



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

CÁMARA SEGUNDA CIVIL Y COMERCIAL DE LA PLATA (SALA II INTEGRADA). RESPONSABILIDAD DEL CENTRO MÉDICO ASISTENCIAL. DERECHO DEL CONSUMIDOR. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. REPARACIÓN INTEGRAL. APLICACIÓN INMEDIATA DEL ARTÍCULO 1746 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. EJECUCIÓN PROGRESIVA DE LA CONDENA.

Con fecha 14 de Febrero de 2017, la Cámara Segunda Civil y Comercial de La Plata, Sala Segunda, integrada por la Dra. Silvia Patricia Bermejo y el Dr. Francisco Agustin, Hankovits, en la causa n° 120.364 “Akita Enrique Y Wago Miriam Graciela C/ Hospital Italiano De La Plata Y Servicio De Pediatría Y Neonatología S/ Daños Y Perjuicios” refirió que devendría aplicable la Ley de Defensa del Consumidor n° 24.240 para dirimir la responsabilidad del centro médico asistencial privado, aunque dicha normativa no alcance a los profesionales liberales que prestan tareas en el mismo (art. 2). Respecto de los diferentes servicios médicos de un hospital consideró que carecen de personería jurídica autónoma, por lo que los jefes de los mismos no pueden ser demandados en tal carácter. Asimismo, a los fines de cuantificar el daño consideró que deviene aplicable el art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación, aunque corresponda aplicar el anterior Código Civil para dirimir la responsabilidad de los demandados conforme la fecha del hecho. Por último, determinó la viabilidad de la indemnización y el pago de una prótesis para un brazo y determinó el trámite de ejecución de sentencia para los eventuales reemplazos de la misma. Se abordó, asimismo, el tema de la discapacidad y la niñez.

L° de sentencias DEFINITIVAS N° LXXIII

Causa N° 120364; Juzgado En Lo Civil Y Comercial N°22 - La Plata

Akita Enrique Y Wago Miriam Graciela C/ Hospital Italiano De La Plata Y Servicio De Pediatría Y Neonatología S/ Daños Y Perj.Por Del.Y Cuasid.Sin Uso Autom.(Sin Resp.Est.)

REG. SENT.: 17 Sala II - FOLIO: 91



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En la ciudad de La Plata, a los 14 días del mes de Febrero de dos mil diecisiete, reunidos en acuerdo ordinario la señora Juez vocal de la Sala Segunda de la Excma. Cámara Segunda de Apelación, doctora Silvia Patricia Bermejo, y el señor Presidente del Tribunal, doctor Francisco Agustín Hankovits, por integración de la misma (art. 36 de la Ley 5827), para dictar sentencia en la Causa 120364, caratulada: "**Akita, Enrique y Wago, Miriam Graciela c/ Hospital Italiano De La Plata Y Servicio De Pediatría y Neonatología s/ Daños y Perj. por Del. y Cuasid. sin Uso Autom. (Sin Resp.Est.)**", se procedió a practicar el sorteo que prescriben los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, resultando del mismo que debía votar en primer término la doctora **BERMEJO**.

La Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes cuestiones:

1a. ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 2242/2260?

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SEÑORA JUEZ DOCTORA BERMEJO DIJO:

I- La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios promovida por los señores Enrique Akita y Miriam Graciela Wago –por sí y en representación de su hija menor C. A.-, contra el Hospital Italiano de La Plata, Asociación de Socorros Mutuos y Beneficencia. Asimismo, la desestimó con respecto al codemandado Gustavo Daniel Bibiloni. En consecuencia, condenó al mencionado Hospital



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

y a la aseguradora citada en garantía, Federación Patronal Seguros S.A., a abonar a los actores dentro del plazo de diez días, la suma de \$ 585.000, con más los intereses a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta 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 diario con igual tasa, correspondiendo aplicar la denominada “Banca Internet Provincia”, devengándose dichos accesorios desde el día 25 de junio de 2007, hasta su efectivo pago. Además, admitió las excepciones de falta de legitimación para obrar opuestas por los codemandados Alfredo Uranga y Guillermo Zambosco, imponiendo las costas por este aspecto a los actores.

Por último, declaró carente de virtualidad el tratamiento del pedido de inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil formulado por los legitimados activos. Impuso las costas del proceso principal por el progreso de la demanda al Hospital Italiano de La Plata S.A., a la Asociación de Socorros Mutuos y Beneficencia y a la aseguradora Federación Patronal Seguros S.A.; y por el rechazo de la demanda respecto de Bibiloni y su aseguradora Federación Patronal Seguros S.A., en el orden causado. Postergó las regulaciones de honorarios hasta quedar firme la sentencia y practicarse liquidación (fs. 2242/2260).

II- Contra esa forma de decidir, interponen recurso de apelación los actores (fs. 2261), como así también la codemandada Hospital Italiano de la Plata y su aseguradora Federación Patronal Seguros S.A. (fs. 2270), los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

que fueron concedidos libremente (fs. 2262 y fs. 2271, respectivamente). La accionante lo fundamentó en tiempo y forma (fs. 2287/2300 vta.), como la demandada y citada en garantía (fs. 2304/2310) quienes ampliaron la misma (fs. 2311/2312 vta.); corrido el pertinente traslado, fue contestado por la demandada y citada en garantía (fs. 2314/2321) y por los legitimados activos por apoderado (fs. 2322/2324 vta.). Luego se corrió traslado a los doctores Alfredo Uranga, Guillermo Zambosco y Gustavo Bibiloni (fs. 2329), que no contestaron. Se dio vista a la señora Asesora de Incapaces (fs. 2330), quien dictaminó (fs. 2331 y vta.). A continuación, se llamó autos para sentencia (fs. 2332).

III- Los accionantes, por medio de apoderado, se agravan del rechazo de la pretensión contra el doctor Gustavo Daniel Bibiloni, dado que, según expresan, quedó acreditado que la menor de edad de autos ingresó a la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales (UCIN) dependiente del Servicio de Pediatría del Hospital Italiano a las 09:00 hs., el día 12 de abril de 2006, y ese servicio estaba a su cargo, a esa fecha. Manifiestan que todos los hechos que pudieron originar o ser causa adecuada de la infección que se constató en la menor de edad ocurrieron en la UCIN, donde el Jefe de Servicio de Pediatría era el citado profesional de la salud, quien estaba obligado a fiscalizar y controlar el cumplimiento de las indicaciones que sobre bioseguridad e higiene supuestamente existían en la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales. Sostienen que al Jefe del Servicio que dirigía, coordinaba o controlaba la UCIN le alcanza el reproche también



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

atribuido al hospital, ya que conocía o debía conocer las medidas de bioseguridad e higiene que debieron aplicarse en el ámbito de su competencia funcional y no se llevaron a cabo, o por no haber arbitrado, coordinado y dispuesto eficazmente de todos los medios para que la niña no fuese afectada por la pseudomona. Aseguran que al asumir la jefatura de un Servicio, el médico también deviene en garante respecto de las omisiones en las normas de bioseguridad e higiene que pueden generar consecuencia para la vida o la salud de los pacientes; y debe responsabilizársele en forma directa. Solicitan se revoque la sentencia atacada haciendo lugar a la acción impetrada y condenando también al Dr. Gustavo Bibiloni, con costas.

Asimismo, se quejan de que el sentenciante haya otorgado sólo la suma de \$70.000 por costo de la cirugía a efectuársele a la menor C. A., consistente en colgajo microquirúrgico para muñón, más la de \$3.000 por gastos farmacéuticos, sin prever el costo de la prótesis. En la demanda reclamaron como rubro indemnizatorio, la provisión y colocación (incluyendo todos los costos y gastos médicos, asistenciales, hospitalarios, honorarios, etc.) de un equipamiento protésico bajo codo en material adaptado a medida y necesidad del paciente en suspensión flexible, cosmética high en silicona mimetizante, cuyo valor a la fecha de la demanda era de \$39.200. Con el crecimiento de la niña y en la medida que las circunstancias lo permitan, peticionaron se provea un equipamiento protésico biónico para antebrazo izquierdo bajo codo, marca Osur Origen irlandés, con movimiento penta digital conforme prescripción del Dr. Paul Pereira de fecha 17 de octubre de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

2008 e hicieron reserva de pedir este equipamiento protésico u otro de mejor tecnología según los avances científicos. También sostienen haber reclamado en la demanda los costos de todos los services y reparaciones (mano de obra y repuestos) que necesite la prótesis que se peticiona para mantenerla en excelentes condiciones de uso, como también el valor de sus futuras reposiciones y recambios atento a la vida útil que pueda tener y por el avance tecnológico de las mismas. Requirieron los costos y gastos de todas y cada una de las futuras cirugías microquirúrgicas, plásticas, estéticas, reparadoras y funcionales necesarias y los cambios, reposiciones y services de prótesis. Hicieron reserva de ampliar la demanda por dichos montos sobre la base de las probanzas de autos a efectuarse. Realizan una descripción de lo que se acreditó en el expediente al respecto y solicitan el tratamiento y concesión de la pretensión formulada o, en su defecto, de las sumas correspondientes contemplando todos los ítems reclamados.

Se explayan respecto a la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Critican que el **a quo** no cuantificó el daño, acorde el art. 1746 de ese ordenamiento. Manifiestan que a partir del 1° de agosto de 2015 debe necesariamente observarse la normativa de dicho cuerpo legal para ello, por ser normas dirigidas al Juez al momento de sentenciar. Sostienen que la aplicación lisa y llana del Código Civil de Vélez Sarsfield a sentencias dictadas bajo el nuevo Código hoy vigente, por la sola razón de haber tramitado los litigios bajo el primero de los ordenamientos mencionados, implica postergar la aplicación inmediata del nuevo sistema



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

sin bases legales, consagrando la regla de la aplicación diferida del Código Civil anterior luego de su derogación, lo cual, a su entender, constituiría una ultraactividad contraria a derecho. Solicitan que al momento de ser tratado se aplique en autos el art. 1746 del CCyCN y su pauta orientadora.

Consideran bajos los montos reconocidos por incapacidad física, lesión estética y daño moral, tanto para la menor de edad como para sus padres. Con respecto al daño patrimonial, manifiestan no agraviarse sólo de la suma, sino de las directrices que cita el **a quo**, porque –sostienen- una errónea interpretación de las probanzas de autos, lo llevan a conferir cifra de \$300.000 que tildan de irrisoria. Detallan que las secuelas de la niña no son sólo la falta de la mano y del antebrazo izquierdo, pues deben incluirse la cicatriz que abarca la totalidad de la cara anterior, interna y externa del muslo izquierdo e ingle homolateral ocasionado por la obtención de injertos de piel y colgajo libre microquirúrgico, la cicatriz postraumática y posquirúrgica hipertónica, irregular, geográfica, discrómica hipercrómica, con retracciones de 100 mm. de largo por 100 mm. de ancho, en la totalidad del hombro derecho, la severa secuela antiestética estáto-dinámica consistente en la amputación de antebrazo y mano izquierdos con muñón de amputación, la cicatriz atrófica, lineal oblicua, hipocrómica de 15 mm. de largo por 5 mm. de ancho, ubicada en la cara anterior del hombro izquierdo y la cicatriz hipertrófica lineal, hipocrómica de 20 mm. de largo por 5 mm. de ancho, ubicada en la cara dorsal de la muñeca derecha. Aseveran que estas secuelas también se acreditan con la pericia pediátrica y que el sentenciante



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

las soslayó, dado que no hay una sola referencia a ellas a lo largo de toda la sentencia, como si las únicas consecuencias hubieran sido la amputación y la lesión estética que ella produce.

