

En la ciudad de General Roca, a los 30 días de abril de 2024. Habiéndose reunido en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro con asiento en esta ciudad, con la presencia de la señora Secretaria actuante, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**SANCHEZ EVA C/ HOSPITAL CHOELE CHOEL Y/O SALUD PUBLICA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (SUMARIO) (P/C BENEFICIO EXPTE. N° 11114/06)**" (**Expediente CH-47244-C-0000**), venidos del Juzgado Civil nro.31, previa discusión de la temática del fallo a dictar procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron:

EL SR. JUEZ DR. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ DIJO: I.- Llega nuevamente estos autos al acuerdo. Esta vez para resolver en definitiva, respecto del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia de fecha de fecha 12/07/2019 obrante a fs. 198/204.

Cabe recordar que por sentencia de fecha 3/04/2023, atendiendo aquél recurso declaramos la nulidad de la sentencia apelada, disponiendo la realización de una nueva pericia médica, tras lo cual, presentado alegatos solo por la parte actora, se llamó a autos para sentencia.

II.- En aquella oportunidad, declaramos la nulidad en tanto consideramos que la juzgadora se había apartado de los términos de la relación procesal, no pronunciándose respecto de la atribución de responsabilidad por falta de servicio que se le adjudicaba a la Provincia de Río Negro.

En tanto lo considero de importancia para comprender mejor los fundamentos de la propuesta de solución que aquí he de formular, transcribiré seguidamente los párrafos centrales de aquella sentencia de fecha 3/04/2023.

Teniendo a cargo el voto fundante, entre otros conceptos expuse en la oportunidad: "2.- La sentencia que ahora se cuestiona, en lo sustancial, dispuso rechazar la demanda. Resumidamente, la Magistrada consideró que la pretensión de la parte actora se encarriló en la responsabilidad médica del galeno interviniente en la atención de su hijo menor, y consecuentemente la responsabilidad refleja de los demandados, por lo que entendiendo que no hubo acreditación probatoria de la responsabilidad del médico interviniente no podía determinar la responsabilidad del centro de salud donde actuara el mismo, en este caso el Hospital Zonal de Choele Choel y/ o Salud Pública de la

Provincia de Río Negro (Estado Provincial), lo que devenía inexcusablemente en el rechazo de la demanda. 3.- La parte actora se alza contra este modo de resolución del caso entendiendo que ha existido por parte de la Magistrada una interpretación arbitraria del relato de los hechos y la pretensión de responsabilidad desarrollada en la demanda. Sin perjuicio de como siempre aclaro, podrá recurrir a las presentaciones cargadas en el sistema PUMA para su atenta y minuciosa lectura, referiré sucintamente a los lineamientos principales de los agravios esbozados. 3.1.- En cuanto al primer agravio, se esgrime un limitado y parcializado análisis de los hechos relatados por la actora en la demanda. Así, la recurrente expone un extracto de la sentencia al que imputa que desde allí se parte de un error de interpretación, pues señala que en los postulados donde atribuye responsabilidad a la demandada, se indicó y se hizo referencia a la noción de "falta de servicio". Cita textualmente la parte donde hace esa referencia en la demanda: "La noción de falta de servicios proviene de la responsabilidad del Estado. Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en condiciones adecuadas para llevar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular. Cuando se omite cumplir con este deber hay una falta de servicio, una organización irregular. Si esta organización irregular causa un perjuicio, habrá imputación objetiva de responsabilidad". Sostiene que en los alegatos se volvió a hacer mención a aquel supuesto de responsabilidad, remarcando que la voluntad de la actora era mantener el reproche en ese sentido. Expresa que no entiende por qué en los considerandos se dejó sentado que no fue postulada en la demanda la falta de servicio de la demandada, por falta de equipamiento o tecnología adecuada o especialización, indicando que de haberse tomado en cuenta por la Magistrada ello el resolutorio hubiera sido diferente. Solicita que se efectivice el principio procesal conocido como "iura novit curia", ampliamente reconocido y sostenido por la jurisprudencia imperante; ello con fundamento en que si de los hechos alegados y probados por las partes, emerge la responsabilidad de la demandada, amén de que la actora haya o no formulado el encuadre jurídico que deba aplicarse a dicho supuesto, es facultad de los jueces aplicar la normativa correspondiente. Insiste que en autos emerge con claridad la deficiente prestación del servicio de salud brindado por la provincia, debido a la escasa dotación tecnológica y humana (recuerda que un médico laboralista acompañó al menor en su traslado) recibida por el fallecido. Menciona que prueba de ello se ha rendido en autos, y fue resaltada en los alegatos, pero a consecuencia de ésta errónea apreciación de los hechos no se hizo lugar a la demanda.

3.2.- El segundo refiere a errónea apreciación de la prueba. Entiende el recurrente que no se ha valorado correctamente la prueba ofrecida, específicamente al haberse limitado la sentenciante en intentar dilucidar la existencia de un solo supuesto fáctico, tal cual es el actuar culposo o no del galeno; dejando de lado aquella prueba producida en autos que permite tener por acreditada la deficiente prestación del servicio de salud prometido por la provincia. Apunta que el niño falleció producto de no recibir la atención de calidad, oportuna y especializada, surgiendo ello del análisis de la historias clínica del menor. Indica que a fs. 156 obra hoja de derivación, donde se aprecia que fue derivado sin un diagnóstico preciso, sino tres diagnósticos presuntivos. Expone que en esas condiciones el niño y su madre partieron hacia la ciudad de General Roca, acompañado por la enfermera Lidia González y el Dr. Ricardo Marulanda, respecto de quien resalta su especialidad de médico laboral, lo que se tuvo por acreditado en autos. Relata que en estas circunstancias en que llegando a la ciudad de Villa Regina, y por las dificultades del cuadro del menor, fallece, a pesar de haber ingresado de urgencia a la guardia del Hospital de Villa Regina y las atenciones brindadas por una médica pediatra. Menciona que por las particulares circunstancias en que se produjo el deceso del menor, sin dudas movilizaron a la Dra. Gómez a radicar denuncia penal para que se investigue el hecho y se determine la responsabilidad que cabría atribuir a cada agente, por la actividad desplegada, hecho que pone énfasis la recurrente transcribiendo los términos en los que quedó sentada la denuncia penal. Señala como hechos de gravedad la falta de conocimiento del diagnóstico por parte del galeno que prestó servicios en el traslado del niño. Considera que esta prueba no fue valorada por la magistrada pues como no se refiere a la culpa médica, fue descartada; lo que a su criterio es un agravio, atento que la misma sí prueba la deficiente prestación del servicio prometido constitucionalmente por la Provincia. Seguidamente, detalla el testimonio de la enfermera acompañante, Lidia González, en su declaración testimonial obrante a fs. 138/142, como el del Dr. Marulanda, destacando un fragmento de su declaración "...Que en el caso del menor Jara, si el hospital hubiera tenido el equipamiento y personal especializado, se hubiera evitado su fallecimiento". Concluye que a su entender es inaudito que los términos de dicha confesión no hayan sido valorados. Describe que en la declaración explicativa de la Dra. Villalonga dejó sentado cuales eran las falencias del servicio de salud, apuntando la recurrente que es el Ministerio de Salud el encargado de equiparlo por lo que debe asumir la responsabilidad civil por el incumplimiento incurrido. Entiende que de todo lo detallado en materia probatoria se colige la deficiente prestación del servicio

de salud prometido, pero que la jueza directamente no valoró dicha prueba por considerar que en los postulados de la demanda no se refirió a los supuestos de falta de servicio o deficiente prestación de servicio, lo cual entiende como un error”.

Más adelante, al brindar ya de lleno los fundamentos para declarar la nulidad de la sentencia, expuse. “.... 5.1.- Aunque muy escueto el desarrollo de lo atinente a responsabilidad en el escrito de demanda, surge claro de éste que más que centrarse en una práctica médica determinada se formula un cuestionamiento general, atribuyéndose responsabilidad contractual y falta de servicio para la responsabilización del Estado demandado. De la lectura de la sentencia, tal como marcó el recurrente la magistrada se aparta de la pretensión de la actora, para encarrilar el análisis jurídico de los hechos relatados sólo respecto de la supuesta mala praxis médica, obviando la falta de servicio por parte del Estado. Cabe en este sentido hacer hincapié que en el escrito de demanda, en el capítulo “Responsabilidad de la demandada” (fs. 15), se expresa “Existiendo en la práctica del caso una relación contractual que vinculaba tanto con el médico como con el Hospital y obteniendo como resultante de la ejecución del contrato la indiscutida responsabilidad del médico en su actuar de mala práctica, el hospital resulta también responsable de los daños causados cuando existe una relación contractual accesorio de seguridad por parte del nosocomio que se traduce en la eficacia del servicio de salud prometido, obligación incumplida en el caso subexamen”. Más adelante se desarrolla en esa pieza, la noción de falta de servicio a los fines de atribuir responsabilidad a la Provincia y así se expone: "La noción de falta de servicios proviene de la responsabilidad del Estado. Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en condiciones adecuadas para llevar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular. Cuando se omite cumplir con este deber hay una falta de servicio, una organización irregular. Si esta organización irregular causa un perjuicio, habrá imputación objetiva de responsabilidad". 5.2.- Y frente a tal planteo, la juzgadora se centra en el análisis de la eventual mala praxis profesional, para ponderar la responsabilidad del Estado solo por la responsabilidad refleja emanada del entonces vigente art. 1113 del Código Civil, sin considerar lo atinente a la responsabilidad contractual, obligación accesorio de seguridad y el reproche de responsabilidad por falta de servicio. Se expone en la sentencia -copio los párrafos centrales al respecto- “... Si bien la actora en sus alegatos cita avalando su reclamo las testimoniales tomadas a los médicos cuestionados y la enfermera que acompañara en la ambulancia de la derivación, no encuentro en estos

