

"G. G. E. Y OTROS C/ SANATORIO AZUL S.A S/DAÑOS Y PERJUICIOS"
JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL N° 3 - AZUL

N° Reg.

N° Folio

En la Ciudad de Azul, a los 28 días del mes de Abril de 2016 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Esteban Louge Emiliozzi, Lucrecia Inés Comparato, encontrándose ausente el Doctor Ricardo César Bagú, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**G. G. E. Y OTROS C/ SANATORIO AZUL S.A S/DAÑOS Y PERJUICIOS** ", (Causa N° 1-60387-2015), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Doctores LOUGE EMILIOZZI - COMPARATO - BAGU** .-

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-C U E S T I O N E S-

1ra.- ¿Es justa la sentencia de fs. 1283/1303?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-V O T A C I O N-

A LA PRIMERA CUESTION: el señor Juez Doctor **LOUGE EMILIOZZI** dijo:

I.a) El presente proceso es iniciado de manera conjunta por los **Sres. G. E. G., J. O. D., R. A. D., M. E. S., J. L. G. y M. E. L.**, quienes promueven demanda por daños y perjuicios contra "**SANATORIO AZUL S.A.**" por haber faltado a su deber de cuidado y guarda en la persona de los actores, en especial de los dos primeros, quienes nacieron en esa institución el mismo día (19 de septiembre de 1974), lo que por impericia de la demandada condujo a la

entrega de los niños a las familias distintas de las que nacieron, intercambiándolos, y como consecuencia de ello se produjo la adulteración de su identidad.

Narran los actores en el escrito de inicio que siendo las 2:00 horas de dicho día (19.09.74.) se internó en dicha institución la coactora M. E. L. -esposa del coactor J. G.-, dando a luz a las 6:15 horas por parto natural una criatura de sexo masculino; y el mismo día siendo las 19:00 horas se interna la coactora M. E. S. -esposa del coactor R. D.-, dando a luz a las 22:20 horas, y también por parto natural, un niño de sexo masculino.

Añaden que las habitaciones en las que se encontraban las parturientas eran contiguas, y que en ambos partos intervino el Dr. H. P., médico pediatra.

Continúan el relato señalando que el día referido el Sr. J. G. se encontraba en la sala de espera del Sanatorio cuando nació su hijo a las 6:15 horas, supo que era varón porque se encendió la luz celeste, luego se presentó la enfermera –S. O. de R.- y le mostró el niño, se lo llevaron y no lo volvió a ver hasta la tarde. A su esposa M. se lo mostraron en la sala de parto y lo llevaron inmediatamente a la “nursery”, lo volvió a ver cuando ella ya estaba en la habitación porque se lo llevaron a fin de que lo amamantara. Por el lado de la otra familia, el Sr. D. no estaba en el Sanatorio cuando nació su hijo a las 22:20 horas, y a su esposa –M. S.-, le dijeron que era un varón, se lo mostraron y se lo llevaron pues le dijeron que tenía que descansar.

Prosiguen diciendo que al día siguiente, cuando les entregaron los bebés en cada habitación, les llamó la atención que tuvieran ropas distintas a la que ellas les habían llevado para vestirlos. Solicitaron las explicaciones del caso y a ambas les dijeron que era una equivocación, que se confundieron de ropa al vestirlos, que cada bebé tenía la ropa que había llevado la madre de la habitación de al lado.

Continúan el relato ya situados al momento de la demanda, diciendo que “desde hacía años” J. D. advertía la falta de similitud entre su apariencia física y la de aquéllos que integraban su familia, a lo que se sumó

que en el año 1995, en oportunidad de ofrecerse como dador de sangre para su hermana, le informaron que su grupo sanguíneo era “A Positivo” y no “Negativo Universal” como creía y le fuera informado desde su nacimiento. Sin embargo, ello tampoco se compadecía con otro análisis de sangre del año 1983, en el que curiosamente se informaba que su grupo sanguíneo era “Negativo Universal”.

Prosiguen diciendo que en el mes de julio del 2007, en circunstancias en que J. D. se encontraba paseando con su esposa e hijos en el parque municipal, saluda a unas personas que pasaban por el lugar, que eran M. L., J. G. y P. G., y quedó en estado de shock por el parecido físico con J. y P. G.. Le confesó a su esposa el temor de no pertenecer a la familia D., y luego a su madre, quien lo relacionó con aquellos hechos de 1974, cuando M. y M. dieron a luz en el Sanatorio.

A ello se sumó –continúan diciendo- que a principios del año 2008 la Sra. S. concurre a un comercio cercano a su domicilio que no hacía mucho se había instalado, y fue atendida por una persona de sexo masculino, que tenía un parecido físico e identidad de caracteres faciales con los de su esposo. Ante aquella inquietud averiguó quién era, y supo que se llamaba G., hijo de la Sra. M. E. L., a quien recordó de inmediato como aquella madre que había dado a luz en la habitación contigua a la suya, aquel 19 de septiembre de 1974 en el Sanatorio Azul, en las circunstancias referidas.

Prosiguen relatando que tras estos acontecimientos J. indaga por su cuenta y localiza a la familia G. – L., en Febrero de 2009 se somete a un ADN junto a sus supuestos padres biológicos que arroja como resultado es que no eran sus padres, y en marzo del mismo año se realiza un nuevo estudio de ADN con sus verdaderos padres biológicos que naturalmente arroja resultado positivo.

Manifiestan que este descubrimiento los sorprendió y golpeó cambiando sus vidas de manera estrepitosa, brusca y salvaje, comenzando con dudas iniciales y concluyendo con un terrible final, corroborado por las pruebas de ADN.-

Discriminan los rubros indemnizatorios reclamados en daño moral, daño psicológico y gastos médicos, lo que arroja un total de \$3.318.987,19, incluyendo los tres rubros reclamados y los seis actores.-

Ofrecen prueba y fundan el derecho de su parte en los arts. 1073, 1197, 1198, 1109, 1113 ss. y ccs. del Código Civil.-

b) Corrido el traslado de la demanda ésta es contestada a fs. 186/219 por el nosocomio accionado, el que plantea excepciones de falta de legitimación activa y de prescripción, y solicita el rechazo de la demanda.

c) A fs. 250 se convirtió el trámite del proceso en ordinario y se difirió el tratamiento de las excepciones para el momento del dictado de la sentencia.

d) A fs. 260 se abrió la causa a prueba, formándose los respectivos cuadernos que luego fueron agregados a fs. 278/1065 y 1066/1244.

e) A fs. 1251/1270 y 1273/1279 obran los alegatos de ambas partes.

II) De este modo se arriba al dictado de la sentencia cuya apelación genera la actual intervención de este tribunal, obrante a fs. 1283/1303. En este decisorio se rechazan las excepciones de prescripción y falta de legitimación activa y se hace lugar a la demanda, condenando al “Sanatorio Azul S.A.” a abonar a los actores la cantidad total \$ 3.341.097,10, con más los intereses que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a 30 días (tasa pasiva), los que se liquidarán desde el 26-09-2009 hasta su efectivo pago. En cuanto a los accesorios, se imponen las costas al accionado y se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 51 de la ley 8904.

Las premisas medulares –de hecho y de derecho- que condujeron al anterior sentenciante a fallar del modo anticipado pueden resumirse, muy sucintamente, de la siguiente manera:

a) En orden a la **excepción de prescripción**, recordó que el accionado invocó el art. 4037 del Código Civil para aquellos actores no

vinculados contractualmente con él, y el art. 4023 del mismo Código para los actores que sí estaban ligados por una relación contractual.

Partiendo de esa premisa, señaló que en ambos casos el término de iniciación para el cómputo de la prescripción comienza a contarse a partir del acaecimiento del hecho, o bien desde cuando se haya tenido certidumbre del mismo, o se conoció o pudo conocer al autor del evento dañoso.

Sentado ello, destacó que el presente proceso fue promovido el día 10 de agosto del 2010, mientras que el día 26 de septiembre de 2009 se efectuó el último de los estudios comparativos de ADN presentados por los accionantes en su demanda. De modo que no transcurrieron dos años (art. 4037 del C.C.), y menos aún diez (art. 4023 del C.C), desde que los accionantes tuvieron conocimiento efectivo de que sus orígenes genéticos eran los que arrojaron los estudios de ADN efectuados entre las seis personas involucradas.

Prosiguió diciendo que exigirles a los actores iniciar una acción judicial sin la prueba incontrastable que hoy por hoy resulta de un estudio de ADN hubiera sido embarcarlos en una aventura judicial innecesaria, máxime teniendo en miras los derechos y consecuencias jurídicas que la acción interpuesta contiene.

A lo expuesto, adunó que los propios accionantes denunciaron haber iniciado el día 05.10.2009 un proceso sobre diligencias preliminares que tramitó ante el mismo juzgado, el que interrumpe el plazo de prescripción en los términos del art. 3986 y concc. del Código Civil.

b) Respecto a la excepción de falta de legitimación activa, recordó que la accionada opuso tal defensa respecto de R. A. D. y J. L. G. por entender que resultan ajenos al contrato médico celebrado entre las parturientas –es decir, sus esposas- y la demandada, al tiempo que también descarta la existencia de contrato médico entre su representada y los actores G. G. y J. D. –es decir, quienes nacieron en aquel momento-.

Señaló, seguidamente, que del contrato médico se derivan numerosas obligaciones a cargo del médico y de la institución hospitalaria pertinente, de modo que la causa fuente de las obligaciones -en este caso, la

obligación de seguridad derivada del contrato médico-, es una cláusula genérica, tácita y accesorio de las prestaciones en las que la seguridad de una de las partes depende de los deberes que la convención le impone al otro.

Siguiendo tal razonamiento señaló que no pueden descartarse las consecuencias dañosas que se producen a consecuencia de la ejecución del contrato referido a la totalidad de los accionantes.

Añadió que si bien destacada doctrina los puede encuadrar como terceros en la relación contractual, resultaría fuera de toda lógica, justicia y equidad marginar del presente proceso a aquellos accionantes que indica la demandada.

Agregó, finalmente, que el nuevo Código Civil y Comercial amplía de algún modo la protección derivada del contrato a ciertos terceros (arts. 1021 y 1023), y recordó que los accionantes llegaron a la institución hospitalaria a través de la obra social a la que estaban adheridos.

c) Desestimadas las excepciones en los términos expuestos, el “a quo” prosiguió refiriéndose a la naturaleza de la responsabilidad por los hechos que dieron lugar a estos actuados, señalando que sobre los establecimientos médicos pesa una “obligación de seguridad”, que responden por los hechos de sus sustitutos, auxiliares o copartícipes en la medida en que medie culpa en la actuación de éstos, y que en la actualidad se ha consolidado la tendencia a considerar esta responsabilidad como de naturaleza contractual.

d) Efectuado tal encuadre se abocó al análisis de los hechos –ya que éstos no fueron reconocidos por la demandada- arribando a las siguientes conclusiones fácticas:

1. Con las declaraciones testimoniales de fs. 494/497, las fotocopias certificadas de las actas de constatación de nacimientos agregadas a fs. 386/387 y las absoluciones de posiciones de fs. 1104 y 1110 tuvo por acreditados los nacimientos de G. E. G. y J. O. D. ocurridos el día 19.09.1974 a las 06:15 y a las 22:20 horas –respectivamente- en el “Sanatorio Azul”.

2. Sentado ello se abocó a la cuestión de cómo se efectuaba el control de correspondencia de identidad madre-hijo recién nacido en el Sanatorio Azul en el año 1974.