Además, se agravan del porcentual de incapacidad que padece C., el cual denuncian que el fallo no determina. Afirman que la pericia traumatológica alcanza una incapacidad parcial y permanente del 70% del total; y si a ella se le aplica la determinada por la pericia del cirujano plástico, bajo el criterio de la capacidad residual o restante, se ilustra –dicen– que C. padece de porcentuales de incapacidad total y permanente. Reiteran que omitir al art. 1746 del CCyCN., los priva de conocer el fundamento o pauta orientadora para poder saber si la reparación conferida resulta plena, justa e integral, como pretende la normativa legal vigente y la Corte de la Nación. Anuncian que cualquier ecuación aplicada al capital de condena nunca podría llegar a generar una renta razonable que cubra la disminución de la aptitud de C. para realizar actividades productivas o económicamente valorables con el grado de permanencia (definitiva) que tiene su minusvalía.

Por lo expuesto, se disgustan del monto de \$300.000, al que catalogan de irrisorio y exiguo. Opinan que quedó evidenciado que las secuelas no sólo limitan a la niña funcionalmente en sus actividades diarias, sino que compromete a su futura vida productiva y de relación. Pretenden se eleve la suma hasta llegar a una justa, plena e integral, erigida en el artículo 1746 del CCyCN.. Puntualizan que el resultado no debe ser un capital inferior al que pueda proveerle a C. una renta mensual de un salario mínimo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

vital y móvil vigente al momento de sentenciar, hasta el fin de su vida laboral activa, conforme lo peticionaron en la demanda.

Culminan su expresión de agravios refiriéndose al daño moral. Esgrimen que es indiscutible el perjuicio de este orden sufrido por todos los legitimados activos. Consideran que ese daño a futuro no fue evaluado por el señor Juez de primera instancia. Expresan que su cuantificación lastima principios constitucionales y se enmarca dentro de una tacha de arbitrariedad. En consecuencia, procuran se revoque la sentencia en este punto y se confiera por daño moral la suma peticionada en la demanda o lo que en más o en menos se fije a tenor de las constancias obrantes en autos.

A su turno, la parte demandada condenada y su aseguradora, por medio de su abogado apoderado, denuncian la errónea imputación de responsabilidad culposa a sus representados. Dicen que no resulta acreditada en forma fehaciente la vía de entrada de la bacteria, ni tampoco se ha acreditado que el Hospital Italiano no cumpliera con las medidas de seguridad. Manifiestan que son coincidentes las opiniones de los peritos en cuanto se refieren a la puerta de entrada del germen, que deviene incierta. Esto les lleva a exclamar que la parte actora no cumplió a lo largo del proceso con la carga que le competía, lo que demostraría la ausencia de una relación de causalidad entre las secuelas del recién nacido y el obrar del médico y/o del Hospital. Afirman que el fallo atacado resulta erróneo y de grosero apartamiento a las normas legales que rigen las circunstancias litigiosas, según el Código de Vélez Sarsfield por entonces vigente, toda vez



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

que no se ha incurrido en culpa, negligencia o violación de reglamento de seguridad alguno. Finalmente, señalan que no se ha demostrado cuál ha sido la puerta de entrada del germen ni la existencia de una probada y adecuada relación de causalidad cuya debida corroboración probatoria encuentra su sustento en las afirmaciones de los peritos. A su entender, la condena se funda en meras apreciaciones subjetivas o inferencias del Juzgador que se distancian y confrontan con el deber constitucional de ser la sentencia una decisión derivada de las particularidades de la causa y de las leyes vigentes.

Asimismo, critican la fijación del **quantum** de la incapacidad sobreviniente. Opinan que, tomando en cuenta las circunstancias personales de la víctima y su entorno familiar, la determinación del monto indemnizatorio deviene alto y no prudente o razonable. Denuncian violados los artículos 1068, 1071 y 1083 del C.C., pues el monto justipreciado, lejos de procurar reponer las cosas a su estado anterior en la medida de lo posible, produce un acrecentamiento de riqueza agravante a los intereses de esa parte. A su entender, el Juzgador debe actuar dentro de los límites de la razonabilidad y prudencia que le impone el contexto normativo y las circunstancias del caso. Solicitan, de prosperar la demanda, la reducción del monto fijado en la sede de origen, en el orden de un 30%. En relación a los intereses, rubro del cual también se quejan, alegan que el artículo 7 del actual Código Civil dispone que las leyes no tienen efecto retroactivo, y que las relaciones nacidas bajo el amparo del viejo Código Civil son regidas por él. Dado que al momento de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

promoverse estas actuaciones la parte actora no requirió la aplicación de la tasa conocida como “tasa digital”, no puede ella fijarse, por cuanto –según expone- estaríamos en presencia de un supuesto de irretroactividad de la ley o imponiendo una tasa de interés no requerida expresamente.

También ataca la forma en que el fallo en su parte resolutive condena a “Federación Patronal Seguros S.A.” en forma total y coincidente con su asegurado Hospital Italiano. Manifiesta que no detalla que el alcance de la misma corresponde en la medida del seguro, según establece el artículo 118 de la ley 17.418. Insiste en que la falta de una expresa resolución sobre este tema, genera un agravio en concreto ante eventuales o hipotéticos reclamos de terceros; más allá de considerar que del contenido integral de la sentencia, surge en forma incuestionada, que de confirmarse el tema de la responsabilidad, la misma se extiende en la medida del seguro.

IV- En primer lugar, entiendo prudente efectuar una aclaración en cuanto a la fundamentación del recurso de apelación acompañado a fs. 2304/2310 y su ampliación de fs. 2311/2312. Ambas expresiones de agravios se presentaron el mismo día, a la misma hora e incluso en el mismo minuto (ver cargos de fs. 2310 y 2312 vta.), así se las ha tenido y de las que se dio traslado a fs. 2313, a lo que agrego que la parte contraria guardó silencio sobre ello (fs. 2322/2324). Por ello, interpreto que se trata de una misma pieza de fundamentación, efectuada en tiempo y forma. Ello me exime de expedirse en cuanto al principio de consumación de los recursos (conf. SCBA, Ac. 82.908, sent. int. de 29-XII-2003; Rp 118876, sent. int. del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

8/7/2014; L 104696, sent. del 20/3/2013; L 89444, sent. del 27/6/2012; Ac. 95786, sent. int. del 13/8/2008) y tener a ambas expresiones de agravios como una sola.

V- Otro de los puntos a abordar es la normativa aplicable, lo que ambas partes traen como agravio, por no haberse aplicado el art. 1746 del CCCN en la reparación acorde solicita la actora. Por su lado, los colegitimados pasivos requieren la aplicación de la tasa de interés.

Los accionantes opinan que la cuantificación del daño en las obligaciones de valor se efectiviza al momento de dictar sentencia (art. 772 CCCN.) y las normas son las vigentes al momento de emitir el decisorio. Se queja que éste no explica la operación realizada que concluye en las indemnizaciones dispuestas, excepto en cuanto a la determinación del grado de incapacidad y que tampoco lo fija exactamente. Por ello, solicita que al considerarse el **quantum** de la reparación se utilicen las pautas contenidas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Ya habiendo entrado en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, desde el 1 de agosto del año 2015 –art. 7, ley 26.994, conf. art. 1 ley 27077-, habrá que aclarar si corresponde juzgar este litigio con el marco legal con el cual nació –el Código Civil anterior- o con el actual. Tal disquisición deberá disiparse desde lo dispuesto por el art. 7 de la ley ahora en vigor, el cual señala que “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.”.

Como refiere Aida Kemelmajer de Carlucci, en lo que respecta al derecho de daños, éstos se deben dirimir acorde el contexto en el cual acontecieron, lo que nos conduce a aplicar las disposiciones anteriores. Doctrina y jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento de irrumpir el hecho antijurídico dañoso. Las discrepancias pueden ocasionarse en torno a cuáles son los elementos constitutivos y cuáles las consecuencias de ese ilícito, pues la nueva ley rige a los efectos sin consumar en ocasión de la entrada en vigencia (autora citada, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, págs. 100 a 104, 158 y 159).

Sin embargo, el caso de autos, atañe a un daño originado durante la vigencia de la ley anterior (arts. 3, CC.; 7 y conc., CCCN. ley 26.994). Ello sella la aplicación de esas disposiciones en cuanto a la ocurrencia del hecho (esta Sala, causa 118.724, sent. del 27/VIII/2015, RSD 104/2015, entre muchas otras).

Empero, aun cuando el hecho dañoso se consumó durante la vigencia de la norma anterior, no así las consecuencias que de él derivan.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Por ello, se impone diferenciar la existencia del daño de su cuantificación. Como reseña la distinguida autora ya citada, la segunda de estas operaciones debe realizarse acorde la ley vigente al momento en que la sentencia fija su extensión o medida (autora citada, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", segunda parte, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 234).

Este deviene un criterio ya compartido también por la jurisprudencia. Así se ha expresado que: "El art.1746 del Código Civil y Comercial es aplicable a una acción de daños intentada antes de su entrada en vigencia, en tanto la norma no se refiere a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino sólo a las consecuencias de ella (art. 7, CCyC), máxime cuando la regla no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, sino que únicamente sienta una pauta para su liquidación" (Cám. Nac. de Apel. en lo Civil, sala A, in re: "A. A. R. c. G. A. M. s/ daños y perjuicios", sent. del 28/10/2015, publicado en: RCCyC 2016 (abril), 150; RCyS 2016-VII, 155, cita online: AR/JUR/63674/2015).

Por lo tanto, al tratar los rubros cuyo monto debate la parte se aplicará el art. 1746 del CCCN., el cual mal pudo haberse pedido en la demanda, como refiere el contrario (fs. 461 vta.). Asimismo, en cuanto a los intereses aplicables, lo que ataca el representante de los accionados, la Corte ya se expidió en el precedente "Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén. Daños y perjuicios" (SCBA, causa C. 119.176, sent. del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

15-VI-2016), tratado **infra** en este voto, a lo que me remito a los fines de evitar reiteraciones.

VI- De modo previo al estudio de la impugnación y también en lo atinente al marco jurídico aplicable al caso, aprecio oportuno efectuar la siguiente salvedad. La cual, puntualizo, sólo es a mayor abundamiento, y para lograr claridad expositiva. Ello pues, por la prohibición de la **reformatio in peius**, no se puede realizar ninguna consideración que exceda el marco de debate y concluya en una situación dispar para las partes.

En la sentencia atacada se resolvió el litigio de autos contra el Hospital desde la perspectiva de las normas del Código Civil anterior. Si bien cita doctrina de autores y precedentes de nuestra Suprema Corte, en este aspecto, la sentencia, además de las normas procesales, refiere a los arts. 901 y 1198, primer párrafo, del CC., las cuales cita (v. fs. 2242/2260, esp. punto III de los considerandos). No obstante, cuando se desarrollan los fundamentos de la condena al Hospital se hace desde la responsabilidad subjetiva. Explica que “... *si las autoridades del centro asistencial aún con el empleo de la más exquisita diligencia no pueden excluir de plano algunos tipos de infección, cabe ubicar el asunto en el sector de la responsabilidad subjetiva. Por ende, si el médico o la institución hospitalaria logran probar la diligencia exigible en un caso puntual, cumplen con el deber a su cargo. Se observa así una prueba indiciaria de culpa del deudor y, por consiguiente, de responsabilidad. En razón de ello, el ente de la salud podría desvirtuar la misma y liberarse de la obligación de responder si logra acreditar haber*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

actuado con la debida diligencia o, en su defecto la configuración del casus -causa ajena...".

No concuerdo con que la responsabilidad del hospital sea de orden subjetivo, sino objetivo, en virtud de la ley 24240 de defensa del consumidor.