testimonios aval para responsabilizar al estado por el actuar de los médicos tal como fuera entablada la demandada. En este estado he de manifestar que no encuentro probada la relación de causalidad, que le atribuye la actora a la demandada. No existe prueba que acredite que el actuar médico y/o la mala praxis médica ha sido la causal del fallecimiento del niño. He de destacar que no fueron postulados de la demanda la falta de servicio de la demandada, por falta de equipamiento o tecnología adecuada o especialización, que pareciera insinuar la actora con posterioridad, que no será tomada como una postulación a analizar por el principio de congruencia y las garantías de debido proceso y defensa en juicio que he de resguardar. En cuanto a este criterio de desarrollo de la sentencia, cabe citar la reiterada jurisprudencia que avala la metodología: "Así, el Juzgador no tiene el deber de tratar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que estimen que posean relevancia para sustentar sus conclusiones (fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272: 225; 308:2172; 301: 267). Es sabido que para apreciar la culpa médica, debe meritarse en concreto la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar (art. 512, Cód. Civil), todo ello a la luz de lo dispuesto por el art. 902 del Cód. Civil. Y estas pautas deben compararse con el obrar ideal de un médico prudente del tipo al que pertenezca el deudor (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto, "Prueba de la Culpa Médica", Ed. Hammurabi, ps. 96 y sgtes.). Es necesario entonces, verificar que no se han tomado los recaudos necesarios, los elementos de rutina y que, como resultado de ello, ha sobrevenido el infortunio que padece la víctima... En este estado considero que puedo asegurar que no ha existido responsabilidad del Estado por el actuar profesional de médico demandado, en la forma planteada por la actora.... Consecuentemente no habiéndose tratado de una negligencia, impericia o imprudencia del médico interviniente y tratándose de una obligación de medios la que se encontraba a su cargo, es que considero y sin perjuicio de ser reiterativa, la demanda no puede prosperar. VI. Consecuentemente no habiendo responsabilidad del médico interviniente, no existe obligación del centro de salud donde actuara el mismo, en este caso el Hospital Zonal de Choele Choel y/ o Salud Pública de la Provincia de Río Negro (Estado Provincial). Sin lugar a dudas la responsabilidad del médico, determina a su vez la responsabilidad del Centro de salud en que realizara la práctica, ello por cuanto como lo expresara nuestro STJ en el precedente "Gullota": 5.3.- Queda claro entonces que se omite por completo el tratamiento del reproche de falta de servicio, así como el de incumplimiento del deber de seguridad como presupuesto de responsabilidad del Estado, para lo que no

encuentro justificación. Es que más allá que ni el tribunal de oficio ni mucho menos los demandados cuestionaron la redacción de la demanda pidiendo aclaraciones al respecto (si lo hubieren entendido confuso estos últimos pudieron haber planteado excepción de defecto legal a tal fin, así como el tribunal pedir aclaraciones de modo de garantizar el derecho de defensa), cabe ser más flexible a la hora de ponderar el escrito de demanda. No puede soslayarse la especial complejidad que entraña el relato de los hechos en este tipo de casos para las víctimas, cuando además de las dificultades propias de quien debe referirse -generalmente sin formación académica o experiencia alguna- a prácticas de una ciencia que le es ajena y otra cuestiones que no son del conocimiento del común de la gente, desconocen en general lo que ocurrió puesto que se llevan a cabo en espacios que se encuentran fuera de su alcance o correcta percepción. Ello, entiendo, dificulta el planteo o relato de los hechos con precisión, siendo de ordinario que tras la incorporación de la prueba, recién allí se tiene un posible acercamiento a la realidad de los hechos suscitados como para formular precisiones. Pretender una precisión exacta tanto de los hechos, como de la imputación de responsabilidad entiendo resulta un exceso procesal que no se corresponde con los derechos que se encuentra en debate. Lo que quiero ilustrar es, que respecto de la carga de la afirmación que encuentra su recepción en el art. 330 inc. 4 del CPCC. que tiene como uno de los requisitos para el escrito de demanda, la explicación clara de los hechos, debe ser analizada sin tanta rigurosidad, aunque siempre obviamente respetando el derecho de defensa, así como el principio de congruencia no pudiéndose en el caso válidamente sostener en mi opinión que estos pudieren haber estado comprometidos como para no tratarlos. Viene al caso un precedente de la Suprema Corte de Buenos Aires, "Dillon, Bernardo Alfredo c/ Aparicio, Julio César y otros s/ Daños y perjuicios", Expte. N° C 101224, fallo del 26/08/2009. Puede extraerse del voto del Dr. de Lazzari, luego de reseñar los términos de la demanda, "parece lógico ese modo de reflejar la plataforma fáctica de la litis. Es que el paciente carecía de elementos concretos que le permitiesen identificar la mecánica del daño con total minuciosidad. Sólo tenía a su alcance su propia experiencia personal previa a la operación, (...), y posterior a la misma (...) Esta ha sido la caracterización de los hechos, ciertamente condicionada por las particularidades del caso, desde que el afectado francamente ignora qué es exactamente lo que ha sucedido en la intimidad del quirófano. Solamente tiene a la vista el desenlace final, que en su opinión lo autoriza a imputar responsabilidad a los demandados en tanto la consecuencia (...) se exteriorizó después de la intervención". 5.4.- El estado demandado

es quien se ha encontrado y encuentra en mejor posición para probar, y antes para ilustrarnos, tanto respecto de lo que ocurrió en el marco de la atención al menor fallecido, como así también de los recursos médicos y materiales que disponía para la atención de salud a su cargo de modo de ponderar la eventual falta de servicio o incumplimiento del deber de seguridad. La muerte en el traslado está fuera de discusión que no era lo esperado. En consecuencia es menester conocer qué fue lo que pasó para tal desenlace que no era el normal y, en tal cometido, no son sino los demandados los que están en mejores condiciones de aportar información al respecto, siendo injusto y contrario a las pautas de aplicación e interpretación previstas por los arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial, reprochar a las víctimas por supuesta falta de precisiones. Tanto más cuando no se le ha permitido en tal caso subsanar ello, lo que debió hacerse eventualmente con una providencia conforme lo previsto por el art. 34 inc. 5-a) del CPCyC (art. 34: Son deberes de los Jueces: 5.a.- Señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades) o bien rechazando la demanda por incumplimiento de las exigencias del art. 330 del CPCyC (conf. art. 337 CPCyC) lo que hubiere posibilitado también la corrección. Jamás guardar silencio para luego reprochar defecto legal en el modo de proponer la demandada para omitir considerar el reproche central de responsabilidad que el actor desarrollara en ésta. La Salud es un derecho individual -el más básico- y un bien social conforme lo reconoce nuestra constitución provincial que es muy clara en atribuir al Estado Provincial el deber de garantizar ésta a todos los habitantes. No otra cosa puede interpretarse del art. 59 en tanto expresa; “La salud es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Los habitantes de la Provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, debiendo cuidar su salud y asistirse en caso de enfermedad. El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación. Incluye el control de los riesgos biológicos y socioambientales de todas las personas desde su concepción, para prevenir la posibilidad de enfermedad o muerte por causa que se pueda evitar. Mediante unidad de conducción, el Estado Provincial garantiza la salud a través de un sistema integrador establecido por la ley con participación de los sectores interesados en la solución de la problemática de la salud. Organiza y fiscaliza a los prestadores de la salud, asegurando el acceso, en todo el territorio provincial, al uso igualitario, solidario y oportuno de los más adecuados

métodos y recursos de prevención, diagnóstico y terapéutica. La ley organiza consejos hospitalarios con participación de la comunidad. Los medicamentos son considerados como bien social básico y fundamental. La autoridad pública implementa un vademecum y las medidas que aseguren su acceso a todos los habitantes” (todos los subrayados me pertenecen). Entonces, es el Estado quien debe decir con el mayor detalle posible qué fue lo que se hizo. Qué prestaciones y con qué recursos se efectuaron, así como incluso -en palabras del texto constitucional- si se aseguró al niño el uso “igualitario, solidario y oportuno de los más adecuados métodos y recursos de prevención, diagnóstico y terapéutica”. Agreguemos a ello que con las previsiones de los artículos 54 y 55, la Constitución Provincial formula una previsión igual al del art. 1112 del Código Civil que diera pie fundamentalmente en el ámbito del Derecho Administrativo a desarrollar la noción de falta de servicio. Y el tratamiento del caso bajo el reproche de falta de servicio varía sustancialmente respecto del de mala praxis a la que se ha limitado la juzgadora. La responsabilidad del Estado no surge refleja (art. 1113 CC) por el obrar culposo de los médicos y personal, sino que es directa, prescindiéndose del dolo o culpa de aquellos. Expresa al respecto Galdós comentando fallos del cimero tribunal de la Nación, “La valoración de la violación o anormalidad del servicio regular (esto es, la falta de servicio como factor de atribución de responsabilidad) o, lo que es equiparable, la ponderación de su funcionamiento irregular, anómalo o defectuoso, o directamente de su incumplimiento total, presupone una "apreciación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. En otras palabras -concluye la Corte- no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio, porque la responsabilidad no es subjetiva sino objetiva”. (Galdós, Jorge M., “Responsabilidad del Estado por Falta de Servicio y la Doctrina de la Corte Nacional”, Publicado en: RCyS 2011-V, 79. Cita: TR LALEY AR/DOC/1075/2011). 5.5.- En mi opinión, hubo un claro apartamiento de la plataforma fáctica expuesta por la parte actora, que vicia la sentencia como acto jurisdiccional. Queda demostrado que se ha incurrido en una injustificada omisión de pretensiones planteadas por la actora, lo que inevitablemente vicia la labor jurisdiccional, pues no cumple con los requisitos de una correcta sentencia. Se verifica una omisión en el pronunciamiento que lleva a dejarlo sin efecto conforme reiterada doctrina de la Corte Suprema de la Nación (Fallos: 330:2234, 2564 y 4706). Se omitió la concreta consideración de un planteo serio que ineludiblemente debía abordarse para

dar una correcta solución al litigio (CS, Fallos: 303:1017; 311:119; 312:1150; 313:1427; 319:2416, entre otros) lo que conlleva la nulidad del pronunciamiento apelado”.