A esos fines valoró distintas declaraciones testimoniales prestadas por el personal que trabaja y trabajaba en aquellos tiempos en dicho lugar, arribando a la conclusión de que si bien se llevaba a cabo un procedimiento de rutina no surge probado que en los nacimientos de G. G. y J. D. se hayan practicado con la rigurosidad necesaria.

A ello aduna que lo ocurrido en torno a la ropa de los bebés podría haber alertado al personal del nosocomio sobre el posible error en la identidad, y –vinculado a ello- que si bien el Sanatorio alega en la contestación de demanda que el personal de enfermería estaba altamente capacitado las pruebas testimoniales rendidas en autos demuestran todo lo contrario. De este modo concluye que no se aplicaron los recaudos que exigían las circunstancias de persona, tiempo y lugar a fin de disipar cualquier duda en torno a la correspondencia madre-niño.

e) Seguidamente el “a quo” se abocó al análisis de la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil, afirmando –tras valorar distintas pruebas- que los actores sufrieron diversos daños, que éstos guardan relación causal con los hechos por los cuales se reclama y que los dependientes de la accionada obraron con culpa.

f) Incursionando ya en la **procedencia y cuantificación de los distintos rubros reclamados**, efectuó las siguientes consideraciones:

1. Comenzando por el **daño moral**, luego de caracterizarlo hizo referencia a los trastornos que les ocasionó a los actores el haber sido intercambiados de sus respectivas familias al nacer, y la consecuente modificación de su verdadera identidad y filiación, lo que resulta a todas luces un hecho de significativa importancia y con gravísimas consecuencias.

En función de ello, y ponderando la totalidad de las circunstancias personales de los actores a la luz de la prueba rendida en autos, consideró justo y equitativo fijar en concepto de indemnización por daño moral

para G. G. la suma de \$ 500.000, para J. D. la suma de \$ 600.000, y para cada uno de los cuatro progenitores la suma de \$ 500.000.

Es dable abrir un paréntesis para aclarar que estas cifras se extraen de fs. 1298vta., párrafos cuarto, quinto y sexto. Esta aclaración es pertinente pues en el párrafo séptimo de la misma foja –que continúa a fs. 1299- se afirma que la suma concedida es de \$ 500.000 para cada uno de los actores, lo que genera dudas respecto a J. D. pues en el párrafo cuarto se le otorga –como vimos- la suma de \$ 600.000 por este concepto. Pero estas dudas se disipan si cotejamos tanto el monto total que corresponde a cada uno de los actores por los distintos rubros (considerando VII a fs. 1307) como el total que corresponde a todos los actores plasmado en la parte resolutive de la sentencia apelada (fs. 1302vta.), permitiendo concluir que el monto otorgado a J. D. es de \$ 600.000 y, por añadidura, que la cifra para él indicada en el último párrafo de fs. 1298vta. adolece de un mero error material.

2. Prosiguiendo con el **daño psicológico**, luego de referirse a él, lo fijó en \$ 40.000 para J. G., en idéntica suma para su cónyuge M. L., en \$ 48.000 para R. D., en \$ 28.000 para su cónyuge M. S., en \$ 40.000 para G. G. y en la misma suma para J. D..

3. Finalizando con este aspecto del fallo, el “a quo” también concedió en concepto de **daño emergente** la suma de \$ 4.611,91 para J. G. y \$ 485,28 para J. D., incluyendo en esta partida aquellos gastos de menor cuantía cuya cobertura no es íntegramente alcanzada en la generalidad de los casos por las obras sociales o por los servicios que prestan los hospitales a través de los municipios.

g) Para finalizar, dispuso que los intereses que deben aplicarse son los que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (tasa pasiva), y que los mismos deben liquidarse desde el 26.09.2009 por ser la fecha en la que se efectuó el último de los análisis de ADN y por ende el momento en el que los actores adquieren certeza que se produjo el intercambio de bebés.

III) El decisorio reseñado en el apartado anterior fue apelado por el nosocomio accionado a fs. 1308. Recibidos los autos en esta instancia expresó agravios a fs. 1320/1334, obteniendo respuesta a fs. 1337/1356.

Las críticas –que también reseñaré de manera sucinta- versan sobre los siguientes aspectos:

a) Comenzando por el rechazo de la excepción de **falta de legitimación activa**, alega que de las afirmaciones contenidas en la demanda y de la prueba producida en autos surge que sólo las Sras. M. E. L. y M. E. S. contaban con obra social y por ende se vincularon contractualmente con el sanatorio. De ello deduce que los restantes coactores –es decir, sus supuestos esposos e hijos- resultan ajenos a la relación contractual y por ende no legitimados para efectuar el reclamo basado en la responsabilidad contractual.

b) Prosigue con el rechazo de la excepción de **prescripción** y afirma –vinculándolo a lo anterior- que las acciones basadas en la responsabilidad contractual prescribirían a los diez años y las basadas en la responsabilidad extracontractual a los dos años.

No obstante, aclara que la cuestión esencial finca en el momento en que comienza a correr la prescripción, lo que se produce al momento mismo del hecho o desde que la víctima, obrando diligentemente, haya debido conocer el daño.

Aplicando tales principios al caso, entiende que hay clarísimos indicios de que los padres tenían conocimiento del hecho –intercambio de los bebés- desde los primeros días posteriores al nacimiento, ya que reconocen que se les entregaron los bebés con la ropa cambiada, por lo que en ese momento pudieron realizar una prueba sanguínea y despejar toda duda. Agrega, en la misma línea de razonamiento, que de la prueba de posiciones, pericia psicológica y testimoniales surge que uno de ellos (en referencia a J. D.) dudaba desde hace más de 16 años sobre su identidad biológica.

También controvierte las afirmaciones del fallo respecto a que resultaba improcedente exigirles a los actores iniciar una acción sin la prueba incontestable de la prueba biológica, ya que los actores podrían haberse

realizado otra u otras pruebas genéticas mucho antes y en distintos laboratorios, a lo que suma que la realización de la prueba a la que se refiere el “a quo” no acredita que recién en ese momento los actores hayan tomado conocimiento del hecho y del daño.

Tilda de “novelesco” el relato contenido en la demanda acerca de cómo los actores tomaron conocimiento del intercambio de bebés, y afirma que desde que J. tenía 10 años sus padres ya le habían contado sobre el incidente con el cambio de ropa, a lo que se sumó que había comprobado la existencia de un grupo sanguíneo incompatible con el de su supuesta familia biológica.

c) Una vez concluidos los agravios vinculados al rechazo de las excepciones el recurrente vierte sus críticas en torno a la admisión de la demanda.

En esa faena, comienza por afirmar que ha existido una inversión total de la carga de la prueba y una apreciación absurda de la prueba aportada.

Afirma que los actuales Directivos del Sanatorio Azul recibieron la demanda con gran sorpresa, y que la “dificultad probatoria” que debió enfrentar su parte fue inmensa en razón de los años transcurridos desde que acaecieron los hechos. No obstante –agrega- ese esfuerzo no fue receptado al momento de valorar la prueba recibida, haciéndose una interpretación parcial enderezada a rechazar todo aquello que favorece a la demandada.

Refiere, puntualmente, que el “a quo” señaló que “No surge acreditado que los nacientes hayan sido entregados a sus respectivas madres”, ignorándose así la inmensa cantidad de prueba aportada –especialmente testimonial- que acredita que los niños inmediatamente después de nacer se entregaban a las madres y quedaban a su cuidado.

También considera probado que M. L. estaba con su hijo en la habitación el día del nacimiento y lo amamantó varias veces.

Critica también al fallo en tanto afirma que el personal no estaba altamente capacitado pues para ello se valoró parcialmente una prueba y se descartó otra.

En cuanto al cambio de la ropa de los bebés y la duda que esa situación pudo generar, critica a la sentencia por endilgar toda responsabilidad al ente asistencial y no reparar en que los progenitores o los familiares podrían haber contribuido a disiparla haciendo saber tal circunstancia a los profesionales, lo que amerita –en el peor de los casos- una distribución de la culpa.

Luego pasa revista de la distinta prueba rendida de la que a su entender surge que el “Sanatorio Azul” no contaba con “Nursery” en esa época, que los bebés quedaban con sus madres en la habitación en una cuna, que en el sector de maternidad había una sola enfermera por turno, entre otras circunstancias.

d) Los siguientes y últimos agravios –que naturalmente con subsidiarios de los anteriores- se vinculan con la procedencia y/o la cuantificación de los rubros daño moral y daño psicológico.

IV) A fs. 1357 se llamó autos para sentencia y a fs. 1359 se practicó el sorteo de ley. Sin embargo, a fs. 1360/1361 se dispuso la devolución de los autos al Juzgado de origen para enmendar y/o aclarar ciertos errores de foliatura, a lo que se dio debido cumplimiento (fs. 1365/1375), por lo que tras haberse reanudado el plazo para dictar sentencia (fs. 1378) las actuaciones se encuentran en estado de resolver.

V) Antes de abordar el tratamiento puntual de los agravios creo necesario referirme a la normativa aplicable al caso, ya que, como es sabido, desde el día 1 de agosto del pasado año se encuentra vigente el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994 promulgada según Decreto 1795/2014 y publicado en el Boletín Oficial N° 32.985 del 8-10-2014; con la modificación introducida por la Ley 27077 cuyo art. 1° sustituyó el art. 7° de aquella y dispuso su entrada en vigencia a partir de la fecha antes mencionada).

También es conocido que el art. 7 del nuevo cuerpo legal regula la cuestión atinente al denominado “derecho transitorio”, sentando pautas muy similares a las ya plasmadas en el art. 3 del Código Civil derogado conforme a la reforma que le introdujera la ley 17.711.

El caso de autos presenta la particularidad de que la sentencia de primera instancia fue dictada bajo la vigencia del Código derogado. Frente a esta situación, y sin desconocer posturas en contrario, esta Sala ya ha adherido a la tesis de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, en la que sostiene que el estadio procesal en el que el expediente se encuentra (primera o ulterior instancia) no afecta la aplicación de las normas de transición dispuestas al efecto por el nuevo Código Civil y Comercial (“El art. 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en lo que no existe sentencia firme”, L.L. del 22.04.2015, citado por esta Sala en causa n° 59.891, “Banco Patagonia S.A.”, del 11.08.15., y subsiguientes en idéntico sentido).

Sin embargo, entiendo que el caso de autos no debe resolverse de acuerdo a las normas incorporadas al nuevo ordenamiento, ya que el contrato que vinculó a las partes se celebró antes de la entrada en vigencia del nuevo Código, y el supuesto incumplimiento que se achaca a la accionada también se habría verificado bajo la vigencia del Código derogado.

De modo que, al margen de lo que se decida sobre lo que realmente ocurrió en la etapa funcional del contrato –tema sobre el cual luego volveré- no se presenta en autos la situación que sí podría generar dudas en orden al derecho transitorio, como es la que podría plantearse en el caso de contratos celebrados bajo el régimen anterior pero cuyo incumplimiento se verifique bajo la vigencia de la ley nueva (Kemelmajer de Carlucci, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Rubinzal Culzoni, 2015, pág. 104, con cita de Moisset de Espanés; Galdós, Jorge Mario, “La responsabilidad civil y el derecho transitorio”, La Ley del 16.11.2015.).

Por otro lado, si bien la accionada sostiene que los reclamos de algunos de los co-actores encuadrarían en la órbita extracontractual –tema sobre el cual también se volverá-, tal situación no modificaría la antedicha

conclusión respecto al derecho aplicable pues la responsabilidad extracontractual se rige por la ley vigente al momento del hecho dañoso (esta Sala, causa n° 60.399, “Bocazzi”, del 04.02.16., entre otras y con sus citas).