Sin embargo, anticipo que, el encuadre dado por el juzgador no se cuestionó por ninguna de las dos partes, por lo que llegó firme a la Alzada y, en este caso, en tanto la distinta óptica implicaría alterar la defensa en juicio de los accionados –que se han defendido y argumentado en base a esa forma de ver el contexto jurídico-, me constriñe a continuar con el análisis de los hechos desde la perspectiva del **a quo**.

Proceder de otra manera vulneraría el debido proceso legal. Acorde dispusiera la Corte de la Provincia en el precedente “O ., A .M . y otros contra Albornoz, Cristian Ricardo y otros. Daños y perjuicios” (causa C. 117.314, sent. del 12-11-2014) “...como es sabido, la potestad oficiosa reconocida por el principio **iura novit curia** no es absoluta, ya que no autoriza a alterar las bases fácticas del litigio, ni la **causa petendi**, ni tampoco a la admisión de hechos o defensas no esgrimidas por los litigantes (doct. causas Ac. 91.164, sent. del 21-VI-2006; C. 88.438, sent. del 8-III-2007; mi voto en Ac. 67.307, sent. del 15-XII-1999; C. 112.660, sent. del 8-VIII-2012; entre otras; conf. asimismo, C.S.J.N., Fallos: 256:147; 261:191; 300:1015; 313:915, íd. causa H.213.XXXIX, "Herrero Morales", sent. del 23-XII-2004, etc.).”



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Así, en el precedente citado, cuando la Cámara juzgó la responsabilidad de un club de fútbol en virtud de disposiciones del Código Civil -tal como lo hiciera el juez de origen- sino también a la luz de la Ley de Espectáculos Deportivos –no estimado por el juez de primera instancia- “...no ha desbordado las atribuciones que le son propias. En efecto, al resolver como lo hizo, el sentenciante no afectó la relación procesal ni alteró los elementos de la pretensión cuya inspección oficiosa le es vedada, como fue explicado supra.”

Distinto es lo que acontece en el presente caso. En estos obrados, la aplicación de la ley de Consumidores, con su correlativo deber de seguridad y responsabilidad objetiva en lo que respecta al Hospital Italiano –pues la referida normativa no le es aplicable a los profesionales liberales (conf. art. 2, segundo párrafo, ley cit.), por lo que estas consideraciones son ajenas a la responsabilidad del médico Bibiloni-, conlleva a una visión distinta del litigio que implicaría, con su incorporación oficiosa y en la alzada, a una alteración del derecho de defensa en juicio (arts. 18, CN.; 15, Const. Prov.).

Como cita Sebastián Picasso, la obligación de seguridad en el ámbito del derecho del consumo está contenida en los arts. 42 de la Constitución Nacional y 5 de la ley 24.240. La primera de las normas refiere que los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, "a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos". Nuestro Máximo Tribunal federal interpretó que implica consagrar una verdadera



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

obligación constitucional de seguridad en cabeza de los proveedores de bienes y servicios (CSJN., Fallos, 330:563; 331:819; 333:203, etc). Por su lado, el artículo 5 reza "Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios". Se concluye así en que se trata de una verdadera obligación de resultados (ver autor citado, "Requiem para la obligación de seguridad en el derecho común", publicado en: RCCyC 2015 (julio), 01/07/2015, 146; cita Online: AR/DOC/2127/2015).

VII-A. Comenzaré por analizar los agravios de los demandados en cuanto a la falta de relación de causalidad entre la infección que culminó en el daño en la niña C. y el obrar atribuible al Hospital Italiano. Con cita de las pericias, destaca que la sentencia se equivoca al definir que la infección grave se asocia a los cuidados de salud, pues el germen "podría" haber ingresado por diferentes vías y que por su resistencia puede considerarse como intrahospitalario. Acude a los dichos del experto Dr Reinaud sobre que la pseudomona aeruginosa está distribuída y se puede aislar en la tierra, el agua, las plantas, los animales e incluso en el ser humano y que no se puede precisar la vía de su ingreso al paciente. Por ende, esa falta de certeza, alega, no puede redundar en considerar responsable al establecimiento por el incumplimiento de las medidas de seguridad.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

A los fines de dar una respuesta a este cuestionamiento, habrá que estar a las pericias producidas en la causa, en particular, por su especialidad, a la de la perito infectólogo (arts. 384, 474, CPCC.).

La médica Cuccheti explicó que: “La menor sufrió una infección grave, un cuadro de sepsis aguda en el contexto y ocasión de su internación en el hospital para ser atendida al momento de su nacimiento, junto a su mamá... por lo cual se interpreta como infección asociada a los cuidados de la salud. El aislamiento de una *pseudomona aeruginosa* en sangre demuestra que este microorganismo podría haber ingresado por diferentes vías, no pudiendo certificarse la relación causal entre un procedimiento invasivo como la colocación de una vía de acceso venoso o arterial, y la aparición de la infección. Faltan elementos para vincularlo como podría ser el aislamiento del germen en la punta de catéter, hecho que no ha sido demostrado según las constancias de autos. Este germen... habita en lugares húmedos, como superficies, elementos para curaciones de heridas si éstas se contaminan, también puede estar presente y ser una causa de infección intravascular, cuando se infunde a través de soluciones glucosadas.... Como así también puede ser trasladada de un sitio a otro o de un paciente a otro a través de las manos del personal médico y no médico que asisten a estos pacientes críticos. **Según se desprende de los resultados realizados en el hospital para conocer la sensibilidad antibiótica de la *pseudomona*, ésta era resistente a los antibióticos comunes, por lo tanto debería considerarse un germen**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

intrahospitalario (por su perfil de sensibilidad a los antimicrobianos)”

(el destacado me pertenece, v. respuesta al punto de pericia "c" de los propuestos por la parte actora; fs. 1255/1257 vta. y fs. 1361/1361 vta.; arts. 384, 474, CPCC.).

De la parte que he resaltado del informe vertido, el mismo perito explica que el germen que afectó a la niña es de origen intrahospitalario. Es decir, que si bien no se ha podido identificar la vía de acceso al cuerpo de la pequeña –foco en el cual se centra el recurso de los accionados-, sí ha afirmado que aquél se encontraba en el hospital.

Además, ante el pedido de explicaciones, la misma experta puntualizó que: “... respondo que cualquier procedimiento invasivo pudo ser la causa del ingreso de esta bacteria que derivó en una sépsis, pero no tengo elementos para certificar la puerta de entrada de la misma. No creo que esto sea importante, lo que sí es importante es que una infección grave como la que padeció la recién nacida produjo impactos a distancia que ocasionaron focos sépticos que terminaron en una amputación del miembro superior izquierdo, lo que le salvó la vida a la paciente. De si el tratamiento instituido con relación a la prescripción correcta o no de los antibióticos para el control de la infección que padeció el paciente, contesto que no tengo ni tuve a la vista antibiograma ni certificación por parte de especialista en infectología del hospital que indicara la conducta y seguimiento, según el aislamiento y tipificación del germen. Estos tratamientos antibióticos inicialmente son empíricos, lo que es una conducta correcta, porque según



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

los hechos (graves y agudos) no puede esperarse resultados para su inicio y luego son dirigidos según la tipificación del germen en cuestión y su sensibilidad (pudiendo ser el esquema el correcto o debiendo modificarse según dichos resultados). Por lo que he expuesto no puedo ofrecer mayor amplitud por la falta de elementos” (fs. 1361 y vta.; arts. 384, 474, CPCC.).

Cierto es que esa médica también se expidió sobre las medidas de seguridad que el Hospital informó al contestar la demanda, afirmando que ello ilustra sobre el cumplimiento de los controles de bioseguridad (respuestas a los puntos 1 y 2 a fs. 1257). Empero, también afirmó que “...el riesgo de infecciones dentro de las diferentes áreas vinculadas al cuidado de la salud nunca es cero, y existen diferencias en cuanto a la incidencia de infecciones según las diferentes áreas, y es así que en áreas consideradas críticas, como las unidades de cuidados intensivos y quirúrgicas por ejemplo tienen mayor incidencia de infecciones asociadas al cuidado de la salud, ya que estos pacientes presentan condiciones de salud que los predisponen a la aparición de infecciones, como enfermedades previas, que resultan condiciones mórbidas, como así también que éstos son huéspedes polinfectados por intervención médica y medidas de sostén necesarias para su cuidado. Las infecciones adquiridas en unidades de cuidados intensivos producen importante morbilidad, mortalidad y costos. En estudios que evaluaron más de 13.000 pacientes alrededor del mundo, el 51% tuvo documentada una infección y 71% recibió antimicrobianos, y finalmente el 63% tuvo infecciones por gram-negativos (Ej. *Pseudomonas aeruginosa*)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Vicent JL, Rello J, Marshall J, et al “International study of the prevalence and outcomes of Infection in Intensive Care Unite”, JAMA 2009; 302:2323. Estudios de prevalencia de infecciones en el recién nacido realizado en la maternidad Sardá han llegado a la conclusión de la incidencia de IH (infección hospitalaria) en la UCIN es habitualmente más alta que la de otros servicios incluyendo unidades de cuidados intensivos. Las cifras van entre 1,8 y 40% de las admisiones o egresos. Estas diferencias están dadas por el tipo de infecciones registradas, las edades y el peso al nacer de los pacientes asistidos. Sobre un total de 13.179 episodios de infección en 99 UCIN de alto riesgo, el sitio de infección más frecuente fue la bacteriemia, segundo lugar neumonías, seguido por infecciones gastrointestinales, etc. Las tasas de infección en los menores de 1500 grs. fueron de hasta el 25%.” (fs. 1255/1257 vta., esp. fs. 1257 y vta.; arts. 384, 474, CPCC.).

De la información aportada por los expertos tampoco puede concluirse que esa infección no haya podido evitarse. La misma experta en infectología al punto de pericia identificado como: “4-Si en el caso de autos, habiéndose adoptado las medidas de seguridad e higiene que describen en el presente escrito de contestación a la demanda ha resultado imposible evitar la infección”, expuso que: “según todo lo desarrollado en párrafos anteriores las infecciones intranosocomiales o también llamadas asociadas al cuidado de la salud, y en especial las que ocurren en áreas de cuidados críticos nunca es cero, y todas las medidas adoptadas para su control tienden a minimizar los porcentajes de incidencia de éstas. Las medidas no



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

solo son los controles de seguridad e higiene, sino también medidas básicas y universales como el lavado de manos, control y uso racional de antibióticos, etc.” (fs. 1257 vta.; arts. 384, 474, CPCC.).

Dable es precisar que el dictamen debe valorarse de conformidad a las reglas de la sana crítica y con sujeción a las normas de aplicación al caso (SCBA, B 50984, sent. del 4-VII-1995, “Acuerdos y Sentencias” 1995-II-810; SCBA, B 52359, sent. del 14-XI-2007).

Incluso, al apreciar las experticias los jueces ejercen facultades propias, no teniendo las conclusiones de los expertos eficacia vinculante (SCBA, Ac. 38915, sent. del 26-IV-1988, “La Ley” 1988-D-100, “Acuerdos y sentencias” 1988-I-720, D.J.B.A. 1988-134, 345; SCBA, Ac 49735, sent. del 26-X-1993; Ac 56166, sent. del 5-VII-1996; Ac. 61475, sent. del 3-III-1998).

En suma, conforme ha resuelto esta Sala, las reglas de la sana crítica indican que para apartarse de la pericia suficientemente fundada, es necesario oponer argumentos científicos que pongan en duda su eficacia probatoria. Las meras opiniones en contrario, sin esgrimir razones científicas fundadas, son insuficientes para provocar el apartamiento de las conclusiones vertidas por quien es experto en un área de la ciencia o técnica (art. 474 del C.P.C.C.; esta Sala causas 109.550, sent. del 22-7-2008; 115.940, sent. del 30-VI-2015, RSD 83/2015; 118.339, sent. del 2-VII-2015, RSD 88/2015, entre muchas otras).