Finalmente, como recordaba, con la declaración de nulidad, como medida previa al dictado de la nueva sentencia, se dispuso la realización de una pericia médica. Me expresé en estos términos al respecto: “5.6.- Propuesta la nulidad de la sentencia por vicios de la propia sentencia y no por actos anteriores a ésta, conforme doctrina legal cabe a la Cámara dictar el nuevo pronunciamiento atendiendo las pretensiones de las partes. No obstante, para tal cometido, tal como también lo hemos decidido en otras causas, es menester disponer la realización de una pericial médica, la que propongo como medida de mejor proveer. Es que no obstante lo expuesto precedentemente en el punto 5.5, entiendo conveniente que para la correcta solución del caso se proceda a la realización de una pericial médica que nos ilustre adecuadamente con base en la Historia Clínica y demás registros y prueba colectada tanto en este expediente como en el penal, sobre todo lo atinente a la atención del niño Maximiliano Jara desde su presentación en el Hospital de Luis Beltrán el día 31 de agosto de 1996 hasta su fallecimiento. De compartirse este voto, quien sea designado como perito, deberá informar con la mayor amplitud y detalle posible respecto a lo que se hizo en pos del diagnóstico y tratamiento del niño, precisando sobre los recursos -tanto humanos como materiales- con los que contaban cada uno de los hospitales en que fue atendido, así como los demás existentes en la zona, sean estos públicos o privados. Interesa saber si hubo técnicas de exploración o diagnóstico que pudieron haberse implementado para un más oportuno diagnóstico y tratamiento, con precisiones al respecto. Interesa conocer también si pudieron haberse adelantado las distintas derivaciones o realizar otras, para mejorar la calidad de la atención y aumentar las oportunidades de evitar el trágico desenlace. También sobre las características de los recursos para el traslado (ambulancia y personal) y si podrían estos haber sido mejores o de otras características siempre en miras de incrementar las oportunidades o chance de superación del problema de salud. Interesa conocer sí además de los centros de atención pertenecientes a Salud Pública, existían en el año 1996 clínicas, sanatorios u otros centros de atención médica, así como medios de transporte sanitario, con mejores o mayores recursos humanos y materiales que los utilizados (especialmente técnicos) para la atención del niño Maximiliano Jara. Informá el perito al tribunal sobre todo cuanto estime de interés para la más justa resolución del caso, teniendo en cuenta lo expuesto en el punto 5.5 de este voto respecto

de la previsión del art. 59 de la Constitución Provincial, indicando además cuál ha sido la causa del fallecimiento del niño. Tendrá en cuenta el perito la conveniencia de la más amplia ilustración al tribunal pero teniendo en cuenta que lo que resta resolver es la eventual responsabilidad del Estado desde la óptica no abordada en primera instancia, tal como expusiéramos precedentemente”.

III.- Se designó perito médica a la Dra. Fontana quien presentó el respectivo informe por PUMA en fecha 10/08/2023 (11:14:26 hs.) y habiéndose corrido traslado a las partes, la pericia no fue objeto de impugnaciones ni observaciones o pedidos de aclaración de algún tipo. Puesto el expediente para alegar, solo cumple con tal cometido la parte actora quien reitera presentaciones anteriores y agrega consideraciones respecto del informe pericial, reiterando que se haga lugar al recurso que entiende apotocado por el informe de Fontana.

ANÁLISIS DEL CASO Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN:

IV.1.- Ingresando al análisis del caso, entiendo pertinente señalar que hemos expresado recientemente en “ABDALA C/ MINISTERIO DE SALUD DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO” (sentencia de fecha 28/02/2024 correspondiente al Expte. CH-59905-C-0000): “ respecto de la supuesta ausencia del nexo causal cabe resaltar que existe firmeza en cuanto a que, en el presente, se ha configurado la responsabilidad objetiva del Estado provincial, en el sentido de que la prestación del servicio público de salud y la asistencia sanitaria cumplida en un establecimiento médico estatal, es la consecuencia de la asunción por el Estado de una función que le es propia. Destaquemos en tal sentido que el art. 59 de la Constitución Provincial, tras proclamar que “La salud es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana” y que “Los habitantes de la Provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual”, pone en cabeza de las autoridades provinciales las actividades inherentes a tal fin disponiendo que “Mediante unidad de conducción, el Estado Provincial garantiza la salud a través de un sistema integrador establecido por la ley con participación de los sectores interesados en la solución de la problemática de la salud”. Las autoridades conforme el mandato constitucional tienen a su cargo “acciones integrales de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación”, debiendo asegurar “el acceso, en todo el territorio provincial, al uso igualitario, solidario y oportuno de los más adecuados métodos y recursos de prevención, diagnóstico y terapéutica”. Y como también allí se establece debe “prevenirse la posibilidad de enfermedad o muerte por causa que se pueda evitar”.

Asimismo, el art. 55° de la constitución local, Establece que la Provincia será responsable por sí y por los actos de sus agentes realizados con motivo o en ejercicio de sus funciones.

En esa línea argumental, se parte de una situación objetiva de falta o deficiente servicio que el Estado, por mandato constitucional, debió garantizar, por lo que la culpa en estos casos no requiere la individualización del sujeto o agente estatal, así como tampoco la identificación y acreditación de su eventual negligencia o culpabilidad. Remarquemos que la demandada debe garantizar altos estándares de eficiencia y eficacia en la prestación del servicio de salud, estando obligada a “prevenir la posibilidad de enfermedad o muerte por causa que se pueda evitar”.

IV.2.- De la atenta lectura del informe de la Dra. Fontana surge la existencia de un sinnúmero de prácticas médicas de diagnóstico y terapéutica que de haberse implementado podrían haber variado el resultado fatal, más allá de los problemas de salud que desde el nacimiento aquejaban al niño. Problemas estos que dicho sea de paso, eran por demás conocidos en el medio hospitalario y que por consiguiente debió llevar a alertar sobre la necesidad de derivaciones más tempranas, además del traslado con mejor equipamiento y asistencia profesional que si no podía ser pública, podía ser privada, teniendo en cuenta siempre aquél mandato del art. 59 que refiere a todos los recursos existentes.

Remarco especialmente estos párrafos del dictamen pericial que, reitero, no fue impugnado:

“El 31 de agosto de 1996, ingresa al hospital de Choele Choel, derivado del Hospital de Luis Beltrán, con un cuadro de dificultad respiratoria y distensión abdominal, que no mejoraba con el tratamiento antibiótico por vía oral.

Es evaluado por medica pediatra (F21-22 CP) Dra. Villalonga, quien al corroborar agravamiento del cuadro y la falta de respuesta al tratamiento instaurado, indica su derivación urgente a un centro sanitario de mayor complejidad. Describe a un paciente febril, con dificultad respiratoria, con abdomen distendido, cianosis (coloración azulada), con edemas y desarrollando una anuria (no orina) en las últimas horas. Para el diagnostico se le realizan radiografías de tórax, examen físico y exámenes de laboratorio. También fue evaluado por un médico cirujano (F23 CP) por su cuadro abdominal, quien también sugiere derivación a un centro de mayor complejidad.

Para tratamiento se realiza medicación por vía oral e intramuscular (antibióticos, corticoides y antitérmicos) y broncodilatadores por nebulizaciones.

Por los antecedentes referidos de múltiples internaciones y las características del niño, no tenían accesos venosos (no podían colocarle suero), ya que las venas de los miembros y el cuello, al haber sido utilizadas en internaciones previas (canalizadas) ya no se encontraban disponibles. Esto dificultaba enormemente el acceso a tratamientos más complejos a través de hidratación y medicación endovenosa. Es importante conocer, que en estos casos de niños pequeños con múltiples internaciones, se requiere de instrumental y personal altamente especializado (cirujano infantil) para acceder a la terapia endovenosa por la dificultad en dichos accesos.

El niño es derivado a la mañana siguiente, en ambulancia al hospital de General Roca. Durante el viaje se descompensa su cuadro clínico e ingresa al Hospital de Villa Regina donde presenta un paro cardiorrespiratorio que no responde a las maniobras de reanimación y fallece”.

He también de recordar otros párrafos del informe pericial que comentamos y que resultan de suma utilidad para la solución del caso.

Al abordar el punto 2, en que se le solicitaba precisiones sobre los recursos -tanto humanos como materiales- con los que contaban cada uno de los hospitales en que fue atendido, así como los demás existentes en la zona, sean estos públicos o privados, entre otros conceptos expuso: “No existe en autos documental que informe específicamente sobre los recursos e instituciones.

Lo que se puede inferir de la información presente en el expediente es lo siguiente: 6 Según testimonial de Dra. Villalonga, medica pediatra de Choele Choel (F 153-155 CP), se extrae la siguiente información:

- Que el Hospital De Choele Choel es de complejidad 4 y el de General Roca de complejidad 6
- Que ella era la única pediatra del hospital en ese momento (también se acredita en informe de hospital en F118) y que se encontraba cursando el octavo mes de embarazo.
- Que la ambulancia está equipada con una caja de paro o de urgencias y oxígeno.
- Que el hospital no cuenta con oxímetro de pulso, ni con un aparato de gases, ni con un respirador.
- Que el hospital no cuenta con terapia intensiva ni un medico de terapia intensiva. Que no hay neurólogo.

Según testimonial de Lidia González, enfermera que participó del traslado en la

ambulancia (F 138-140 CP)

- Que la ambulancia llevaba una caja de derivación pediátrica, que llevaba oxígeno, elementos de reanimación, medicamentos de urgencia, sueros, guía de suero, abocath de distintos números, otras agujas denominadas butterfly, solución fisiológica, de ringer, bicarbonato de sodio, cloruro de potasio, etc.

Según testimonial de Dr. Ricardo Marulanda, quien acompañó al menor en la ambulancia, (F150-152 CP)

- Que en la ambulancia había oxígeno y una caja de derivación.
- Que la ambulancia no estaba equipada con un monitor.
- Que el hospital no cuenta con neonatólogo, ni traumatólogo, ni cardiólogo.
- Que el hospital solo tiene un desfibrilador.
- Que el hospital no tiene equipamiento ni personal especializado.

Informe de Hospital de Choele Choel (F118 CP)

- No se encontraba en funcionamiento el servicio de neonatología.
- En ese momento se encontraba solamente como pediatra la Dra. Villalonga.

No surge de la documental presente en autos más información sobre la disponibilidad de los recursos institucionales de salud públicos y privados disponibles en el año 1996, ni con qué recursos materiales y humanos contaba cada uno.

En cuanto al punto 3, en el que señalábamos que interesa saber si hubo técnicas de exploración o diagnóstico que pudieron haberse implementado para un más oportuno diagnóstico y tratamiento, con precisiones al respecto, la experta entre otros conceptos expuso:

“El niño requería al momento de la última internación, medios diagnósticos y terapéuticos adicionales que no estaban disponibles en la institución en la que se le estaba brindando atención (Choele Choel). A criterio de esta perito y con la información recabada en la documental, el niño podría haber requerido entre otros:

estudios por imágenes (tomografía computada de tórax y abdomen, ecografía abdominal, eventualmente resonancia magnética nuclear para evaluación neurológica, etc.)