Del mismo modo, si bien a lo largo del presente voto se deberán abordar cuestiones atinentes a la prescripción liberatoria, las mismas también deberán ser resueltas en base a los textos legales derogados, pues la cuestión del derecho transitorio sólo se presenta ante los plazos de prescripción *en curso* al momento de entrada en vigencia de una nueva ley (art. 2537 del Código Civil y Comercial; esta Sala, causa n° 59.492, “Camplone”, del 17.11.15., primer voto del estimado colega Dr. Ricardo C. Bagú).

De todas maneras, va de suyo que la conclusión arribada no obsta a que se recurra al nuevo Código Civil y Comercial como fuente –no formal- del derecho o, conforme también se ha dicho, como argumento de autoridad o como doctrina interpretativa del régimen derogado (Galdós, “La responsabilidad...”, cit.).

VI) Tal como quedó reflejado en la reseña que antecede, los agravios vertidos por la única recurrente están referidos tanto al rechazo de las dos excepciones previas que ella había opuesto –de falta de legitimación activa y de prescripción- como a la admisión de la demanda. Si bien abordaré dichos planteos a partir del considerando siguiente, creo conveniente efectuar una somera introducción para destacar algunas particularidades del caso, ya que éstas serán de utilidad para afrontar el tratamiento de cada uno de los agravios.

a) En primer lugar, es más que evidente que el presente caso es muy “atípico” en razón de los hechos que le dieron lugar, ya que –a estar a los dichos de los seis coactores- G. G. y J. D. habrían sido intercambiados de familia el día posterior a su nacimiento, lo que provocó que durante 35 años permanecieran en ese error, hasta que en el año 2009, tras la realización de estudios genéticos, pudieron despejar las dudas y confirmar su verdadera identidad biológica.

Lo dicho en torno a la atipicidad del presente caso no implica desconocer que el riesgo de incurrir en estos errores que derivan en la sustitución de recién nacidos está siempre latente, al punto que no ha pasado desapercibido para los legisladores nacionales ni provinciales. En tal sentido, el art. 30 de la ley provincial n° 14.078 –que tiene por objeto regular la actividad del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires y los actos de registración de las circunstancias de nacimiento, matrimonio, defunción, estado civil, capacidad, identificación personal y estadística, sancionada el 25.11.2009-, dispone lo siguiente: *“Todo niño/a nacido vivo o muerto y su madre serán identificados de acuerdo con el Sistema de Identificación del Recién Nacido y su Madre, para la Provincia de Buenos Aires. El Sistema de Identificación del Recién Nacido y su Madre tiene por objeto **asegurar a las personas su legítimo derecho a la identidad como así también garantizar la indemnidad del vínculo materno filial.**”* (el destacado me pertenece). Mientras que el artículo siguiente remite a la legislación nacional en los siguientes términos: *“En todo nacimiento ocurrido en un establecimiento médico asistencial de la Provincia de Buenos Aires, ya sea público o privado, deberá procederse a la identificación del recién nacido y su madre de acuerdo a los procedimientos mínimos obligatorios regulados por la Ley Nacional 24.540, modificada por su similar 24.884, y por lo que establezca la reglamentación de la presente Ley. El Sistema de Identificación del Recién Nacido y su Madre implica: 1. La confirmación al momento del parto y al alta de la relación entre la madre y el hijo. 2. Establecer esa correlación durante la permanencia en la entidad asistencial en todo momento. 3. Documentar el cumplimiento de los puntos 1 y 2. 4. Acceder a un método indubitable de identificación y filiación.”*

Del mismo modo, existen precedentes jurisprudenciales en los cuales se reclamaron los daños y perjuicios derivados de la sustitución de recién nacidos –como ocurre en el sub lite- y otros en los cuales se suscitaban dudas sobre la identidad de la recién nacida (Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 3 de Concordia, “I., M. T. y otra c/ Hospital Felipe Heras y otro”, del 08.07.05., publicado en LL 2005-E, con nota de Mónica J. Graiewski, “El

rol del Estado en la protección de la identidad y el estado civil de las personas” y Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala Tercera, “C., A. P. y otro c/ Hospital Gral. Dr. L. M. s/ Daños y Perjuicios”, del 17.04.08., texto completo disponible en base Juba, respectivamente).

No obstante, cabe reiterar que este es un caso verdaderamente atípico, no sólo porque estos hechos no se verifican, afortunadamente, con demasiada frecuencia –lo que llevó a Mónica J. Graiewski a calificar también como “atípico” el caso de sustitución de recién nacidos por ella comentado en el trabajo citado en el párrafo anterior- sino también por el extenso tiempo transcurrido entre el nacimiento de los menores y la dilucidación de su verdadera identidad.

b) En orden a los derechos involucrados en esta litis, podemos decir que tal como se desprende –*a contrario sensu*- del art. 30 de la ley provincial n° 14.078, un error en la identificación del recién nacido lesiona gravemente su derecho a la identidad.

Dijo la Excma. Suprema Corte provincial en un reciente pronunciamiento que el derecho a la identidad personal *"es el presupuesto de la persona que se refiere a sus orígenes como ser humano y a su pertenencia, abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura propia y demás elementos componentes de su propio 'ser' (D'Antonio, Daniel Hugo, "Derecho a la Identidad, Reforma Constitucional y Acciones de Estado". Revista de Jurisprudencia Provincial, Año I, n° 4, p. 328), incluyendo sus atributos, calidades y pensamientos, en tanto se traduzcan en comportamientos efectivos adquiriendo proyección social (conf. Fernández Sessarego, Carlos, "Derecho a la identidad personal", Astrea, Bs. As., 1992, pág. 113)." (C. 118.272, "N.N. o R., E.A. s/ Inscripción de nacimiento fuera de término", del 10.12.14., pasaje extraído del voto del Dr. Pettigiani).*

También se destaca en el voto del Dr. Pettigiani recaído en la misma causa que tanto la identidad de origen como la dinámica hallan amparo en las garantías implícitas o innominadas previstas en el art. 33 de la Carta Magna, así como en numerosos instrumentos internacionales con jerarquía

constitucional (arts. 75 incs. 22 y 23 Constitución nacional; 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3, 18 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; 16 y 24 del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10.3 del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), también en nuestra Constitución provincial (art. 12.2), y en las leyes de fondo que reglamentan su ejercicio (arts. 1, 2, 3, 5, 11 y ccdtes., ley 26.061; etc.). A ello podemos agregar que el derecho a la identidad aparece hoy mencionado dentro de los derechos personalísimos en el art. 52 del nuevo Código Civil y Comercial.

Por otro lado, también se desprende del art. 30 de la ley provincial n° 14.078 que un error en la identificación del recién nacido atenta contra la indemnidad del vínculo materno filial y, por añadidura, contra el derecho del niño a ser criado por su familia de origen y el correlativo derecho de sus padres a formar una familia y lograr que los hijos biológicos crezcan en su seno (arts. 33 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 17 del Pacto de San José de Costa Rica, arts. 7 a 9 de la Convención de los Derechos del Niño; art. 36 de la Constitución Provincial).

c) Por último, no podemos dejar de destacar –en total sintonía con lo señalado por la apelante en su esmerada expresión de agravios, especialmente a fs. 1325 (abajo)- que este es un caso que reviste una “inmensa” dificultad probatoria, ya que se debe reconstruir lo ocurrido durante los días 19 y 20 de septiembre de 1974, es decir, hace ya cuarenta y un años y algunos meses.

Ciertamente, la valoración de la prueba adquiere matices especiales en los casos de pruebas “difíciles”. Al respecto, son sumamente ilustrativas las palabras vertidas por el Dr. De Lazzari en un precedente de la S.C.B.A. (“L. d. A., L. c/ Transportes Metropolitanos Gral. Roca y otros”, del 20.08.2008, en LLBA-2008-967) al afirmar que *“Es correcto sostener que, en los casos de grave dificultad probatoria, el juez debe apreciar el alto grado de probabilidad (no la seguridad absoluta) de que los hechos ocurrieran de cierta*

manera, como también lo es el que debe reunir la mayor cantidad de datos graves, concordantes, precisos, inequívocos, no contradichos, que le permitan inferir una inequívoca conclusión, etc. En otras palabras: se requiere al juzgador que, a través de pruebas directas o indirectas (como las presunciones), obtenga la certeza (así, sin adjetivación alguna) sobre cómo acaecieron los hechos.”

En esa misma orientación, afirmó el reconocido procesalista Jorge W. Peyrano en un reciente trabajo que en los casos de “prueba difícil” debe existir una flexibilización del rigor probatorio, cobran especial importancia las pruebas indirectas y puede también haber eventuales dispensas de la falta de cumplimiento de cargas probatorias. En definitiva –sostiene- en estos casos se torna irrazonable reclamar una conducta probatoria más exigente por ir ello contra el sentido común y la fuerza de las cosas (aut. cit., “Manifestaciones procesales del principio de no exigibilidad de otra conducta”, en La Ley del 29.09.14., citado por esta Sala en causa n° 59268, “Zampieri”, del 22.12.14.).

Sin lugar a dudas, es en los casos de “grave dificultad probatoria” donde más provecho puede sacarse de las ricas posibilidades que proporciona el sistema de la sana crítica sentado en el art. 384 del C.P.C.C. Por ello es conveniente recordar los conceptos expresados por Couture, quien refiriéndose a las reglas de la sana crítica las describe diciendo que *“son ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. Ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado puede analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento” (...)* “Las máximas de experiencia de que ya se ha hablado, contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba.

El juez, nos permitimos insistir, no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y la conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida” (“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, págs. 270 y sig., cit. por esta Sala en causas n° 54.661, “Basílico”, del 23.12.2010; n° 55.573, “De Lorenzo”, del 15.12.11.; n° 57.601, “López Osornio” del 09.04.13.; n° 57.893, “González”, del 01.08.13., entre otras; puede verse también a Ondarcuhu, “Sana crítica. Lógica, experiencia y sentido común” en LL del 28.05.13.).

Por último, también es sabido que en los casos de dificultad probatoria suele hacerse aplicación del principio de las “cargas probatorias dinámicas” –instituto de creación pretoriana hoy consagrado en el art. 1735 del nuevo Código Civil y Comercial- evaluando cuál de las partes se encuentra en mejores condiciones de producir una determinada prueba.

Sin embargo –y anticipándome a algunos de los agravios del demandado por el cual cuestiona la aplicación que de este principio se hiciera en la sentencia en crisis, sin perjuicio de que luego retomaré el tema-, no ha de perderse de vista que el problema derivado de la carga de la prueba se presenta con caracteres críticos y agudos cuando el juez va a dictar sentencia y se encuentra con que en el expediente no hay suficientes elementos de juicio para convencerse de la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos (Eisner, Isidoro “La Prueba en el Proceso Civil”, Abeledo Perrot, 1964, pág. 54, cit. por esta Sala en causas n° 52.134, “Banco Provincia”, del 12.11.08. y n° 57679 “GEFCO” del 30.04.13., entre otras). Y este principio se mantiene inalterable en los casos en que es aplicable la doctrina de las “cargas probatorias dinámicas”, ya que en definitiva el instituto que subyace es el mismo, es decir, el de la “carga de la prueba”, solo que adquiere un matiz especial, pues dicha carga se torna “dinámica”. En este sentido, sostuvo el Superior Tribunal de nuestra provincia en un precedente que guarda cierta analogía con el presente –por tratarse de una supuesta mala praxis durante un acto quirúrgico- que la flexibilización de las reglas

de las cargas probatorias (art. 375, C.P.C.C.), tornándolas dinámicas, que se postula en determinados supuestos, permite adjudicar el peso de la ausencia de colaboración a la parte que poseyendo los medios para formar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos, se conforma con una pasiva negativa en los términos del art. 354 del Código Procesal Civil y Comercial (conf. causa C. 102.100, sent. de 17-IX-2008). Sin embargo –advirtió el Tribunal- ello carece de relevancia en los casos en que los hechos controvertidos pueden ser dilucidados con los elementos incorporados al proceso, como ocurrió en dicho precedente (C. 115.771, “D. M., I.”, del 02.05.13.). Un razonamiento similar se formuló en otro caso de mala praxis derivada de un acto quirúrgico fallado por un tribunal cordobés (Cámara 8va. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, “M., E. C.”, en LL Córdoba, 2010-801).