Si bien el recurrente cuestiona la relación de causalidad del daño sufrido por C. con el obrar del Hospital, en tanto la puerta de entrada



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

del germen es incierta y que la relación de causalidad no se presume, en verdad son afirmaciones que pretenden desplazar la conducta reproachable del hospital pero sin éxito. Ello pues, más allá de cuál haya sido la vía de ingreso del microorganismo, en tanto se ha probado que se trata de un germen intrahospitalario, el contagio fue en ese centro de Salud, lo que se debió de haber evitado.

Ya sea que haya producido por algún material líquido inyectado o por las manos de quienes la atendían o visitaban pendiente su estadía en la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatal o en cualquier otro lugar del hospital, éste último debe asegurar la máxima esterilidad para evitar este tipo de contingencias que, como la experta señaló pueden evitarse (arts. 519, 520, 902, CC; 7, CCCN).

B. Por otro lado, aun cuando el apoderado de los recurrentes demandados afirma que esa parte colaboró en producir prueba, es lo cierto que ello no cambia la apreciación de los hechos.

Como refirió nuestra Suprema Corte “En la mayoría de los casos en que se juzga la responsabilidad profesional del médico, se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, cobrando fundamental importancia el concepto de la carga dinámica de la prueba o prueba compartida que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo” (SCBA, C 112820, sent. del 17/12/2014; C 116663, sent. del 4/9/2013).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Empero, cabe recordar que se acude a la regla de la carga de la prueba al tiempo de decidir cuando no hay evidencia. En cambio, en el supuesto de estos obrados, se acreditó que el germen es hospitalario y, además, que el único hospital en el que estuvo la niña desde que nació hasta que contrajo la infección fue el Hospital Italiano. Por ello, en verdad, la circunstancia que se haya producido el contagio por un germen que se determinó que es intrahospitalario y exógeno al paciente, ya revela el incumplimiento de las medidas de seguridad requeridas, a lo que sumo que con debida asepsia ello puede evitarse (ver pericia de la médica infectóloga), sin haberse desvirtuado por los accionados (art. 375, CPCC.).

C. Empero, opina este recurrente que la pericia del médico Reinaud le da la razón a su queja. Acorde expondré, es una posición que no comparto.

El pediatra referido indica que “La causa de las lesiones físicas es una infección provocada por Bacilo Pióciánico o Pseudomona aeruginosa, contraída bajo internación perinatal” (v. fs. 1303/1306, esp. fs. 1304, punto III, “b”) y que “Dada la Ubicuidad de la bacteria no puedo precisar la vía de entrada” ((v. fs. 1303/1306, esp. fs. 1305, cuarto párrafo). Estas afirmaciones coinciden con la médica infectóloga en cuanto: a) Identificación del germen –lo que no es un hecho debatido- y b) que ella se contrajo en la internación perinatal. c) No se puede determinar la vía de ingreso del germen.

Este experto explica lo referido a la mencionada “psedomona aeruginosa”. Afirma que esa sepsis sufrida es compatible con la sepsis



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

neonatal precoz, sobre la cual se exploya con carácter general e informativo. Agrega asimismo que la transmisión de las infecciones perinatales precoces se adquieren antes o durante el parto, que la transmisión es vertical y que los microorganismos responsables son los que se colonizan en el canal de parto (estreptococos del grupo B, E. coli, streptococcus fecalis, listeria monocitogenes, H. influenzae, clamidia y mycoplasma). Aduna a ello que son factores de riesgo el parto prematuro, la rotura prematura de membranas, la fiebre materna, entre otras que cita (ver fs. 1302/1306, esp. fs. 1304 vta. y 1305). De ello interpreto que ese experto informa sobre lo que puede ocurrir al momento del nacimiento con carácter genérico o ilustrativo, pero sin que tales afirmaciones sean pertinentes de considerar para este caso. A esa conclusión llego no sólo del tipo de explicación que brinda, sino que –y especialmente- ninguno de los microorganismos que él refiere son los que provocaron la infección, como tampoco la madre tuvo ninguna complicación en el parto. La niña fue a la Unidad de cuidados intensivos por nauseas e intolerancia alimenticia, habiéndole suprimido la alimentación oral (fs. 1302/1306, esp. fs 1302 y vta, donde se transcribe la Historia Clínica, copia de la cual obra en múltiples fojas de este expediente).

En síntesis, cuando el **a quo** prefiere la pericia del médico infectólogo a la del pediatra por la mayor precisión de la especialidad para expedirse sobre infecciones, lo que es un criterio que comparto, no implica que el pediatra haya informado que en el caso haya habido una sepsis precoz neonatal producida antes o durante el parto. Como antes se refirió,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

esas fueron afirmaciones efectuadas a mayor abundamiento, pues tanto el embarazo como el parto de C. fueron normales. Cabe recordar que el codemandado Uranga, al absolver posiciones, afirmó que los análisis de laboratorio efectuados a la Sra Wago durante el embarazo y antes del alumbramiento no arrojaron resultados de infección alguna (respuesta a la tercera posición), que la niña nació vía vaginal y sin complicaciones (cuarta posición) y que atendió luego del parto a la señora y que estaba en buen estado de salud (respuesta a la posición octava; ver fs. 1138 y 1139; arts. 384, 474, CPCC.). También la testigo Uría, médica neonatóloga que intervino en el nacimiento explicó que por la historia perinatal de la Sra Wado impresionaba como una mujer sana, lo que se notaba también de su observación (fs. 1160/1161; respuestas a la sexta y a la séptima pregunta; arts. 284, 456, CPCC.).

En ese mismo dictamen se señalan las características de las pseudomonas y las normas de bioseguridad. Concluye que "...ni en los más avezados centros hospitalarios del mundo ha sido posible erradicar totalmente la irrupción de la infección nosocomial" (1302/1306, esp. fs. 1306). Por ende, no hay contradicción entre este dictamen y lo informado por la perito médica infectóloga.

Me permito agregar, como refirió el señor Juez de primera instancia en su sentencia, que tampoco se ha evidenciado que sea imposible erradicar del hospital a ese germen, sino que siempre se habló de las



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

normas de bioseguridad y de los cuidados sanitarios en pacientes con su inmunidad reducida.

En definitiva, no hay duda que el contagio, si bien no se puede decir cómo aconteció, ocurrió desde el nacimiento hasta que aparecieron los síntomas cuando estaba en la UCIN por una cuestión alimenticia.

De todo lo transcripto, es mi convicción que el germen que provocó la infección es de origen hospitalario, que se hubiera podido evitar con una adecuada asepsis (pues ello se señaló como medidas de bioseguridad) y que la responsabilidad del hospital surge ante el incumplimiento de haber asegurado un ambiente adecuado para evitar infecciones (arts. 384, 474, CPCC.).

En síntesis, en virtud de todo lo antes expuesto, la objeción destinada a revertir la condena del establecimiento, no es de recibo (arts. 519, 520, 902, CC.; 384, 474, CPCC.).

VIII- A su vez, los actores cuestionan que se haya rechazado la demanda con relación al médico Bibiloni. Afirman que la infección se produjo en la UCIN y que el jefe del servicio es el referido codemandado, el que aprecian que se constituye como fiador del cumplimiento de las pautas de seguridad pertinentes. Explican que debe responsabilizársele en forma directa si no se identifica al causante del daño o por haber incurrido en impericias en el cumplimiento de las órdenes del personal a su cargo.

En cuanto a este colegitimado pasivo, contra quien se accionó por haber sido el Jefe del Servicio de Pediatría del Hospital Italiano de La



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Plata -Servicio del cual dependía la Unidad de Cuidados Neonatales del referido nosocomio-, por estimarse en la demanda que allí aconteció la infección que motivó la promoción del juicio, el juzgador resolvió que, “de acuerdo con las particularidades del caso y más allá que -tal lo concluido *ut supra*- el mencionado hospital no acreditó haber adoptado las medidas imprescindibles para evitar la infección que contrajo la menor de marras; teniendo en consideración que -también de conformidad con lo dicho más arriba- las vías de acceso del micoorganismo pudieron ser varias, inclusive, a través de las manos y las cosas utilizadas por las personas que en calidad de visitantes ingresaban a la referida Unidad, es razonable colegir que el nombrado codemandado no tuvo la posibilidad de controlar y/o supervisar el total funcionamiento de esa Unidad, por lo cual no corresponde responsabilizarlo por las consecuencias dañosas que se derivan del hecho origen de autos. Ergo, procede desestimar la demanda a su respecto (a *contrario sensu* arts. 512 y 902 y arg. art. 906, Código Civil; arts. 163 inc. 5°, 2do. párr., 375 y 384, Código Procesal Civil y Comercial).”.

Cierto es que al contestar la demanda, el doctor Bibiloni, expuso que a la fecha de los hechos era el Jefe del Servicio de Pediatría del cual depende la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales del Hospital Italiano (fs. 531/541, esp. fs. 532 vta.).

Es decir, el médico Bibiloni fue demandado por la función que desempeñaba en el Hospital, al igual que los Dres Uranga y Zambosco. Estos eran Jefe de los Servicios de Obstetricia y Neonatología el primero y,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

el segundo, Jefe Interino del Servicio de Pediatría, ambos del Hospital Italiano. Estos opusieron una excepción de falta de legitimación pasiva, a diferencia del médico Bibiloni. El juzgador, respecto de estos últimos, expuso que "...aparece lógico y razonable afirmar que los Servicios médicos accionados carecen de personería jurídica propia o autónoma -tal como lo explicitan los excepcionantes- y que su configuración responde a una división por áreas teniendo en cuenta las especialidades médicas de acuerdo con la organización técnica interna adoptada por el Hospital Italiano de La Plata. Ergo, los mentados Servicios integran o son parte del nombrado nosocomio" (fs. 2242/2260, esp. fs. 2250).

Continuó explicando el **a quo** que "Por consiguiente, no resultando titulares los Servicios médicos demandados de la relación jurídica sustancial, sino que esa calidad la ostenta -tal lo señalado en párrafos anteriores- el Hospital Italiano de La Plata, no cabe sino admitir las excepciones de falta de legitimación para obrar opuestas (art. 345 inc. 3º, *in fine*, Código Procesal Civil y Comercial)." (fs. 2242/2260, esp. fs. 2250 y vta.).

Aprecio que esta afirmación, sobre la relación de los Servicios médicos con el Hospital, no ha venido controvertida y es aplicable también al momento de definir la responsabilidad del médico Bibiloni como encargado de una de esas dependencias. En la demanda no se le atribuyó al médico Bibiloni ninguna imputación del orden médico en cuanto a la atención sobre la dolencia de C., sino no haber cumplido con el deber de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

seguridad que hubiera permitido a la niña evitar la infección que le dejó secuelas permanentes. Y es en este punto que el acento siempre se ha puesto en la falta de control de la asepsia.

Por ende, si los actores recurrentes consintieron lo afirmado por el **a quo** en cuanto a que los Jefes de los Servicios del Hospital no podrán ser demandados en forma independiente al nosocomio por ser Jefes de un Servicio, no podría dejarse de lado ese fundamento para condenar al Doctor Bibiloni, en forma personal, cuando, a todo evento, también se lo demandó como Jefe de un Servicio.

Aun cuando éste no hubiera opuesto una excepción de falta de legitimación pasiva ello no es obstáculo para que el juzgador lo hubiere abordado de oficio. Como ha dicho nuestra Suprema Corte de la Provincia “Los planteos vinculados a la legitimación constituyen un requisito esencial de la acción y pueden ser abordados aún de oficio” (SCBA, causas C 115679, sent. del 20/11/2014; C 96235, sent. del 26/10/2016).

