

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 3

"2014, Año de las letras argentinas"

Expte. N° 35329/0 "BALLESTER CRISTIAN GUSTAVO Y OTROS C/ GCBA Y OTROS S/ RESPONSABILIDAD MEDICA".
Juzg: 13 Sec.: 25

Señor Juez:

I.- Vuelven los obrados de referencia a esta Asesoría Tutelar, conforme lo dispuesto a foja 626, Pto. I.

II.- Tomó conocimiento del estado de autos.

III.- De consuno con lo anterior, encontrándose para las partes vencido el plazo para alegar de bien probado, corresponde efectuar las siguientes consideraciones sobre la probanza de estos obrados:

III.a- Con relación a los hechos de autos, me remito al relato efectuado tanto en la demanda, como en sus contestes.

En cuanto al objeto de marras, cabe recordar que se ha promovido formal demanda de daños y perjuicios contra el Htal. Gral. de Agudos Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, el GCBA, la Dra. Miryam Gak y a todo otro civilmente responsable de los "daños sufridos por la menor AMIRA MORENA BALLESTER DNI. 48.798.692, en los Centros médicos de referencia, en ocasión de su nacimiento ocurrido el día 16 de julio de 2008, y durante su posterior atención pediátrica, solicitando que se condene a los demandados al pago de la suma de PESOS NOVECIENTOS CUATRO MIL (\$ 904.000.-) y/o lo que en más o menos resulte de la prueba a producirse, Actualización monetaria, intereses desde el 16 de julio de 2008 –fecha de nacimiento-, costas y costos del proceso. La demanda se fundamenta en la

Ministerio Público Tutelar
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires



responsabilidad emergente de la deficiente atención médica recibida por la menor..." (fs. 1vta.).

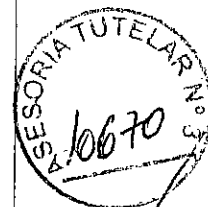
IV.- Con este sucinto prolegómeno, de las constancias de autos surge que mi representada nació el 16 de julio de 2008, de parto natural, vaginal cefálico, en el Htal. Gral. de Agudos Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, perteneciente a la red de salud pública del GCBA.

IV.a.- Así las cosas, tampoco se encuentra discutido que Amira Morena padece de una luxación congénita de cadera (izquierda), también llamada "*dislocación en el desarrollo de la cadera*", "*displasia del desarrollo de la articulación de la cadera*", "*displasia congénita de cadera*", o "*dislocación congénita de la cadera*", es la malformación ortopédica mas frecuente. Consiste en una displasia (anomalía del desarrollo) articular que se produce por una perturbación en el desarrollo de la cadera e su etapa intrauterina antes del tercer me de vida fetal" (fs. 425).

IV.b.- Antes bien, tampoco se encuentra en jaque que el tratamiento médico prescrito consistió en la utilización de un arnés pavlik para luego, al no obtener mejoría, intervenirla quirúrgicamente (fs. 428).

V.- El *quid* de la cuestión entonces, gira en torno a si se ha seguido la *lex artis* (médica) y, en consecuencia, el diagnóstico médico del padecimiento de mi representada ha sido oportuno.

V.a.- Para poder ello dilucidar (y sin perjuicio a la referencia que se realizará más abajo respecto de las probanzas de autos), me veo obligado a referirme a las consideraciones médico legales consignadas en la experticia obrante a fojas 424/432/vta. (la cual no ha sido impugnada por las partes), en la que se destaca que esta luxación típica puede ser: "** PRENATAL: la que se produce y puede evidenciar por su estudio ecográfico en los días o semanas previos al nacimiento. * PERINATAL: la que se produce en el nacimiento o inmediatamente después. * POSTNATAL O TARDÍA: la que se produce en las semanas o meses después. * LUXACIÓN TERATOLOGICA: No hay que confundir la LLC típica con la verdadera luxación intrauterina de la cadera (luxación teratológica) que se acompaña habitualmente con otras alteraciones congénitas cardíacas, renales, de la*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario N° 3

"2014, Año de las letras argentinas"

columna vertebral, de los pies, etc. Esta luxación teratológica es de muy difícil tratamiento, de mal pronóstico y alcanza a no más del 5% del total de luxaciones congénitas de cadera" (fs. 425/425vta., el resaltado está en el original).

V.b.- Antes bien, cabe resaltar que el experto indicó que **"considerando que la LCC es una enfermedad evolutiva en el tiempo, que se puede desarrollar tanto en el período intrauterino como en los primeros meses de vida postnatal, un examen normal en el período de recién nacido inmediato no permite descartar la presencia de esta patología. Sin embargo, la mayoría se presenta en el período neonatal y solo ocasionalmente se manifiesta en forma tardía. Debe además considerarse que el examen físico puede resultar equívoco en la detección de LCC, incluso en manos experimentadas"** (fs. 425), y en este tipo de caso se suele *"recomendar efectuar un cribaje clínico (examen físico, prueba de Ortolani-Barlow) en forma rutinaria y sólo estudiar con algún método de imágenes a aquellos niños en quienes se sospeche una LCC"* (fs. 247).

V.c.- Con este cartabón, de los puntos de pericia propuestos por la parte actora, surge el plazo para el diagnóstico de una luxación de cadera congénita para contemplar un tratamiento incruento: *"antes de los 18 meses de vida existen posibilidades de realizar un tratamiento incruento. El período óptimo es durante el mes de vida"* (fs. 428) y que *"al momento de realizarse el diagnóstico la menor tenía casi 8 meses de vida. En el niño menor de 12 meses, el tratamiento ortopédico (no quirúrgico) sigue siendo la primera opción y generalmente es eficaz. Solamente se recurre al tratamiento quirúrgico ante el fracaso del tratamiento ortopédico"* (fs. 428/428vta.).

V.d.- En la historia clínica se expresa que, una vez diagnosticada la LCC *"le colocaron Arnés de Pavlik, lo usa por un mes y posteriormente acude a HNRGH (Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez) y consulta con traumatólogo del equipo de cadera quien indica que permanezca otro mes con arnés, luego de lo cual al no*

obtener mejoría se opta por planificar cirugía (vía interna)..." (punto de pericia Nro. 2 por parte actora, fs. 428).

V.e.- *"La intervención quirúrgica se debió al fracaso del tratamiento incruento intentado previamente"* (punto de pericia 11 propuesto por la parte actora, fs. 429).

V.f.- Por otro lado, *"se apunta que no consta en los registros clínicos que haya presentado en algún momento de su evolución previa al diagnóstico factores de riesgo de dicha patología, a excepción del sexo femenino"* (punto 4 de pericia propuesto por el GCBA -fs. 431vta., coincidente con el punto 2 propuesto por la codemandada, Dra. Gak).

V.g.- Asimismo, *"la conducta inmediata al sospechar el diagnóstico fue ordenar una radiografía de cadera y derivarla al especialista y la misma se estima como adecuada"* (fs. 431vta. Pto. 6 de pericia propuesto por el GCBA, coincidente con los puntos 6 y 7 de los propuestos por la codemandada, Dra. Gak, 432vta.).

V.h.- Frente al punto de pericia Nro. 3 de la codemandada Dra. Gak, que si de *"nuestro medio resulta indicación absoluta de ecografía o radiografía de caderas en un paciente sin factores de riesgo para displasia evolutivo de cadera y sin signos clínicos patológicos"*, la respuesta fue *"No. Solo está indicado en presencia de factores de riesgo y/o signos clínicos patológicos"* (fs. 432).

V.i.- Previo a la intervención de la Dra. Gak, no surge de la historia clínica neonatal que la menor haya presentado semiología compatible con displasia evolutiva de cadera (punto 4 de pericia propuesto por codemandada, Dra. Gak, fs. 432vta.).

V.j.- Por otro lado, el experto indica que *"cuando se trata de displasia, los signos clínicos son muy pobres"* (fs. 426) y que *"si bien el cribaje mediante el examen clínico o ecografía puede identificar recién nacidos con riesgo elevado de LCC, debido a la alta proporción de curación espontánea de la inestabilidad de la cadera o displasia en el neonato y ante la falta de evidencia de la efectividad de la intervención en relación con los resultados funcionales, los beneficios netos del cribaje no están claros"* (fs. 427).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario N° 3

"2014, Año de las letras argentinas"

VI.- Así las cosas, se desprende de las consideraciones médico legales y de las precisiones efectuadas en respuesta a los puntos de pericia propuestos (424/432vta.), que habiéndose diagnosticado la displasia de cadera en mi representada (circunstancia clínica genética propia del paciente), el tratamiento médico prescripto fue el correcto. Asimismo, que no existían factores de riesgo patológicos (el único factor de riesgo y/o sospecha en este caso sería el sexo femenino), y que también -en cuanto la oportunidad de su manifestación-, existe el cuadro clínico de luxación postnatal o tardía, que se produce -en el neonato- en semanas o meses después.

VI.a.- Ahora bien, estas cuestiones surgen pura y exclusivamente de la experticia médica y resultan propias e inherentes a dicho campo.

Sin embargo, como se ha apuntado más arriba, el *intrínquilis* me obliga poner el lente crítico en la oportunidad del diagnóstico, lo cual conlleva necesariamente a la lectura de la historia clínica de mi representada y en su consecuente experticia caligráfica (anejada a fojas 560/567vta.), la cual tampoco mereció reproche.

VI.b.- El peritaje calígrafo se produjo a los efectos de establecer si la grafía "Ortolani (-)" (que asienta la constancia de haberse realizado el examen físico para detectar el padecimiento de mi representada) fue intercalado, como así también para que se informe todo otro dato de interés.

Así, encontrándose en jaque la grafía "Ortolani (-)", la experta resalta que *"la diferencia en el desarrollo de "Ortolani (-)", respecto de que el resto de las grafías del mismo día, sumado a la diferente presión del elemento escritor sobre el papel y el distinto matiz cromático, dan como resultado un conjunto de elementos que, evaluados desde la técnica permite establecer que se trata de una adulteración por agregado. Esta determinación se afirma aun mas en la ausencia de descargas extras de tinta en el grupo "Ortolani (-)", lo que*

evidencia haberse constituido como agregado al texto original" (fs. 567, el resaltado me pertenece).

VI.c.- En base al análisis efectuado, se concluye que "1.- LOS TRAZOS APENAS SE TOCAN ENTRE SI PERO NO EXISTE ENTRECRUZAMIENTO O SUPERPOSICIÓN DE LOS MISMOS. 2.- EL GRUPO "ORTOLANI (-)" FUE INTERCALADO (O AGREGADO CON POSTERIORIDAD) AL RESTO DEL LLENADO. 3.- DE ACUERDO A LOS ESTUDIOS FÍSICOS EFECTUADOS, EL GRUPO ORTOLANI FUE ASENTADO CON UN ELEMENTO ESCRITOR DIFERENTE AL RESTO DE LAS GRAFIAS CORRESPONDIENTES (AL) DIA 30-1-09" (fs. 567vta.).

VI.d.- Frente el pedido de aclaración efectuado por la codemandada (fs. 579vta.), el hecho que *"con la tecnología disponible, no puede determinarse su antigüedad, ni puede establecerse cuanto tiempo transcurrió entre una tinta y la otra"* (fs. 583), no empece a la alternancia cronológica determinada y declarada por la perita.

VI.e.- Así las cosas, resultando indubitado que el diagnóstico "Ortolani (-)" fue insertado en un momento distinto a la redacción del resto del cuerpo de la historia clínica -mediante el cual se registra la consulta médica-, cobra especial relevancia meritar sobre los motivos de dicho agregado,

Nótese que el médico forense, indica que *"En su confección, la historia clínica no se aparta del modo en que habitualmente son confeccionadas en el medio hospitalario"* (Pto. pericia actora nro. 17, fs. 429vta.), pero sin embargo, al mismo tiempo destaca que *"la práctica médica corriente consiste en consignar sólo los hallazgos positivos, y aquellos negativos solo cuando la ausencia de los mismos tenga una especial trascendencia clínica, o cuando el examen se realice bajo protocolo estructurado"* (Pto. pericia nro. 2, codemandado GCBA, fs. 431vta.).

VI.f.- Con este panorama, debe hacerse hincapié en que si en la historia clínica solo se asientan las patologías positivas, resulta un sinsentido aclarar y puntualizar la inexistencia de la displasia de cadera si, como se indicó, *"no surge de la historia clínica que haya presentado factores de riesgo para el desarrollo de tal patología, exceptuando el sexo"* (pto. pericia Dra. Gak Nro. 2, fs. 432).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario N° 3

"2014, Año de las letras argentinas"

En la misma inteligencia, es dable presumir, por un principio lógico y siguiendo las pautas de la experticia de fojas 560/567vta., que el resultado negativo de la prueba "ortolani" fue consignado con posterioridad al resumen médico de la consulta del día 31/01/09. Tal cuestión se refuerza con la certeza que tal diagnóstico fue insertado con un **elemento escritor distinto** al del resto del registro de la consulta.

VI.g.- Estas dos cuestiones, hiladas al reproche de los accionantes de la omisión de la prueba de Ortolani en mi representada, reúnen en conglomerado, el carácter de indicios de presunción que permiten vislumbrar una falla en la *lex artis* médica de la galena al servicio de la red de salud pública del GCBA.

Ha quedado más que claro que **la historia clínica ha sido adulterada**, al consignarse la realización de la prueba de ortolani en mi representada. Que dicha constancia no fue registrada en el mismo momento en que la consulta fue llevada a cabo. Entonces, la pregunta obligada es ¿con que fin se dejó constancia que se realizó el examen físico de "ortolani"? ¿Qué sentido tuvo ello si el resultado fue negativo?

Esta cuestión, plantea como respuesta más que probable -excediendo prístinamente la mera conjetura-, que se intentó subsanar o reparar la omisión de dicho test. Al menos, en el plano formal del registro clínico.

