un 30% a cargo de los demandados Hospital Subzonal de Balcarce-Municipalidad de Balcarce, atento el resultado obtenido (arts. 68 1º párr. y 71 del C.P.C.). ASÍ LO VOTO. LA SEÑORA JUEZA DOCTORA NÉLIDA I. ZAMPINI VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS. En consecuencia se dicta la siguiente SENTENCIA Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve: I) Receptar parcialmente el recurso de apelación interpuesto a fs. 849, MODIFICANDO la sentencia dictada a fs. 830/848 por los argumentos brindados. En consecuencia, se HACE LUGAR a la demanda por indemnización de daños y perjuicios promovida por R. D. V. M. y H. O. B. contra el HOSPITAL SUBZONAL DE BALCARCE DR. FELIPE FOSATTI y la MUNICIPALIDAD DE BALCARCE, condenando a los vencidos para que dentro del término de DIEZ DIAS de quedar firme la presente abonen a los actores la suma de PESOS TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL (\$ 375.000) con más sus respectivos intereses, conforme las pautas fijadas en los considerandos del presente pronunciamiento, confirmándose en lo demás el fallo apelado en cuanto ha sido motivo de agravio. II) Imponer las costas de la instancia de origen por la pretensión resarcitoria receptada, a los demandados vencidos (art. 68 1º párr. y 274 del C.P.C.). Las costas de Alzada serán distribuidas en un 70% a cargo de la parte actora y un 30% a cargo de los demandados Hospital Subzonal de Balcarce-Municipalidad de Balcarce, atento el resultado obtenido (arts. 68 1º párr. y 71 del C.P.C.). III) Teniendo en cuenta el progreso parcial de la demanda y dado que el contenido económico sobre cuya base se deben establecer los honorarios de la totalidad de los profesionales intervinientes va a estar representado por la liquidación que oportunamente se practique (cfr. arts. 23 y 51 del decreto ley 8904/77; esta Sala, expte. 144.535 I. 12-9-2013 Reg. 440-R), DEJASE SIN EFECTO la determinación de base regulatoria así como las regulaciones de honorarios de fs. 845/848, que se difieren para la instancia procesal oportuna (arts. 31 y 51 de la ley 8904; art. 274 del C.P.C.). NOTIFÍQUESE personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). DEVUÉLVASE. RICARDO D. MONTERISI NÉLIDA I. ZAMPINI ALEXIS A. FERRAIRONE SECRETARIO A., A. y otro c/S. G., J. M. y otros s/daños y perjuicios - Cám. Civ. y Com. Azul ? Sala II ? 18/04/2016

013726E