En síntesis, en una misma sentencia, no podría eximirse de responsabilidad a un codemandado por tener determinada cualidad y al otro condenarlo cuando está en paridad de condiciones. Ello cuando el fundamento para el rechazo de la demanda respecto de dos de ellos quedó consentido por los recurrentes por falta de ataque (art. 272, CPCC.); máxime que no existe impedimento procesal al respecto.

En definitiva, aprecio que no puede receptarse el recurso de los actores en este aspecto, por lo que se propicia mantener la sentencia



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

atacada en cuanto rechaza la demanda con relación al médico Bibiloni (art. 272, CPCC.).

IX- Critican los actores la suma otorgada en concepto de daño físico, lesión estética y daño moral, este último con respecto a la niña y a sus padres.

En lo que respecta a la incapacidad física de C., objetan que la única consideración efectuada ha sido la amputación de la muñeca y del antebrazo izquierdo, obviando lo referido a las secuelas estéticas en otras partes de su cuerpo. Dice que ello concluye en otro agravio que es el grado de incapacidad atribuido. Explica que las incapacidades no se superponen y, en aval de su postura, transcribe parcialmente varias pericias en las que asienta su opinión. Agrega como otras objeciones que en vista a la incapacidad parcial y permanente, que explica que sólo la del perito traumatólogo afirma que es una incapacidad del 70% del total, a la cual se le debe adicionar la del cirujano plástico. Por ende, expresa que si se considera en cómo ello incidirá en su vida futura, la reparación por este concepto reconocida en la sentencia atacada es abiertamente insuficiente. Aduna el daño que en su vida de relación y laboral le provocará la lesión estética, realizando un cálculo de la suma otorgada y la cantidad de salarios mínimos vitales y móviles que ello implica.

Por su lado, el apoderado del codemandado apelante objeta que la reparación es excesiva y dice que se deben evitar dobles reparaciones. Opina que en vista a que se ha indemnizado la incapacidad



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

física y lesión estética, excluyendo el daño psicológico que no fue acreditado la reparación es elevada, si se toman en consideración las circunstancias de la víctima acorde la evidencia que surge del beneficio de litigar sin gastos. Denuncia la violación de los artículos 1068, 1071 y 1083 del Código Civil, por cuanto el monto concedido produce un enriquecimiento indebido, no sólo una reparación.

En primer lugar, en cuanto a la incapacidad física, acorde resolvió esta Sala, en el supuesto de lesiones, el daño patrimonial se configura cuando existe incapacidad o disminución de las aptitudes físicas o psíquicas, que incide en las posibilidades laborales y en tanto genera una restricción a la potencialidad productiva, el que es indemnizado como daño emergente (esta Sala, causas 97.753, sent. del 27-6-2002, RSD 162-2002; 101.097, sent. del 16-8-2005; 104.884, sent. del 18-8-2005, entre otras).

Es decir que probada la merma de esa aptitud para generar un trabajo, el daño ya existe, pues su anterior plena potencialidad se encuentra limitada en el porcentaje que la experticia indica, lo que trasluce un perjuicio ya sea para trabajar o buscar una nueva labor.

En el caso de autos, los distintos especialistas han informado del porcentaje de incapacidad desde su perspectiva, dándose un supuesto de incapacidades múltiples.

Por ende, la obtención del total de la minusvalía sufrida no se logra mediante la sumatoria de cada una de ellas, como pretende el actor, sino que en orden decreciente, se calcula la mayor y sólo sobre el porcentaje



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

de incapacidad residual se continúa con las demás (arts. 1068, 1083 y arg. art. 1086, C. Civil).

Por ello, a los fines de detenernos en la correcta valoración de esta incapacidad habrá que estar a las dolencias informadas por cada experto y, además, observar si hay una doble reparación, como denuncia la parte demandada.

El médico pediatra explica que son “SECUELAS DE LA SEPSIS: a) Amputación de antebrazo y mano izquierdas, muñón cónico con cicatrices irregulares y anfractuosas, hiperpigmentadas, adheridas a los planos profundos b) En hombro izquierdo cicatriz post escarectomía de unos 1.5 cm x 0.5 cm visible a distancia c) En hombro derecho cicatriz de 10 cm x 10 cm que cubre gran parte de la región d) Cicatriz en muñeca derecha, dorso, post necrótica de 2 cm x 0.50 cm tipo queloidea e) Muslo izquierdo, cara anterior y región inguinal, zona dadora de injerto, cicatriz quirúrgica de 16 cm x 16 cm. Codo móvil.” (fs. 1303/1306, esp. fs. 1304). En ello sostiene la incapacidad física parcial y permanente del 55% de la total (ídem; arts. 384, 474, CPCC.).

Explica que “La estimación de la incapacidad ha sido valorada teniendo en cuenta: A) Edad B) Actividades C) Tipo de lesión y su recuperación funcional D) BAREMOS (DI DOMENICA “Agenda para Pericias Médicas y RUBINSTEIN “Código de tablas de incapacidades laborativas”. Pero además, básicamente, estimándose la incapacidad en función de quien la padece (Según lo aconseja el Jurista Vazquez Vialard en “Accidentes y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Enfermedades del Trabajo, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1.986, p. 325 “.... Debe determinarse el grado de incapacidad en función de la persona que la sufre y no por simple aplicación en forma abstracta de determinadas tablas....”).” (v. fs. 1303/1306, esp. fs. 1304 vta.).

Por su lado, el especialista en infectología explica sobre el porcentaje de incapacidad que “...según he podido apreciar la niña en la actualidad realiza sus actividades con normalidad, estando integrada a sus rutinas tanto en casa como en sus actividades dentro del ámbito educativo. En el futuro la misma tendrá algunas dificultades inherentes al uso del miembro superior izquierdo, como por ejemplo para conducir automóviles o algún deporte que demande destreza o que necesite del miembro afectado para su desempeño. La incapacidad estimada según Baremo Nacional de Incapacidades Decreto 478/98 podría estimarse en un 66%, además debe adicionarse la secuela estética, la que como se ha descripto anteriormente es visible a distancia media (a una distancia social), de superficie deprimida, la que la hace más visible aún y por lo tanto estimo que la misma agrega una incapacidad física del orden del 12%, según mi cálculo aproximado teniendo en cuenta su extensión, características, visibilidad y edad de la actora. La incapacidad es parcial y permanente” (fs. 1255/1257 vta., esp. fs. 1255 vta. y 1256, punto “d”; arts. 384, 474, CPCC.).

El perito médico traumatólogo ilustra sobre la niña C. A. como “...paciente lúcida ubicada en tiempo y espacio, con desarrollo pondoestatural de acuerdo al sexo y edad, marcha normal no claudicante,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

posición de cuclillas sin dificultad. Presenta cicatriz quirúrgica (injerto de piel) de 7 cm por 5 cm en hombro derecho. Cicatriz quirúrgica transversal de 1 cm en región dorsal e inferior de antebrazo derecho. Cicatriz quirúrgica transversal en región superior de hombro izquierdo. Presenta muñón de amputación de 9 cm de longitud en tercio superior de antebrazo izquierdo, con buena función articular. Cicatriz quirúrgica de 10 cm por 7 cm en región superior y anterior de muslo izquierdo (toma de injerto de piel). En esta AP se obtienen controles Rx de brazo y antebrazo izquierdo cuyo informe se adjunta a la presente pericia.” (fs.1334/1335).

Es así que afirma que “d) La actora presenta una incapacidad física parcial y permanente del 70% (setenta por ciento). e) Los Baremos Guías de uso habitual en esta AP son los de Francia, México, Costa Rica, de los Dres Daniel Fernandez Blanco y Osvaldo Romano de la Pcia de Bs As. Libro de medicina de Bonnet.” (fs. 1334/1335).

Por su lado, el médico especialista en medicina estética, explica sobre la niña al momento de su revisión médica que se trata de una “Mujer de 5 años de edad lúcida, en decúbito activo preferencial, de biotipo normal según sexo y edad, con amputación de mano y antebrazo izquierdos, que presenta las siguientes secuelas antiestéticas: 3.1) Cicatriz posquirúrgica hipertrófica irregular geográfica, hipercrómica, con retracciones de 160mm de largo por 160mm de ancho, que abarca la totalidad de la cara anterior , interna y externa del muslo izquierdo e ingle homolateral, con motivo de la obtención de injertos de piel y colgajo libre



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

microquirúrgico. 3.2) Cicatriz postraumática y postquirúrgica hipertrófica, irregular, geográfica, discrómica hiperocrómica, con retracciones, de 100mm de largo por 100mm de ancho, abarcando la totalidad del hombro derecho. 3.3) Severa secuela antiestética estático-dinámica consistente en la amputación de antebrazo y mano izquierdos con muñón de amputación con cicatrices postquirúrgicas hipertróficas irregulares geográficas, hiperocrómicas con retracciones y adherencias por colgajos e injertos. 3.4) Cicatriz postraumática y postquirúrgica atrófica, lineal oblicua, hipocrómica de 15mm de largo por 5mm de ancho, ubicada en la cara anterior de hombro izquierdo. 3.5) Cicatriz postraumática hipertrófica horizontal, hipocrómica de 20mm de largo por 5 mm de ancho ubicada en la cara dorsal de la muñeca derecha.” (fs. 1250/1253 vta., esp. fs. 1250 vta.).

Por ello, este mismo experto, exterioriza que “Las graves secuelas antiestéticas estático-dinámicas que al momento del Examen Pericial padece la menor generan un Daño Estético parcial del 51.01% del total de tipo permanente y definitivo. La órbita de mi incumbencia profesional está restringida exclusivamente a la evaluación estética de las secuelas, no abarcando ningún otro aspecto de las mismas u otros temas médicos o cualquier otro ajeno a mi especialidad.” (fs. 1250/1253 vta., esp. fs. 1251). Es decir que, en el cálculo de las incapacidades, se ha tenido en cuenta las cicatrices en otros lados del cuerpo y no sólo las ubicadas en la muñeca, como se dice en el recurso.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Luego, en ocasión de ampliar su dictamen dice “2) Que, conforme la gran magnitud de las secuelas antiestéticas, descriptas en el Dictamen Pericial oportunamente presentado, sus características topográficas, morfológicas y estático dinámicas que exceden la región anatómica donde asientan, el sexo y la edad de la menor y el impacto en la armonía, actitud y movimiento general corporal, permiten arribar al porcentual estipulado con prescindencia de incapacidades ortopédicas y de otro orden que pudiera padecer conforme sus guarismos individuales, a saber: 3.1) = 14.71%, 3.2)=9,84%, 3.3) = 25%, 3.4)=0,63%, 3.5)=0,83%.” (fs. 1381 y vta.)

En síntesis, tenemos porcentajes de incapacidad informados por los médicos infectólogo, pediatra, traumatólogo y estético. Empero los tres primeros miden el mismo tipo de incapacidad funcional de la niña, acorde se describió de las dolencias que cada uno consideró al momento de responder al grado de incapacidad informada. Incluso, la experta en infectología agregó un 12% de incapacidad por la de orden estético, la cual también fue sopesada por el experto en la materia.

En consecuencia, encuentro que los porcentajes a considerar para evitar duplicación de reparaciones, es la del médico traumatólogo y la del cirujano plástico, que aprecian la minusvalía sufrida desde la perspectiva funcional y la estética, ambas peticionadas en la demanda (arts. 330, 354 inc. 1, CPCC.).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Por ende, siendo la informada por el médico traumatólogo del 70% (fs. 1334/1335) y la del médico cirujano plástico del 51,01% del total (fs. 1250/1253 vta., esp. fs. 1251), ambas del orden parcial y permanente, habrá que tomar la mayor y de allí calcular cuánto es sobre la capacidad restante la menor, la que se torna en una del 15,3%, lo que da como resultado una incapacidad total del 85,3% del orden parcial y permanente (arts. 1069, CC.; 384, 474, CPCC.).