VI.h.- La responsabilidad médica por la adulteración de la historia clínica de mi representada, no se ciñe a la falta en sí (eventualmente pasible de reproches en el marco de la colegiatura galena), sino justamente a la falla en la detección a tiempo del padecimiento congénito de Amira Morena. Ello, le hubiese evitado --más que probablemente-, el tratamiento cruento prescripto. En otras palabras, se habría evitado la cirugía reductora de la displasia.

VI.i.- Retomando las consideraciones médico forenses, de haberse detectado el padecimiento oportunamente, el tratamiento incruento es el de elección (arnés de pavlik), y "este arnés logra un 95-98% de buenos resultados en las

caderas displásicas o subluxadas y un 80% en las verdaderas luxaciones..." (fs. 427vta.).

Solo en caso que no se consiga reducción, esta indicada la cirugía. Esta demás indicar, el alto nivel estimado de buenos resultados que arroja el tratamiento incruento en caso de la detección a tiempo.

VI.j.- Con este marco, la historia clínica de mi representada resulta esencial para poder determinar la oportunidad del diagnóstico médico pero, conforme las constancias probatorias de autos, la misma fue adulterada.

VII.- Función y valoración probatoria de la historia clínica.

En la relación médico paciente –en el marco procesal probatorio-, existe un déficit que gira en base a la imposibilidad técnica del paciente de acreditar el curso de los hechos. En dicha inteligencia, frente al existencia y comprobación del daño, lo que se debe demostrar es la falta de "estandarización médica" (de diagnóstico o de tratamiento), que –como se dijo más arriba- conduce a comprobar que el obrar del galeno no fue el adecuado –en este caso, la oportunidad del diagnóstico de mi representada-, según la *lex artis*. En este sentido, quien en mejores condiciones de demostrar que ha obrado diligentemente, es el médico y ello surge del registro de la historia clínica.

Se ha dicho que *"se impone a las partes el deber de colaborar con el oficio en la realización del derecho mediante el dictado de una sentencia justa, aportando a tales efectos toda la información y elementos de convicción disponibles en relación a la cuestión controvertida"*¹.

Lo anterior, me da pie para traer a colación la "teoría de las cargas dinámicas", la que se encumbró indicándose que *"puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del onus probandi, según fueran las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquella puede recaer,*

¹ VAN ROMPAEY, LESLIE; La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Procesal uruguayo, LJU, t. 111, 1995, Sección Doctrina, p. 460.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario N° 3

"2014, Año de las letras argentinas"

*verbigracia, en cabeza de quien esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, extintivos o modificativos"*²

He de puntualizar, así, que la previsión legal positiva históricamente estuvo orientada a garantizar los derechos de las partes, "pasando por alto el detalle de la justicia". Resulta intrincada la ecuación judicial de garantizar derechos sin asegurar antes la Justicia, lo que desembocaría en la harta compleja circunstancia de garantizar el derecho a un juicio justo, si una parte queda a merced de la contraria en virtud a no tener a su alcance el material probatorio suficiente para responsabilizarla.

"La teoría de la carga dinámica de la prueba implica que, más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de probar recae sobre aquella parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla. Sobre la adecuada ponderación de las circunstancias del caso, el peso de probar debe desplazarse de actor a demandado, o viceversa, según correspondiere, atendiendo a la parte que se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba con absoluta independencia de su posición en el proceso y de la naturaleza de hechos que alegue"³.

Así las cosas, la aplicación de la "teoría de la carga dinámica de la prueba" es el canal que permite escudriñar la verdad objetiva de los hechos para arribar una sentencia justa, redundando ello, en la búsqueda del concreto y efectivo derecho a la jurisdicción.

La autorizada voz del Dr. Lorenzetti nos enseña que "Finalmente, para la determinación de los hechos extraordinarios en cabeza del actor teniendo presente la presunción de inocencia del médico, es decir, una actividad diligente, normal,

² V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal, e Informático, en la ciudad de Junín, año 1992.

³ LORENZETTI, RICARDO LUIS; *Responsabilidad Civil de los Médicos T. I*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997.

conforme la práctica medical permitida, el actor deberá desvirtuar esta presunción a partir de acreditar que la actividad medical no es conforme "*el curso normal y habitual de las cosas*". Vale decir: deberá confirmar que los daños sufridos por él no son el resultado de un "hecho médico normal" ("como acostumbra a suceder; según el curso natural y ordinario de las cosas") sino que se trata de un hecho extraordinario porque el obrar profesional no se corresponde con las pautas de la ciencia médica (art. 901 del Código Civil)"⁴

VII.a.- Recepción jurisprudencial.

En materia jurisprudencial, se ha receptado la "teoría de la carga dinámica de la prueba", siguiendo de ejemplo los siguientes antecedentes, a saber:

La Cámara Nacional Civil, Sala D, resolvió: "*...Estas razones que suponen graves irregularidades, son suficientes para generar una presunción judicial de culpa que imponía a los demandados la prueba de la falta de su culpa. Es más; el favor "probationis" o la teoría de las cargas dinámicas, ante el cúmulo de hechos, y, a todo evento, se inclina – más allá de todo elemento presuncional- por poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo, máxime que la historia clínica es harto deficiente y los demandados integran un grupo médico*"⁵.

Asimismo, en otro caso se resolvió que "*...Es sabido que el derecho positivo argentino no ha recepcionado aún la opinión mayoritaria de la doctrina nacional de "lege ferenda" que entiende que la sola presencia de la infracción dañosa genera una presunción de culpa que desplaza la carga de la prueba hacia el demandado a efectos de que éste se encuentre en la necesidad de probar su no culpa o el caso fortuito; sin embargo, ello no es obstáculo para que en función del marco normativo que ofrece el Código Procesal, se exija al profesional médico una amplia colaboración en la dilucidación de los hechos que hacen a la controversia. Ello es así pues, si un profesional alega que actuó de un modo diligente y pretende que el juez recepte tal criterio, deberá colaborar con el órgano aportando todos los elementos que prueben su no culpa, caso contrario, su conducta pasiva en este*

⁴ LORENZETTI, RICARDO LUIS; *Responsabilidad Civil de los Médicos*, T. I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997, p.465.

⁵ CNCiv., Sala D, "Calce terra Rubén y otra c. Municipalidad de Buenos Aires". L.L., ejemplar del 17/9/91, con comentario de Rubén Campagnucci de Cassio, titulado Responsabilidad médica y responsabilidad colectiva, 24/5/90.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario N° 3

"2014, Año de las letras argentinas"

*sentido constituiría una violación a elementales principios de buena fe que el juez no podrá dejar de valorar al tiempo de dictar sentencia."*⁶

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza sostuvo que: *"Las reglas de la carga probatoria no son absolutas, sino que en ciertos casos cabe aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas según la cual el proceso no se desarrolla como una lucha entre espadachines, sino que, en razón del principio de colaboración que las partes tienen para con el tribunal, cabe requerir la prueba de ciertos hechos a ambas partes y, en especial, a la que esté en mejores condiciones de probar"*⁷.

En un caso de responsabilidad médica por mala praxis, se resolvió que *"El principio procesal de la carga dinámica de la prueba deriva del principio de responsabilidad del sujeto que obra en su propio interés (Fenochietto, Carlos E. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado con los Códigos Provinciales", t. II, 2001, Ed. Astrea, p. 495), por lo que quien debe probar es aquél que se encuentra en mejores condiciones de hacerlo. El juez valora no sólo las circunstancias particulares de cada caso apreciando quién se encuentra en mejores condiciones para acreditar el hecho controvertido, sino también las razones por las cuales quien tiene la carga de probar no lo hace (conf. esta sala, causa 14.305/02 del 5/5/2005). Cuando lo que está en tela de juicio es la mala praxis médica, deben tenerse en cuenta -entre otras pautas- que si bien la actividad probatoria recae principalmente sobre aquél que alegue haber padecido el perjuicio (arts. 512 y 902 CCiv. y art. 377 CPCCN.), ello no implica excluir la distribución dinámica de la carga probatoria atendiendo a las particularidades de cada caso y, sobre todo, a lo difícil que resulta para la víctima acreditar la relación causal del*

⁶ CNCiv., Sala D, "S.J.E. C. ENTEL Y OTRO" E.D. ejemplar del 14/10/92, con nota de Susana Albanese, Los derechos de las pacientes y la omisión médico-asistencial. 12/5/92.

⁷ SCJ Mendoza, Sala 1ª, 27-5-94.

perjuicio con el obrar de los profesionales (conf. esta sala, causa 6.873/98 del 6/9/2005, y sus citas)⁸.

El Tribunal Címero determinó "Que en el tema de la mala praxis debe acatarse – en principio – el antiguo aforismo procesal *onus probandi incumbit actore*, así como que le son aplicables las normas de la culpa subjetiva. No obstante, como en la mayoría de los casos se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de carga dinámica de la prueba que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva" y que "Las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y las características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, a efectos de dar primacía, por sobre la interpretación de las normas procesales, a la verdad jurídica objetiva, de modo que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal".⁹

Asimismo que "En materia de mala praxis, donde se trata de situaciones complejas que no resultan ser de fácil comprobación, cobra 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".¹⁰

"Si bien en el tema de mala praxis médica debe acatarse, en principio, el antiguo aforismo procesal *onus probandi incumbit actore*, así como que son aplicables las normas de las culpas subjetivas, como en la mayoría de los casos se trata de situaciones de muy difícil comprobación para el damnificado, cobra fundamental importancia el concepto de la "carga dinámica de la prueba", o "prueba compartida", que hace que colabore, también, quien se halla en mejor situación de aportar elementos demostrativos tendientes a obtener la verdad objetiva (médicos, entidad hospitalaria, por tener el conocimiento técnico y los elementos probatorios por haber intervenido en forma directa en el hecho dañoso). Se abandonan los preceptos rígidos para perseguir la resolución materialmente justa -según la circunstancia- de las delicadas y especiales cuestiones integrantes de la litis. Dicho

⁸ Cnac.Civil, in re "Pérez, Juan C. Estado Nacional s/ Daños y Perjuicios", sentencia de fecha 20 de junio de 2006.

⁹ Corte Sup., 6/2/2001, "Galli de Mazzucchi, Luisa V. v. Correa, Miguel Á. y otro", JA 2002-I-406.

¹⁰ Corte Sup., 4/9/2001, "Pla, Silvio R. y otros v. Clínica Bazterrica S.A. y otros", Fallos 324:2689.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario N° 3

"2014, Año de las letras argentinas"

*de otra manera, ambas partes tienen la obligación de aportar sus pruebas para que el juzgador pueda desentrañar mejor la verdad objetiva más allá de la meramente formal (del voto en disidencia del Dr. Vázquez)."*¹¹

La Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal dijo que "Es evidente que la carga pesa sobre quien se encuentra en mejor situación para producir pruebas, en el caso, el médico, ya que es quien tiene los conocimientos técnicos necesarios para explicar los hechos ocurridos y la vivencia directa de ellos."¹²

"Se viene admitiendo en la jurisprudencia el valor especial de las presunciones en materia de responsabilidad médica frente a los inconvenientes en la acreditación de la culpa. Ante ciertos datos empíricos puede deducirse la prueba galénica no probada de modo directo, cuando las circunstancias y el sentido común indican que el hecho dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar culpa profesional."¹³

En un caso, un menor de diez años fue internado para ser operado de apendicitis y salió del quirófano descerebrado, falleciendo *a posteriori*. Frente a la ausencia de explicaciones claras y la duda sobre el acontecer causal, la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sostuvo que: "Me importa recordar, asimismo, que en muchas hipótesis el demandado tiene el deber moral y jurídico de allegar a la causa los elementos que permitan definir lo justo concreto, pudiendo configurar su conducta omisiva un factor importante de valoración, al punto que la omisión del interesado puede llegar, por mandato de la ley, a constituir una presunción en su contra"¹⁴.

En otro caso, de modo similar, se sentó de la siguiente manera: "En materia de responsabilidad médica, la carga probatoria compartida, no bastando una

¹¹ Corte Sup., 22/12/2000, "Banbury Perkins, María Elizabeth y otro v. Maternidad Suizo Argentina S.A. y otros", LNOL 70009630.

¹² Cám. Nac. Civil, Sala I, "Favilla, Humberto c/ Piñeyro, José", L.L. del 5-8-91.

¹³ Cám. Fed. De Rosario, Sala B, "Longoni, Sergio C. y otra c/ Cursak, Guillermo y otro", J.A. del 9-3-94.

¹⁴ Cám. Nac. Civ y Com Fed, Sala II, "L.J.C. y otra c/ Estado Nacional, Ministerio de Salud y Acción Social y otro", L.L. del 24-8-94.

actitud meramente pasiva del profesional demandado, quien debe aportar toda la prueba para demostrar que obró con diligencia y pleno conocimiento de las cosas; en una palabra, que obró sin culpa."¹⁵

"En materia de responsabilidad médica, el principio es que la prueba corre por cuenta de quien imputa culpa al galeno, demostrando la existencia de negligencia manifiesta o errores graves de diagnóstico. Ello es así, sin perjuicio del deber del médico de aportar los elementos necesarios que hagan a su descargo, como fluye del artículo 377 del CPCCN. El principio de la carga probatoria dinámica, impone el deber de cooperación que deben asumir los profesionales médicos cuando son enjuiciados. Es que quien se encuentre con aptitud y comodidad para prestar su ayuda a esclarecer la verdad, debe hacerlo."¹⁶

"La doctrina de las cargas probatorias dinámicas posee mayor aplicación en el campo de la responsabilidad médica. Como consecuencia de lo expuesto, cada parte deberá demostrar la existencia de las circunstancias que afirma y los presupuestos de la norma que invoca."¹⁷

"En los casos de responsabilidad médica, la culpa, como regla general, debe ser acreditada por el acreedor, sin perjuicio de la importancia que tienen como medio de prueba las presunciones judiciales, o bien, excepcionalmente, la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas."¹⁸

"Pesa sobre el médico la carga de alegar y probar que el daño sufrido por su paciente no le es imputable por haber mediado caso fortuito, fuerza mayor, hecho del paciente o de un tercero por quien no debe responder o que de su parte no hubo culpa; ello, conforme a la teoría moderna de "la carga dinámica de la prueba" y la regla res ipsa loquitur (las cosas hablan por sí mismas)."¹⁹

"Tratándose de un supuesto de responsabilidad médica, el principio de la carga interactiva de la prueba, impone a tales profesionales la colaboración con el esclarecimiento de la verdad, no siendo suficiente así la mera negativa de los hechos en cuestión."²⁰

¹⁵ Cám. Nac. Civ., Sala C, "S.C.M c/ Municipalidad de Buenos Aires, L.L del 11-1-94.