VII) Efectuadas las consideraciones generales que anteceden me abocaré ahora a los agravios dirigidos contra el rechazo de las excepciones previas, comenzando por la de **falta de legitimación activa** (art. 345 inc. 3 del C.P.C.C.).

Como vimos, el Sanatorio demandado opone tal defensa basándose en que no todos los actores estuvieron vinculados contractualmente con él.

A ello cabe decir en primer término, y a modo de mero comentario vertido *obiter dicta*, que aún en caso de que fuera exacto que no todos los actores hubieran estado contractualmente vinculados con el accionado sería cuanto menos dudoso que ello pudiera dar lugar al progreso de la excepción en análisis. Esto es así pues si bien en la demanda se afirma claramente que el contrato existió y que vinculó a los seis coactores con el accionado (ver esp. fs. 136vta.) al fundar en derecho no solo se invocan normas de la responsabilidad contractual sino también de la aquiliana (fs. 157vta.).

Ahora bien, tal como lo señaló el Sr. Juez de grado, una amplia mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entiende que la responsabilidad del médico, clínicas, sanatorios y demás centros asistenciales es de naturaleza contractual (Galdós, Jorge Mario, “Derecho de daños en la Suprema Corte de

Justicia de la Provincia de Buenos Aires”, pág. 117 y sig.; esta Sala integrada por los Dres. Galdós, Rocha Campos y Russo, causa n° 47.813, “Alfredo, Gladys Dora c/ Sanatorio Azul S.A. y otra s/ Daños y Perjuicios”, del 06.09.2005).

No obstante, también existe un marcado consenso respecto a que existen supuestos de excepción en los cuales la responsabilidad de los médicos queda subsumida en el ámbito extracontractual –dado que está ausente en ellos la voluntad negocial- los cuales han sido mencionados y destacados por la doctrina y la jurisprudencia (Calvo Costa, Carlos A., “Daños ocasionados por la prestación médico - asistencial”, pág. 40, con cita de Bueres, Lorenzetti, Mosset Iturraspe, Andorno, Galdós, Vázquez Ferreyra y Fumarola).

Calvo Costa desarrolla siete supuestos en los cuales la relación sería extracontractual (ob. cit., págs. 40 a 42), siendo el primero de ellos – en el que recalco por ser el que aquí interesa- el que se verifica *“Cuando los servicios médicos requeridos hubieren sido solicitados por una persona distinta del paciente asistido, no actuando en representación de este último.”*

Es oportuno recordar que el art. 1137 del Código Civil derogado –aplicable al caso- disponía que *“Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.”* Por su parte, el art. 957 del nuevo Código Civil y Comercial define al contrato con palabras que armonizan perfectamente con el concepto de acto jurídico proporcionado en el art. 259 del mismo Código en los siguientes términos: *“Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.”*

Como puede apreciarse, la nueva definición reemplaza la palabra “personas” por “partes”, haciéndose eco de una observación unánimemente efectuada por la doctrina contractualista. Explica Noemí Nicolau, refiriéndose al concepto de “parte contractual”, que dicha expresión es sinónimo de centro de interés (“Fundamentos de Derecho Contractual”, Tomo I, págs. 45/46).

Aplicando los principios expuestos al caso de autos, he de coincidir en primer término con lo expuesto por los actores al contestar los agravios en cuanto a que resulta indiferente quiénes eran los titulares de las obras sociales –es decir, si lo eran las parturientas o sus esposos- ya que ello constituye un elemento irrelevante para determinar entre quiénes se entabló el contrato.

A ello cabe añadir que en atención al acto médico-asistencial sobre el cual versa el litigio –un parto y el posterior cuidado de la madre y el recién nacido- debe considerarse, tal como lo hizo el Sr. Juez de grado, que tanto los progenitores (padre y madre) como los niños por nacer son parte integrante del mismo, en el caso de los primeros pues más allá de que la “parturienta” sea la madre ambos tienen un interés personal y directo en que su hijo nazca en las mejores condiciones posibles, y en el caso del nasciturus va de suyo que tiene el mismo interés –aunque no lo pueda expresar- y que es representado por sus padres en la celebración del contrato médico-asistencial (art. 57 inc. 1ro. del Código Civil derogado).

En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia provincial en los siguientes términos: *“El contrato celebrado con los padres, por el cual la demandada aceptó prestar una atención médica ajustada a las reglas del arte y de la profesión para la madre en su alumbramiento y para el hijo, por nacer y luego neonato, permitía a los actores abrigar una verosímil expectativa de cumplimiento; confianza asentada no sólo en la capacitación que conlleva el carácter de profesional universitario de los tratantes sino, además, en la envergadura empresarial de la clínica y la organización del servicio, dotado de unidades especializadas de terapia intensiva neonatológica y de cuidados especiales para los recién nacidos. El deudor incurrió, en falta de diligencia en la observancia de un deber de conducta claro y concreto, como es la necesaria revisión exhaustiva del neonato, tanto al nacer como en su evolución posterior durante la internación y al alta de egreso. La omisión culposa de detección temporánea de la malformación genética, y el trámite ulterior hasta su diagnóstico, tratamiento acertado y superación del estado -lo que recién permite descartar la incidencia negativa del retardo-, es idónea para producir el agravio a los*

sentimientos de los estipulantes, como reacción ante la frustración de esa expectativa. Por ende, si bien la apreciación de la existencia de daño moral en el incumplimiento culposo de las obligaciones contractuales debe sujetarse a un criterio ciertamente restrictivo, máxime en caso de incumplimiento de una estipulación en favor de tercero, el hecho generador de responsabilidad y las circunstancias del caso de autos llevan a la convicción de que ese perjuicio ha sido irrogado a los actores en forma directa.” (CC0002 SM 47580 RSD-202-00 S 18/06/2000 Juez CABANAS (SD), “Rivadaneira, Mirta y ot. c/ Clínica del Buen Ayre s/Daños y Perjuicios”, Magistrados Votantes: Cabanas-Occhiuzzi-Mares, base Juba).

Por lo expuesto, entiendo que este agravio no es de recibo.

VIII) Corresponde abordar ahora los agravios vinculados al rechazo de la **prescripción liberatoria** (art. 344 del C.P.C.C.), debiendo tenerse en cuenta que en virtud de la conclusión arribada en el considerando anterior el plazo de prescripción a computar para todos los actores es el decenal establecido en el art. 4023 del Código Civil.

Ahora bien, tal como lo señala el sanatorio demandado en la expresión de agravios (esp. fs. 1321), dado que han transcurrido más de cuarenta y un años desde el nacimiento de G. G. y J. D., el aspecto dirimente para resolver esta defensa no es solo determinar cuál es el plazo de prescripción aplicable sino también –y fundamentalmente- desde cuándo ha de computarse.

En relación a este tópico, el “a quo” sostuvo que en ambos casos –es decir, sea la responsabilidad contractual o extracontractual- el término de iniciación para el cómputo de la prescripción comienza a contarse a partir del acaecimiento del hecho, o bien desde cuando se haya tenido certidumbre del mismo o se conoció o pudo conocer al autor del evento dañoso. Partiendo de esa premisa, el anterior sentenciante consideró que la aludida certeza recién se habría logrado con la realización de los estudios de ADN.

El recurrente intenta refutar este razonamiento alegando que el acreedor debe obrar diligentemente, y que en autos hay

clarísimos indicios de que los padres tenían conocimiento del hecho desde el día posterior al nacimiento, debido al incidente con la ropa cambiada. Y agrega que con los años se fueron sucediendo otros acontecimientos, tales como el descubrimiento de la incompatibilidad del grupo sanguíneo por parte de J. D., lo que llevó a que éste desde hace ya muchos años albergara dudas sobre su identidad.

A fin de dar respuesta a estos agravios es dable observar, en primer término, que todos los hechos invocados por la accionada para sostener que la acción está prescrita –el cambio de ropa de los bebés, el descubrimiento de la incompatibilidad del grupo sanguíneo por parte de J., sus dudas sobre su verdadera identidad, etc.- fueron narrados por los propios actores en la demanda. Se trata de hechos que la demandada nunca hubiera podido invocar por sí misma, en el caso del incidente del cambio de ropa en atención al tiempo transcurrido, y en el caso de la incompatibilidad del grupo sanguíneo por ser un hecho en el que no tuvo participación. Reparo en esta circunstancia pues si bien puede ocurrir que uno de los litigantes reconozca hechos favorables a la contraria (vgr. en los escritos constitutivos de la litis, en la absolución de posiciones, etc.), ello no es lo usual, por lo que en principio es dable inferir que si los propios actores narraron espontáneamente esos hechos –que podrían haber omitido- es porque consideraron que no tenían la entidad suficiente como para colocarlos en una situación desventajosa frente a una eventual excepción de prescripción o a un eventual achaque de responsabilidad a su parte. De todas maneras, va de suyo que esta apreciación inicial no basta para dar una respuesta acabada al agravio –ya que, como recién dije, bien puede ocurrir que una parte reconozca un hecho que la perjudica-, por lo que es necesario que profundicemos en estos distintos hechos que trae a colación el recurrente y su eventual relación con el inicio del cómputo de la prescripción.

Comenzando por el incidente del “cambio de ropa” de los bebés, en la demanda que en conjunto presentan los seis actores se relata que ambas madres solicitaron las explicaciones del caso a las enfermeras, a lo que éstas respondieron pidiendo disculpas y explicando que se habían confundido de

ropa al vestirlos, colocando a cada uno de los bebés la ropa que había llevado la familia de la habitación de al lado (ver esp. fs. 132vta.). Si bien esta cuestión se enmarca en otra más general, como es la relativa a la existencia de una “nursery” en la cual los bebés pasaban la noche y se los cambiaba –sobre la cual luego volveré- entiendo que la explicación contenida en la demanda es más que razonable, pues si las enfermeras eran las encargadas de cambiar a los bebés es natural que la consulta sobre la ropa se haya dirigido a ellas. Coincido con el recurrente respecto a que hubiera sido muy conveniente hacer saber la inquietud a otras personas –vgr. el médico que intervino en ambos partos-, pero tal iniciativa debería haber sido sugerida por las enfermeras como parte de un “protocolo de trabajo” frente a una duda semejante, y no por los padres de los recién nacidos, quienes evidentemente confiaron en la explicación de las enfermeras (doctr. art. 902 del Código Civil).