X- Ello nos lleva a considerar cómo indemnizarla en forma justa y fundada, con aplicación del art. 1746 del CCCN., lo que se pide expresamente en el recurso de la parte actora.

Esa norma dispone que “En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado”.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Con relación a esta disposición se ha interpretado que “La reparación, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias de cada caso y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza de un margen de valoración amplio, ello concuerda con las pautas de valoración establecidas en el art. 1746 del Código Civil y Comercial” (Cám. Nac. de Apel. en lo Civil, sala A, in re: “A. A. R. c. G. A. M. s/ daños y perjuicios”, sent. del 28/10/2015, publicado en: RCCyC 2016 (abril), 150; RCyS 2016-VII, 155, cita online: AR/JUR/63674/2015).

Sin embargo, en el voto del doctor Picasso, en ese mismo precedente, se ha dicho que esa disposición del Código Civil y Comercial conduce al empleo de fórmulas matemáticas para evaluar la cuantía del resarcimiento por incapacidad, pues únicamente por medio de ese instrumento puede mensurarse el capital al que alude la norma.

Esta postura de realizar cálculos aritméticos en base a ciertas variables refleja un criterio antes receptado por la jurisprudencia en los precedentes “Vuoto, Dalmero c/ AEGT Telefunken” (Cám. Nac. del Trabajo, Sala III), luego criticada por la Corte de la Nación en “Arostegui” (sent. del 8-IV-2008) y por ello reorganizada por la misma Cámara laboral en “Mendez c. Mylba” (sent. del 28-IV-2008), a la que siguen muchos tribunales del país.

En síntesis, nos lleva a un arduo debate, ya existente durante la vigencia del anterior Código Civil, sobre la posibilidad de encontrar



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

fórmulas que puedan medir el perjuicio ocasionado por la muerte o lesiones de la víctima. Entiendo que la mejor reparación es aquella que contemple todas las circunstancias enunciadas en el artículo 1746 del CCCN. y que permitan sustentar o plasmar la justicia de lo decidido, aun cuando no se apliquen fórmulas matemáticas predispuestas, las cuales, tampoco están exentas de generar arbitrariedades por sus abstracciones.

En consecuencia, una de las variables a estimar podrá ser el salario mínimo vital y móvil mensual vigente al tiempo de la mora establecida en la sentencia (v. fs. 1082) -acorde lo dispuesto por Resolución 2/06 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil por mes era de \$760 y de \$3,80 por hora, a partir del 1º de agosto de 2006 (publicado en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/118354/norma.htm>, página al 2 de diciembre de 2016; esta Sala, causa 119593, sent. del 24/5/2016).

Sumado ello a la edad de la niña al momento de sufrir la amputación de su brazo -días de vida-, desde cuándo podrá comenzar con su actividad laboral, aproximadamente a los 20 años, los años de vida adulta y de plena productividad que hubiera podido desarrollar, la cual se solicitó en la demanda hasta los 60 años (fs. 436/461, esp. v. fs. 448 vta. y fs. 2293 vta. del recurso)-, y el grado de incapacidad referido, en consideración a que se ha solicitado la suma con lo que en más o en menos surja de la prueba a producir, estimo que resulta prudente proponer a mi colega que por



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

incapacidad física y estética se admita la suma de \$1.300.000 (un millón trescientos mil pesos; arts. 1746, CCCN.; 384, 456, 474, CPCC.).

Tal forma de reparar, al igual que la practicada por el **a quo**, de ninguna manera violan los artículos 1068, 1071 y 1083 del C.C. anterior, acorde refieren en su recurso los demandados vencidos. La misma pretende plasmar una reparación plena e integral que permita a la niña contar con un recurso económico que cubra la merma que el hecho de autos provocó en su vida (art. 1746, CCCN.).

XI- Otro de los agravios de los actores se vincula a la indemnización otorgada en cuanto a la provisión de una prótesis que torne útil al muñón de amputación. Dice que la sentencia reconoce la cirugía para colocarle la prótesis pero no se trató el reclamo por el equipamiento protésico. Alega que se ha acreditado el tipo de equipamiento que se necesita, cual es una prótesis biónica para antebrazo izquierdo bajo codo con movimiento pentadigital. Explica que su valor al 19 de septiembre de 2012 era de \$154.800 y que el Plan del Hospital cubría el 50% de su valor. Esa prótesis tiene una garantía de tres años y que se necesitan futuros recambios por la edad. Explica que la omisión en resolver el presente es omitir una cuestión esencial. Añade que si este ítem no se repara, el dinero de la indemnización restante debiera destinarse a ello por lo que no implica la reparación plena. Por ende, solicita se repare en especie o, en su defecto, las sumas correspondientes contemplando todo lo reclamado.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Cierto es que en la demanda se ha solicitado el pago de la prótesis, acompañándose un presupuesto al libelo de inicio, si bien se supeditó dicha suma a lo que en más o en menos resulte de la prueba a producir. También se requirió que, acorde el crecimiento de la niña, y en la medida que las circunstancias lo permitan, otorgar un equipamiento protésico biónico para antebrazo izquierdo bajo codo, que identifica como Osur de origen irlandés, cuyo valor se determinará con la prueba a producir u otro de mejor tecnología según los avances científicos (punto VII.3.1.E).2 de la demanda, fs. 436/461) y todos los services y reparaciones, tanto de mano de obra como repuesto, para que la prótesis estén en excelentes condiciones (ídem., punto VII.3.1.E).6). No obstante, este ítem no se consideró en la sentencia, por lo que el agravio es de procedencia (arts. 7, 1746, CCCN.).

Además del presupuesto adjuntado a la demanda, sobre cuya autenticidad dio cuenta el oficio contestado a fs. 1406 por “Ortopedia y Cirugía La Plata S.R.L.”, también allí se explicó que para realizar un nuevo presupuesto se debía re evaluar a la niña para determinar el mejor equipo. Es así que tiempo después la referida empresa acompañó el presupuesto indicando que la prótesis cuesta \$154.800 (de fecha 19-9-12; fs. 1409 y 1410). También en el referido oficio se detalló que esa pieza tiene una garantía de tres años y que no se podía presupuestar sobre el valor de la mano de obra de reparación futura (fs. 1409).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

El testigo Paul Angel Pereira explicó que C. requiere equipamiento protésico de acuerdo al nivel de amputación y a la pregunta referida a que si "...C. requerirá, independientemente de la vida útil de las prótesis, recambios por la edad o por el avance de la edad de la misma", respondió que sí (ver fs. 1155 y vta., respuesta a la sexta y a la séptima pregunta; arts. 384, 456, CPCC.). Preguntados que fueron los peritos especialistas en infectología, estética y traumatología sobre a partir de cuándo colocar la prótesis, sus características, la necesidad temporal de reparaciones o reemplazos, todos dijeron que no era de su incumbencia expedirse sobre el punto (ver médico estético a fs. 1250/1253 vta.; médico infectólogo, fs. 1255/1257 vta.; el médico traumatólogo, fs. 1334/1335).

Por ende, cabe afirmar que se ha determinado la existencia de la necesidad de la prótesis, por lo que al ser un daño cierto, el mismo debe ser indemnizado (arts. 519, 520, 1068, 1086, CC.).

La alternativa de utilizar la prótesis le permitiría a la niña contar con un elemento que contribuya, en alguna medida, a su bienestar. Como refiere el informe de UNICEF, la inclusión de los niños y niñas con discapacidad también se logra cuando ellos cuentan con la posibilidad de utilizar la denominada "tecnología de apoyo" –la cual, en el caso, sería el brazo artificial-. Esta, además de su costo, según allí se expresa, debe reemplazarse o repararse a medida de su crecimiento (ver UNICEF, "Estado Mundial de la Infancia 2013. Niñas y niños con discapacidad", https://www.unicef.org/argentina/spanish/SOWC_INFORME_2013.pdf,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

pág.18). El acceso a servicios y tecnología de apoyo y su utilización, pueden hacer que un niño con discapacidad asuma su lugar en la comunidad y contribuya a ella (ídem, pág. 10).

Además, desde la perspectiva legal, todo daño debe ser indemnizado (arts. 519, 520, 1068, 1069, Cód. Civil) y su certeza o realidad atañe no solamente a su existencia sino también a su composición, es decir, a las circunstancias, modalidades y gravedad que puede revestir (Trigo Represas, Félix A., "La prueba del daño emergente y del lucro cesante", en "Revista Derecho de Daños, La Prueba del Daño I", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 42).

El concepto de reparación es el que surge del artículo 1083 del Código Civil, el cual prevé que "El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero...".

Acorde el presupuesto realizado al 19 de septiembre de 2012, la prótesis cuesta \$154.800 (fs. 1410). En el recurso los actores han afirmado que la Obra Social abona el 50% de esta suma, por lo que deberá prosperar por la parte que la Obra Social no cubra, lo que en vista a lo referido por el propio recurrente es de \$77.400, por lo que propongo a mi colega que se admita este rubro (ver fs. 2287/2300 vta., esp. fs. 2291).

Sin embargo, aun cuando la necesidad de reemplazar la prótesis sea un daño cierto, por lo que debe ser compensado, no puede determinarse aún cuántas veces será ello necesario, en especial en atención



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

a la edad de la niña, en la actualidad de casi diez años de vida. Incluso, ello excede los alcances de la discrecionalidad que admite el art. 165 del CPCC.. Por consiguiente, propongo a mi colega, que se tramite por la vía incidental y en la etapa de ejecución de sentencia, las peticiones que a este aspecto se refieran. Propicio que la condena consista en las prótesis que se acrediten sumariamente que sean necesarias de reemplazar, por la parte que la Obra Social no cubra (arts. 1068, CC.; 1746, CCCN.).

La posibilidad de este tipo de ejecución se ofrece como una alternativa a la incidencia del tiempo en el proceso, que llevaría a extenderla más allá de los límites usuales. C. en este momento tiene alrededor de diez años, seguramente tendrá una larga vida y es función de esta sentencia, acorde fue peticionado por sus representantes en la pretensión articulada, se auspicia que ella transcurra de la forma más armoniosa posible, aun cuando, como en el caso, su grado de incapacidad es alto y de carácter permanente.

Por ello, en este momento no existe la posibilidad de determinar a ciencia cierta cuántas prótesis necesitará como sus características. No se sabe cuáles podrán ser los avances de la ciencia y de cómo podrá incidir en la mejor calidad de vida de la víctima, en especial porque será una prótesis que utilizará constantemente.

El Código Procesal, nacido en el marco de otra realidad social ya hace décadas atrás, no prevé una forma puntual de cubrir estas variaciones, si no es la de entregar sumas líquidas de dinero. Sin embargo, el art. 509 del CPCC. permite al Juez establecer las modalidades de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

ejecución, ampliarlas o adecuarlas, dentro de los límites de ésta. Es en este contexto que la judicatura puede encontrar la alternativa mas eficaz para el supuesto de este conflicto.

La ejecución de la sentencia, como ha referido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, integra el concepto mismo del acceso a la justicia, pues llegar a una sentencia que admita el derecho y que no lo pueda efectivizar implicaría su cercenamiento (Cfr. “Furlán c. República Argentina”; “Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia” y “Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay”).