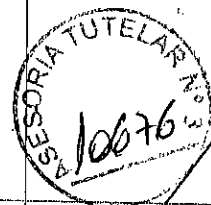
¹⁶ Cám. Nac. Civ., Sala E, "Colman Dadino, Luis y otros c/ MCBA s/Daños y Perjuicios", sent. CE 233157, mag.: Dupuis

¹⁷ CCCom de Resistencia, Sala IV, 23-4-96, "C. de G.E.c/ F.J.R", L.L.Litoral 1997-327.

¹⁸ Cám. Nac. Civ., Sala M, 3-3-97, "S. de M., L.J.H. c/ Hospital San Juan de Dios y otros", L.L. 1997-C-956 (39.500-S).

¹⁹ CCCom.CAdm. de Río Cuarto, 19-3-98, "G. de A., A.M. c/ O.M.C. y otro", L.L.C. 1998-1334.

²⁰ SCJBA, 12-5-96, "F., P.E. y otro c/S., O. y otros", L.L. 1999-F752 (42.072-S), E.D. 182. 182-224.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario N° 3

"2014, Año de las letras argentinas"

*"En los casos de responsabilidad médica son aplicables los principios procesales para la distribución de la carga de la prueba. Por ende, cuando la responsabilidad se sustenta en la culpa, el profesional debe acreditar su diligencia en el cumplimiento de la obligación asistencial, es decir, que ha puesto los medios aptos para la terapia o la curación del paciente, aunque no pueda garantizar el resultado."*²¹

VII.b.- Como no escapará al elevado criterio de s.s., los antecedentes jurisprudenciales reseñados, abrazan el principio de solidaridad y cooperación procesal enmarcados por la "teoría de la carga dinámica de la prueba", que impone la carga de quien en mejores condiciones está de probar algo, debe así aportar dichas probanzas, como camino único en búsqueda de la verdad objetiva, norte jurisdiccional ineluctable, tendiente a la prosecución de una sentencia justa.

VII.c.- Con este preámbulo, no cabe otra conclusión que la adulteración del registro clínico de mi representada, cuya guarda recae en cabeza de los demandados, resulta un escollo que no puede ni debe redundar en su beneficio, y en el consecuente perjuicio para la parte actora.

VIII.- Responsabilidad por ejercicio de la medicina.

Sentado lo apuntado en el acápite anterior, huelga recordar que para configurar la responsabilidad que se indilga a los codemandados, se requieren los cuatro presupuestos de la reparación: i) El daño, ii) La antijuricidad, iii) El factor de atribución, y iv) La relación de causalidad.

VIII.i.a.- Daño.

²¹ CCCom del Noroeste de Chubut, 30-4-99, "C. M. N. c/ N.I y otros", R.C y S. 1999-818.

Liminarmente, advierto que la mensura y valuación del daño, será tratada más adelante (Acápito IX).

En materia de responsabilidad, el daño *"aunque último en la cronología temporal de los acontecimientos, puede decirse desde un punto de vista lógico que este es el primer elemento de la responsabilidad civil, ya que sin él no puede siquiera pensarse en la pretensión resarcitoria, ni puede haber responsabilidad civil, por ausencia de "interés", que es la base de todas las acciones; y por ello es que bien lo dice el art. 1067 del Cód. Civ. "no habrá acto ilícito punible para los efectos de este código (es decir, en miras de la responsabilidad civil o deber de resarcir) si no hubiese un daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar..."*²²

En tal sentido, cuando se habla de "daño", se hace mención –en este caso– al resultado de la acción humana antijurídica, que ha causado detrimento, perjuicio o menoscabo en algún bien, ya sea por acción u omisión. Asimismo, resulta fundamento ineludible de la responsabilidad ("que no habrá acto ilícito punible si no hubiere daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar...", cmfe. art. 1067 C.C.)²³.

VIII.i.b.- Puede decirse que el daño en sí, es toda lesión de cualquier índole a un derecho subjetivo, siendo los requisitos de su resarcibilidad *"a) Que el daño sea cierto y no eventual; b) Que sea subsistente al tiempo de su computación; c) Que sea personal del damnificado; d) Que el quebranto patrimonial incida en un interés legítimo del damnificado; e) Que esté en conexión causal jurídicamente relevante con el acto ilícito"*²⁴.

VIII.i.c.- Como se sostuvo más arriba (acápito V), aquí ***no se apunta al daño causado como consecuencia de la inoportunidad del diagnóstico de "displasia congénita de cadera" de mi representada, sino en el sufrimiento innecesario por el cual atravesó, en virtud del diagnóstico tardío.***

Resulta claro que el tratamiento incruento tardío (arnés de pavlik) con más los padecimientos del cruento (cirugía reductora), el cual pudo haberse evitado (vide el alto porcentaje de efectividad del tratamiento incruento prescripto a tiempo), expuso a mi representada a la angustia de, al menos, experimentar una cirugía

²² TRIGO REPRESAS, Félix A.; Los presupuestos de la responsabilidad Civil, citado, p. 249.

²³ MAZEAUD - TUNC, Responsabilidad Civil, Tomo Primero, Vol. 1, p. 3, E.J.E.A., Bs.As., 1977.

²⁴ LLAMBIAS, J. - RAFFO BENEGAS, P. - SASSOT, R., Manual de Derecho Civil - Obligaciones, p. 580, Perrot, Bs.As., 1991.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario N° 3

"2014, Año de las letras argentinas"

evitable, configurando así un daño ilegítimo, mensurable dentro de los parámetros indicados en las experticias forenses.

VIII.ii.- Obrar Antijurídico.

En el caso de marras, la antijuricidad se configura por la omisión del deber de no dañar a otro, rotulado bajo el brocardo latino "*naeminem laeder*". Se ha sostenido que *"la antijuridicidad radica en la contradicción entre el hecho de una persona y el ordenamiento jurídico, considerado éste en forma integral. Es un juicio objetivo de desaprobación sobre el hecho al cual se califica entonces de ilícito"*²⁵

Por ello, el daño merecerá la calificación de antijurídico cuando lesione un interés protegido por el Derecho, entendidos, tanto éste como aquél, en su sentido más amplio. Lo anterior significa que *"por intereses jurídicamente protegidos o tutelados no deben entenderse únicamente los derechos subjetivos, sino también los intereses legítimos e, incluso, las expectativas ciertas y legítimas, siempre y cuando unos y otras se encuentren protegidos por el Ordenamiento jurídico, concebido éste no sólo como la suma de sus concretas normas, sino integrado también por los principios y valores que lo informan"*²⁶

La antijuridicidad del daño desaparece cuando concurre una causa justificativa que lo legitima, o bien cuando existe una causa que la excluye, generando la obligación jurídica de soportar el daño, situación que no se ha dado en el caso de marras (*vide* Acápite VII.i).

VIII.ii.a.- Debe distinguirse aquí, que no se trata de la conducta médica desplegada una vez constatada la displasia de cadera de mi representada, sino la antijuricidad por omisión del obrar debido por parte de los codemandados en su diagnóstico tardío.

²⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", Edit. Hammurabi, Bs. As., 1999, T. 4, p. 313, § 40

²⁶ 19 NAVEIRA ZARRA, Maíta María, "El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual", Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 2006, pp. 48/49.

En primer supuesto, la justificación del daño quita antijuridicidad a la actuación, motivo por el cual no se está en presencia de un daño indemnizable, situación harto opuesta en la segunda hipótesis.

No debe olvidarse que la antijuridicidad es un requisito autónomo, distinto y distinguible de la culpabilidad (culpabilidad como factor de atribución); y tan es ello así que aun *"adoptando el concepto objetivo de antijuridicidad, el acto puede ser involuntario y seguir siendo objetivamente antijurídico, pues solo la existencia de una causa de justificación hace desaparecer tal presupuesto"*²⁷.

Jurisprudencialmente se ha dicho con respecto a los daños y perjuicios que *"la cuestión visceral radica en que el comportamiento de cada uno no perjudique a los demás, o sea, el "alterum non laedere" del difundido brocárdico de ULPiano, subyacente en el primer elemento material u objetivo de la responsabilidad civil, que es la antijuridicidad"*²⁸, como *"recaudo inexcusable para la atribución de responsabilidad civil, entendida como contrariedad o contradicción de una conducta con el ordenamiento normativo, que además provoca injusto quebranto en los derechos de otros"*²⁹.

La antijuridicidad es una contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico apreciado con sentido unitario; se trata de un presupuesto de la responsabilidad independiente de la voluntariedad y la culpabilidad, y *"sólo los actos que infringen una prohibición legal pueden comprometer la responsabilidad del agente por los daños que pueda causar, pues la sola voluntariedad del acto dañoso es insuficiente para originarla"*³⁰.

En la misma inteligencia, *"la ilicitud surge de la colisión entre el acto y el derecho objetivo, considerado en su totalidad, pudiendo provenir la antijuridicidad de una acción o de una omisión impuesta por la ley en sentido formal o material"*³¹.

En síntesis, *"la antijuridicidad no es otra cosa que el causar un daño a otro sin causa de justificación; de tal modo, para que exista no es necesario que*

²⁷ 93 GESUALDI, Dora M., "De la antijuridicidad a las causas de justificación", en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Prof. Dr. Atilio Aníbal Alterini", cit, p. 147.

²⁸ Cám. CC 1ª La Plata, Sala 1ª, 7/4/94, V. de S., O. S. c/ S., J. A., en Juba sum. B100437.

²⁹ Cám. CC 1ª San Nicolás, 31/8/99, Berdún, Carmelo y otro c/ García, Miguel Angel y otro, en Juba sum. B855753.

³⁰ ST Santiago del Estero, 17/2/97, Góldar, José E. c. Consejo de Ingeniería y Arquitectura, LL 1998-E, 758, (40.788-S) y LL NOA 1998-1126.

³¹ CNCiv., Sala H, 11/3/98, Menem, Carlos S. c. Editorial Perfil S.A. y otros, LL 1998-B, 630.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario N° 3

"2014, Año de las letras argentinas"

*haya una norma expresa que prohíba una determinada conducta, siendo suficiente que se cause un daño sin justificación*³², lo que se encontraría acreditado en autos.

Así las cosas, la exposición a la cirugía reductora para corregir la displasia de cadera, configura una lesión injustificada que da el marco antijurídico al daño propinado.

VIII.iii.- Factor de atribución.

Continuando con el examen de los presupuestos de responsabilidad, es turno de análisis de los factores de atribución. Estos pueden ser subjetivos u objetivos. Dentro de los subjetivos encontramos la culpa y el dolo, que exigen un comportamiento voluntario y reprochable. Para el caso de los factores objetivos, el abanico es mayor, y puede mencionarse al "riesgo creado", "la equidad", etc. (art. 1113. C.C.).

VIII.iii.a.- Para el caso como el de autos, cobra especial relevancia la "autonomía técnica" de la actividad médica, dado que existe un protocolo de actuación según la especialidad del galeno, como así también del cuadro clínico que se trate. Esto es lo que se denomina comúnmente "*lex artis*".

Esta cuestión, se encuentra íntimamente ligada con el hecho que el médico, como profesional, ciñe el ejercicio de su actividad a la previa declaración formal sobre la pertenencia de las aptitudes que forman el contenido de la profesión (para el caso, el título habilitante para el ejercicio de la medicina).

Como no escapará al criterio de s.s., la responsabilidad médica radica en la obligación que tienen los profesionales que ejercen la medicina de responder por las consecuencias derivadas de su actuación profesional.

Así las cosas –salvo ciertas excepciones–, en materia de daños derivados de los actos médicos, la pauta de imputación de responsabilidad, es

³² CNCiv., Sala D, 29/2/96, T., C. J. c. Municipalidad de Buenos Aires, LL 1996-D, 24.

subjetiva. Ello, con sustento en la culpa profesional. Es necesaria la presencia de culpa en el actuar del profesional³³.

Antes bien, siendo que *"el contenido del objeto de una obligación es siempre una conducta, en el caso de la obligación de los médicos, dicha conducta debe ser considerada científicamente en el sentido de que utiliza técnicas usuales y admitidas por la medicina, tendientes a la curación de dolencias o mitigación del dolor de un ser humano"*³⁴.

La autorizada vos del Dr. Lorenzetti, nos enseña que *"el galeno asume una "deuda de atención" hacia el paciente debiendo poner a disposición de éste todo su cuidado, sapiencia y conocimientos para el logro de la curación esperada"*³⁵.

Claramente surge que la obligación consiste en la actividad diligente del profesional.

VIII.iii.b.- De lo anterior, se desprende que el médico no asegura la curación del paciente -lo que caracteriza *su* obligación como de medios- sino que se compromete a desplegar una actividad cualificada técnica y científicamente.