En lo que hace al grupo sanguíneo de J. D., se narra en la demanda que en el año 1995, y en oportunidad de ofrecerse como dador de sangre para su hermana que esperaba familia, descubrió que era incompatible pues su verdadero grupo sanguíneo era “A Positivo” y no “Negativo Universal” como él creía y le había sido informado desde su nacimiento (fs. 133vta.). Sin embargo, entiendo que ello tampoco demuestra un conocimiento inequívoco del error en la identidad personal, ya que las máximas de la experiencia, que como vimos integran las reglas de la sana crítica, demuestran que las personas no especializadas en la materia no solemos dominar la cuestión atinente a las relaciones entre los grupos sanguíneos y los vínculos biológicos. A ello se suma que, como también se relata en la demanda, en el año 1983 J. se había hecho un análisis de sangre que arrojó como resultado que su grupo era Negativo (fs. 57 y reconocimiento de fs. 430), por lo que bien pudo haber atribuido el resultado del análisis de 1995 a un error.

También es cierto que en la demanda se relata que durante muchos años J. tuvo dudas sobre su verdadera identidad, y ello también ha quedado fehacientemente acreditado en diversos medios de prueba (vgr. certificado expedido por el Médico Psiquiatra N. C., profesional que asiste a J.,

obstante a fs. 66, que los propios actores adjuntan a la demanda). Sin embargo, entiendo que tampoco es posible considerar a la época en que se manifestaron estas “dudas” como fecha de inicio de la prescripción (al margen de que, en caso contrario, habría que determinar cuándo comenzaron esas dudas y a quiénes perjudicaría ese eventual cómputo de inicio de la prescripción teniendo en cuenta que los coactores son seis). Afirmo ello pues muchas personas pueden tener dudas sobre su verdadera identidad, máxime cuando no hay un parecido físico con los supuestos progenitores, o diferencias físicas muy notorias con los hermanos. Sin embargo, esas dudas son muy difíciles de asumir y de exteriorizar, ya que no es sencillo plantear a la propia familia que uno tiene dudas sobre su identidad. También debe tenerse en cuenta que aunque uno dude sobre su identidad se abre un abanico de hipótesis, ya que la eventual falta de correspondencia puede haber sido provocada por los más diversos hechos (vgr. una adopción ignorada por el niño adoptado, una sustracción de menores, una infidelidad –que llevaría a que el niño tenga la certeza de ser hijo de su madre pero no de quien creía su padre-, un “reconocimiento complaciente” que el niño ignora, etc.), por lo cual es casi imposible representarse que ese eventual error en la identidad obedece a un “intercambio” involuntario producido en el sanatorio al día siguiente del nacimiento, máxime teniendo en cuenta que –como antes dijimos- ello es algo absolutamente atípico. Nótese, para concluir con este razonamiento, que el único indicio que pudo haber llevado a la familia de J. a pensar que las alteraciones de la identidad obedecieron a ese error en el sanatorio fue el incidente de las “ropas cambiadas”, pero lo cierto es que para ambas familias no era más que una anécdota menor.

Así las cosas, y a diferencia de lo que manifiesta el recurrente, entiendo que es verosímil el relato contenido en la demanda (esp. fs. 133), donde se explica que los disparadores concretos que llevaron a ambas familias a indagar sobre este posible error fueron los encuentros fortuitos que acaecieron en julio de 2007 –cuando J. se encontró en el parque municipal con sus padres y su hermano y quedó sorprendido por el parecido físico- y a principios de 2008 –cuando la Sra. S. concurrió a un comercio y fue atendida por una

persona de sexo masculino que lucía un parecido físico e identidad de caracteres faciales con los de su marido más que llamativo-.

En efecto, es sabido que a la hora de establecer “parecidos físicos” hay una notable dosis de subjetividad, máxime cuando esa tarea es llevada adelante por legos, ya que también podría haberse realizado una pericia antropomórfica -las cuales eran frecuentes en los juicios de filiación cuando no existían las pruebas genéticas- lo que en autos no ha ocurrido y gravita en contra de los actores pues es una prueba que estaba a su alcance realizar (art. 375 del C.P.C.C.). Por otro lado, si bien obran agregadas fotografías de los dos grupos familiares (fs. 1085, conforme la rectificación dispuesta a fs. 1366), en las mismas no aparece P. G. -el hermano de J.-, lo cual también gravita en contra de los actores, pues si es cierto que J. es parecido a su padre (J.) y a su hermano (P.), por una cuestión de edad sería más fácil advertir el parecido con su hermano. Sin embargo, las mentadas fotografías permiten apreciar que hay una diferencia de altura muy notable, ya que J. D. es muy alto en relación a R. D. y M. S. mientras que G. G. es bajo en relación a J. G. y M. L.. Además, sin soslayar las dificultades a las que antes hiciera referencia, no puede negarse que existe cierto parecido entre J. D. y su padre J. G. y, mucho más claro aún -al menos a criterio del suscripto-, entre G. G. y su padre biológico R. D. Además, no debemos perder de vista que M. E. S. conoce a su cónyuge R. D. desde su juventud, por lo que al encontrar fortuitamente a su hijo biológico lo natural es que le evocara recuerdos de la apariencia de su esposo cuando tenía una edad similar a la de su hijo.

Tampoco puede pasarse por alto, a la hora de evaluar si este relato de los hechos es o no verosímil, que la ciudad de Azul es relativamente chica, por lo que, a diferencia de lo que podría ocurrir en una gran ciudad, es altamente probable que los miembros de distintas familias que tienen algún tipo de vínculo -amistad, parentesco, etc.- se encuentren fortuitamente en espacios públicos.

A todo lo dicho cabe sumar que distintos profesionales que asistieron a los coactores o a sus familiares -incluidos los hijos de los otrora bebés “intercambiados” que no son parte en este proceso- dan cuenta de que el

“descubrimiento” del error en la identidad se produjo en la época que se señala en la demanda (informe psicopedagógico de la Lic. M. L. B., de fecha 24.10.2010, obrante a fs. 60/62; informe psicopedagógico de la Lic. M. C. de fecha septiembre de 2009 obrante a fs. 63; informes psicológicos de la Lic. A. M. B. –quien hasta hace pocos meses también se desempeñó como psicóloga en el Juzgado de Familia de esta ciudad- obrantes a fs. 64 y 65 que dan cuenta que en el mes de mayo de 2009 y durante cuatro encuentros entrevistó al matrimonio G. – L. y a su hijo biológico J. D.; constancia emitida por el médico psiquiatra N. M. C., obrante a fs. 66, de fecha 25.06.2010). Por lo tanto, de ser cierto que los coactores conocían este error desde un tiempo anterior al que se consigna en la demanda, habría que pensar que se pusieron de acuerdo para engañar a los profesionales mencionados –y que lograron hacerlo pese a sus especialidades- para así preconstituir prueba favorable a su posición.

Otro tanto cabe decir de distintos testimonios recabados en autos emanados de personas cercanas a las dos familias (testigo A. M. A. a fs. 90 del expediente donde se produjeron las diligencias preliminares, respuesta a la pregunta 4^a; testigo N. M. G. a fs. 469/471 de este proceso, respuesta a la pregunta 30^a; testigo M. B. T. a fs. 497/498 de este proceso, respuesta a la pregunta 10^a y sig.; testigo E. E. R. a fs. 513 de este proceso, respuesta a la pregunta 8^a).

Por último, y frente a un caso tan atípico y complejo, es oportuno recordar que uno de los caracteres más importantes del instituto de la prescripción es que es de interpretación restrictiva (*stictissimae interpretationis*), lo que implica que no es de interpretación analógica, **que ante la incertidumbre el derecho subsiste**, que en situaciones dudosas debe considerarse que la prescripción ha sido interrumpida o suspendida, y que también en casos de duda debe estarse por el plazo más dilatado sin que sean aplicables los plazos más breves por analogía (López Herrera, Edgardo, “Tratado de la prescripción liberatoria”, T. I, págs. 25/26; esta Sala, causa n° 58.815, “Fuentes de Gatti”, del 20.05.14.).

Por todo lo expuesto, concluyo que los agravios vinculados al rechazo de la excepción de prescripción tampoco son de recibo.

IX.a) Corresponde abocarse ahora a los agravios vinculados al progreso de la demanda, los que –más allá de sus proyecciones jurídicas- se vinculan básicamente con cuestiones de hecho (doctr. art. 266 del C.P.C.C.), ya que en su pieza recursiva el recurrente insiste en que en el año 1974 el Sanatorio Azul no contaba con una “nursery” en la que los recién nacidos pasaran la noche, y que por añadidura no serían ciertos los hechos en los cuales los actores fundan sus pretensiones.

En autos han declarado muchos testigos sobre este aspecto, varios de los cuales **corroboran la existencia de esa “nursery”** –más allá de que no todos la denominan así- **en la que los recién nacidos pasaban la primera noche (M. E. M. de S.**, declaración obrante a fs. 444/446, quien trabajó en el Sanatorio desde el año 1965 durante 35 años aproximadamente como enfermera de la planta baja, respuestas 29, 32, 33 y 34; **O. A. S.**, declaración obrante a fs. 460/462, quien tuvo familia en el Sanatorio Azul el día 12 de septiembre 1974, respuestas 1, 2, 5, 6, 17, 20 y a la primera ampliación; **D. R. A. E.**, declaración obrante a fs. 465/466, quien tuvo familia en tres oportunidades en el Sanatorio Azul –en una de ellas estuvo internada entre el 2 y el 5 de agosto de 1974- respuesta 5; **N. M. G.**, declaración obrante a fs. 469/471 y 494/495, hermana del coactor J. G. que además tuvo familia cuatro veces en el Sanatorio Azul –en los años 1973, 1975, 1979 y 1985, respuestas 4, 5, 41, 42, 43, respuesta a la repregunta 10 a fs. 495; **G. E. M.**, declaración obrante a fs. 501/502, quien tuvo familia en tres oportunidades en el Sanatorio Azul –una en el año 1973-, respuestas 5, 6, a la primera ampliación y a la octava repregunta; **M. M. N. J.**, declaración obrante a fs. 505/506, quien tuvo familia en dos oportunidades en el Sanatorio Azul –una de ellas en diciembre de 1974-, respuestas 5 y 16).

Otros testigos **niegan la existencia de esa supuesta “nursery”, afirmando que los recién nacidos quedaban la mayor parte del tiempo junto a sus madres (D. E. R.**, declaración obrante a fs. 1140/1141, quien trabaja como mucama en la Sección Maternidad del Sanatorio Azul desde el año

1972, respuestas 18 y 19; **Dr. P. F. V.**, declaración obrante a fs. 1156/1157, médico especialista en obstetricia y ginecología que trabajó en el Sanatorio Azul entre 1968 y 2001, respuestas 10, 11 y a la quinta repregunta, aunque al contestar la cuarta repregunta afirma que si la madre no estaba en condiciones de recibir al bebé lo ponían momentáneamente en la salita contigua a la sala de parto; **M. L. L.**, declaración obrante a fs. 1216/1218, quien trabajó como enfermera en la Sección Maternidad del Sanatorio Azul durante 30 años, respuestas 5, 6, 36).

Finalmente, **otra testigo no recuerda con precisión si en ese momento el Sanatorio Azul contaba con “nursery” (S. M. O. de R.**, declaración obrante a fs. 439/441, quien trabajó en el Sanatorio desde el año 1955/66 hasta el año 1978 como enfermera de piso y además tiene un parentesco lejano con la familia G., respuesta a las preguntas 32 y 34).

Este cúmulo de declaraciones testimoniales amerita varias consideraciones.

En primer lugar, entiendo que deben ser privilegiadas por sobre otros medios de prueba producidos por el demandado tendientes a demostrar que la “nursery” del Sanatorio Azul fue construida durante los años 1982/1983 –tales como los planos del Sanatorio que adjunta o la declaración testimonial del Ingeniero S. Z. obrante a fs. 1145/1146-, pues aún los testigos que favorecen a la actora en ese aspecto admiten que la “nursery” que funcionaba en el año 1974 no era la misma que la actual sino que era una “salita” que funcionaba como tal (vgr., M. E. M. de S., respuesta a la pregunta 32 a fs. 445).