- Monitorización permanente de función cardiovascular y respiratoria (saturometría, electrocardiografía, medición de presión arterial, etc.)
- Asistencia respiratoria mecánica en caso de requerirla por progresión de la enfermedad

respiratoria.

-Diálisis en caso de requerirla por detrimento de la función renal.

- Laboratorio para realizar estudios de sangre, orina, cultivo bacteriano, etc.

-Personal de salud especializado, como terapeutas pediátricos, cirujanos infantiles, neurólogo infantil, nefrología, neumología, todos con especialización en la atención de pacientes pediátricos.

- Disponibilidad de quirófano con recursos para atención de pacientes pediátricos.

En cuanto a si pudieron haberse adelantado las distintas derivaciones o realizar otras, para mejorar la calidad de la atención y aumentar las oportunidades de evitar el trágico desenlace., la experta expuso: “Se desconoce el protocolo vigente a la fecha del evento (año 1996) que regia la derivación de pacientes en el ámbito de la salud pública de la Provincia de Río Negro, los recursos de traslado con los que se contaban y las instituciones que podían recibir a este tipo de pacientes, por lo que no puedo afirmar si existía la posibilidad de generar un traslado más rápido para mejorar y aumentar las oportunidades del niño.... No obstante ello, es esperable por haberse tratado de un centro de salud de baja o mediana complejidad como puede haber sido el hospital de Choele Choel (complejidad IV), no cuenta con los recursos especializados, tanto humanos como de equipamiento e infraestructura que requieren la atención de un niño con una enfermedad grave y crónica como la que presentaba Maximiliano Jara en ese momento y que además reitero no puede ser analizada adecuadamente con los datos obrantes en la causa”.

A partir de la adhesión de la provincia al Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica, se toman como referencia una categorización por niveles de riesgo basada en la factibilidad de resolución de los riesgos de enfermar y morir del ser humano.

El eje está determinado por la demanda y las necesidades de salud de la población y no por la oferta de servicios que caracterizaba al modelo anterior.

Cabe destacar que El Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica (PNGCAM) fue creado por Resolución Secretarial N° 432 del año 1992 y refrendado por el Decreto N° 1424 del año 1997, por lo que no se encontraba vigente al momento en que Maximiliano Jara se encontraba con vida (interpreto un error porque siendo el hecho que nos ocupa del año 1996, la resolución el Programa ya había sido creado y en el año 1997 solo fue ratificado).

Sí existía en nuestra provincia una norma que regía la organización del sistema de salud

pública, donde describe la organización por complejidades: Ley Provincial N° 2570 - Reformulación del Subsector Público. Resolución N° 745/86 – Estructuras y Reglamento de Áreas Programas (1986) De aquí se puede extraer las características que presentaban los establecimientos de complejidad IV y VI:

NIVEL IV A Y IV B: Aparece la diferenciación en las cuatro clínicas básicas: Clínica Médica, Cirugía General, Pediatría y Toco ginecología, tanto en consultorio como en internación y odontología en forma permanente.- En él, ya encontramos Cirugía como actividad regular y una mayor complejidad de servicios de apoyo.- Los establecimientos de este nivel están ubicados en núcleos urbanos.-

NIVEL VI: A las cuatro Clínicas Básicas se agregan algunas especialidades quirúrgicas, tanto en consultorio como en internación.- Se hacen más complejos los Servicios Auxiliares de diagnóstico y tratamiento ya presentes en el Nivel IV y aparecen Anatomía Patológica y Electrodiagnóstico.- Se encuentra en centros urbanos de relativa importancia con frecuencia como cabecera de Zona Sanitaria”.

En cuanto a las características de los recursos para el traslado (ambulancia y personal) y si podrían estos haber sido mejores o de otras características siempre en miras de incrementar las oportunidades o chance de superación del problema de salud”, la perito expresó: “En cuanto a las características y equipamiento de la ambulancia, surge de la descripción realizada por el personal sanitario (ver testimonial del chofer de la ambulancia, enfermera y medico), que contaba con lo necesario para el traslado, incluyendo una caja con equipamiento para reanimación y oxígeno. De estas declaraciones se infiere que cumplía las normas de lo que establecía el protocolo de traslado del lugar en ese momento. Con respecto al personal, hubiese sido más adecuado que el traslado lo realizara un médico pediatra, pero según los relatos de los médicos asistentes, la única pediatra disponible en el hospital quedó al cuidado del resto de los pacientes de la institución y se delegó el traslado a otro médico que si se encontraba disponible. El traslado ideal, hubiese sido con personal especializado (medico y enfermero con formación en terapia intensiva pediátrica), ambulancia o avión sanitario equipados para cuidados intensivos, el niño debería haber sido trasladado con un acceso venoso colocado por personal experto y con instrumental pediátrico, monitorización cardiovascular y respiratoria avanzada y continua.

El personal acompañante fue el de mayor preparación disponible en el año 1996 en el Hospital de Choele Choel, y teniendo en cuenta la situación de tiempo y lugar, se utilizaron los mejores recursos disponibles en ese lugar y en ese momento.

A continuación se extraen fragmentos de dicha norma que pueden resultar orientativos y que son vigentes en la actualidad, destacando que dicha normativa no estaba vigente en el año 1996, pero se estaba gestando en dicho año, por lo cual los conceptos científicos eran actuales en ese momento.

“Los traslados terrestres programados se clasifican en traslado de pacientes de alto riesgo y de bajo riesgo. Es de alto riesgo: todo paciente en situación hemodinámica inestable, descompensado o con patología que entraña un elevado riesgo de complicaciones, por lo tanto debe ser trasladado en condiciones de seguridad y con los recursos adecuados para no agravar el estado clínico. Se considera de bajo riesgo: paciente estable, compensado o con discapacidad, que no requiere elementos de soporte vital.”

“Sólo se podrá trasladar un paciente de moderado riesgo en un móvil de baja complejidad cuando no se tuviera en disponibilidad un móvil de alta complejidad y en ese caso deberá contar con un médico en su dotación.”

“Estas ambulancias deben contar con material fijo y portátil para atención del paciente en el ámbito extrahospitalario y durante el traslado del mismo. Este equipamiento se compone de los siguientes elementos:”

— Elementos básicos de diagnóstico. Estetoscopio. Tensiómetro portátil. Termómetro. Otoscopio. Oftalmoscopio. Termómetro. Linterna. Elementos para test rápidos de glucosa en sangre (hemogluco test o similares).

- Equipamiento de asistencia cardiovascular: * Electrocardiógrafo de 12 derivaciones* Cardiodesfibrilador portátil* Marcapasos transitorio transcutáneo

— Equipamiento de asistencia respiratoria y manejo de la vía aérea:

* Provisión de oxígeno mínimo dos tubos de oxígenos fijos y un tubo de oxígeno portátil mínimo.

— Tubos de oxígeno fijos: Capacidad 3000 l. Flujo de 2 a 15 l por minuto. Deben estar conectados a una central de oxígeno cerca de la cabecera de la camilla. Debe contar con regulador de flujo, humidificador y aspiración central. La central debe tener una salida para conectar un respirador (tipo Diss)

.-Tubo de oxígeno portátil: con capacidad de 450 l. Contará con un regulador de flujo de 2 a 25 l. por minuto con dos salidas más donde se pueda conectar un aspirador portátil (con efecto Venturi) y válvula a presión positiva. Este tubo debe estar dentro de un bolso o caja rígida con los siguientes elementos:

Sets de punción o incisión cricotiroidea, catéter cricotiroideo. Máscara de oxígeno de

alta concentración. Máscara con flujo regulable (tipo Acurox). Cánulas nasales. Tubos orofaríngeos, endotraqueales y nasotraqueales para adultos y niños. Sondas de aspiración de distintos tamaños. Pinzas de Magill para cuerpos extraños. Bolsa resucitadora adulto y pediátrica con reservorio. Laringoscopio con ramas rectas y curvas adultos y pediátricos. Equipo de aspiración portátil, capacidad de succión por lo menos de 30 l. por minuto y presión de vacío con tubo pinzado de 30 cm. H₂O. Respirador portátil, preferentemente volumétrico y de ciclado electrónico para pacientes adultos y pediátricos. Oxímetro de pulso con sensores para adultos y pediátricos [...].

Respecto a cuál ha sido la causa del fallecimiento del niño, la experta expuso: “La causa de fallecimiento del niño Maximiliano Jara es, según consta en autopsia realizada por Dr. Andrés Ferreras (médico forense) en foja 8 y 9 de Causa penal, con fecha 02 de septiembre de 1996, “neumopatía bilateral”.

Esto se puede interpretar como una infección respiratoria que afecto a ambos pulmones.

Finalmente, en cuanto al pedido de que informe cualquier otra consideración que estime de interés para la solución de la causa, expresó la perito: “La atención de estos niños con patología compleja crónica reagudizada, solo puede brindarse en forma inmediata en centros que posean atención pediátrica multidisciplinaria de alta complejidad. Esto quiere decir que debe contar con internación de cuidados intensivos, equipamiento de última generación, quirófanos, estudios por imágenes, equipo de rehabilitación, laboratorio, y sobre todo personal sanitario especializado en pacientes pediátricos. La situación ideal para un niño crónicamente enfermo que presenta reagudizaciones frecuentes de su patología de base, es que su residencia permanente se sitúe cercana y accesible a un centro especializado en pediatría, con un equipo multidisciplinario de atención permanente y de alta complejidad. Pero ello implicaría cambiar su centro de vida, de su entorno familiar, lo que también esta perito no puede evaluar si resultaba adecuado o razonable en el caso particular por no contar con datos suficientes, y tampoco fue planteado como una opción por la parte actora. Es la única forma, a entender de esta perito, que reciba la asistencia rápida y ajustada a los requerimientos de un caso de salud complejo como éste [...].

IV.3.- Como expusimos en el citado precedente “Abdala”, en casos como este, “se parte de una situación objetiva de falta o deficiente servicio que el Estado, por mandato constitucional, debió garantizar, por lo que la culpa en estos casos no requiere la individualización del sujeto o agente estatal, así como tampoco la identificación y

acreditación de su eventual negligencia o culpabilidad. Remarquemos que la demandada debe garantizar altos estándares de eficiencia y eficacia en la prestación del servicio de salud, estando obligada a “prevenir la posibilidad de enfermedad o muerte por causa que se pueda evitar”.