Es precisamente la falta de técnica y ciencia lo que configura la culpa médica que, generalmente, se materializa ya sea por negligencia o impericia. Esto, no es otra cosa que no actuar conforme a las reglas consagradas por la práctica médica -*lex artis*-. Dicho de otro modo, el médico -pese a estar debidamente capacitado-, obra descuidadamente en el caso concreto.

VIII.iii.c.- Hoy en día, la doctrina en nuestro país es conforme en establecer que basta cualquier género de negligencia para poder fundar la responsabilidad del médico, que ya no surca por el camino de la exigencia de una falta grave sino por la efectiva constatación de su culpa, cualquiera sea su entidad³⁶.

Lo anterior, se complementa con el hecho que a mayor sea el deber de obrar con prudencia y diligencia y pleno conocimiento de las cosas, mayores serán las consecuencias que resulten de los hechos consumados -en este caso-, por el médico (art. 902 y 909 C.C.).

³³ Para algunos sectores de la jurisprudencia y la doctrina existen algunos supuestos en que el profesional al asumir una obligación de resultados, compromete una responsabilidad de carácter objetivo, quedando en consecuencia descartada la necesidad de la prueba de la culpa, tal es el caso de las cirugías plásticas y la obstetricia.

³⁴ Gherl Carlos, "Contrato de Medicina Prepara".

³⁵ Lorenzetti, Ricardo, "Responsabilidad de los médicos".

³⁶ Alterini Atilio y López Cabana, "Derecho de Daños"



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario N° 3

"2014, Año de las letras argentinas"

En tal sentido, se ha dicho que *"El compromiso asumido por el médico de proceder con la diligencia propia de su especialidad y de obrar conforme a las reglas y métodos propios de su profesión, debe analizarse teniendo en cuenta las directivas del Art. 902 del CC y sin pasar por alto que cuando esta en juego la vida de un hombre, la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leve adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad. Es que nuestro derecho no distingue entre culpa grave y leve, la culpa del médico sea grave o leve origina responsabilidad, pues sea que rijan los Arts. 1109 y 1112 o el 512 del CC, esa distinción está excluida"*³⁷.

VIII.iii.d.- Con este panorama, pactado que recae en cabeza del médico acreditar su obrar diligente (v. acápite VII). De consuno con ello, y conforme luce de constancias de autos, se debe tener por acreditado la negligencia de la Dra. Gak en oportunidad del control médico de mi representada y, en tal sentido, tener por acreditado en igual sentido el factor de atribución subjetivo (culposo) de la responsabilidad en el caso de autos.

VIII.iv.- La relación de causalidad.

Este último supuesto no requiere —en este caso— de mayor estudio. Se trata de un elemento objetivo que alude a una vinculación exterior entre la conducta del sujeto y el daño.

La doctrina tiene dicho que *"son imputables las consecuencias causales de los hechos reprobados por las leyes, cuando la causalidad de ellas ha sido perjudicial por causa del hecho"*³⁸

Es decir, entre este resultado dañoso, y aquel hecho imputable debe existir una relación causa-efecto o, en otras palabras, ha de probarse que el daño proviene a consecuencia de la acción.

³⁷ Bueres Alberto, Responsabilidad Civil de los médicos Bs. As. 1979.

³⁸ MACHADO, J.O.; "Exposición y Comentario del Código Civil Argentino", T. 3, p. 121, ECYCLA, Bs.As., 1922.

VIII.iv.a.- La relación de causalidad se refiere entonces a la "vinculación que debe existir entre un hecho y el daño, para que el autor de ese comportamiento deba indemnizar el perjuicio: El hecho debe ser el antecedente, la causa del daño, y, por tanto, el detrimento o menoscabo aparece como el efecto o la consecuencia de ese obrar".³⁹

Se afirma que en el campo de los hechos ilícitos existen "cuatro tipos de causalidad jurídica: a) Causalidad adecuada: La que vincula a un hecho antecedente con otro consecuente, si el primero tiene la virtualidad de originar al segundo según el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901, primer párrafo, del Cód. Civ.); b) Causalidad mediata previsible: Vincula a un hecho antecedente con otro consecuente, que deriva de la conexión del primero con un acontecimiento distinto (Cód. Civ. art. 901, segundo párrafo), c) Causalidad fortuita o casual: Es la que conecta a un hecho antecedente con otro consecuente, que deriva imprevisiblemente del primero (artículo 901 in fine), d) Causalidad remota: Vincula lejanamente a un hecho con una derivación con la cual no tiene en verdad eficiencia causal (artículo 906 del Cód. Civ.)"⁴⁰

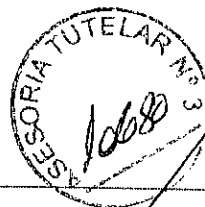
VIII.iv.b.- En tal inteligencia, teniendo por cierto que es el nexo de unión existente entre la acción (u omisión) y el daño producido, se encuentra harto probado en los obrados de marras que la intervención quirúrgica a la que fue expuesta Amira Morena (y demás consecuencias), es el resultado concatenado causalmente de modo adecuado con el tardío diagnóstico de su padecimiento.

VIII.v.- A modo de corolario de este acápite, se puede colegir fácilmente que se encuentran reunidos en el obrar de los demandados, los presupuestos de resarcibilidad, a saber:

VIII.v.a.- La existencia de **daño** como elemento principal se encuentra acreditado con las experticias anejadas a estos obrados (fs. 402/407 y 424/432vta.); en la misma inteligencia su **antijuricidad**, ya que no obra en autos la justificación de la lesión (como universo de afecciones) padecidos por mi representada como consecuencia del tratamiento, dado que no se ha probado el obrar diligente del efector de salud, lo que lo torna **atribuible en modo subjetivo a los**

³⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge (Director), Responsabilidad Civil, p. 106, Hammurabi, Bs.As., 1993.

⁴⁰ cfr. LLAMBIÁS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Parte General, T. I, págs. 305 y sgtes., Duodécima Edición, Perrot, Bs.As., 1986; y LLAMBIÁS, J. - RAFFO BENEGAS, P. - SASSOT, R., Manual de Derecho Civil - Obligaciones, p. 581, Perrot, Bs.As., 1991.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario N° 3

"2014, Año de las letras argentinas"

codemandados y, por último, que el menoscabo padecido es **consecuencia causal** del tratamiento médico prescrito.

VIII.vi.- Por último, huelga indicar la responsabilidad en cabeza del GCBA, como administrador del sistema de salud de la Ciudad (art. 8; 10; 12.a; 15; etc de la ley 153).

Así las cosas, más allá de la disposición normativa indicada más arriba, a los fines de no sobreabundar, conviene recordar que en su contestación de demanda (fs. 127/154vta.), el GCBA al oponer la falta de legitimación pasiva del nosocomio demandado en autos, reconoce que *"El artículo 104 inc. 1° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la Ley Orgánica Municipal N° 19.987/72, artículo 31 inc. A), el Jefe de Gobierno, ejerce la representación legal de la Ciudad de Buenos Aires y de los organismos asistenciales que la integran. En consecuencia el hospital demandado, no detenta la personería jurídica propia que se alega, constituyendo una dependencia administrativa de la Ciudad de Buenos Aires"* (fs. 127).

VIII.vi.a.- En la misma inteligencia, el apoderado legal del GCBA reconoce que *"quienes (los médicos) allí se desempeñan son dependientes de mí representada, el predio y sus instalaciones de su propiedad y la administración del patrimonio de los hospitales públicos de la ciudad de Buenos Aires de resorte exclusivo del Gobierno de la Ciudad"* (fs. 127/127vta.)

Este reconocimiento expreso, torna innecesario cualquier tipo de consideraciones con relación a la responsabilidad del GCBA en la administración del servicio de salud pública y el obrar de sus dependientes.

IX.- Mensura y cuantificación del daño

En cuanto la mensura y cuantificación del daño padecido por mi representada, soy del entendimiento que ello resultará del análisis que el Tribunal efectuará de las constancias arrimadas a los presentes obrados, no pudiendo perder

de vista que la suma monetaria requerida en el libelo de inicio, parecería no resultar la adecuada, ello a tenor de las experticias obrantes a foja 402/407; 424/432vta.

X. Reserva del caso federal:

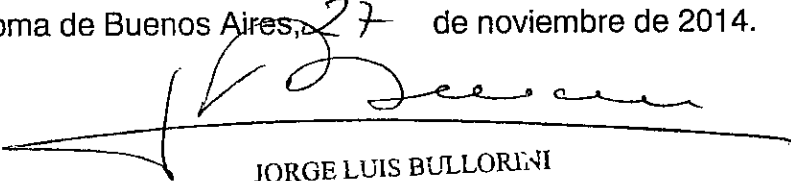
Para el supuesto caso de no hacerse lugar a la acción de marras incoada, hago reserva del caso federal en virtud del artículo 14 de la ley 48, a los efectos de habilitar la instancia de Alzada mediante la articulación de los recursos pertinentes.

XI. Petitorio:

En consecuencia, en mérito a las consideraciones de hecho y de derecho expuestas precedentemente, solicito al Señor Magistrado que:

- 1) Se tenga presente el presente dictamen;
- 2) Se haga lugar a la presente acción de daños y perjuicios a tenor de las consideraciones expuestas;
- 3) Se disponga el resarcimiento económico de mí representada en base a la cuantificación del daño acreditado mediante las experticias forenses de autos;
- 4) A todo evento, hago expresa reserva del caso federal.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27 de noviembre de 2014.

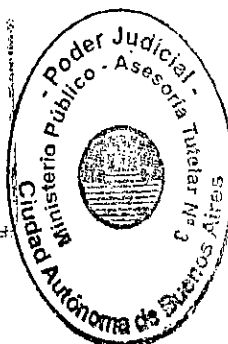

JORGE LUIS BULLORINI
ASESOR TUTELAR

Dictamen AT3CAyT Nro.: 5191

Dictamen ATCAyT N° 4261/14

CERTIFICO: Que las presentes ...12... copias son fieles de sus originales que en este acto tengo a la vista, de lo que doy fe.
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ...2... de ...diciembre... de 2014...


ELENA AREVALO FOURNE
PROSECRETARIA COADYUVANTE
ASESORÍA TUTELAR CAyT N° 3
MINISTERIO PÚBLICO





Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

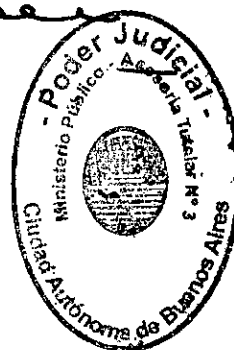
Asesoría Tutelar de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°3

2016 - Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina

**Comisión de Selección de Jueces,
Juezas e Integrantes del Ministerio Público**

Me dirijo a Uds., en mi carácter de Titular de la Asesoría Tutelar Nro. 3 de Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los fines de dejar constancia que el dictamen que antecede, pertenece a las actuaciones **"BALLESTER CRISTIAN GUSTAVO Y OTROS C/ GCBA Y OTROS S/ RESPONSABILIDAD MEDICA"**, (Expte. N° 35329/0), fue proyectado por el Dr. Federico Kaimakamian Carrau, agente de esta oficina judicial desde el año 2009. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 6 de septiembre de 2016.-----

JORGE LUIS BULLORINI
ASESOR TUTELAR



Ministerio Público Tutelar
Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires



Ana E. Pasqualini
Secretaria

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

**"BALLESTER CRISTIAN GUSTAVO Y OTROS CONTRA GCBA Y OTROS
SOBRE RESPONSABILIDAD MEDICA)", EXPTE: EXP 35329 / 0**

Ciudad de Buenos Aires, 9 de octubre de 2015

VISTOS: estos autos en estado de dictar sentencia de los cuales,

RESULTA:

1. Que CRISTIAN GUSTAVO BALLESTER Y MARIELA ECHEVERRÍA, por sí y en representación de su hija menor promueven —mediante apoderado— la presente demanda contra el Hospital Gral. de Agudos DR. DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD, el GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES y la DRA. MYRIAM GAK, por los daños ocasionados a la hija de los actores, por la suma de novecientos cuatro mil pesos (\$904.000) y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, actualización monetaria y costas.

Relatan que desde el año 2005, MARIELA ECHEVERRÍA es paciente del plan médico de cabecera del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en el Hospital Gral. de Agudos DR. DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD.

En noviembre de 2007 y con motivo de su cuarto embarazo, comenzó a atenderse en el consultorio de la Dra. CAMILETTI, quien llevó adelante sus controles hasta el octavo mes de gestación, momento en el que le diagnosticaron diabetes gestacional, motivo por el cual a partir de allí, comenzó a controlarse en el consultorio de obstetricia especializado en diabetes del mencionado Hospital.

Así pues, el 16 de julio de 2008, nació A.M.B, quien luego de dos días obtuvo el alta médica, ya que los profesionales intervinientes aseveraron que ni ella ni la recién nacida tenían problemas de salud.

Rememora que transcurridos los primeros tres meses de su nacimiento, preguntó en uno de los controles médicos realizados por la Dra. GAK cuándo le realizarían a la menor los estudios radiográficos y las ecografías de cadera, y que dicha profesional les respondió que no resultaban necesarios, toda vez que ya había realizado el control de sus piernas y se encontraban en buen estado.

Afirman que durante los primeros meses de vida, no se le realizaron a A.M.B. los controles relativos al estado de salud de su cadera, lo que a su vez —señalan— se encuentra reflejado en la historia clínica que ofrecen como prueba.

Refieren los actores, que en ciertas ocasiones notaba un "chasquido" en la cadera de su hija, razón por la cual consultó con la Dra. GAK, quien luego de realizarle ciertas maniobras en sus piernas denominadas "Ortolani", les informó nuevamente que la paciente se hallaba en buen estado de salud.