En segundo lugar, puede apreciarse que varios de los testigos son dependientes o ex dependientes del Sanatorio demandado. Al respecto, este tribunal tiene reiteradamente dicho que el hecho de que un testigo se encuentre comprendido en alguna de las causales previstas en el art. 439 del C.P.C.C. (interés directo o indirecto en el pleito, amistad, relación de dependencia) no conduce a su exclusión como testigo, pero amerita que sus dichos sean ponderados con mayor estrictez (esta Cámara Sala II, causa n° 44.651, “Las Heras”, del 24.10.02., voto Dr. Galdós; Cám. de Apel. en lo Civil, Sala G, “Araujo c/ Banco de Galicia”, del 05.09.07., voto Dra. Areán, pub. en La Ley del 13.12.07.;

esta Sala, causas n° 52.328, “Cooperativa” del 23.12.08.; n° 54339, “El 34.899”, del 21.12.2010; n° 55.193, “Sucesores de Abdala” del 25.08.11.; n° 56.539 y 56.540, “Pereyra” –acumuladas–, del 20.09.12.; n° 59.684, “Librizzi”, del 06.08.15., entre otras).

En tercer lugar, cabe señalar que la testigo N. M. G. – cuya declaración es especialmente valiosa por ser hermana de J. G., cuñada de M. E. L. y tía de J. D., lo que la llevó a visitar a su cuñada en dos oportunidades mientras estuvo internada con motivo del parto que nos ocupa y además tuvo cuatro hijos en el mismo Sanatorio- no debe considerarse “excluida” en los términos del art. 425 del C.P.C.C., ya que dicha exclusión solo abarca a parientes, consanguíneos y afines en línea directa de las partes, y no a los colaterales como son los hermanos, tíos y sobrinos (Kielmanovich, Jorge L., “Teoría de la prueba y medios probatorios”, pág. 214). Ello no implica, naturalmente, que sus dichos no deban ser valorados con mayor rigurosidad, pues se trata de un testigo comprendido en las generales de la ley.

En cuarto lugar, del cotejo de las declaraciones testimoniales surge que estas presentan diferencias, ya que –como se anticipa– algunos de los testigos admiten la existencia de la “nursery” en la que los recién nacidos podían pasar la noche si su madre lo requería, mientras que otros niegan la existencia de tal “nursery” y afirman que los recién nacidos quedaban en la habitación con su madre. En estos casos en que existen declaraciones encontradas, se ha dicho que si no existe mérito para privilegiar ciertas declaraciones por sobre otras corresponde prescindir de este medio probatorio (arts. 384 y 456 del C.P.C.C.; esta Sala, causas n° 27.153, “Massaro” del 03.10.85.; n° 29.887, “Sautu” del 24.06.88.; n° 32.287 “García”, del 27.03.91.; n° 51.424 “Arrieta” del 31.03.08.; Sala II, causa n° 37.176, “Popovich de Vismara” del 19.03.96. y doctrina y jurisprudencia allí citadas: Palacio, Lino E. “Derecho Procesal Civil”, T° IV, pág. 654; Devis Echandía, Hernando “Requisitos para la existencia del testimonio de terceros”, en Rev. Arg. de Derecho Procesal N° 4, año 1968, pág. 33 y subs.). Sin embargo, y conforme se desprende de lo dicho, tan extrema solución se impone solo en caso de que no existan elementos que

permitan privilegiar un testimonio por sobre el resto, ya que en caso contrario *“no se afectan las reglas de la sana crítica cuando por motivos razonables se da mayor fe a unos testigos sobre otros”* (Conf. Ac. y Sent. 1967-II, pág. 13; 1967-I, pág. 599; 962-II, pág. 104; 1961-V, pág. 537, citados por esta Sala en causas n° 50.147 “González” del 07.12.06.; n° 51.499, “Bonetto” del 30.04.08.; n° 51.586, “Juan” del 21.05.08.; n° 52.328 “Cooperativa” del 23.12.08.; n° 56.170, “Masson” del 17.05.12.; n° 56.547, “Reyero” del 14.06.12.; n° 59.684, “Librizzi”, del 06.08.15., entre otras; Cám. de Apel. en lo Civ., Com., Crim. y Correcc. de Zárate, 15.10.96., L.L.Bs.As. 1997-251, citado en “Código Procesal...” de Highton - Areán, T. 8, pág. 366).

En el caso de autos, anticipo al acuerdo que en razón de los motivos que a continuación explicaré, he de privilegiar las declaraciones de los testigos de la actora por sobre los de la demandada (doctr. arts. 384 y 456 segunda parte del C.P.C.C.).

En primer lugar, resulta claro que el número de testigos que declaran en sentido favorable a la actora es sensiblemente mayor que el que lo hace en sentido favorable a la demandada. Sin embargo, es importante dejar sentado que ello no es determinante a la hora de evaluar la credibilidad de los testimonios, pues los testigos se “pesan” y no se “cuentan” (esta Sala, causas n° 47.204, “Sosa”, del 06.10.04.; n° 57.601, “López Osornio” del 09.04.13.; n° 58.497, “Parra”, del 11.02.14., con sus citas, entre muchas otras).

En segundo lugar, sí creo que es importante ponderar que los tres testigos que declararon en favor del Sanatorio son dependientes o ex dependientes suyos, por lo que –como antes vimos- sus dichos deben ser valorados con mayor estrictez. Ello es así, en el caso de los primeros (dependientes), por estar expresamente mencionados en el art. 439 inc. 5to. del C.P.C.C., y en el caso de los segundos (ex dependientes) pues lo habitual es que aunque la relación de dependencia haya cesado persista un sentimiento positivo – muchas veces signado por la gratitud o el aprecio- entre el testigo y la parte (doctr. arts. 384 y 456 2da. parte del C.P.C.C.).

Como contrapartida de lo anterior, es muy importante el testimonio de M. E. M. de S. (fs. 444/447), quien pese a haber trabajado en el Sanatorio Azul como enfermera durante 35 años aproximadamente proporcionó datos muy precisos sobre la existencia de la nursery y del uso que de ella se hacía (respuestas 29, 32, 33 y 34).

También es muy importante el testimonio de las cinco señoras que tuvieron familia en el Sanatorio Azul en épocas cercanas al 19.09.1974, pues todas ellas son contestes respecto a la existencia de la nursery y a la posibilidad de que los bebés pasaran la primera noche allí, a lo que se suma que ninguna de ellas –con excepción de N. M. G.- está comprendida en las generales de la ley.

A la luz de todo lo expuesto, concluyo que con la prueba rendida en autos, valorada bajo el prisma de la sana crítica, ha quedado acreditado que en el año 1974 existía en el Sanatorio Azul una “salita” que hacía las veces de “nursery” y en la que era habitual que los recién nacidos pasaran la primera noche para que las madres descansaran.

Así las cosas, y retomando lo dicho en el considerando VI.c. de este voto respecto a que asistimos a un caso de “grave dificultad probatoria”, me permito hacer propias las palabras vertidas por el Dr. De Lázari en el precedente de la S.C.B.A. allí citado (“L. d. A., L. c/ Transportes Metropolitanos Gral. Roca y otros”, del 20.08.2008, en LLBA-2008-967), al afirmar que *“... en los casos de grave dificultad probatoria, el juez debe apreciar el alto grado de probabilidad (no la seguridad absoluta) de que los hechos ocurrieran de cierta manera.”*

En el caso de autos, probada la existencia de la “nursery”, es altamente probable que el intercambio de los recién nacidos haya acaecido mientras estaban en ese lugar, y no –como lo afirma el accionado al expresar agravios, esp. fs. 1330- mientras los bebés estaban con sus madres.

Afirmo ello pues de las declaraciones antedichas –y destaco nuevamente la de M. E. M. de S. (fs. 444/447)- surge que en esa “nursery” podían pasar las noches varios bebés, y el sanatorio no contaba en ese

momento con un sistema seguro que garantizara la identificación de cada uno de ellos.

Por el contrario, la hipótesis que plantea el recurrente se presenta como altamente improbable –sin que ello implique restar mérito a su esmerada pieza recursiva-, ya que si es cierto que ambos recién nacidos pasaron la noche junto a sus madres sólo un error rayano con lo absurdo podría haber llevado a que ambas madres –u otros familiares presentes- “intercambiaran” los bebés y nadie lo advirtiera.

Y esa hipótesis se torna más improbable aún si tenemos en cuenta que ambas madres habrían sido internadas en habitaciones separadas, lo cual es posible pues los testimonios rendidos en autos –a los que antes aludiera- también dan cuenta de que en la Sección Maternidad del Sanatorio Azul había habitaciones individuales, y puntualmente que la Sra. M. E. L. estuvo internada en una habitación individual (declaración testimonial de N. M. G. a fs. 469/471, esp. respuestas 18 y 19).

b) Sentado lo anterior, y si bien no desconozco que más allá de las disputas existentes en torno al factor de atribución aplicable a sanatorios y hospitales siempre es posible para el ente asistencial resultar airoso en el reclamo resarcitorio, probando, verbigracia, la ausencia de nexo causal o la culpa de la víctima (López Mesa, Marcelo “Sanatorios, hospitales y responsabilidad civil (¿Qué factores de atribución de responsabilidad civil se aplican a sanatorios y hospitales?”, *elDial.com* – DC12DF), entiendo que en el caso concreto no puede atribuirse culpa alguna a los coactores que libere a la demandada –total o parcialmente- de responsabilidad.

En efecto, asiste razón al Sanatorio accionado al argumentar que del propio relato de la demanda surge que ambas familias tuvieron contacto con los recién nacidos el mismo día de su nacimiento, y que dicho contacto habría sido más prolongado respecto al menor J. D. pues su madre biológica (M. E. L.) dio a luz a las 6:15 hs.

Sin embargo, ello no despeja la posibilidad de que al día siguiente, al ser devueltos los niños a sus madres luego de haber pasado la

noche en la nursery, éstas –o sus familiares- no advirtieran el error incurrido, es decir, que el bebé que les estaban llevando no era el que dieron a luz el día previo. Afirmando ello pues basándome en las máximas de la experiencia que integran la sana crítica, y pueden ser corroboradas con información disponible en Internet (voces: “cambios recién nacido” o “cambios apariencia recién nacido”), demuestran que los recién nacidos van presentando cambios muy notorios en sus primeras horas y/o días de vida, lo que inclusive puede observarse de manera muy elocuente en las sucesivas fotografías o filmaciones que los padres o familiares solemos tomar a los recién nacidos al momento mismo del nacimiento y en los días subsiguientes, y que en los últimos años suelen ser muchas dada la facilidad de acceso a distintos medios para hacerlo (vgr. mediante teléfonos celulares, cámaras fotográficas digitales, filmadoras, etc.).

En efecto, la apariencia de un bebé recién nacido puede variar notablemente en pocas horas o días, ya que cuando nacen suelen presentar ciertos rasgos que van desapareciendo con las horas, tales como párpados hinchados, ojos cerrados, nariz “aplastada”, etc., sobre todo si el parto tuvo lugar por vía natural –como ocurrió en este caso-, ya que el esfuerzo del feto durante el trabajo de parto es mucho mayor.