Es él, el Estado demandado, quien además debe probar -y como ya dije, antes precisar al contestar la demanda- las prácticas que efectuó y los recursos con los que contaba - tanto públicos como privados por el de dirección y/o coordinación de todos los recursos en materia de salud que le asigna el citado art. 59 de la Constitución local- para prevenir la posibilidad de enfermedad o muerte que se pueda evitar.

Y le correspondía probar no solo como consecuencia de la naturaleza objetiva de la responsabilidad que se le adjudica, sino además porque es quien estaba en mejores condiciones de hacerlo -y tal vez, hasta el único en condiciones de ello-. Sin embargo, adoptó asumir un rol absolutamente pasivo, pretendiendo que sean las víctimas quienes expongan lo que el Estado hizo y lo que pudiendo hacer no hizo, llevando a una muerte que, conforme el informe pericial, pudo con otros tratamientos haberse evitado.

Y frente a esta conducta de la demandada, entiendo que viene al caso colacionar estos conceptos que, entre otros pronunciamientos, hemos expuestos en “Santos c/ Provincia Seguros” (sentencia de fecha 15/06/2016 correspondiente al Expte. N° CA-21521) “... como señalara el maestro Calamandrei, el proceso tiene una finalidad, una finalidad altísima, que no es otra que la realización de la justicia” (Calamandrei Piero, ‘Proceso y Justicia’, Revista del Derecho Procesal, año X, N° 1, Primer trimestre 1952, pág. 13). Y en esa inteligencia es que el cimero tribunal de la Nación ha dicho: ‘... cabe finalmente señalar que las normas procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, tienen por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada uno y salvaguardar la garantía de defensa en juicio; todo lo cual no puede lograrse si se rehuye atender la verdad objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como de decisiva relevancia para la justa decisión del litigio’. (conf. CSJN, fallo del 24-04-03, autos: ‘Superintendencia de Seguros de la Nación c. ITT Hartford Seguros de Retiros S.A. y Otros’, Publicado en La Ley Online). A tal cometido están obligadas tanto la jurisdicción como de algún modo también las partes, quienes deben actuar con lealtad y buena fe, no pudiéndose dejar de ponderar su contribución con el esclarecimiento de la verdad, así como la actitud contraria. En tal orden de ideas hemos dicho en sentencia del 15/11/2013 correspondiente al Expte.

734-11 y lo reafirmo en el presente que ‘El deber de decir verdad existe, por cuanto configura un deber de conducta humana, que no puede aparecernos distinta o amenguada porque se realiza en el proceso... La buena fe, como principio moral, lejos de cuestionarse en su sanción expresa, parece por demás obvia y siempre presente en las relaciones humanas. La tendencia hacia lo verdadero, está dentro de nuestro espíritu, no es un simple dato psicológico y gnoseológico: también constituye un principio ético, esto es, una exigencia moral... En el proceso las partes tienen el deber moral de contribuir al esclarecimiento de la verdad y a colaborar con el juez para asegurar los resultados inherentes a su función, razón por la cual debe soslayar cualquier actitud que pueda resultar reticente, aun cuando se cobije en principios y presupuestos formales’ (Osvaldo Alfredo Gozaíni, ‘La conducta en el Proceso’). La constitución autoriza a abstenerse de declarar, pero no a mentir; y repugnaría elementales principios tratar por igual al litigante que miente ostensiblemente de aquél que no procede de igual modo. No se trata de apelar al instituto del perjurio castigando al actor con la pérdida del juicio, pero sí cuanto menos, considero que debe extraerse de tal conducta procesal sancionable, una presunción favorable al relato de su opositor que aun cuando no se considere absolutamente acreditado con la prueba producida, por lo menos no ha podido ser desmentido. (punto 9.3 sentencia de 20/05/2014 correspondiente al Expte. CA-21129). En la misma línea y con suma claridad expresa Heñin: ‘... en una época donde la sociedad está cada vez más alejada de los valores éticos y morales, la vigencia del principio de moralidad en el proceso judicial se debe acentuar aún más, ejerciendo una función docente y moralizadora. Es que si estamos convencidos de que el proceso es algo muy serio, en donde el fin es encontrar la verdad para determinar a cuál de las pretensiones de los justiciables le asiste la razón y como consecuencia de ello debe triunfar quien la tiene de su lado y no el más vivo, el más chicanero o el que está dispuesto a hacer cualquier cosa para ganar el pleito, debiendo este, por el contrario, pagar el precio de su obrar indebido ¿qué mejor forma de cumplir ese ideario que determinar que aplicar todas las consecuencias desfavorables al sujeto que se comportó incorrectamente?. Un principio lógico nos indica que, si una persona tiene algo para esconder, es porque la verdad lo perjudica. Y, además, ¿qué mejor forma de hacer honor al postulado de una sociedad en la que en todos sus órdenes existan verdaderos premios y castigos a las conductas de sus habitantes? (Fernando Adrián Heñin, ‘El proceso de moralidad en el Proceso Civil actual’, publicado por El Ateneo de Estudios del derecho Procesal Civil de Rosario, ateneo.org)’” (de la citada interlocutoria del 17/11/2017).

IV.4.- Siendo la responsabilidad objetiva, correspondía a la Provincia probar y antes alegar, la existencia de un factor ajeno para exonerarse de responsabilidad tales como, caso fortuito, fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero por el que no deba responder. Pero lo cierto es que no solo no ha sido acreditada una circunstancia de tal tipo, sino que ni siquiera fue esgrimida en el escrito de contestación de la demanda. En este sentido, ha dicho el cimero tribunal provincial en doctrina que ha venido reiterando y constituye por tanto jurisprudencia obligatoria (art. 42 ley 5.190): "... de lo expuesto surge sin hesitación una cuestión gravitante, cual es la violación y/o transgresión, por los Jueces, de la obligación de atenerse a las alegaciones, fundamentos y argumentaciones, defensas y puntos de ataque explicitados al inicio del proceso, que conforman lo que procesalmente se denomina 'la traba de la litis', cuyo campus precisamente queda limitado y ceñido a ese conjunto de recíproca exposición de cada posición en conflicto... En tal sentido, Augusto M. Morello ha sostenido que los Jueces '...en preservación del principio de congruencia deben ajustar sus decisiones a las peticiones formuladas al trabarse la litis.... Han de aplicar los preceptos pertinentes en base a los hechos expuestos por los litigantes, pero ello no autoriza a cambiar la acción interpuesta ni a modificar los términos en que ha quedado trabada la litis; lo contrario importaría conculcar lisa y llanamente la garantía de la defensa en juicio faltando a las reglas del debido proceso, que tienen raigambre constitucional, lo mismo que el principio de igualdad ante la ley (arts. 18 y 16, Constitución Nacional), asegurado por el Código procesal al tratar sobre los deberes de los jueces... (conf. Morello, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial", T. II - C, ps. 75/76). Y Palacio se ha expresado en el mismo sentido al afirmar que: '... Se halla afectado de incongruencia el fallo que se pronuncia sobre materia extraña a la que fue objeto de la pretensión y de la oposición ('net eat iudex extra petita partium'), concediendo o negando lo que ninguna de las partes reclamó' (conf. Palacio, 'Derecho Proc. Civil', T. V, pág. 434). También se ha dicho que: 'el principio de congruencia, establecido en el art. 163, inc. 6° del Código Procesal, comprende la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto e impiden al juez fallar alterando o modificando las pretensiones formuladas por las partes, pues el referido principio determina el límite de lo pretendido y lo resistido' (conf. Osvaldo Alfredo Gozaíni, 'Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado', T° I, págs. 461/462); 'La congruencia es la necesaria conformidad que debe existir entre la sentencia y las pretensiones

deducidas en juicio. Más que un principio jurídico se trata de 'un postulado de lógica formal que debe imperar en todo orden de razonamiento'. Por la aplicación de tal postulado, la sentencia debe versar sobre las cuestiones planteadas por los justiciables, recaer sobre el objeto reclamado y pronunciarse en función de la causa invocada. La incongruencia constituye pues una falta de adecuación lógica entre las pretensiones y defensas de los litigantes y la parte dispositiva de la sentencia...' (conf. Fenochietto - Arazi, 'Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación', T. I, pág. 138)' (sentencia de fecha 21/11/2012 dictada en expediente N° 25791/12-STJ).

También ha expresado el alto cuerpo en fallo que también ha venido reiterando: "La llamada 'litis contestatio' que en la moderna doctrina ha sido reemplazada por la 'relación procesal', es el fundamento y principio del juicio; esto es, la columna del proceso, base y piedra angular del juicio. Dicha relación procesal, con prescindencia de situaciones especiales, se integra con los actos fundamentales de la 'demanda' y su 'contestación'. En tanto el primero de ellos determina la persona llamada a la causa en calidad de demandado, la naturaleza de la pretensión puesta en movimiento y los hechos en que ésta se funda (art. 330, Código Procesal), el segundo delimita el 'thema decidendum' y concreta los hechos sobre los que deberá versar la prueba (art. 356, Código citado), quedando de tal modo precisada la esfera en la que ha de moverse la sentencia (arts. 34, inc. 4° y 163, inc. 6° del mismo cuerpo legal). Integrada la relación procesal, el Juez conserva sin embargo plenas facultades para determinar el derecho aplicable; porque su pronunciamiento debe decidir la viabilidad de las pretensiones deducidas en el juicio 'calificadas según correspondiere por ley' (art. 163 inc. 6*, cit.). Esto es que, en tanto no se alteren los presupuestos de hecho de la causa, al Juez incumbe determinar el derecho aplicable, inclusive con prescindencia de los planteos efectuados por las partes, como lo resume el proloquio latino 'iuria curia novit' (conf. Corte Suprema, Fallos: 273:358; 274:192, 459; 276:299; 278:313, 10.-346, entre muchos otros). Sin embargo, lo que no puede hacer el juzgador es, so pretexto de suplir el derecho erróneamente invocado, introducir de oficio cuestiones o defensas no planteadas (Fallos: 300:1015; 306:1271, entre otros), o introducidas tardíamente. Bien se ha precisado que la facultad-deber de los Jueces de determinar el régimen pertinente - con prescindencia de los argumentos jurídicos expresados por las partes- 'ha sido reconocida en tanto no se modifiquen los elementos del objeto de la demanda o de la oposición' (Fallos: 307:1487, La Ley, 1986-A, 363); principio que se complementa con la doctrina de base constitucional que establece que la sentencia, en materia civil, no

puede exceder el alcance de lo reclamado en la demanda (Fallos: 256:363; 258:15; 259:40; 261:193; 262:195; 268:7, y muchos otros). Es por ello que si la demandada (y la citada en garantía) pretenden ampliar y/o modificar en el alegato y en la expresión de agravios los hechos argumentados en la contestación de la demanda como defensa al progreso de la acción, los Jueces no pueden, aún cuando considerasen que tales hechos tardíamente alegados reflejan la realidad de los acontecimientos sucedidos, alterar los límites de los presupuestos en la causa, pues de tal modo se violaría el principio de congruencia y la garantía constitucional de la defensa en juicio de la contraparte”. (del voto del Dr. Apcarian en sentencia de fecha 29/7/2014 correspondiente al Expte. 27014/14)