Sin embargo, con el correr del tiempo, siguieron advirtiendo un ruido

bastante pronunciado en su cadera, motivo por el cual se dirigieron a la guardia del Hospital Gral. de Agudos DR. DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD, donde fue revisada por una pediatra de guardia, quien detectó inmediatamente la existencia de pliegues asimétricos que revelaron la displasia de cadera izquierda.

Destacan que el 9 de marzo de 2009 concurren al consultorio de la Dra. GAK y le exigen la consulta con un traumatólogo.

En este contexto, y habiendo corroborado la pediatra dicho diagnóstico, volvieron al Hospital al día siguiente a fin de realizarse los estudios y radiografías pertinentes.

Una vez efectuados los controles, el traumatólogo EDUARDO ADRIÁN DERECHO, diagnosticó que la menor padecía una luxación de cadera importante, y que debía colocarse un “ARNES DE PAVLIK”. Sin embargo, el galeno informó que atento al excesivo tiempo transcurrido dudaba del éxito de tal tratamiento ya que la displasia era congénita.

Puntualizan que transcurrido un tiempo, y dado que la afección de su hija continuaba, el 7 de agosto de 2009 fue realizada la cirugía de cadera en el Hospital GUTIÉRREZ, donde permaneció internada durante seis (6) días.

Así pues, aseveran que el padecimiento de la menor se debe exclusivamente a la deficiente atención médica de la pediatra GAK como así también por parte del nosocomio demandado, en virtud de la omisión negligente de un correcto diagnóstico al momento de su nacimiento y con posterioridad.

Asimismo, realizan una serie de consideraciones médicas respecto de la “luxación congénica de cadera (L.C.C)”, llamada también “Enfermedad Luxante de la Cadera” (ver fs. 4 vta.), haciendo referencia principalmente a la importancia de un diagnóstico temprano, en tanto expresan que la precocidad en la obtención del diagnóstico es directamente proporcional al éxito en el tratamiento de la patología. Es por ello que destacan que se debe realizar antes del primer mes de vida.

Atribuyen la responsabilidad a la Dra. GAK, por culpa y negligencia, la que se circunscribe a su actuación en la atención post-parto y su seguimiento posterior, de acuerdo a las consideraciones médicas efectuadas y las que eventualmente efectuará el perito que solicitan como prueba.

También atribuyen la responsabilidad al GCBA por su cumplimiento defectuoso e irregular de las funciones que le son propias y a la institución asistencial Hospital Gral. de Agudos DR. DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD, de carácter objetivo por los hechos de sus dependientes.

Resaltan que A.M.B. padece una severa discapacidad física que podría alcanzar hasta un 40%. Expresaron que la enfermedad que padece incidió negativamente en su equilibrio psíquico, el que podría estimarse en un 30% de incapacidad, motivo por el cual reclaman los gastos de tratamiento psicológico. También solicitan el resarcimiento de daño moral y estético.

Detallan los daños reclamados y requieren el reintegro de los gastos realizados, originados en su tratamiento y rehabilitación (ver fs. 17 vta.)



64
Anst. Pasqualini
Secretaria

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Finalmente practican liquidación, ofrecen prueba, citan jurisprudencia, y plantean la inconstitucionalidad de los artículos 7 y 10 de la ley 23.928 modificados por el artículo 4 de la ley 25.561 y el artículo 5° del decreto 214/02.

2. Que corrido el pertinente traslado, a fs. 127/154 se presenta el GCBA y opone la excepción de falta de legitimación pasiva respecto del Hospital General de Agudos "DR. DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD" en razón a que el centro asistencial carece de personería jurídica propia y constituye sólo una dependencia administrativa, por lo que no tiene capacidad legal para estar en juicio.

Asimismo, en esa misma oportunidad, contesta demanda. Efectúa las negativas genéricas y específicas de los hechos contenidos en el escrito de inicio y brinda su versión de los hechos.

Refiere que la señora MARIELA ECHEVERRÍA fue asistida por la Dra. MARIEL CAMILETTI durante el período de su embarazo.

El 16 de julio de 2008 nació A.M.B en el Hospital General de Agudos "DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD", quien fue dada de alta el 19 de julio de 2008. Sin embargo, debió ser reinternada nuevamente el 23 al 25 de julio de ese mismo año por presentar un cuadro de hiperbilirrubina, siendo controlada desde su nacimiento por 6 neonatólogos, cuya evolución más adelante resultó favorable.

Por otra parte, resalta que a partir del 22 de agosto de 2008 la Dra. GAK comenzó a atender a la menor, la que fue elegida por los propios actores por ser la pediatra de sus otros hijos. Pone de manifiesto que los controles de la recién nacida fueron cumplidos exhaustivamente de acuerdo a los parámetros que a cada edad le corresponden, y en cuanto a las pautas de crecimiento, desarrollo, inmunizaciones, alimentación y examen físico.

No obstante ello, el 9 de marzo de 2009, en ocasión de efectuarle el examen físico pertinente, se observó un resalto en la cadera izquierda con una muy ligera asimetría de pliegues, lo que motivó el pedido de estudios, y los que confirmaron una luxación congénita de cadera izquierda. Sin embargo, esto —afirma la demandada— no indica un fallo en su diagnóstico, sino que simplemente puede tratarse de una luxación tardía. Equivaldría decir que la cadera normal al nacimiento puede presentar anomalías con posterioridad.

Asimismo, hace alusión a la secuencia de los hechos y la evolución del cuadro, lo que halla relación y se puede ver —según sus dichos— en la historia clínica de la paciente.

Afirma que desde su nacimiento fue controlada y atendida correctamente, y que las patologías detectadas a través de los controles fueron resueltas en forma inmediata y de acuerdo a una buena práctica médica.

Pone de resalto que la circunstancia de que el resultado no haya sido el deseado, no puede ser considerada como determinante de una mala praxis médica.

Efectúa ciertas consideraciones médicas en cuanto a la patología de la paciente, ofrece prueba, hace reserva del caso federal y solicita que, oportunamente, se rechace la demanda con relación a su parte, con costas.

3. Que a fs. 155 se suspendieron los plazos procesales para contestar demanda y se ordenó el traslado de la excepción previa planteada.

Corrido el pertinente traslado (v. fs. 155 vta), la actora lo contestó a fs. 175/6 y se allanó, toda vez que el GCBA asumió la responsabilidad absoluta respecto del hospital demandado, dependiente de aquél.

En atención a su allanamiento incondicional, total y efectivo, solicitó que las costas fueran impuestas en el orden causado.

Así pues, a fs. 190 el Tribunal tuvo a los actores por allanados e hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el GCBA con relación al Hospital de Agudos "DR. DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD". Impuso las costas en el orden causado.

4. Que a fs. 157/173 se presenta la Dra. MYRIAM GAK STEMPEL y contesta demanda. En principio, reconoce que efectivamente atendió a la menor involucrada como así también al resto de los hijos de los actores.

Efectúa las negativas que considera pertinentes, específicamente, de los hechos invocados en la demanda y brinda su versión.

En particular, resalta que el padecimiento de la menor no se debió a la atención médica por ella brindada, ni guarda relación causal con su actuación profesional. Manifiesta que durante el tiempo en que la menor fue su paciente, le fueron realizados todos los exámenes correspondientes durante su intervención. Asimismo, pone de resalto que no es cierto que resulte estrictamente necesario efectuar a la totalidad de la población neonatal una ecografía o radiografía de caderas, sino que existe un grupo de pacientes pediátricos como la niña, que presentan evidencia tardía de la patología, lo que no se trata de una falla en la detección por parte del profesional, si no de una posterior aparición de los signos clínicos. Por ello, toda vez que ella no presentaba ningún factor de riesgo así como tampoco signos clínicos positivos en el examen físico, hasta el control efectuado a los siete meses de vida, no se solicitaron estudios complementarios previamente.

Considera que la imputación de responsabilidad en la relación médico-paciente es de carácter "extracontractual" y por ende la culpa debe ser probada. Asimismo, destaca que la obligación que asume el médico frente al paciente es de medios y no de resultado.

Impugna la liquidación practicada por la actora, y ofrece prueba documental, informativa y pericial médica, a cuyos efectos solicita, al igual que el GCBA, que se designe perito médico del Servicio de Medicina Legal del Poder Judicial de la CABA y que sea especialista en pediatría u ortopedia y traumatología infantil (fs. 172 vta.).

Manifiesta desinterés respecto de la prueba pericial psicológica ofrecida en la demanda y ofrece prueba pericial caligráfica, a la vez que propone un consultor



647
Ana E. Basqualini
Secretaria

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

técnico experto en la materia. En subsidio, ofrece prueba pericial contable para el supuesto de desconocimiento de la cobertura por parte de la citada en garantía o la contraria.

Por último, cita en garantía a SEGUROS MÉDICOS S.A., funda en derecho, cita doctrina y jurisprudencia que considera aplicable, hace reserva del caso federal y solicita se rechace la acción en su contra.

5. Que a fs. 249/254 se presenta espontáneamente SEGUROS MÉDICOS S.A., contesta la citación en garantía y solicita se rechace la demanda con expresa imposición de costas a la actora.

Manifiesta que de acuerdo al relato de los hechos, se encuentra vinculada con la señora MYRIAM GAK STEMPEL, por un contrato de seguro de responsabilidad profesional médica, pólizas N°800.175 y N° 800.198.

Destaca que la suma máxima asegurada asciende a doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000) por lo que ante una eventual condena, respondería hasta el límite dinerario incluida la franquicia deducible, conforme los términos y condiciones generales y particulares de la póliza y las disposiciones del decreto-ley 17.418. Al respecto, cita jurisprudencia que considera aplicable al caso.

Por último, adhiere a la contestación de demanda efectuada por su asegurada, ofrece prueba documental, confesional, adhiere a la prueba ofrecida por la demandada GAK, ofrece prueba pericial contable en subsidio, manifiesta su desinterés en la prueba pericial psicológica y psiquiátrica, funda en derecho y hace reserva de la cuestión federal.

6. Que una vez efectuados los pertinentes traslados de las oposiciones a los medios probatorios ofrecidos por las partes, a fs. 278 se corrió vista al Sr. Asesor Tutelar, quien se expidió a fs. 279/282 vta. y se opuso al punto 3 de la pericia médica ofrecida por la codemandada GAK.

Finalmente, a fs. 290/292 el Tribunal estableció la intervención del Servicio de Medicina Legal del Poder Judicial de la CABA a los efectos de realizar las pericias médica y psicológica, y dejó sentado que, respecto de la pericia médica en particular, debería ser realizada por un médico especialista en pediatría u ortopedia y traumatología infantil. Rechazó las oposiciones efectuadas por el GCBA y la codemandada GAK respecto de los puntos de pericia médica ofrecidos por la parte actora, reformuló el punto n° 9 de la pericia médica ofrecida por la parte actora, rechazó las oposiciones efectuadas por la parte actora y el Sr. Asesor Tutelar respecto a los puntos de pericia médica ofrecidos por la codemandada GAK; como así también la oposición efectuada por la parte actora respecto de la prueba documental aportada por el GCBA. Por último, impuso las costas en el orden causado.

7. Que a fs. 304 se convocó a la audiencia prevista en el artículo 288 del CCAyT, de la que da cuenta el acta obrante a fs. 312/313, en la que se proveyeron las pruebas ofrecidas por las partes.

A fs. 587/588 y 593 obran las certificaciones de las pruebas producidas en autos, motivo por el cual a fs. 593 se certificó respecto del vencimiento del período de prueba y de su producción, por lo que se declaró clausurada dicha etapa y se pusieron los autos para alegar.

A fs. 604/614 obra agregado el alegato del GCBA, y a fs. 616/624 el de la parte actora. Por su parte, la codemandada GAK no presentó alegato.

Asimismo, a fs. 627/639 dictaminó el Asesor Tutelar acerca del fondo de la cuestión debatida en las presentes actuaciones, y solicitó que se hiciera lugar a la acción de daños y perjuicios. A fs. 642, emitió su opinión el Sr. Fiscal respecto del planteo de inconstitucionalidad introducido por la actora en su escrito de inicio.

En este estado, a fs. 644 se llamaron los autos para dictar sentencia, providencia que al encontrarse firme deja a los presentes en estado de resolver.

Y CONSIDERANDO:

8. Que cabe recordar que los jueces no están obligados a pronunciarse sobre todos los argumentos esgrimidos por las partes, ni hacer referencia a la totalidad de la prueba producida, sino que basta que valoren las que sean conducentes para la correcta composición del litigio (cfme. art. 310 del CCAyT; CSJN, *Fallos*, 272: 225, 276: 132, 287: 230, entre otros; FENOCHIETTO, CARLOS EDUARDO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 584).

9. Que tal como quedaron planteadas las diferentes pretensiones, corresponde determinar si le asiste razón a la actora en su reclamo de daños y perjuicios que considera derivados del actuar que califica como deficiente de la Dra. GAK quien atendió a la hija de los actores en un Hospital perteneciente al GCBA.

En este contexto cabe recordar que para considerar configurada la obligación del GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES de responder por los daños y perjuicios reclamados por la parte actora, resultará esencial la concurrencia de los siguientes recaudos: a) la existencia de un daño actual y cierto; b) la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la Administración; y c) la relación de causalidad entre el accionar ilícito del Estado —funcionamiento irregular o defectuoso del servicio, por no cumplirse de una manera regular las obligaciones impuestas por las normas, artículo 1112 del Código Civil— y aquel perjuicio (CSJN, *Fallos* 306: 2030; 307: 821; 318: 1531; 320: 113; 321: 1776; 321: 2144; entre muchos otros).