También es sabido que un niño recién nacido suele tener distintas sustancias en su piel o su cabello (restos de sangre, unto sebáceo, líquido amniótico, etc.), y si bien suelen ser higienizados por el pediatra o sus asistentes inmediatamente después de nacer ello no los deja totalmente limpios, ya que al recién nacido no se lo puede sumergir en agua, de modo que solo se le hace una limpieza provisoria –vgr. con paños húmedos- que suele ser complementada con otras tareas de higienización similares en los días siguientes, lo cual también contribuye a que la apariencia del recién nacido vaya cambiando sustancialmente.

Todo ello me conduce a la conclusión ya anticipada, es decir, que el mero hecho de que las madres y sus familiares hayan tenido contacto con los recién nacidos el mismo día en que se produjeron los partos no implica

que al día siguiente debieran necesariamente advertir el error en el que habían incurrido las enfermeras.

Por último, y para dar respuesta al agravio vertido a fs. 1330, entiendo que las manifestaciones que R. D. y M. S. pudieron haber efectuado a la Perito Psicóloga, en el sentido de que sentían “culpa” por no haber reconocido a su hijo o por la pasividad al no comentarle al médico el incidente del cambio de ropa (conf. fs. 676vta.), no implican sin más que la misma puedan ser considerada “culpa” en sentido jurídico, es decir, en los términos previstos por los arts. 1111 o 1113 del Código Civil. Afirmando ello pues a mi entender se trata de un sentimiento de culpa que gravita solo en el plano psicológico, como puede ocurrir –para echar mano a un ejemplo que lamentablemente es frecuente- cuando el miembro de una familia toma la iniciativa de emprender un determinado viaje en el que la familia resulta accidentada, lo que no implica en modo alguno que haya tenido la “culpa” en la producción del infortunio en los términos del art. 1113 del Código Civil. En este caso concreto, entiendo que los padres de los recién nacidos no obraron culpablemente, ya que los cambios en la apariencia física de los bebés –a los que antes me referí- explican que no hayan advertido el error, a lo que se suma que respecto al incidente del cambio de ropa tomaron la precaución de consultar a las enfermeras.

Si lo hasta aquí expuesto es compartido deberá confirmarse también el decisorio en crisis en lo que hace al progreso de la demanda, por lo que sólo resta evaluar los agravios vinculados con la procedencia y/o cuantificación de los distintos rubros resarcitorios.

X.a) Como ya fuera anticipado, el “a quo” fijó la indemnización por **daño moral** en la suma de \$ 600.000 para J. D. y en la suma de \$ 500.000 para cada uno de los restantes coactores.

Contra lo así resuelto también se alza el único apelante, quien entiende que no se ha fundamentado debidamente en torno a la existencia y extensión de este rubro. También menciona medios de prueba de los que surge que los niños fueron criados con amor, que todos los padres fueron excelentes, que el descubrimiento de este error trajo tristezas pero también alegrías, entre

otras manifestaciones similares. Por último, considera excesivamente elevados los montos otorgados, especialmente si se los compara con los reconocidos frente a situaciones más graves como la muerte o una gran discapacidad.

Sabido es que los arts. 1078 y 522 del Código Civil derogado –aplicable a este caso- se referían al daño moral, y que estas normas eran de aplicación a las órbitas de la responsabilidad extracontractual y contractual, respectivamente.

Ciñéndonos al ámbito contractual por ser el que en este caso nos ocupa, la Excma. Suprema Corte Provincial tiene sentada una pacífica doctrina legal según la cual “En materia contractual –donde resulta de aplicación el art. 522 del Código Civil- el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo para no atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica quedando a cargo de quien lo invoca la acreditación precisa del perjuicio que se alega haber sufrido. En tal sentido se requiere la clara demostración de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos o de los negocios (Ac. 39.185, sent. del 27-XII-1988 en "Acuerdos y Sentencias", 1988-IV-631; Ac. 40.197, sent. del 21-II-1989 en "Acuerdos y Sentencias", 1989-I-149; Ac. 46.042, sent. del 23-IV-1992 en "Acuerdos y Sentencias", 1992-I, 769; Ac. 57.527, sent. del 20-XI-1996; Ac. 58.441, sent. del 30-IX-1997; Ac. 73.965, sent. del 21-III-2001 en "D.J.B.A.", 160, 192) (C. 89.068 “Flores...” del 18.07.07., con sus citas; puede consultarse “in extenso” esta Sala en causas n° 53.580, “Carotti”, del 10.12.09. y n° 53789, “Vicente”, del 13.05.2010, entre muchas otras).

Sin perjuicio de lo anterior, esta Sala tiene reiteradamente dicho que las diferencias de régimen que a primera vista parecerían desprenderse de la distinta redacción de los arts. 522 y 1078 del Código Civil son más aparentes que reales, ya que la primera de esas normas no debe ser interpretada en el sentido de otorgar al Juez facultades arbitrarias para conceder o no la indemnización, de lo que se sigue que de comprobarse una

lesión a un interés espiritual (ya sea por prueba directa o por presunciones) el Juez deberá conceder la reparación del daño moral (puede verse in extenso la causa de esta Sala n° 56681, “Armendano”, del 27.09.12., con sus citas, en especial de la S.C.B.A.; ídem Vázquez Ferreyra, “Los presupuestos del deber de reparar”, La Ley 2012-C, 671).

Haciendo aplicación de dicho criterio esta Sala ha considerado procedente el daño moral contractual en una innumerable cantidad de precedentes (vgr. causas n° 53.830, “Augelli”, del 24.02.11., en el que se reclamaba –entre otros conceptos- el daño moral por la privación de uso de un inmueble destinado a vivienda; n° 56003, “Lalli”, del 30.03.12., con ilustrado primer voto de mi estimada colega Dra. Lucrecia Comparato en el que se profundizan diversos aspectos del daño moral contractual; n° 59.268, “Zampieri”, del 22.12.14., entre muchos otros).

En el caso de autos, más allá de que la existencia misma del daño moral podría presumirse sin dificultad alguna por las características del hecho dañoso y los derechos personalísimos lesionados, también se ha producido prueba al respecto, como las pericias psicológicas de fs. 665/673, 675/679 y 680/684 y las declaraciones testimoniales, entre las que se encuentran las que menciona el “a quo” al tratar este rubro (fs. 513 y 515/516).

Asiste razón al demandado al señalar que de algunos medios de prueba se extrae que los actores atravesaron por sentimientos encontrados tras descubrir el error en el que se había incurrido y reencontrarse con sus padres o hijos biológicos (vgr. testigo R., fs. 513, respuesta a la pregunta 9na., donde al ser preguntada acerca de qué sucedió con los Sres. M. S. y R. D. luego de conocer al Sr. G. G. respondió “... le consta que una emoción terrible, tristezas, alegrías, depresión, de todo, algo que no se puede explicar.”). Sin embargo, entiendo que estos medios de prueba no hacen más que reflejar fielmente el torbellino de sentimientos opuestos que se genera en el común de las personas cuando se atraviesa por una situación semejante, en la que no es extraño que haya una dosis de “alegría” por la posibilidad de conocer la verdadera identidad y tomar contacto con los familiares biológicos. Sin embargo, no es difícil

representarse que los sentimientos negativos prevalecen muy ampliamente por sobre los positivos, debido a la privación, continuada en el tiempo, de la posibilidad de criar a los propios hijos –desde la perspectiva de los padres- o de ser criado por la familia de origen –desde la perspectiva de los hijos-.

Tampoco paso por alto que la prueba pericial psicológica fue impugnada por el demandado (ver fs. 691/702, 704/708 y 714/721), pero a la hora de evaluar este medio de prueba y sus impugnaciones bajo el prisma de la sana crítica (arts. 384 y 474 del C.P.C.C.) encuentro que la Perito describe fielmente los sentimientos a los que antes hacía referencia, a los que se suman la ya aludida “culpa” por no haber advertido el cambio de bebés en el sanatorio, la imposibilidad de volver el tiempo atrás, el haberse visto privado de ver crecer a los propios hijos y acompañarlos en sus momentos más importantes (casamiento, nacimiento de sus propios hijos), etcétera.

En lo que hace a la cuantificación del daño moral, tuve oportunidad de referirme extensamente a esta cuestión en la causa n° 59.268, “Zampieri”, del 22.12.14. –a cuya íntegra lectura remito en honor a la brevedad-, ya que allí había cuestionamientos muy puntuales sobre la metodología empleada para cuantificar este daño.

Sólo diré, a modo de prieta síntesis de las conclusiones arribadas en aquella oportunidad, que existen sólo dos sistemas para mensurar el daño moral, más allá de que ambos han sido formulados con diferencias de matices. En efecto, un sector de la doctrina y la jurisprudencia afirma que todo ha de quedar librado al prudente arbitrio judicial pero teniendo en cuenta toda una serie de circunstancias, tales como la gravedad objetiva del daño causado; que el daño moral se determina en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración provoca en el modo de estar de la víctima; la índole del hecho generador y demás circunstancias del caso (personalidad del ofensor y de la víctima, los sufrimientos y molestias padecidos, etcétera). Otro sector, en cambio, propicia la aplicación de la tesis de los “placeres compensatorios”, que ha tenido recepción en el art. 1741 del nuevo Código Civil y

Comercial y sobre la cual tuvimos oportunidad de exponernos en un reciente fallo de esta Sala que contó con primer voto de mi estimada colega Dra. Lucrecia Comparato (causa n° 60244, “Sosa”, del 26.04.16.).

También afirmé en esa oportunidad que ambas tesis tropiezan con un obstáculo imposible de superar en los supuestos de “daños irreparables”, como es el caso paradigmático de la muerte del hijo. Es que, como se dijo en un precedente de la Cámara bahiense reiteradamente citado en la causa “Zampieri”, en estos casos “... *el resarcimiento necesariamente debe ser infravalorado ya que la cuantificación del daño tiende al infinito ...*”. En idéntica orientación, se señala en los Fundamentos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que a la hora de fijar la indemnización hay limitaciones difíciles de superar, como ocurre, por ejemplo, con la indemnización dineraria que nunca puede conformar la desaparición de un ser querido.

Ahora bien, más allá de todas estas dificultades a las que nos enfrentamos a la hora de cuantificar el daño moral, entiendo que asiste razón a la accionada al afirmar que tal indemnización no podría en principio ser superior a la otorgada frente a otros padecimientos muy graves, como es – verbigracia- la muerte de un hijo. Sin embargo, disiento con el recurrente en tanto sostiene que en este caso la indemnización por daño moral debería ser sensiblemente más baja, ya que si bien es imposible “comparar” ambas situaciones entiendo, desde una perspectiva humanista (doctr. arts. 51 y 52 del nuevo Código Civil y Comercial), que la situación por la que debieron atravesar los seis coactores también es muy dramática.

Con las salvedades que anteceden, podemos tomar como parámetro un precedente de este tribunal del año 2009, que contó con primer voto de mi estimada ex colega Dra. Leticia Fortunato de Serradell, en el que se fijó la indemnización por el daño moral derivado de la muerte de un hijo de dos años, provocada por un accidente de tránsito, en la suma de \$ 120.000 para el único progenitor que promovió la demanda (causa n° 52964, “Ojues”, del 02.07.2009; es dable aclarar que me remonto a dicho precedente pues si bien hubo otros fallos posteriores de esta Sala en los cuales también se fijó daño moral

por el fallecimiento de un hijo, en todos ellos había condicionamientos procesales que incidieron en la determinación del quantum).