Y ha sostenido más tarde el mismo tribunal, a partir del voto rector del Dr. Barotto (sentencia del 9/08/2017 correspondiente al Expte. CS1-139-STJ2016) “Bien se ha precisado que la facultad-deber de los Jueces de determinar el régimen pertinente -con prescindencia de los argumentos jurídicos expresados por las partes- ´ha sido reconocida en tanto no se modifiquen los elementos del objeto de la demanda o de la oposición´ (Fallos 307:1487, La Ley, 1986-A, 363)”.

De tal modo la consideración de algún factor de exclusión de la responsabilidad objetiva, cuando nada se invocó al respecto, en rigor no cabría.

IV.5.- Pero, sin perjuicio de ello -que es motivo suficiente para responsabilizar a la Provincia en tanto violentaría el principio de congruencia y con ello la defensa en juicio apartarnos de los términos de la relación procesal-, he de traer algunas precisiones al respecto.

En tal derrotero principio por descartar la convergencia del caso fortuito. Muy lejos podría haber sido invocada tal causal de exoneración, cuando de la propia contestación de demanda y el informe pericial que no ha sido cuestionado, la patología no era nueva sino por el contrario congénita y con manifestaciones recurrentes, habiendo motivado ya antes, otras derivaciones de urgencia incluso fuera del ámbito provincial (me remito a lo expuesto al respecto por la Dra. Fontana en su informe). Es decir que la situación que se presentó en el caso que nos ocupa, resultaba por completo previsible y, sin embargo, la demandada ni siquiera precisó qué fue lo que hizo para evitar el luctuoso suceso.

En otro orden, la culpa de la víctima, además de no haber sido invocada, su alegación agraviaría el sentido común y evidenciaría carecer de un mínimo de empatía hacia el niño y su familia lo que es inadmisibles en el servicio público. La enfermedad e

incapacidad congénita de aquél, antes que reproche -como por allí parece formularse en el escrito de contestación de demanda- obliga a un mayor celo, dedicación y esfuerzo en la prestación del servicio de salud y contención por parte de todos los operadores del Estado.

Culpa de terceros tampoco ha sido alegada y cuesta imaginarla en tanto han sido agentes públicos quienes intervinieran en todas las circunstancias que aquí interesan.

Insisto, no solo no se acreditó un factor que permita quebrar el nexo de causalidad, sino que ni siquiera fue invocado alguno por el apoderado de la Fiscalía de Estado que asumiera la representación de la Provincia.

IV.6.- Como dije, eran absolutamente previsibles las agudizaciones del cuadro patológico de base y sabían las autoridades y profesionales del medio (Luis Beltrán y Choele Choele) que el adecuado tratamiento no era posible en los hospitales de allí, sino que se requería de establecimientos con capacidad para la atención de tal tipo de complejidades, tales como los que por ejemplo existen en la ciudad de General Roca, tanto en el sector público como en el privado hacia el que eventualmente debían intentarse las derivaciones.

No consta se le hubiera concientizado a los actores de la conveniencia de ello, ni mucho menos que se hubiere procurado acompañarlos o brindarles algún tipo de apoyo para residir en un lugar más adecuado para la problemática de salud de aquél. Como dije, ni siquiera se esgrimió algo al respecto en la contestación de demanda. Y cabe resaltar que era una recomendación necesaria conforme surge del informe pericial que he transcrito en su mayor extensión.

Por otra parte, se hizo hincapié en la contestación de demanda en el grave estado en el que ingreso el niño al hospital de Choele Choel. Un estado que según se expone era imposible abordar con mediano éxito allí por lo que se dispuso el traslado a General Roca.

Reflexiono entonces, porqué no directamente se dispuso la inmediata derivación del niño a esta ciudad cuando es visto en el Hospital de Luis Beltrán. Qué es esta pérdida de tiempo y aumento del riesgo (una derivación y traslado siempre lo ocasiona) a partir de derivaciones sin sentido? No se podría además haber procurado una derivación con ambulancia y profesional especializado de General Roca (donde existía), cumplimentando así con lo más recomendable y teniendo en cuenta que en cualquier caso tanto la ambulancia como el personal debían hacer viajes de ida y vuelta?.

Evidentemente no se cumplió con lo que el buen tino profesional aconsejaba, haciendo

pasear al niño por establecimientos que no estaban en condiciones de atenderlo y llegando así a causar su muerte o, cuanto menos, a mermar significativamente las posibilidades de superar la enfermedad y sobrevivir. Nada ha sido dicho por la demandada que es quien debía instruirnos sobre los protocolos y prácticas previstas para este tipo de casos, pero infiero que lo aquí ha ocurrido se corresponde con una por demás ineficiente e ineficaz práctica burocrática que concluye matando a la gente.

Se podría llegar a comprender que por densidad poblacional, limitaciones financieras y otros factores, la inversión en salud en el Valle Medio sea limitada -incluso a los niveles que surgen de las actuaciones hemos venido analizando-, pero lo que es inadmisibles es que se le haya privado a un niño de esa Región de la Provincia, de la atención y recursos que podría haber tendido para superar el cuadro, a solo dos horas de viaje por tierra. Esto es como permitir la existencia de ciudadanos de primera y ciudadanos de segunda o que no interesan del mismo modo.

IV.7.- Respecto a esta responsabilidad que en general se la conoce como “falta de servicio”, recientemente en el caso “Estrada” (sentencia de fecha 12/04/2024, correspondiente al Expte. VR-69767-C-0000), colacionando precedentes de esta Cámara, desarrollamos conceptos que aplican al presente y copio a continuación: “8.- En realidad, aunque la actora no lo desarrolla, esta temática es abordada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia con un enfoque distinto, más vinculado al del derecho público -en especial el derecho administrativo-, aunque partiendo de normas insertas en nuestro Código Civil. Y, aunque no lo han planteado los actores y por allí no se vincule la cuestión exclusivamente con el derecho aplicable (lo que habilita siempre la aplicación de otra norma en base al principio *iura novit curia*), sino también en cierto modo, con los presupuestos fácticos, he de abordarlo en el convencimiento que no advierto una afectación significativa del derecho de defensa de los accionados al respecto. Este otro enfoque, aunque en cierto modo se vincula con el artículo 1112 del CC y el principio republicano de responsabilidad de quienes representan al Pueblo, en realidad se construye con el deber de seguridad inherente a la prestación de los servicios públicos o emergente del ejercicio genérico del poder de policía y el artículo 1074 del Código Civil. La responsabilidad del Estado e incluso también la de aquellos a quienes se les concede la prestación de un servicio público o también el control de ello, tiene razón de ser en el comportamiento omisivo contrario no solo a las leyes sino a los deberes jurídicos emergentes de tal prestación o control. Para algunos autores es menester la existencia de un deber impuesto de modo concreto por un precepto legal,

pero participo del criterio más amplio favorable a las pretensas víctimas. En este sentido sostiene Juan Carlos Cassagne que la clave para determinar la procedencia de la responsabilidad estatal por acto omisivo, se encuentra en la configuración o no de una omisión antijurídica, y esta última aparece cuando "...sea razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares. Ahora bien, la configuración de dicha omisión antijurídica requiere que el Estado o sus entidades incumplan una obligación legal expresa o implícita, tal como son las vinculadas con el ejercicio de la policía administrativa, incumplimiento que puede hallarse impuesto también por otras fuentes jurígenas (por ej., la costumbre y los principios generales del derecho). Además, para que se genere la obligación de responder, resulta necesario que se trate de una obligación (o sea, un deber concreto) y no de un deber que opere en dirección genérica y difusa, es decir, en definitiva, de una obligación a cuyo cumplimiento pueda ser compelida la Administración, aún cuando para ello fuera menester cumplimentar determinadas cargas procesales. El límite de la responsabilidad está dado por las condiciones generales de exclusión de la obligación de responder que se configura por la ocurrencia de los supuestos jurídicos de caso fortuito o fuerza mayor" ("Derecho Administrativo", ed. 1993, pág. 267; cit. por Aída Kemelmajer de Carlucci en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", publicado en Lexis Nexis N° 1010/005990). Dice al respecto el presidente de nuestra Corte Suprema, Dr. Ricardo Lorenzetti que: "La antijuridicidad se define por la contrariedad del acto con el sistema jurídico. La conducta puede violar una ley que expresamente la prohíba, o bien una norma que se pueda deducir de los principios generales del Derecho, de un estándar (buena fe), de la costumbre o de otra fuente de Derecho. La primera interpretación, restringida, da lugar al concepto de antijuridicidad formal y se propone proteger al autor porque su acto sólo es ilícito cuando viola una regla de conducta expresamente descripta en la ley. La segunda es la antijuridicidad material, cuyos efectos consisten en ampliar las hipótesis de responsabilidad, ya que la ilicitud puede ser deducida de una interpretación sistemática de las fuentes del ordenamiento. La noción de antijuridicidad material ha sido aceptada ampliamente en el ámbito de la responsabilidad por daños y ha dado lugar a una importante cantidad de hipótesis de hechos ilícitos atípicos. La ilicitud se manifiesta con una norma de prohibición de conductas de personas físicas. El cambio que produce el enfoque material es que la prohibición no surge sólo de la ley sino de otras fuentes del Derecho. En la ilicitud por omisión nos encontramos con una conducta del sujeto que consiste en una abstención:

no hace, no actúa. La contrariedad de su "no obrar" surge con lo que "debió hacer". (Lorenzetti Ricardo, "Accidentes de tránsito y responsabilidad del Estado por omisión" en Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni online http://www.rubinzalonline.com.ar/index.phpm=doctrina&c=doctrina&a=detalle_articulos&id=337294) Por cierto que el autor identifica el problema de semejante amplitud del concepto de deber jurídico y enseguida descarta que pueda encontrarse una solución partiendo del bien protegido y el deber que el Estado pueda tener en relación al mismo, diciéndonos: "Si profundizamos estas afirmaciones enfrentamos otro problema que es el que suelen tener los jueces: ¿cómo sabemos cuándo estamos ante una obligación jurídica determinada? Si se intenta identificar el mandato (lo que debió hacer el Estado), a través de los principios generales, los conceptos indeterminados, los valores, podemos llegar a una conclusión muy sencilla: el daño siempre debió ser evitado por el Estado. Si se intenta establecer si éste debió cuidar las rutas, la seguridad de los ciudadanos, los estadios deportivos, hacer obras para evitar las inundaciones, controlar las entidades financieras, la respuesta será positiva. Siempre se encontrará un fundamento para establecer el mandato". Pero como expone en dicho artículo, "Cuando se trata del Estado, no es la libertad en sentido estricto el valor afectado sino un problema muy diferente: es la decisión de adjudicar recursos. Éste será, a nuestro juicio, un elemento importante para encontrar criterios objetivos para el juzgamiento del ejercicio del poder discrecional del Estado en la acción o en la omisión". Porque como señala el profesor español Marcos Gómez Puente, la actividad legalmente debida debe ser materialmente posible (Gómez Puente, Marcos, "La Inactividad de la Administración", pg. 59), y ello evidentemente entraña, entre otros, fundamentalmente, el problema de recursos o presupuestario del que nos habla el Dr. Lorenzetti. Es que como señala López Cabana "Las indemnizaciones que se ponen a cargo del Estado son fatalmente asumidas económicamente por toda la comunidad" (López Cabana, Roberto M. "Responsabilidad civil del Estado derivada del poder de policía", en Temas de responsabilidad civil", pg. 214)....".

En el caso se verifica la existencia de un deber u obligación muy precisa del Estado (art. 59 Const. Provincial) sobre lo que nos hemos extendido, y claramente no se ha cumplido como era debido, causando un daño que es menester reparar.

IV.8.- Por los argumentos expuestos, es entonces que propongo que al resolver en el caso tras la declaración de nulidad de la sentencia de primera instancia que dispusiéramos en la sentencia de fecha 3/04/2023, se establezca la responsabilidad de la

Provincia de Río Negro, quien deberá asumir el pago de los daños y perjuicios derivados del fallecimiento del pequeño Maximiliano Jara, hijo de la actora. De compartirse este criterio, corresponderá tratar seguidamente los rubros reclamados.

V.1.- Y abordando los rubros reclamados, cabe recordar que estos han sido dos.

Tal como surge del escrito de demanda de fecha 31/08/2006, se demanda una indemnización por daño inmaterial o moral, y otra por incapacidad psicológica. Siempre sujeto a lo que en más o menos resulte de la prueba y el criterio del tribunal, se reclama por el primero de los rubros la suma de \$380.000.- y por el segundo la de \$20.000.- Ello da un reclamo total de \$400.000.- que actualizado a la fecha de esta sentencia ascendería aproximadamente a la suma de \$222.959.000.-

V.2.1.- Abordando el primero de los rubros, cabe señalar que más allá del tremendo dolor que de ordinario produce la muerte de un hijo, las circunstancias en las que este se produjo, han calado mucho más hondo que en la generalidad.

De hecho, en el marco de la pericia psicológica de autos que se realizó a más de una década de ocurrido el hecho, el perito advierte una gran afectación y cambios incluso discapacitantes en la madre actor. Así, entre otros conceptos se expone en el informe del Lic. Pablo Francos, “la peritada estuvo presente durante la agonía de su hijo, lo que provocó horror intenso, temor, desesperanza, ira y depresión. Luego, trastornos en el sueño, anhedonia, abulia, deterioro en su autoestima, profundo malestar psíquico al relatar los hechos, rechazo a transitar por lugares o situaciones que recuerdan el trauma, deterioro en su memoria y atención, Flash backs de escenas de los últimos momentos de la vida de sus hijos”.

En el presente, estamos ante la pérdida de un niño a consecuencia de la negligente atención brindada por Salud Pública. Sin hesitación ha sido un hecho desgarrador, potenciado por el desinterés de quienes debieran asumir la responsabilidad para mitigar las consecuencias del hecho, obligando a una litigación realmente extraordinaria.

Pero volviendo al hecho en sí, puede decirse que el sufrimiento causado a los progenitores por la abrupta y trágica muerte de un hijo es, seguramente, el mayor al que puede verse expuesto un ser humano. Es que contraviene el orden natural de la vida; pues desde que crecemos entendemos que el orden de ésta es la tácita aceptación respecto de la previsibilidad de asistir al fallecimiento de nuestros ascendientes, mas no de nuestros descendientes.

La gravedad de la situación no deja margen a realizar ningún agregado más que entender que estamos en presencia de un dolor inconmensurable, puesto aquí a los

efectos de tratar dentro del marco jurídico una valoración económicamente posible, con el mayor cuidado y entendiendo que nada de lo aquí determinado reparará el daño provocado.

Cabe además ponderar que resultó incapacitada y por tanto, tal como se viene resolviendo, la incapacidad no solo justifica la reparación por su efectos económicos, sino también por lo que hace a los sentimientos y todo aquello que se valora como daño inmaterial o moral.

V.2.2.- En lo que respecta a su cuantificación, venimos reiterando, que la fijación de la indemnización por daño moral es una tarea extremadamente difícil, porque precisamente el dolor y las afecciones de orden espiritual, no resultan por esencia medibles económicamente. Hay siempre una gran dosis de discrecionalidad en la decisión jurisdiccional, que desde mucho tiempo se viene tratando de acotar, procurando acordar mayor objetividad y consecuente legitimidad a la decisión, atendiendo a lo decidido con anterioridad en casos que pudieran ser de algún modo asimilables. En nuestra jurisdicción desde el viejo precedente ‘Painemilla c/ Trevisan’ (Jurisprudencia Condensada, tº IX, pág.9-31), se ha sostenido que “no es dable cuantificar el dolor ya que la discreción puede llegar a convertirse en arbitrio concluyéndose en cuanto a la tabulación concreta de este rubro, que su estimación es discrecional para el Juzgador y poca objetividad pueden tener las razones que se invoquen para fundamentar una cifra u otra. Es más, el prurito de no pecar de arbitrario que la efectiva invocación de fundamentos objetivos, lo que lleva a abundar en razones que preceden a la estimación de la cifra final. La única razón objetiva que debe tener en cuenta el Juzgador para emitir en cada caso un pronunciamiento justo, es además del dictado de su conciencia, la necesidad de velar por un trato igualitario para situaciones parecidas... Por cierto, que nunca habrá de agotarse en la realidad, pero la orientación emprendida en esta tarea, el catálogo de las posibilidades que nos pondrá de manifiesto la realidad” (“El daño moral en las acciones derivadas de cuasidelitos”, Félix E. Sosa y Mercedes Laplacette, pág. 6).

Por otra parte, como también venimos insistiendo, no debemos comparar solo los números, sino al poder adquisitivo o valor constante de las indemnizaciones de manera que el fenómeno inflacionario no resulte ser un incentivo para quien rehuye la reparación del daño, ni que nos aleje de la reparación plena que además de una incuestionable base legal, tiene sustento constitucional y convencional.

Sabido es que la cámara a tal fin, tiene a disposición de los distintos operadores, una

base de datos con las indemnizaciones concedidas en concepto de daño moral -también, dicho sea de paso, los importes de daño punitivo, aunque aquí ello no interesa- en sus sentencias desde el año 2012, utilizando a los efectos de ponderar valores constantes la herramienta de cálculo que contiene la página <https://calculadoradeinflacion.com/>

Así es posible traer en parangón con el presente caso los siguientes precedentes:

En “PÉREZ PÉREZ C /GONZÁLEZ” (Sentencia de Cámara de fecha 20/09/2013 correspondiente al Expte. N° 21231), por el fallecimiento de un hijo mayor de edad se otorgó a los padres la indemnización de \$200.000 por daño extrapatrimonial a fecha 23/05/2008, suma que actualizada a la fecha de esta sentencia, ascendería aproximadamente a \$ 81.030.000.-

En “HUENCHUPAN C/ MONSALVEZ” (sentencia de Cámara de fecha 25/07/2014 correspondiente al Expte. N° 709-09), por el fallecimiento de un hijo mayor de edad se otorgó a los padres la indemnización de \$600.000 por daño extrapatrimonial a fecha 08/11/2013, suma actualizada a la fecha ascendería aproximadamente a \$ 79.740.000.-

En “BURGOS C/ MUNICIPALIDAD DE INGENIERO HUERGO” (sentencia de Cámara de fecha 29/06/2020 correspondiente al Expte. N° 4792-J21-11, por el fallecimiento de un hijo mayor de edad se otorgó a cada padre la indemnización de \$ 2.400.000 (\$4.800.000.- en total) por daño extrapatrimonial a fecha 16/09/2019, suma que al presente ascendería aproximadamente \$107.317.000.-

En “MARTINEZ BEDOYA C/ HOSP. DE LUIS BELTRAN” (sentencia de Cámara de fecha 21/04/2021 correspondiente al Expte. N° 11002/05, por el fallecimiento de un hijo adolescente se otorgó a cada uno de los padres la indemnización de \$3.000.000.- (\$6.000.000.- en conjunto) por daño extrapatrimonial a fecha 12/12/2019, suma que actualizada a la fecha de esta sentencia, ascendería aproximadamente a \$117.640.000.-

Por otra parte, en lo que respecta a los precedentes por incapacidad cabe ponderar por caso, que con un mismo porcentual de incapacidad (20%), en el precedente “PERALTA” (sentencia de fecha 5/05/2022), la Cámara elevó la indemnización por daño moral a \$ 1.200.000.- a valores de febrero del 2021, importe que actualizado a la fecha de esta sentencia asciende aproximadamente a \$ 16.010.000.-

En mérito de estos precedentes, adecuadamente ponderados, entiendo justo para el caso el reconocimiento de una indemnización de \$ 86.000.000.- Tal importe llevará intereses a la tasa pura del 8% anual desde el hecho hasta el dictado de la presente sentencia y a la sumatoria de capital e intereses, desde ésta hasta su efectivo pago se le aplicará la tasa activa del Banco de la Nación Argentina prevista en el precedente Fleitas o la que el

cimero tribunal de la provincia determine en un futuro. Ello conforme el criterio afianzado en esta Cámara al respecto para lo que puede consultarse entre otros, lo dicho en 'Chavero c/ Federación Patronal'(sentencia de fecha 9/03/2020 correspondiente al Expte. A-2CH-70-C31-17).