Aprecio que en el supuesto de estos obrados, al igual que en el precedente “Furlan” antes citado, las víctimas integran un grupo que encuentran especial protección tanto en las normas de Tratados internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre muchos otros, como en las disposiciones de la Constitución de la Provincia (art. 36) y en las de la Constitución de la Nación (art. 75 inc. 23, Const. Nac.), tanto por ser sujetos en desarrollo como por padecer una minusvalía que hace que ellos padezcan una doble vulnerabilidad. Este sistema propuesto es el que permite cumplir con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al igual que con el resto de las normas de los diferentes instrumentos que aseguran el acceso a la justicia.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Las “100 Reglas De Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” –a la cual adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la Ac. 5/2009, del 24-II-2009-, en su Regla 4, refiere varias causas de vulnerabilidad, entre otras, la edad, la discapacidad y la victimización, las cuales se presentan en el supuesto de la niña C.A ello se aduna que en la Regla 38 se establece la necesidad de la agilidad y prioridad, para lo cual se establece adoptar las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. Cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se afirma, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia. Ello es lo que se pretende en este caso con la forma que se propone para el reemplazo de la prótesis cuando ello fuere necesario.

Esta es una forma de concretar el objetivo de una “justicia incluyente” (UNICEF, informa cit., pág 43) o inclusiva.

En cuanto a los gastos de repuestos y mano de obra, por posibles roturas de la prótesis cabe estimar que no es un daño cierto, pues ello dependerá de una serie de circunstancias aleatorias que pueden no acontecer. Tampoco se ha acreditado que la niña necesite intervenciones quirúrgicas posteriores a futuras prótesis (art. 375, CPCC.).

Conforme ha dicho nuestra Corte, “Para que el daño sea resarcible es necesario que sea cierto y no puramente eventual o hipotético,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

es decir que debe darse certidumbre en cuanto a su existencia ya sea presente o futura. A contrario, el daño es incierto- y por ello no resarcible- cuando no se tiene ninguna seguridad de que vaya a existir, porque el simple peligro o la sola amenaza de un daño no basta” (SCBA, Ac 46097, sent. del 17-3-1992; SCBA, C 101593, sent. del 14-4-2010).

Por ello, se propone hacer lugar al recurso y reconocer en concepto de una prótesis la suma de \$77.400 y que tramite por vía incidental las peticiones referidas a necesidades de cambios de la misma (doct. art. 509, CPCC.; 15, 36, Const. Prov.; 75 inc. 23, Const. Nac.; 2, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

XII- Otra de las objeciones es la suma admitida por la niña en concepto de daño moral, que la parte actora solicita se eleve y la demandada se disminuya.

Como ha dicho el superior tribunal provincial, “El reconocimiento y resarcimiento del daño moral depende -en principio- del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión y no requiere prueba específica alguna cuando ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica -daño **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 daño moral (S.C.B.A., Ac. 41.539, sent. del 21-XI-1989, publicado en D.J.B.A. 1990-138, 15, en “Acuerdos y Sentencias” 1989-IV-219; Ac. 55.648, sent. del 14-VI-1996; Ac. 56.328, sent. del 5-VIII-1997, publicado en “El Derecho”



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

182-134, “Acuerdos y Sentencias” 1997-IV-9; Ac. 59.834, sent. del 12-V-1998; Ac. 64.247, sent. del 2-III-1999, “Acuerdos y Sentencias” 1999-I-360; Ac. 82.369, sent. del 23-IV-2003).

Como lo establece el artículo 522 del Código Civil, en los casos de indemnización por responsabilidad contractual, podrá condenarse a la reparación del agravio moral que se hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso (Causa 89.090, sent. del 13-10-1998, RSD-291/1998).

Se entiende entonces que el responsable debe indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de bienes como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física y, en general, todo menoscabo a los más sagrados afectos (SCBA. Ac. 35579, sent. del 22-4-86; esta Sala causa 96.891, sent. del 2-4-2002, RSD 46/2002).

Este daño moral es actual y no meramente futuro, como se refiere en el recurso de los actores. Es una dolencia que ya ha surgido en el espíritu y tranquilidad de la niña y de sus padres.

Por ende, en vista a la edad de la niña, de cómo ha influido en ella el dolor espiritual que implica ser distinta a sus pares, -que acorde relata la testigo María Valiente, C. le preguntó por qué la hija de la testigo había nacido con dos manos, que le cuesta integrarse con los niños a jugar si no los conoce (fs. 1142 y vta.; arts. 384, 456, CPCC.) o lo informado por la Sra. Sumihro, madre de una compañera del Jardín de C., que C. se pone mal



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

porque los otros niños del Jardín le preguntaban por qué le falta una mano y no puede hacer lo mismo que los otros niños (v. fs. 1143 y vta.)-, aun cuando no tenga un daño de orden psicológico, acorde explicó la perito especialista, revela en la niña una alteración en su armonía que debe ser reparada adecuadamente. Por ende, en vista al tipo de dolencia física, a las incomodidades que implicará usar una prótesis el resto de su vida, de cómo ello alterará su ánimo y tranquilidad, propongo a mi distinguido colega que se eleve la indemnización reconocida para la niña por daño moral a la suma de \$300.000 (arts. 1078, CC.; 384, 456, 474, CPCC.).

Sin embargo, aprecio que no hay argumento hábil en el recurso que permita elevar la suma admitida por este concepto para los padres (art. 522, CC.), lo que propongo confirmar (arts. 522, CC.; 260, CPCC.).

XIII- Otro de los embates de la parte demandada son los intereses, los que dice que se han fijado a la tasa de la Banca Internet provincial que es una variante de la tasa pasiva, cuando así no fue pedido en la demanda ni tampoco estaba vigente.

En primer lugar, cabe referir que al articular la pretensión, los actores solicitaron que al monto reclamado se le adicione los intereses y expresamente requirieron se aplique la tasa activa (fs. 436/461, ver esp. fs. 445, punto VI y fs. 461 punto 8; art. 330, CPCC.).

Se impone recordar que por el tipo de fuente del derecho invocado –la responsabilidad de origen contractual- cuando los mismos no se han pactado, como acontece en el presente, aquellos serán de fuente



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

judicial. A tal fin, deviene de aplicación al caso la doctrina legal de nuestra Suprema Corte Provincial, de carácter obligatorio para los jueces de la Provincia al resolver los mismos supuestos.

Los intereses buscan resarcir el perjuicio que al actor le ocasiona el incumplimiento. Sin embargo, la tasa de interés no puede ser considerada como una cláusula de ajuste, ya que su función económica no es la de mantener el poder adquisitivo del capital adeudado.

Nuestro superior Tribunal provincial ha declarado reiteradamente que a partir del 1º de abril de 1991, los intereses moratorios serán liquidados exclusivamente sobre el capital (art. 623, Cód. Civil) con arreglo a la tasa de interés que pague el Banco Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprometidos, y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa (conf. arts. 7 y 10, ley 23.928, modif. por ley 25.561; 622, Cód. Civil; conf. causas Ac. 57.803, “Banco de la Provincia de Buenos Aires”, sent. del 17-II-1998; Ac. 72.204, “Quinteros Palacio”, sent. del 15-III-2000; Ac. 68.681, “Mena de Benítez”, sent. del 5-IV-2000; L. 76.276, “Vilchez”, sent. del 2-X-2002; L. 77.248, “Talavera”, sent. del 20-VIII-2003; L. 79.649, “Sandes”, sent. del 14-IV-2004; L. 88.156, “Chamorro”, sent. del 8-IX-2004; L. 87.190, “Saucedo”, sent. del 27-X-2004; L. 79.789, “Olivera”, sent. del 10-VIII-2005; L.80.710, “Rodríguez”, sent. del 7-IX-2005; Ac. 92.667, “Mercado”, sent. del 14-IX-2005; entre otras). Cabe



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

advertir, pues, que pese al abandono de la paridad cambiaria (ley 25.561) nuestra Corte ha mantenido en esta cuestión lo resuelto en sus precedentes.

En definitiva, siguiendo la doctrina –mayoritaria- de nuestro Máximo Tribunal Provincial que se reseñó, -sin perjuicio de las consideraciones que sobre el particular se podrían realizar-, se ha sostenido la procedencia de la fijación de los intereses a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósitos a treinta días (“tasa pasiva”, SCBA C. 101.774 “Ponce” y L. 94.446 “Ginossi”).

Empero, conforme la causa “Zócaro”, también de nuestro superior Tribunal local, no se vulnera la doctrina legal, antes citada si, al formular una simple ecuación económica -utilizando para ello las distintas variantes que puede ofrecer el aludido tipo de tasa-, se aplica una determinada alícuota por sobre las demás existentes (SCBA, Ac. L-118.615, sent. del 11-3-2015).

A mayor abundamiento, puede adicionarse el aporte que a este tema ha dado la causa "Cabrerera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén. Daños y Perjuicios" (SCBA, causa C. 119.176, sent. del 15-VI-2016), en la cual nuestro Superior Tribunal provincial analizó su doctrina legal en vista a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en especial del contenido del artículo referido.

Con preciso y pormenorizado análisis se explicaron los antecedentes sobre el tema, la evolución de las tasas de interés y la interpretación de la doctrina legal, llegando a una postura –si bien por



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

mayoría de fundamentos- en pos de la referida finalidad uniformadora de la jurisprudencia.

Tal como se refirió en el voto de la señora Jueza doctora Kogan “...el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, dispone en su art. 768 inc. "c", de modo subsidiario, la aplicación de las tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central. En este contexto, entiendo 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 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.)” (SCBA, causa citada). Esta postura es la que logró mayoría y por consiguiente, es la que se impone como valor de doctrina legal vigente y permite su correlación con la aplicación de las pautas



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, lo que brinda respuesta al ataque de los demandados en este aspecto.

Por ello, propicio confirmar la sentencia de grado en cuanto a la tasa de interés que aplica sobre el capital de condena (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.).

Empero, también hay que tratar el agravio referido a que la tasa fijada no estaba vigente al momento de disponer su aplicación –el 25 de junio de 2007, lo que llega consentido-. Por ende, en este aspecto, entiendo que le asiste razón a los apelantes demandados y disponer que se aplicará la tasa pasiva desde la ocasión fijada en la sentencia atacada, a partir del 19/8/2008, fecha de su establecimiento (esta Cámara, Sala III, causas 118153 sent. del 16/4/15; 117890, sent. del 7/5/15; 117836, sent. del 26/5/15; 118530, sent. del 24-XI-2015, RSD 156/15).

Por lo dicho, se confirma la sentencia atacada en cuanto a la tasa dispuesta, excepto en cuanto a que la tasa pasiva digital será desde el 19 de agosto de 2008 y con anterioridad a ella, desde la oportunidad del cálculo de los intereses, lo será a la tasa pasiva de la doctrina legal de nuestra Suprema Corte.

XIV- Critica la Compañía aseguradora a la sentencia que en la misma no se ha dispuesto que la cobertura es en la medida del seguro, lo que aprecia que podría deducirse de su texto, pero que no está en la parte resolutive.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Entiendo que le asiste razón, por lo que en vista a las características del seguro, la compañía responderá en la medida del seguro contratado (art. 118, ley 17.418).

Corresponde señalar aquí que la condena debe hacerse extensiva a la citada en garantía en la medida del seguro contratado (art. 118 ley 17.418), pues es sabido que si se aplicara erróneamente la normativa que rige en la materia (art. 118 ley 17.418), al decidir que la condena pecuniaria debe ser satisfecha íntegramente por los codemandados, desestimando de tal manera la franquicia acordada entre el asegurado y la citada en garantía, se incurre en violación legal (S.C.B.A., Causa 98401, sent. del 22/6/2011; C 102992, sent. del 17/8/2011; C.S.J.N. Fallos 329:3054 y 3488; C.724.XLI, "Cuello y. Lucena"; V 389.XLIII, "Villarreal c/. Fernández"; criterio reiterado en "Gauna Agustín y. La Economía General de Seguros Generales S.A.", "Obarrio María y. Microómnibus Norte" y nuevamente "Villarreal y. Fernández", todas del 4-III-2008, "Jurisprudencia Argentina" 2008, fascículo 4 del 23-IV-2008, págs. 12 y 13).