Ahora bien, no podemos perder de vista que ese precedente es –como se dijo– del año 2009, por lo que el monto allí fijado ha quedado absolutamente desactualizado como consecuencia de la inflación constante que durante estos años ha padecido nuestro país. Tanto es así que si tomamos algunos parámetros de referencia, tales como la evolución del ius previsional o del salario mínimo vital y móvil, y trasladamos esos \$ 120.000 al momento actual, obtendremos como resultado las sumas de \$ 481.164 y \$ 586.426 –respectivamente–, es decir, valores muy cercanos a los que en este caso fijó el “a quo” por daño moral (sobre la conveniencia de acudir a estos métodos puede consultarse a Toribio Enrique Sosa, “Actualización monetaria: no mera indexación matemática pero sí adecuación a través de métodos que consulten elementos objetivos de ponderación de la realidad que den lugar a resultados razonables y sostenibles” JA 2015-III, fascículo n° 12).

Por lo expuesto, entiendo que este agravio no es de recibo, y por ende deben confirmarse los montos fijados por el “a quo” en concepto de daño moral.

b) El último de los agravios se vincula con la procedencia y en su defecto cuantificación del **daño psicológico**, cuya reparación se fijó en \$ 40.000 para J. G., en idéntica suma para su cónyuge M. L., en \$ 48.000 para R. D., en \$ 28.000 para su cónyuge M. S., en \$ 40.000 para G. G. y en la misma suma para J. D..

Al expresar sus críticas en relación a este rubro (fs. 1333vta./1334) el Sanatorio accionado comienza afirmando que se fijaron montos mayores a los reclamados por la propia actora en el escrito de inicio, sin que tal reclamo hubiera estado sujeto “a lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse”. También refiere que la perito psicóloga informó sobre los gastos que devengarían los tratamientos futuros, pero en ningún caso fijó un porcentaje de incapacidad por daño psicológico. También aduce que los demandantes no

reclamaron gastos futuros de tratamiento psicológico, médico o psiquiátrico y por ende este concepto no es indemnizable.

Como vemos, este agravio apunta básicamente a denunciar la violación del principio de congruencia, por lo que para su abordaje es necesario efectuar un minucioso análisis del escrito de demanda (doctr. arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6to. y conc. del C.P.C.C.).

En esa faena, lo primero que se advierte –y que ya nos permite despejar una de las críticas- es que a fs. 131vta., es decir, en el lugar expresamente indicado por el “a quo” (fs. 1299vta.), se precisó que el objeto del reclamo era la suma de \$ 3.318.897,19 “... o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse...”.

Así las cosas, una primera conclusión a la que podemos arribar es que no es en sí mismo objetable que se hayan otorgado montos mayores a los consignados en la demanda, máxime cuando lo que ha pretendido el “a quo” –conforme se verá a continuación- es fijar valores actualizados al momento de la sentencia (en el mismo sentido esta Sala, causas n° 53.388, “Pesce”, del 21.10.09.; n° 53.322, “Larregina”, y sus acumuladas, del 22.10.09.; n° 53.571, “Ciolfi”, del 28.10.09.; n° 53.489, “Alvarado”, del 29.10.09.; n° 53.514, “Romay” del 18.11.09.; n° 55.358, “Strosio” del 01.12.11.; n° 57.741, “Iglesias” del 07.11.13; n° 59.970, “Fernández” del 22.09.15.; n° 60.274, “Jano”, del 12.11.15.; n° 60.002, “De Liberato”, del 22.12.15.; n° 60.399, “Bocazzi”, del 04.12.16., entre otras; en la misma dirección Toribio Enrique Sosa, “Actualización monetaria: no mera indexación matemática pero sí adecuación a través de métodos que consulten elementos objetivos de ponderación de la realidad que den lugar a resultados razonables y sostenibles” JA 2015-III, fascículo n° 12).

Despejado lo anterior, cierto es que los términos en los que fue requerida la indemnización del “daño psicológico” en el escrito de demanda nos podría enfrentar a dudas interpretativas sobre el exacto alcance de lo pretendido. En efecto, los actores se refieren a este rubro en el acápite VIII - titulado “Rubros Indemnizatorios”, obrante a fs. 141vta. y siguientes- apartado 2 - que lleva por título “Daño psicológico”, fs. 147 a 149vta.-. Ahora bien, este

segundo apartado comienza con una introducción en la que se hace referencia en términos genéricos a lo que debe entenderse por “daño psicológico”, afirmándose que debe distinguirse del daño moral pues el primero se traduce en una merma funcional que deriva en una **incapacidad** susceptible de ser medida en porcentuales según los distintos baremos en uso. Sin embargo, luego de esa introducción se introducen dos apartados. El primero lleva por título “Costo de atención psicológica” y allí se reclaman los montos necesarios para las **terapias psicológicas** que deberán afrontar cada uno de los actores, e inclusive se estiman sus montos. El segundo lleva por título “Gastos médicos” pero sólo se alude –en el desarrollo- a los **medicamentos** que hasta ese momento debieron adquirir J. G. y J. O. D., por las sumas de \$ 4.611,91 y \$ 485,28 –respectivamente-, las que fueron favorablemente receptadas en la sentencia bajo el rótulo de “daño emergente” (fs. 1301/1302), sin que mediaran agravios sobre el particular.

La duda interpretativa a la que antes hacía alusión se genera porque la lectura de esos pasajes de la demanda no deja en claro si se solicita la indemnización de la incapacidad devenida por el daño psicológico *más* el costo de las terapias psicológicas, o sólo lo segundo. A favor de la primera interpretación podría argumentarse que en esa “introducción” al rubro “daño psicológico” (fs. 147 y vta.) se habló claramente de la incapacidad generada por el daño psicológico. Pero a favor de la segunda interpretación podría argumentarse que lo anterior fue sólo una introducción, que el reclamo fue concretado en los apartados “a” y “b” donde se precisaron los montos exactos que se pretendían –tal como anteriormente se lo había hecho en relación al daño moral-, y que los montos concretamente reclamados quedaron plasmados en la liquidación final obrante a fs. 149vta., donde dentro del rubro “daño psicológico” sólo se vuelcan los montos estimados para las terapias.

Si pasamos al análisis de la sentencia en crisis, ésta también da lugar a alguna duda interpretativa, ya que en los primeros párrafos referidos al tema se alude a la **incapacidad** derivada del daño psicológico, pero luego el razonamiento se orienta hacia la indemnización de los **gastos de curación y convalecencia** (ver fs. 1299 y vta.).

Ahora bien, más allá de que es innegable que estas dudas interpretativas existen, entiendo que las mismas quedan superadas por los propios montos fijados en la sentencia.

En efecto, en el caso de los coactores J. G. y M. L., el “a quo” valora las pruebas testimoniales de reconocimiento de fs. 421/424 y especialmente la pericia psicológica obrante a fs. 665/673 -que es la practicada en relación a estos dos actores- concediendo a cada uno la suma de \$ 40.000 (fs. 1300vta.). Nótese que en el punto 8 de dicha pericia, obrante a fs. 671, que es expresamente transcrito por el “a quo”, se recomienda tratamiento psicológico y psiquiátrico, a razón de dos entrevistas semanales durante aproximadamente dos años, y se estima su costo en \$ 35.000 anuales. En la pericia no queda del todo claro si el costo de \$ 35.000 anuales es para cada una de las personas entrevistadas o para las dos, aunque si cotejamos esos valores con los estimados a fs. 677vta. en relación a otros dos co-actores (R. D. y M. S.), para quienes sí se los informó de manera individual por ser montos distintos, podemos inferir sin mayor dificultad que ese monto corresponde al tratamiento recomendado para cada uno de ellos. Esto nos lleva a concluir que el monto concedido en la sentencia en crisis no alcanzaría a cubrir el costo de los tratamientos indicados, y aunque por hipótesis pensáramos que el monto de \$ 35.000 anuales comprendía a ambos co-actores sólo se habrían concedido \$ 5000 de más para cada uno de ellos, monto que queda holgadamente absorbido por el tiempo transcurrido desde la realización de la pericia (04.10.13.), especialmente si tenemos en cuenta el criterio ya anticipado de fijar montos actualizados al momento de la sentencia inclusive de segunda instancia.

Un razonamiento análogo cabe respecto a los co-actores R. D. y M. S., ya que –como anticipamos- el “a quo” les otorgó las sumas de \$ 48.000 y \$ 28.000 respectivamente (fs. 1300vta./1301), pero los mismos resultarían inferiores a los estimados en la pericia si tenemos en cuenta que los valores allí informados -\$ 42.000 y \$ 22.000 respectivamente- son anuales y para cada uno de ellos.

Y otro tanto cabe decir respecto a los coactores G. G. y J. D., respecto a quienes se verifica una situación idéntica a la de J. G. y M. E. L., por lo que cabe el mismo razonamiento efectuado “ut supra” (ver pericia de fs. 680/684, especialmente respuesta al punto 8, y sentencia, fs. 1301).

Este análisis permite concluir que los montos fijados por el “a quo” en concepto de indemnización por el “daño psicológico” no son superiores –e inclusive serían inferiores- a los necesarios para afrontar las terapias indicadas y que fueran clara y expresamente reclamadas en la demanda. En consecuencia, y tal como se anticipara, entiendo que resulta abstracto analizar si se acreditó o no la existencia de una incapacidad psicológica irreversible, lo que a su vez también permite concluir que este agravio tampoco es de recibo.

Por todo lo expuesto, he de propiciar al acuerdo confirmar la sentencia de fs. 1283/1303 en todos sus términos.

XI) Sin perjuicio del contenido de mi propuesta decisoria, no pasa inadvertida al suscripto la situación que tangencialmente se menciona en los agravios (fs. 1332vta/1333), donde el accionado afirma que el monto de la condena le resulta “impagable”, lo que conduciría a su quebranto y a un grave problema para la salud de la población de nuestra ciudad.

Frente a una cuestión tan sensible, entiendo que en caso de quedar firme este decisorio podrá hacerse uso de las posibilidades que brinda el propio ordenamiento procesal para lograr la satisfacción del crédito pero sin causar perjuicios innecesarios (doctr. art. 534), sin que ello implique cercenamiento alguno a las facultades del acreedor.

Más aún, con idéntica finalidad, se recuerda a las partes que les asiste el derecho a solicitar una suspensión convencional de los plazos (art. 157 del C.P.C.C.). En función de ello, se les hace saber que si presentan un escrito común solicitando la suspensión de los plazos para deducir eventuales recursos extraordinarios contra este decisorio se les ofrece la posibilidad de convocar a audiencias conciliatorias en esta sede, las que se llevarían a cabo a la mayor brevedad posible (art. 36 inc. 4to. del C.P.C.C.).

Así lo voto.

Los Señores Jueces Doctores **Comparato y Bagú** **adhirieron** por los mismos fundamentos **al voto precedente**.-

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez **Doctor ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI**, dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, corresponde confirmar la sentencia de fs. 1283/1303 en todo cuanto fue motivo de agravios, sin perjuicio de hacer saber a las partes la posibilidad que se les confiere en el considerando XI. Con costas de alzada al recurrente (art. 68 del C.P.C.C.), difiriéndose las regulaciones de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 8904.

Así lo voto.

Los Señores Jueces Doctores **Comparato y Bagú** **adhirieron** por los mismos fundamentos **al voto precedente**.-

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del C.P.C.C., **se Resuelve**: Confirmar la sentencia de fs. 1283/1303 en todo cuanto fue motivo de agravios sin perjuicio de hacer saber a las partes la posibilidad que se les confiere en el considerando XI. Con costas de alzada al recurrente (art. 68 del C.P.C.C.), difiriéndose las regulaciones de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 8904. Notifíquese y devuélvase.

Esteban Louge Emiliozzi
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Lucrecia Inés Comparato
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ante mi

Dolores Irigoyen
Secretaria
-Sala 1-
-Cam.Civ.Azul-