En esta inteligencia, cuando un derecho patrimonial particular ha sufrido menoscabo frente a la preeminencia de un interés público o por el obrar irregular del Estado, no basta la existencia sin más de tal detrimento para justificar la procedencia del resarcimiento por parte del erario público, en tanto resultará indispensable valorar tal pretensión a la luz de los requisitos antes señalados. En efecto, la jurisprudencia tiene dicho que para que resulte procedente deben concurrir los elementos clásicos de la responsabilidad civil; esto es, la existencia de un daño cierto, ilicitud en el obrar del sujeto señalado como responsable, una relación causal entre ese accionar y el perjuicio, y el factor de atribución que permita atribuir jurídicamente esa consecuencia dañosa al



647
Ana E. Pasqualini
Secretaria

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

accionar antijurídico.

Dado que se trata de una cuestión sobre responsabilidad del Estado en la prestación de un servicio de salud la antijuridicidad en estos casos ha sido calificada como el defectuoso o irregular funcionamiento del servicio, la llamada "falta de servicio" que produce el daño —cfme. *Fallos* 315: 1026—, que se vería reflejada en el presente caso en el caso de verificarse el irregular cumplimiento de las obligaciones de los agentes de salud dependientes del Hospital Público.

10. Que previo a introducirme en el análisis de la cuestión a resolver y toda vez que luego de producido el hecho que se considera dañoso por los actores, entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) aprobado por ley 26.994, corresponde efectuar una breve precisión respecto de la normativa aplicable para la resolución del presente caso.

Al respecto, se ha expedido recientemente la Cámara del fuero en los autos "*M. M. Z. c/ GCBA s/ daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)*", expte. 21.824/0 (Sala I, sentencia del 2 de septiembre de 2015). Allí se señaló que el hecho dañoso invocado es anterior a la entrada en vigencia de la nueva norma y en tal sentido la relación jurídica quedó configurada al producirse ese hecho, por cual la responsabilidad del demandado no puede ser juzgada bajo la nueva normativa sin darle el efecto retroactivo categóricamente prohibido por el art. 7 CCyCN.

Allí se citó además jurisprudencia de la CSJN en la que se señaló con relación a la eficacia temporal de la nueva norma que el principio de irretroactividad impide la aplicación de las nuevas disposiciones a relaciones y situaciones jurídicas consumidas (sic) bajo el anterior régimen legal (CSJN, "*D.I.P., V.G. c/ Registro de Estado y Capacidad Civil de las Personas s/ amparo*", sentencia del 6 de agosto de 2015, considerando 10).

De este modo, el análisis que se efectúa a lo largo del presente comprenderá las normas vigentes al momento del hecho considerado dañoso.

11. Que ello establecido, corresponde ahora analizar las constancias probatorias obrantes en la causa relevantes para su resolución.

Considero acreditado en autos que con fecha 16 de julio de 2008 nació la menor A.M. B. en el HOSPITAL VÉLEZ SARSFIELD (cfme. copias de HC certificadas que obran agregadas a fs. 31 y ss. del expte. 35.329/1, "*Ballester, Cristian Gustavo y otros c/ GCBA y Otros s/ diligencia preliminar*", en concordancia con lo manifestado por los actores en su demanda a fs. 1vta. y reconocido por el GCBA en su contestación a fs. 132).

Asimismo, que la niña fue atendida por la DRA. GAK desde el mes y seis días, es decir, desde el 22 de agosto de 2008 (conforme lo expresado por los actores en su demanda a fs. 2 y ss., lo reconocido expresamente por la codemandada GAK a fs. 160 y GCBA a fs. 132vta.).

También se encuentra acreditado que en la consulta del día 9 de marzo de

2009 se detectó un resalto de cadera izquierda, asimetría de pliegues, se ordenó una radiografía e interconsulta con ortopedia urgente (cfme. HC certificada a fs. 28 del expte. 35.329/1, ya citado). Ello además, concuerda con lo expresado por las partes a fs. 3 (actores); 132vta./133 (GCBA) y fs. 160vta. (GAK).

Surge además de la HC que al 11 de marzo de 2009 ya había sido revisada en traumatología con un diagnóstico de Luxación Congénita de Caderas y que se le había indicado el uso de una férula (v. fs. 28vta. del expte. 35.329/1, ya citado). De la misma HC surge que fue vista en "OyT" (Ortopedia y Traumatología), que no hubo cambios radiológicos y que se decidió operar (v. fs. 28vta. del expediente 35.329/1, ya citado, control del 11 de mayo de 2009).

Surge además de la copia de la HC del HOSPITAL GUTIÉRREZ que fue atendida con motivo de la luxación de cadera, que usó "arnés de Pavlic" y que al no corregir se decide la cirugía (v. fs. 4 y 20 de la copia del al HC del HOSPITAL GUTIÉRREZ reservada en Secretaría). A fs. 10 de la misma HC surge que el 6 de agosto de 2009 se internó para cirugía; a fs. 11 obra el consentimiento informado de fecha 7 de agosto de 2009, de donde surge el diagnóstico "displasia del desarrollo de cadera izquierda". A fs. 13 de la misma HC se observa el parte quirúrgico del día 7 de agosto de 2009, de lo que se concluye que en esa fecha fue realizada la intervención. Ello resulta concordante con lo expresado por la parte actora a fs. 4 y GCBA a fs. 134vta.

Sin embargo, la parte actora imputa una deficiente atención de la Dra. GAK porque considera que no le fueron realizados los estudios (radiografías y/o ecografías) de cadera que considera son de buena práctica médica y que ello hubiera permitido una detección temprana con mejores posibilidades de tratamiento, sin necesidad de recurrir a la intervención quirúrgica.

Por su parte, la médica codemandada, destaca su actuar diligente, pone de resalto que realizó todos los controles exhaustivamente con los parámetros que corresponden a cada edad y agrega que dicho examen incluye por supuesto el examen de las caderas.

Sobre este punto, y dado que las cuestiones respecto de las cuales las partes se encuentran contrapuestas involucran cuestiones médicas y de índole técnica, considero necesario recurrir a la pericia médica realizada en autos (v. fs. 424/32) y que no mereciera observación alguna por ninguna de las partes.

Cabe mencionar con relación a este medio probatorio, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que si bien las conclusiones del dictamen pericial no obligan a los jueces en la ponderación de la prueba, para prescindir de ella se requiere, cuando menos, que se lo opongan otros elementos no menos convincentes (*Fallos* 310:1697). En igual sentido la Cámara de Apelaciones del Fuero ha sostenido que "*el juez no puede desvincularse arbitrariamente de la opinión del experto y tiene la obligación de fundar su discrepancia*" (Sala 1, in re "*Verseckas, Emilia María c/ GCBA s/ Daños y Perjuicios*", sentencia del 8 de marzo de 2004).

A fin de comprender el caso bajo análisis me permito señalar que conforme se desprende de la pericia mencionada, la luxación congénita de cadera (LCC; llamada también "dislocación en el desarrollo de la cadera"; "displasia de desarrollo de



64
Aldo E. Pasqualini
Secretario

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

la articulación de cadera”, “displasia congénita de cadera”, o “dislocación congénita de cadera”), es la malformación ortopédica más frecuente (cfme. fs. 425).

Allí se expresa que *“consiste en una displasia (anomalía del desarrollo) articular que se produce por una perturbación en el desarrollo de la cadera en su etapa intrauterina, antes del tercer mes de vida fetal. La sub-luxación o la luxación (desplazamiento del hueso de su articulación) se produce después del nacimiento, en los primeros meses de vida extra-uterina y como una consecuencia de la displasia. La LCC es de curso progresivo. Si no es adecuadamente tratada, progresa a subluxación (desplazamiento parcial) y luxación (dislocación del hueso)”*; (v. fs. 425).

Continúa dicho informe diciendo que *“[c]uando es posible, el diagnóstico precoz, entendiéndose por tal al realizado durante el primer mes de vida, mejora significativamente el pronóstico, ya que instituido el tratamiento adecuado, suele ser posible lograr caderas de características anatomoclínicas normales. Considerando que la LCC es una enfermedad evolutiva en el tiempo, que se puede desarrollar tanto en el período intrauterino como en los primeros meses de vida postnatal, un examen normal en el período del recién nacido inmediato no permite descartar la presencia de esta patología. Sin embargo, la mayoría se presente en el período neonatal y sólo ocasionalmente se presenta en forma tardía. Debe considerarse además que el examen físico puede resultar equívoco en la detección de LCC, incluso en manos experimentadas”* (cfme. fs. 425; la negrita pertenece al original).

Con relación a la causa, la pericia señala que es desconocida pero que hay teorías que postulan factores endógenos y exógenos (v. fs. 425vta.).

En cuanto al diagnóstico, señala que hay sospecha de LCC cuando se trata de mujeres y hay antecedentes familiares y enumera además otros factores de riesgo, como ser: antecedentes personales, sexo femenino, primogestación o primiparidad, presentación de nalgas, oligohidramnios, gestación múltiple, desproporción pélvico-fetal (cesárea), deformidades postulares y malformaciones esqueléticas (v. fs. 425vta/426).

Agrega el informe que cuando se trata de displasia, los signos clínicos son muy pobres, pero que aun así pueden descubrirse signos que despierten la sospecha diagnóstica (lo menciona a fs. 426 y vta.). Se indican además a fs. 426vta. signos de certeza.

Se destaca asimismo que el diagnóstico de certeza es radiológico. La radiología es la más usada y generalizada. En los últimos años también se ha usado la ultrasonografía (ecografía) que brinda información sobre la dinámica de la cadera. Este examen evita la irradiación del paciente, especialmente del recién nacido y lactante (v. fs. 426vta.).

Preguntado el experto si es necesario efectuar cribaje con método de imágenes, señala que se trata de un tema controvertido dentro de la comunidad

internacional (v. fs. 427). Agrega con relación al tratamiento que para lograr caderas normales, el tratamiento debe ser precoz. De aquí la importancia de que el diagnóstico también lo sea precoz (antes del primer mes de vida).

A la pregunta respecto del plazo en que debe realizarse el diagnóstico de una luxación congénita de cadera para contemplar un tratamiento incruento, responde: “[a]ntes de los 18 meses de vida, existen posibilidades de realizar un tratamiento incruento. El período óptimo es durante el primer mes de vida” (v. fs. 428).

Luego, preguntado si el diagnóstico de luxación de cadera izquierda fue efectuado en tiempo oportuno para evitar la intervención quirúrgica que se le practicó, responde que “[e]n el momento en que se realizó el diagnóstico, la menor tenía casi 8 meses de vida. En el niño menor de 12 meses, el tratamiento ortopédico (no quirúrgico) sigue siendo la primera opción y generalmente es eficaz. Solamente se recurre al tratamiento quirúrgico ante el fracaso del tratamiento ortopédico” (v. fs. 248 y vta.).

Se le solicitó además que explicara que significa el “Signo de Ortolani”; en qué edad o tiempo normalmente se practica esta maniobra y además informe que significa la inscripción Ortolani (-). A ello responde que “[l]a prueba de Ortolani en la cadera luxada sólo es realizable hasta las 6 u 8 semanas de edad, ya que la contractura del los tejidos blandos impiden la maniobra posteriormente.” Agrega que la inscripción “Ortolani (-)” significa que la prueba de Ortolani arrojó un resultado negativo. (v. fs. 428vta.).

Se le solicitó al experto además que indicara si se le practicó una maniobra de Ortolani a los seis meses y catorce días (6 y 14) de vida de la menor y, en caso afirmativo, si resultaba adecuado tal proceder o, por el contrario, debería habersele practicado un estudio de mayor certeza. A lo que responde “[s]í, a fs. 59, en el asiento de fecha 31/01/09 se anota «Ortolani (-)». En virtud de lo explicado en la respuesta precedente, la prueba de Ortolani carece de validez a los 6 meses y medio de vida, por lo que tal procedimiento resultó fútil, si se realizó como cribaje (screening). En caso de haberse advertido signos de sospecha que ameritasen descartar la presencia de displasia de cadera (lo que no consta en el asiento de esa fecha), debió haberse prescripto otro estudio, conforme lo indicado en el acápite de Consideraciones Medicolegales” (v. fs. 428vta./429).

Además (pregunta 12) se le requirió al perito que indicara si de la HC del HOSPITAL VÉLEZ SARSFIELD, o de las fichas de consultorio de la Dra. GAK, existe alguna constancia de la realización de maniobras o estudios para detectar la luxación congénita de cadera, con anterioridad a la evolución del día 30 de enero de 2009, a lo que respondió que: “a fs. 113, obra copia de la Historia Clínica 77978 del Hospital Vélez Sarsfield, Ficha del Recién Nacido, fecha da el 16/7/08, donde en la sección «Descripción de hallazgos médicos anormales», ítem n° 12, Extremidades, se consigna «ORTOLANI (-)», es decir, ausencia del signo de Ortolani” (fs. 429). Y se agrega en la respuesta a la pregunta siguiente (N° 13) que no ha hallado constancia alguna en el sentido indicado en el período posterior al 30 de enero de 2009 y anterior al 9 de marzo de 2009 (v. fs. 429).

Luego, el GCBA solicitó que manifestara si es de práctica corriente consignar en la HC del paciente la totalidad de las pruebas realizadas con resultados no



6-81
Ana E. Pasqualini
Secretaría

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

indicativos de patología, señaló que “[l]a práctica médica consiste en consignar sólo los hallazgos positivos, y aquellos negativos sólo cuando la ausencia de los mismos tengan una especial trascendencia clínica, o cuando el examen se realice bajo protocolo estructurado” (v. fs. 431vta., respuesta 2).

Además, ratifica que la menor tuvo displasia evolutiva de cadera (respuesta 3, fs. 431vta.). Sin embargo, precisa que “[n]o consta en los registros clínicos que haya presentado en algún momento de su evolución previa al diagnóstico factores de riesgo de dicha patología, a excepción del sexo femenino” (v. respuesta 4; fs. 431vta.). Y agrega que “[e]n ninguno de los controles realizados a la menor previos al diagnóstico se detalló alteración alguna de su cadera” (v. respuesta 5; fs. 431vta.).