En definitiva, la condena respecto de la aseguradora lo es con el límite y los términos del seguro, motivo por el cual su deber de indemnidad lo será en tanto la condena supere la franquicia pactada, en los términos y con el alcance contractualmente establecidos (arts. 11, parte segunda, 111, 118, tercer párrafo, ley 17418; esta Sala, causa 114259, sent. del 7/2/12: 118762, sent. del 22-IX-2015).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Por consiguiente, se especifica que la condena que se hace extensiva a la sociedad citada en garantía “Federación Patronal Seguros S.A.” lo es con el límite del contrato de seguro, acorde se refirió en la contestación de la demanda -póliza n° 158884-, (fs. 492/495), conforme lo prescripto por el artículo 118 de la ley 17.418.

XV- Por todo lo expuesto, propicio a mi distinguido colega hacer lugar al recurso de la parte actora en cuanto a elevar la suma reconocida por incapacidad física y lesión estética a la niña C., la que se propone sea de \$1.300.000; la de daño moral por la niña C. elevarla a la de \$300.000; hacer lugar a la compra de una prótesis por la suma de \$77.400; establecer que las futuras prótesis serán peticionadas por vía de incidente por la parte que la Obra Social no cubra y se aclara que el alcance de la condena a la citada en garantía “Federación Patronal Seguros S.A.” es por el límite de la cobertura. Asimismo, postulo confirmar la sentencia en todo lo restante que ha sido motivo de agravio y recurso, con costas de la alzada a los demandados perdedores por su esencial condición de vencidos (art. 68, CPCC.).

Voto, por la **NEGATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR HANKOVITS DIJO:

Adhiero al voto de la distinguida colega preopinante.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

I- Liminarmente he de señalar que el principio **iuria novit curia** es un deber de los jueces y no constituye una mera facultad judicial de los mismos (CSJN, Fallos 324:2946).

La constitucionalización del derecho privado que se ha forjado en los últimos años en la cultura jurídica del país a partir de la incorporación de Tratados con jerarquía constitucional en la Carta Magna nacional y en su par provinciales, y que se ha formalmente institucionalizado en el ordenamiento **infra** constitucional a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en términos de las exigencias de motivación o fundamentación de las sentencias judiciales (conforme el actual art. 3 del Código Civil y Comercial), informa un nuevo paradigma; esto es se ha mutado del modelo “positivista legalista a un pospositivismo constitucional” (ver. Grajales A.A. – Negri N. J., *Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial*, Astrea, Bs. As., 2016, p. 97.).

En ese orden, no se puede soslayar en la especie la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que fue aprobada por la ley 26.378 (del 21-5-2008), y a la que le fuera otorgada jerarquía constitucional mediante la ley 27.044, el 19-11-2014. Ello así dado su vigencia y jerarquía normativa a la hora de emitir el presente pronunciamiento.

En ese sentido, la misma impone en su art. 4 apartado 1 inc. A) que se debe “a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

reconocidos en la presente Convención”. No cabe duda que cuando se refiere “y de otra índole” también involucra al Poder Judicial como parte del Estado. Es por ello meritando la situación de la legitimada activa y su consecuente reclamo jurisdiccional, y la imperatividad de la norma citada que goza de jerarquía constitucional, por su carácter específico, tuitivo, imperativo y constitucional, considero que no puede ser preterida su aplicación, o al menos debe de servir de guía al momento de dictar la presente decisión, más allá que no se encontraba vigente al momento del hecho.

Como pauta primordial prescribe específicamente respecto de los niños y niñas con discapacidad que “una consideración primordial será la protección del interés superior del niño”; en el caso de C. de 10 años de edad al momento de emitir este voto.

Ello en consonancia con lo establecido en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 1 de la ley 26.061; ambos plexos normativos vigentes al nacimiento de C., ocurrido el 11 de abril de 2006.

Conforme la primer Convención citada, el Poder Judicial en sus actos, como parte del Estado, debe garantizar “que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida” (art. 26.1).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

II- Sentado ello como marco general, cabe referir en particular sobre la ejecución progresiva y futura de la sentencia vinculada con la renovación de la prótesis de C. (requerida en la demanda a fs. 449/450), que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el derecho a la salud que no es un derecho teórico sino que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas (cfr. Fallos, 324:754, del voto de los Dres. Fayt y Belluscio; y Corte de Justicia de Salta: Tomo 112:451).

La reparación integral de los daños que determina la normativa sustancial (arts. 1083 del Cód. Civil y actual 1740 del Cód. Civil y Comercial), en el presente caso de una niña, cuyo primordial interés corresponde priorizar, torna necesaria atender a las nuevas terapias y tecnología que pudieran generarse en un futuro próximo, para concretar de modo efectivo la “integralidad” de la reparación legal que el ordenamiento impone y de efectivizar el pleno goce de los derechos reconocidos por la respectiva Convención a las personas con discapacidad.

Entiendo necesario indicar que la señalada integralidad de la reparación no sólo se la asume desde los alcances cuantitativos de la misma, sino esencialmente se la focaliza desde la entidad cualitativa de la misma.

Ello así dado se debe garantizar en esta sede judicial el derecho del niño discapacitado a gozar de los beneficios del progreso



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

científico que le reconoce el art. 15 inc. b) del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconocimiento que también consagra el art. XIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos: "Toda persona tiene el derecho de (...) disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos". (conf. Corte de Justicia de Salta **in re** "R., A. L; G. J. H." sent. del 1-2-2014; en LLNOA 2015 (junio) 518).

A fin de evitar la mayor burocratización del procedimiento judicial, en cuanto ya se ha establecido el daño y sus alcances, y fijado la responsabilidad respecto tanto del objeto como de los sujetos, resulta conveniente tramitar lo relativo al cambio de prótesis por la vía de la ejecución de la sentencia (arts. 509 y 511 del CPCC.) de modo de satisfacer la tutela continua y efectiva en plazo razonable que impone el art. 15 de la Const. de la Provincia de Bs. As.

III- Finalmente, si bien como lo pone de relieve la Dra. Bermejo en su propuesta decisoria, no será de aplicación en autos la ley de defensa del consumidor por los motivos allí expuestos, más allá de sostener que debió ser el régimen aplicable al Hospital accionado, me obliga a pronunciarme al efecto frente a eventuales casos futuros que encierren una problemática similar a la planteada en las presentes actuaciones dado que se está adoptando un criterio jurídico al respecto.

En ese sentido, cabe señalar que no se suele asociar la responsabilidad de las clínicas y de los establecimientos hospitalarios a ley



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

de defensa del consumidor, por dos razones fundamentales. A saber: La primera es que la ley excluye de los sujetos comprendidos a los profesionales liberales, y la segunda es que resulta más frecuente asociar la defensa del consumidor con la venta de productos que con la falta de prestación adecuada de servicios (conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, “S. de G., A.V.y/o c. Centro Medico Galileo S.R.L. y otros s/ responsabilidad médica”, sent. del 12/07/2013; en ED 20/11/2013 , 4; LA LEY 16/12/2013 , 6 ; LA LEY 2013-F , 506).

No obstante ello, la ley 24.240 es de aplicación a los servicios médicos porque ésta establece que quedan obligadas todas las personas físicas o jurídicas de naturaleza pública o privada que, en forma profesional y aun ocasionalmente produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios (fallo cit.).

El HILP es una persona jurídica privada proveedora del servicio de salud, motivo por el cual se encuentra comprendido en la ley 24.240, que si bien excluye de su ámbito de aplicación a los profesionales o profesiones liberales, no excluye a la empresa de medicina (conf. LORENZETTI Ricardo, La Empresa Médica, p. 356, FARINA Juan, Defensa del Consumidor y del Usuario, pág. 83, Ed. Astrea, 1995).

La misma tiene la obligación de coordinar la organización del servicio de modo que sea apto para la prestación de salud; lo que en el caso no ha acontecido. La responsabilidad del nosocomio citado surge de la naturaleza del contrato que se suscribió -Plan de salud del HILP- con los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

progenitores de la niña, porque pesa sobre él una obligación tácita de seguridad que los obliga a suministrar un servicio adecuado y eficiente en orden a garantizar la salud de la víctima que pueda originarse en la defectuosa prestación del servicio (art. 5, ley 24.240); circunstancia que ha quedado acreditada en los presentes obrados y de allí su responsabilidad legal.

Con las motivaciones y fundamentos expresados a mayor abundamiento al voto al que adhiero, doy igualmente el mío por la **NEGATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SEÑORA JUEZ DOCTORA BERMEJO DIJO:

En atención al acuerdo alcanzado al tratar la cuestión anterior corresponde: 1) modificar la sentencia apelada de fs. 2242/2260 y elevar la suma reconocida por incapacidad física y lesión estética a la niña C. a la de \$1.300.000; la de daño moral por la niña C. elevarla a la de \$300.000; 2) hacer lugar a la compra de una prótesis por la suma de \$77.400; 3) establecer que las futuras prótesis serán peticionadas por vía de incidente por la parte que la Obra Social no cubra; 4) aclarar que el alcance de la condena a la citada en garantía "Federación Patronal Seguros S.A." es por el límite de la cobertura; 5) modificar el tipo de tasa de interés que fija la condena, confirmándose la tasa dispuesta en el fallo, excepto en cuanto a que la tasa pasiva digital será liquidada desde el día 19 de agosto de 2008 -fecha en que inició su vigencia- hasta el efectivo pago; y con anterioridad a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

ella, desde la oportunidad del cálculo de los intereses (25/6/2007), lo será a la denominada tasa pasiva, es decir a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a plazo fijo a treinta días; 6) confirmar la sentencia en todo lo restante que ha sido motivo de recurso y agravio; 7) Las costas de la alzada deben ser impuestas a los demandados perdidosos por su esencial condición de vencidos (art. 68, CPCC.).

ASI LO VOTO.

El Señor Presidente doctor **HANKOVITS** por los mismos fundamentos, votó en igual sentido.

CON LO QUE TERMINO EL ACUERDO, dictándose la siguiente:

----- S E N T E N C I A -----

POR ELLO, y demás fundamentos del acuerdo que antecede:

1) se modifica la sentencia apelada de fs. 2242/2260, elevándose la suma reconocida por incapacidad física y lesión estética a la niña C. a la de \$1.300.000 y la de daño moral por la niña C. a la de \$300.000; 2) se hace lugar a la compra de una prótesis por la suma de \$77.400; 3) se establece que las futuras prótesis serán peticionadas por vía de incidente por la parte que la Obra Social no cubra; 4) se aclara que el alcance de la condena a la citada en garantía "Federación Patronal Seguros S.A." es por el límite de la cobertura; 5) se modifica el tipo de tasa de interés que fija la condena, confirmándose la tasa dispuesta en el fallo, excepto en cuanto a que la tasa



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

pasiva digital será liquidada desde el día 19 de agosto de 2008 -fecha en que inició su vigencia- hasta el efectivo pago; y con anterioridad a ella, desde la oportunidad del cálculo de los intereses (25/6/2007), lo será a la denominada tasa pasiva, es decir a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a plazo fijo a treinta días; 6) se confirma la sentencia en todo lo restante que ha sido motivo de recurso y agravio; 7) Las costas de la alzada se imponen a los demandados perdidosos por su esencial condición de vencidos (art. 68, CPCC.). **REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA. FIRMADO: SILVIA PATRICIA BERMEJO (Juez). FRANCISCO AGUSTIN HANKOVITS (Juez). ANTE MI: LUIS ALBERTO MAIMONE (Secretario).**