Con relación a los puntos de pericia de la codemandada GAK, el perito señaló que “[n]o surge de su historia clínica que haya presentado factores de riesgo para el desarrollo de tal patología, exceptuando el sexo” (v. respuesta 2; fs. 432).

Preguntado para que diga si en nuestro medio resulta de indicación absoluta la ecografía o radiología de caderas de un paciente sin factores de riesgo para la displasia evolutiva de cadera y sin signos clínicos patológicos, responde que “[n]o. Sólo está indicada en presencia de factores de riesgo y/o signos clínicos patológicos” (v. respuesta 3; fs. 432).

Además, señala que no surge de la HC neonatal que previo a la intervención de la Dra. GAK, que la menor haya presentado semiología compatible con displasia evolutiva de cadera (v. pregunta 4 y su respuesta; fs. 432vta.). En concordancia con ello, se le consulta sobre si existen descripciones en la bibliografía científica sobre displasias evolutivas de cadera que presentan signos clínicos patológicos tardíos, como el del caso de autos, a lo que responde afirmativamente y remite a la bibliografía ya citada. (v. pregunta 5 y su respuesta; fs. 432vta.).

Finalmente, se le solicitó que indicara cual había sido la conducta asumida por la Dra. GAK al detectar la semiología positiva para la cadera de la niña, a lo que respondió: “[s]olicitó una radiografía de cadera y derivó a la paciente al especialista” (v. fs. 432; respuesta 6) y considero adecuado dicho proceder (v. pregunta 7 y su respuesta; fs. 432vta.).

12. Que de conformidad con lo expresado en el considerando precedente no puede dejar de desconocerse que todas las apreciaciones y conclusiones se han efectuado con sustento en la historia clínica de la menor, por lo tanto esta prueba resulta fundamental a los fines de resolver el presente litigio (ver en sentido coincidente lo expresado por el Sr. Asesor Tutelar a fs. 630/634 sobre la función y valoración probatoria de la HC).

Al respecto se ha señalado que “[l]a constancia documental que emana de la historia clínica se convierte en un instrumento de decisiva relevancia para la solución de un litigio de mala praxis, ya que es un medio de prueba que permite observar la evolución médica del paciente, calificar los actos médicos realizados

conforme a estándares y coopera para establecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y el daño” (Fallos 324: 2689).

También se ha expresado que *“la historia clínica es, desde el punto de vista médico, un documento en el que se dejan constancias de los acontecimientos principales del acto médico y de la enfermedad del paciente. Desde el punto de vista jurídico, siendo que el médico tiene un deber de información, es la documentación de este deber. Ello significa que el galeno tiene el deber de informar, asentando los datos relevantes del diagnóstico, terapia y enfermedad del paciente. Así, se ha dicho que frente al derecho del paciente a ser informado y a acceder a la historia clínica, surge como contrapartida la obligación del médico de llevar un correcto registro del tratamiento. Desde el punto de vista procesal, se trata del deber de cumplimiento de una carga informativa en el proceso, derivada de aquel deber secundario de conducta”* (Fallos 322: 726 “Rozenblat, Alberto c/ Porcella, Hugo y otros” — del voto en disidencia del Dr. Fyul y Vázquez).

En este contexto, cobra especial relevancia la pericia caligráfica realizada sobre la Historia Clínica que fuera cuestionada por la actora, concretamente, con relación a la consulta efectuada el día 30 de enero de 2009.

Allí, tal como ya se indicó en la pericia médica, aparece consignado “Ortolani (-)”. Esta anotación fue cuestionada por la parte actora, como realizada *“fuera de línea, nos muestra que fue consignado de apuro y nos hace dudar respecto de la efectiva realización del mismo en dicha oportunidad”*; (v. fs. 2vta./3).

A fs. 560/567 obra agregada la pericia caligráfica realizada en autos (y su aclaratoria a fs. 583) y que no fuera cuestionada por ninguna de las partes. Allí, se concluye que: 1. “Los trazos apenas se tocan entre sí pero no existe entrecruzamiento o superposición de los mismos”; 2. “El grupo «Ortolani (-)» fue intercalado (o agregado con posterioridad) al resto del llenado”; 3. “De acuerdo a los estudios físicos efectuados, el grupo Ortolani fue asentado con un elemento escritor diferente al resto de las grafías correspondientes al día 30-1-09”; (v. fs. 567vta.).

Luego, a fs. 583 se aclara que “[p]ara determinar el tiempo transcurrido desde que la tinta se depositó en un papel, es posible sólo si se han utilizado tintas «féricas» (las de lapicera fuente), ya que éstas contienen componentes de hierro, el cual oxida con el transcurso del tiempo”. “El documento motivo de pericia, fue llenado mediante el uso de bolígrafos, los cuáles poseen tintas «pastosas», las cuáles no evolucionan con el transcurso del tiempo; por tanto, con la tecnología disponible, no puede determinarse su antigüedad, ni puede establecerse cuánto tiempo transcurrió entre una tinta y la otra”.

Estas conclusiones deben necesariamente relacionarse con las de la pericia médica legal en cuanto precisa con relación a esta anotación que *“la prueba de Ortolani carece de validez a los 6 meses y medio de vida, por lo que tal procedimiento resultó fútil, si se realizó como cribaje (screening). En caso de haberse advertido signos de sospecha que ameritasen descartar la presencia de displasia de cadera (lo que no consta en el asiento de esa fecha), debió haberse prescripto otro estudio”* (v. fs. 428vta./429; respuesta al a pregunta 9).



651
Ana E. Pasqualini
Secretaria

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

A la inutilidad de la prueba indicada por la edad en la que se practicó (recuérdese que sólo es realizable hasta las 6 u 8 semanas de edad conforme lo expresado pro el perito a fs. 428vta.; respuesta 8), se suma que “[l]a *práctica médica corriente consiste en consignar sólo los hallazgos positivos y aquellos negativos sólo cuando la ausencia de los mismos tenga especial trascendencia clínica o cuando el examen se realice bajo un protocolo estructurado*” (v. fs. 431vta., respuesta 2).

De este modo, la inscripción agregada “Ortolani (-)”, en un momento posterior al resto de las anotaciones de la HC del día 30 de enero de 2009, sumado a la inutilidad de esa práctica en la edad en la que se realizó y que tampoco hubiera correspondido que fuera consignada en al HC, salvo que tuviera un resultado positivo, conducen a concluir en base a fuertes presunciones que existió algún tipo de irregularidad en el actuar de la Dra. GAK.

En efecto, o bien dicha maniobra no se realizó y se incorporó a destiempo para evitar algún tipo de responsabilidad que le pudiera caber o bien se realizó, pero inútilmente y si a esa fecha había algún tipo de indicio o sospecha para realizar la maniobra, debió haber prescripto algún otro estudio (v. pericia, fs.429; respuesta 9).

De este modo y en concordancia con lo dictaminado pro el Sr. Asesor Tutelar a fs. 627/639, entiendo que puede considerarse acreditada la falta de servicio dado que el actuar de la codemandada impidió tener un diagnóstico de certeza de forma más precoz y así otorgar mayores posibilidades al tratamiento no quirúrgico que hubiera correspondido como primer medida (v. en este sentido, consideraciones de fs. 425/427vta., en especial, fs. 427vta. “Tratamiento”). Recuérdese en este sentido que “*para lograr caderas normales, el tratamiento debe ser precoz. De aquí la importancia que el diagnóstico sea también precoz (antes del primer mes de vida)*”; (v. fs. 427vta.).

Cabe recordar en este punto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostiene que resulta irrelevante la imputación de responsabilidad civil a un médico si no se encuentra acreditada la relación de causalidad entre las supuestas transgresiones de éste y el perjuicio (cfme. *Fallos* 315:2397, 321:473).

En este tipo de cuestiones, la apreciación de la culpa del médico cuando ésta es de naturaleza extracontractual se realiza de forma igual que cuando media un vínculo contractual, pues al infringir los dictados de su ciencia y especialidad el médico incurre en culpa común que supone una noción singular, invariable y genérica acorde con el principio del artículo 512 del Código Civil, aún cuando resulte reiterada y aumentada por los artículos 902 y 904 del citado código.

Entiendo que este actuar guarda adecuada relación de causalidad con el daño invocado, esto es la posibilidad de haber realizado un tratamiento no quirúrgico y las posibilidades de mejora como consecuencia de ello sin someterse a los contratiempos que –alegan– trajo aparejado luego a la intervención quirúrgica.

13. Que, corresponde analizar si existe responsabilidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en su carácter de titular del HOSPITAL VÉLEZ SARSFIELD.

Del análisis de las actuaciones se desprende que la hija de los actores ha sufrido un daño y que se ha debido a un irregular cumplimiento de las obligaciones por parte de los codemandados, en los términos expresados en forma precedente.

En este sentido, cabe destacar que el derecho a la salud ha sido garantizado expresamente en el artículo 20 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Como correlato de aquella garantía surge la obligación del Gobierno de la Ciudad de efectuar todas las prestaciones positivas necesarias para el goce eficaz de los ciudadanos de ese derecho (segundo párrafo de la citada norma). A su vez se impone el deber a la legislatura de sancionar una ley básica de salud (Art. 21). En cumplimiento del mandato constitucional referido, la legislatura sancionó la ley 153, reglamentada por el Decreto 208-GCBA-2001.

El criterio seguido por el legislador ha sido el de establecer la regulación y ordenamiento de todas las acciones conducentes a garantizar el derecho a la salud integral (artículo 1º), detallando como beneficiarios del sistema instituido a “todas las personas sin excepción, sean residentes o no residentes de la Ciudad de Buenos Aires”. A su vez, el artículo 3º establece los principios en los que se sustenta el servicio, entre los que se menciona “e) la cobertura universal de la población (...) g) la gratuidad de las acciones de salud, entendida como la exención de cualquier forma de pago directo en el área estatal” y como fuera indicado en el considerando anterior, el derecho - deber de la prestación de un consentimiento informado (artículo 4º).

Por su parte, a fin de hacer efectivas las prestaciones reconocidas, la ley 153 creó el Subsector estatal de Salud, integrado por todos los recursos de salud dependientes de la Ciudad, por medio de los cuales se planifican, ejecutan, coordinan y controlan planes, programas y acciones destinados a la promoción, prevención recuperación y rehabilitación de la salud de la población. A su vez, se establece en el artículo 24 que constituyen efectores del sistema “los hospitales generales de agudos, hospitales generales de niños, hospitales especializados, centros de salud polivalentes y monovalentes, médicos de cabecera y toda otra sede del subsector estatal en la que se realizan acciones de salud”.

En virtud del marco legal citado, puede afirmarse que el derecho a la salud y el deber de las autoridades de satisfacerlo se ha plasmado en la conformación de un servicio de salud, prestado, entre otros efectores, por los hospitales públicos que dependen del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Entre ellos se encuentra el HOSPITAL VÉLEZ SARSFIELD donde fue atendida la paciente A.M.B.

En efecto, en aquellos casos en que, a consecuencia de la prestación de los servicios de salud, se deriva un perjuicio para el paciente que, a su vez, tiene origen en el incumplimiento de alguno de los deberes u obligaciones impuestos de modo expreso o implícito a los órganos de la Ciudad por el ordenamiento jurídico, dicha circunstancia configura un funcionamiento irregular del servicio. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado desde la causa “*Vadell, Jorge c/ Provincia de Buenos Aires*” (CSJN, 18 de diciembre de 1984, *Fallos* 306:2030), y en reiteradas oportunidades que “*quien contrae la obligación de prestar un servicio, lo*



65
Ana E. Pasquini
Secretaria

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido, y es responsable por los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular" (Fallos 307:1942; 313:1465; 317:1921; 318:1800; 320:266, 1999 y 2539; entre muchos otros).

En el *sub lite* se ha configurado la antijuridicidad del obrar de la profesional en cuanto a su actuación médica. Por lo, no caben dudas respecto del obrar antijurídico atribuible a la Administración, ya que, como ha quedado plasmado en los considerandos precedentes, existió un actuar defectuoso de la codemandada quien prestaba servicios en un Hospital dependiente del GCBA.

Por su parte, respecto a la responsabilidad del GCBA en relación a la prestación del servicio público de salud, tiene entendido la jurisprudencia en la materia que "[n]o resulta necesario probar culpa o dolo de los agentes de la administración, basta que se haya acreditado que el daño fue producido por un funcionamiento defectuoso del servicio. Se trata de un criterio de culpa objetiva que parte del principio de que quien contrae la obligación de prestar un servicio, lo debe realizar en condiciones adecuadas, siendo responsable de su irregular funcionamiento en virtud de los principios recogidos en los artículos 1112 y 1113 del Código Civil. La culpa objetiva no es así una imposibilidad de demostrar culpa subjetiva del causante del daño, sino que se trata de la comprobación de que le corresponde una responsabilidad a la administración por haber actuado desaprensivamente o sin importarle las consecuencias dañosas de su actividad. La falta de culpa no es una eximente de responsabilidad del daño causado en una actividad de servicio público [cf. Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, 4ª edición, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As. 2000, XX-17]. "Se trata, en suma, de la idea objetiva de 'falta de servicio' que encuentra su fundamento en la aplicación por vía subsidiaria, del artículo 1112 del Código Civil que equipara con los hechos ilícitos del título IX a 'los derechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas'" [Opinión del Procurador General de la Nación, CS, "L., B. J. y otra c. Policía Federal", 25/9/1997, LL 1998- E- 529]

Asimismo, la CSJN en la causa "*Brescia, Noemí Luján c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y Perjuicios*" (Fallos 317:1924, del 22 de diciembre de 1994) en la cual se condenó al Estado provincial por la atención deficiente en un hospital público, consideró que quien contrae la obligación de prestar el servicio "*[d]e asistencia de salud de la población (...) es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular (...), que el adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico prestado por el Estado, no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de agentes y médicos, (...) y que un acto fallido de cualquiera de sus partes que pudiera incidir en el restablecimiento del paciente (...) necesariamente compromete a quien tiene la dirección del sistema y su contralor*"; (lo subrayado me pertenece).

De conformidad con ello, es dable concluir que se observa en autos la presencia de los presupuestos configurativos de la falta de servicio ya que la obligación

contraída por el Gobierno de la Ciudad no fue cumplida en debida forma y, por lo tanto, resulta de aplicación el 1112 del Código Civil que prevé este tipo de responsabilidad.

14. Que sin perjuicio de lo expresado, corresponde analizar ahora si efectivamente los daños invocados por los actores se encuentran acreditados en autos y, en tal caso, si son susceptibles de la reparación que ellos solicitan.

14.1. Daño físico.

Que en primer término, los actores reclaman indemnización por el daño físico que dicen habría padecido la menor. Luego de una breve conceptualización de dicho daño, estiman una incapacidad del 40% y por la suma de doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000).

Sobre el punto, la pericia médica obrante en autos a fs. 424/32 (que no fue cuestionada por ninguna de las partes) expresa que no se aprecia ninguna restricción significativa para la realización de actividades físicas (v. respuesta 19; fs. 430). Con relación al grado de incapacidad, se lo estimó en un “4% de la T.V.”; (respuesta 15; fs. 429vta.). El baremo utilizado es el previsto en los decretos n° 659/96 y 478/98 (cfme. fs. 430vta.; respuesta 20). Y se agrega que la afección de la menor es la causa de dicha incapacidad (v. fs. 430vta.; respuesta 24).

De conformidad con lo expresado, puede considerarse acreditada la incapacidad de la niña en los términos expuestos.

Teniendo en cuenta que más allá de dicha incapacidad no se aprecia restricción significativa en la realización de actividades físicas (fs. 430; respuesta 19) y que no se evidencian diferencias cuantificables en la tonicidad muscular entre ambos lados de la cadera (fs. 431; pregunta 27), considero adecuado cuantificar esta incapacidad en la suma de cuarenta mil pesos (\$40.000).

14.2. Gastos por tratamientos futuros

Que con relación a este rubro, los actores reclaman la suma de cincuenta mil pesos (\$50.000).

Ahora bien, de la pericia se desprende que no se requiere tratamiento en la actualidad para la reparación funcional de las zonas afectadas (v. fs. 430; respuesta 25), ni se advierte la necesidad de tratamiento en la actualidad para mejorar la performance de la cadera de la menor (V. fs. 431; respuesta 29).

En atención a las conclusiones periciales sobre el punto, entiendo que no se encuentra acreditada la necesidad de tratamientos por lo que corresponde su rechazo.

14.3. Daño estético.

Que con relación a este rubro, los actores relaman la suma de cien mil pesos (\$100.000).



683
Ana E. Pasqualini
Secretaria

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Sobre este punto, se le solicitó al perito que determinara si existía alguna diferencia estética entre la menor y los otros chicos/as de su edad. El experto precisó que la diferencia es mínima (v. fs. 430vta.; respuesta 22) y que no existen criterios científicos ni otras razones que permitan prever razonablemente un mayor grado de incapacidad estética al llegar a la adultez y menos aún cuantificarlo (v. fs. 430vta.; respuesta 23). Con relación al rubro bajo estudio, señaló que la claudicación en la marcha no es considerada como lesión estética autónoma en ninguno de los baremos consultados, ni se la evidenció en el examen físico (v. fs. 431; pregunta 28). Finalmente, en cuanto a la necesidad de operaciones en las zonas afectadas para su reparación estética, indicó que no se requiere tratamiento en la actualidad (v. fs. 430vta.; respuesta 25).

De conformidad con las conclusiones periciales, entiendo que no existe acreditado daño estético susceptible de ser cauntificado ni reparado. En consecuencia, corresponde el rechazo de este rubro.

14.4. Daño psíquico – Tratamiento psicológico.

Que con relación al daño, lo cuantifican en la suma de cien mil pesos (\$100.000) y reclaman por tratamiento psicológico la suma de ciento cuatro mil pesos (\$104.000).

Sobre el punto, cabe destacar que obra en autos a fs. 402/407 la pericia psicológica elaborada por la Dirección de Medicina Forense de la CABA, que no mereciera observación alguna por las partes.

Se destaca de dicho informe que entre las conclusiones se menciona que *“teniendo en cuenta el análisis de cada técnica administrada y los resultados diagnósticos obtenidos, se informa que si bien la estructura de la personalidad de la examinada se encuentra en plena constitución, se trata de una personalidad con un adecuado nivel de integración psíquica con predominio de rasgos histéro-fóbicos sin manifestaciones patológicas”*; (v. fs. 405; “Conclusiones”; el subrayado es propio).

Preguntada la perito con relación al grado de incapacidad de la menor, señala que *“no se han hallado evidencias de manifestaciones patológicas o de incapacidad psicológica en [A.M.B.]”*; (v. fs. 405/6; respuesta 1).

Agrega que *“no se han hallado evidencias de manifestaciones psicológicas patológicas en la examinada relacionadas al hecho de autos ni tampoco la presencia de conflictos latentes que puedan surgir en el futuro”* (v. fs. 406; pregunta 5). Esto concuerda además con lo respondido a fs. 407, pregunta 4.

Con el psicodiagnóstico realizado, *“no se han hallado evidencias de que la menor transite duelo alguno encontrándose en adecuado desarrollo de su personalidad”* (fs. 407; pregunta 8). Y agrega que *“cuenta con un yo organizado con la riqueza de recursos internos que le permiten adaptarse a situaciones adversas. Además, posee un adecuado nivel de tolerancia a la frustración”* (cfme. fs. 407; respuesta 9).

Con sustento en estas consideraciones entiendo que no existe daño psíquico. Por lo tanto, este concepto debe ser rechazado.

En cuanto a los gastos por tratamientos, a fs. 406 se señala que conforme lo expresado por los padres, la menor no recibió tratamiento de ningún tipo (v. pregunta 2). Y con relación a los futuros, fueron respondidos por la negativa (v. fs. 406 de la pericia psicológica, preguntas 2, 3 y 4), lo cual guarda relación con la ausencia de daño psíquico.

Por lo tanto, el monto reclamado por los gastos por tratamientos psicológicos, también debe ser desestimado.

14.5. Daño moral.

Que los actores cuantifican este daño en la suma de pesos cuatrocientos mil (\$400.000).

Al respecto, cabe recordar que el daño moral es aquel que *“se proyecta sobre derechos subjetivos extrapatrimoniales, consiste en el sufrimiento causado como dolor, o como daño en las afecciones”* (ALTERINI, Atilio A., AMEAL, OSCAR J. Y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 289). A su vez, la Sala 1 de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, siguiendo a Pizarro, ha dicho que *“[e]l daño moral constituye una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, por una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho y anímicamente perjudicial, que debe ser reparado con sentido resarcitorio [PIZARRO, Ramón Daniel, “Daño Moral”, Ed. Hammurabi, 1996, pág. 4]”* (Sala 1 “Raimondo, Inés Beatriz c/GCBA s/daños y perjuicios”, Expte. EXP 1679/0, 26 de marzo de 2004).

Bajo esos parámetros, el monto indemnizatorio debe tomar en consideración la razonable repercusión que el hecho dañoso ha provocado. Más allá de lo dificultoso que resulta cuantificar este tipo de afecciones, las cuales no pueden dejar de estar teñidas de la subjetividad del criterio del magistrado que las deba analizar, entiendo que las constancias obrantes en autos dan una pauta adecuada para la procedencia de este rubro.

En efecto, ya se mencionó que la menor tuvo que usar el arnés luego de los 7 meses de vida y ante el fracaso de tal método, fue sometida a una intervención quirúrgica de cadera.

De las declaraciones testimoniales, surge que *“estaba con los hermanitos y no podía jugar normalmente que estaba en el cochecito acostada o se arrastraba por el piso y la escuchaban llorar cuando le cambiaban el pañal”* (v. fs. 355vta.; testigo MUÑOS).

Preguntada la testigo TENTI para que responda respecto del estado físico de la menor, respondió que *“al principio que tuvo el arnés tenía ocho meses, estaba en el cochecito que estaba con ese aparato que la cubría de arriba abajo, desde arriba de*



65
Ana E. Pasqualini
Secretaria

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

los hombros, la incomodidad de dormir, la veía fastidiosa, que tenía que tener puesto el arnés día y noche, le costaba dormir, después con el yeso que lo tuvo un par de meses primero uno y luego el otro, el primer yeso que tuvo la iba desde la cintura hasta debajo de todo en la pierna izquierda, y en la otra pierna hasta arriba de la rodilla y ahí como tenía cerrado la parte arriba, se le empezó a llagar la cola, no se le podía poner bien el pañal, se ensuciaba con caca el yeso, estaba doblemente fastidiosa, y lastimada, ahí ya estaría al año y pico en el cochecito, mucho a upa no se la podía tener porque pesaba una barbaridad, el tema de dormirla era súper complicado, higienizarla también. Luego le cambiaron el yeso y ahí se dieron en cuenta que el fastidio era porque estaba toda llagada, le pusieron el otro yeso luego que estaba unido por la parte de abajo con un palo y ahí ya tendría un año y tres meses y no se acuerda con exactitud y ahí ella ya quería empezar a moverse y se arrastraba por todos lados con el yeso y también lo mismo costaba tenerla a upa, dormirla e higienizarla, luego también le costaba estar con los nenes porque sus juegos no podían ser en el lugar y le costaba integrarse con el resto de los chicos, los primos"; (v. fs. 361 y vta.).

Y con relación al estado anímico de la menor, la misma testigo señaló que "que como acaba de contar le costaba relacionarse con los demás nenes por el hecho de tener el yeso no se podía movilizar, no podía jugar, aparte lloraba todo el tiempo y los demás nenes no querían por eso estar con ella, porque estaba fastidiosa"; (v. fs. 361vta.).

El testigo MOLINA, ante las mismas preguntas, respondió "que su estado físico era complicado porque le costaba relacionarse con esa férula, que era problemático y traumático, al no poder moverse"; (v fs. 363). Y que "por lo que sabe, era como dijo antes complicado porque no podía relacionarse con el arnés o yeso, no se podía movilizar, estando casi todo el tiempo en el cochecito y se la veía bastante triste y molesta. Y le consta porque la veía"; (v. fs. 363 y vta.).

Estimo que los padecimientos que la hija de los actores ha debido soportar a raíz de las consecuencias producidas por el diagnóstico tardío y por la intervención quirúrgica, sumado a la repercusión provocada en ese entonces en su vida cotidiana, justifican otorgarle la suma de veinte mil pesos (\$ 20.000) en concepto de daño moral.

15. Que resta expedirme respecto de cuál es la tasa de interés que se debe aplicar a la sumas indemnizatorias reconocidas a la parte actora en las presentes actuaciones hasta la fecha de su efectivo pago. En relación a este punto, debo concluir que los intereses se calcularán de la siguiente forma: desde la fecha del hecho dañoso –30 de enero de 2009, fecha que se consideró determinante del actuar irregular de las demandadas– hasta el efectivo pago se aplicará el promedio que resulte de las sumas líquidas que se obtengan de (i) la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina y de (ii) la tasa pasiva promedio que publica el BCRA. (v. Cámara del fuero, autos "Eiben, Francisco c/ GCBA s/ empleo público", Expte. EXP 30370/0, 31 de mayo de 2013).

Ello me exime de pronunciarme con relación al planteo de inconstitucionalidad efectuado pro los actores a fs. 22vta.

16. Que atento al modo y los fundamentos con que se resuelve la cuestión, en orden a que no ha prosperado la totalidad de los rubros y sumas reclamadas por la parte actora, impondré las costas en un ochenta por ciento (80%) a la parte demandada y en un veinte por ciento (20%) a la parte actora (art. 65 CCAyT), debiendo tenerse presente que esta parte actúa con beneficio de litigar sin gastos (expte. 35329/2), por lo que la proporción de su condena se dicta con los alcances del art. 78 CCAyT.

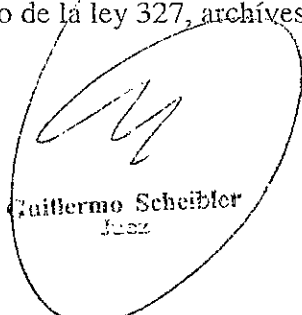
Por los argumentos expuestos y oído el Sr. Fiscal, **RESUELVO:**

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE A LA DEMANDA y en consecuencia, condenar al GCBA, a MIRIAM GAK STEMPEL y a la citada en Garantía SEGUROS MÉDICOS S.A. a abonar a la actora la suma de sesenta mil pesos (\$60.000), de acuerdo a los distintos rubros que surgen del considerando 14, con más los intereses que deberán liquidarse conforme lo expuesto en el considerando 15.

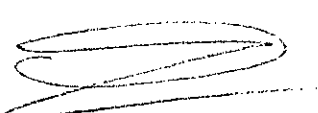
II. IMPONER la distribución de costas conforme lo dispuesto en el considerando 16.

IV. DIFERIR la regulación de honorarios profesionales para el momento procesal oportuno.

Regístrese, notifíquese a las partes por cédula a librarse por Secretaría y al Sr. Asesor Tutelar y al Sr. Fiscal, mediante la remisión de la actuaciones. Oportunamente, previo cumplimiento de la ley 327, archívese.


Guillermo Scheibler
Juez

REGISTRADO AL FOLIO... 484/496
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS
DEL JUZGADO AÑO... 2015
CONSTE.-


Ana Elisa Pasqualini
Secretaria