V.3.1.- En cuanto al reclamo por el daño psíquico, se ha demandado una indemnización por la afectación de la incapacidad resultante sin haberse solicitado como es habitual, el cubrimiento de los costos de tratamiento. No se reconocerá entonces ello en el caso; máxime cuando ni siquiera se solicitó al perito informe al respecto.

Si entiendo cabe tratar el rubro conforme las directivas establecidas por el cimero tribunal provincial en el precedente "Linares c/ Dos ciudades" (doctrina legal obligatoria, art. 42 ley 5.190), tal como lo expusieramos entre otros precedentes en "HEREDIA" (sentencia de fecha 5/06/2020 correspondiente al Expte. A-2RO-652-C9-15) y más recientemente en "BUSTOS C/ MONDRAGON" (sentencia de fecha 12/04/2024 correspondiente al Expte. RO-70592 -C-0000), a cuyas lecturas en el sistema me remito a fin de ser breve.

Siguiendo también la restante doctrina legal aplicable en la materia, he de aplicar para el cálculo de esta incapacidad la herramienta prevista en la página oficial de nuestro Poder Judicial que remitiría a la fórmula "PÉREZ BARRIENTOS", con la modificación de "PÉREZ C/MANSILLA Y EDERSA", tomando como ingreso ante la falta de toda acreditación sobre este extremo, el Salario Mínimo Vital y Móvil.

Ello así en tanto no se ha discutido la doctrina legal que manda a así resolver y no advirtiéndolo comprometido el orden público. Pero dejo aclarado que la utilización del SMVM -especialmente para el cálculo de las indemnizaciones en menores, así como la cuantificación con valores históricos y la utilización de tasas que no cubren ni siquiera la inflación, han venido siendo criticadas por mí, por lo que hago reserva de mi opinión personal como lo vengo haciendo hasta el presente. Particularmente en el caso la utilización de una fórmula que detrae de la indemnización intereses de un capital que mal los pudo producir porque aun no ha sido entregado a la víctima, licuando así el crédito que puede llegar a cifras ridículas tal como en este mismo acuerdo lo he demostrado en el Expte. RO-70528-C-0000, remitiéndome a mi voto allí con el único fin de esclarecer la opinión personal que reservo.

V.3.2.- En cuanto a los ingresos, a agosto de 1996 el SMVM ascendía a \$/U\$S 200.-, cabiendo destacar que fue el mismo durante varios años en tanto era época de convertibilidad (\$1,00= U\$S 1,00).

En lo que respecta al porcentual de incapacidad, el perito lo determina en el 20% conforme el Baremo de Castex y Silva y el Baremo del Decreto 659/96 que acuerda igual porcentual, aclarando que se trata de una incapacidad parcial y permanente.

La actora tenía a la fecha del hecho la edad de 30 años. Utilizando entonces la herramienta de cálculo referida, la indemnización a reconocer es de U\$S/\$ 16.074.07

Teniendo en cuenta que era época de convertibilidad y que no hay prohibición para la utilización de la divisa norteamericana, propongo establecer la indemnización en el equivalente a tal moneda a la fecha de pago, agregando el interés del 7,5% anual desde el hecho, hasta su efectivo pago, conforme la doctrina legal emergente del precedente STJ

“LARROSA GUARDIOLA c/ COLONIA CHICA S.R.L.” (sentencia de fecha 9/05/2013 correspondiente al Expte. N° 25568/11-STJ, mantenida al presente)

VI.- Conforme lo que he venido exponiendo, si la propuesta del suscripto fuere compartida, la Cámara resolvería:

a) Complementando la declaración de nulidad de la sentencia de primera instancia que dispusiéramos por sentencia de fecha 3/04/2023, hacer lugar a la demanda, estableciendo la responsabilidad de la Provincia de Río Negro por los daños y perjuicios emergentes del fallecimiento del menor Maximiliano Ezequiel Jara, quien deberá abonar a la actora en el plazo de diez días los importes indemnizatorios determinados precedentemente con más sus intereses y las costas del proceso; b) En cuanto a los honorarios, teniendo en cuenta el resultado y las prescripciones de la ley 88 y 3350, no cabe regulación de honorarios a quienes asistieran a la demandada. Respecto de los honorarios de quienes asistieran a la parte actora y los peritos, siendo que no se ha cuestionado la constitucionalidad del art. 77 del CPCyC, cabe limitarnos al tope del 25% establecido por este precepto conforme la doctrina legal emergente de “MAZZUCHELLI” (sentencia de fecha 3/05/2017, correspondiente al Expte. N° 28038/15-STJ). Consecuentemente propongo regular teniendo en cuenta el resultado obtenido, la extensión y complejidad de la labor desplegada y demás pautas de mérito del art. 6 de la ley G 2.212, así como la escala del art. 8 de ésta, un 5% para la Dra. Natalia Costanzo, por su actuación como patrocinante en la primera etapa y un 10% en conjunto para los Dres. Santiago Parrou, Hernán Zuain y Ezequiel Hernán Zuain, por su patrocinio en las otras dos etapas del proceso; asimismo regular al perito psicólogo Lic. Pablo Franco y a la perito médica Dra. Cecilia Fontana un 5% a cada uno (art. 18 ley

5.069).

Por la labor en segunda instancia y conforme las pautas de mérito del citado art. 6 y la escala del art. 15 de la ley G 2.212, propongo regular los honorarios de Dres. Santiago Parrou, Hernán Zuain y Ezequiel Hernán Zuain, en el 35% de lo que se les regulara por la primera instancia. TAL MI VOTO.

EL SR. JUEZ DR. DINO DANIEL MAUGERI DIJO: Compartiendo, en lo sustancial y en lo que hace a la atribución de responsabilidad que se le asigna a la accionada, el voto del estimado colega que me precede en el orden de votación, he de disentir con la procedencia y cuantificación de los daños realizada.

En efecto, del contenido de la demanda y sus posteriores ampliaciones resulta imposible deducir que se haya demandado la incapacidad sobreviniente por daño psíquico.

En la demanda (ver fs. 15 vta., punto IV, b) se expone: “B) DAÑO PSICOLOGICO:...angustia que aparece en toda la familia luego de la muerte tan inexplicable de nuestro hijito. Alteración del sueño: Hemos sufrido constantemente de insomnio, no solo se nos ha dificultado conciliar el sueño sino que también tenemos un sueño ligero y de breve duración. Asimismo hemos sufrido de psadillas, despertándonos luego invadidos de una gran angustia. Stress profundo: sufrido a consecuencia de tan inesperada muerte de mi hijito...”

Luego a con fecha 29/05/2014, contando ya con otra asistencia legal, amplía la demanda y ofrece la prueba pertinente (ver fs. 60/62), exponiendo allí en lo que aquí interesa: “II.-PRUEBA:PERICIAL PSICOLOGICA: Así como lo mencioné en el escrito de interposición de demanda, el daño moral que sufro por la pérdida de mi hijo, cuyo deceso tuvo como importante factor desencadenante la ineficacia del servicio de salud prometido por el estado y garantizado por la constitución nacional y los Tratados Internacionales, no podrá menguar con dinero, pues este resulta ser el único medio, generalo y judicialmente aplicable, que permite a las víctimas de daño moral sobrellevar los padecimientos injustamente sufridos, procurando satisfacciones sustitutivas. Sin lugar a dudas soy víctima de daño moral, y en consecuencia, persigo el resarcimiento por dicho padecimiento, encontrándome legalmente legitimada para ello...” Colaciona luego jurisprudencia y refiere a la prueba del daño moral ofreciendo a esos fines los puntos de pericia que allí se detallan.

Queda absolutamente claro que se han demandado las consecuencias extrapatrimoniales de las afectaciones emocionales y psíquicas producidas por la muerte de su hijo y en modo alguno las patrimoniales (incapacidad sobreviniente), inscribiéndose el reclamo

únicamente en el daño moral, ofreciendo -a fin de acreditar el mismo- la prueba pericial psicológica.

De modo que aun cuando de ese dictamen pericial surja acreditada una incapacidad, como se refiere en el voto que antecede, la misma será ponderada a los fines de evaluar la cuantía del daño extrapatrimonial o moral, tal como ha sido la pretensión de la actora y guardando estricta congruencia con ella.

De modo entonces que entiendo no corresponde acoger el daño psicológico o psíquico en la órbita patrimonial -tal como se propone- sino tan solo computar el mismo para computar la cuantía del daño extrapatrimonial o moral.

En cuanto a la cuantía del daño moral, aun con lo expuesto anteriormente, disiento con la valoración efectuada. Es que aun verificándose una incapacidad psíquica determinada (ver dictamen pericial fs. 122/125), la ponderación efectuada en base a los precedentes que se invocan yerra a mi juicio al no percatarse que todos los montos allí concedidos lo han sido en favor de ambos progenitores. En el caso, solo ha demandado la madre del niño fallecido.

Colaciono además los siguientes precedentes que he localizado: # CA-21653 - ROBLEDO, ANTONIA Y OTROS C/ ROTH HOURS, CRISTIAN SEBASTIAN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Sentencia de fecha 07/08/2017), reconocimos por la muerte de un hijo de 16 años, la suma de \$ 750.000, a valores del 01/07/2016, importe que actualizado al presente ascendería aproximadamente a \$ 41.671.579,52. # CAMACHO SANDRA CLEONICES C/ JUNCO LORENA ELIZABETH Y OTRAS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario) (DOS CUERPOS-P/C M-2RO-108-C9-13) Se. 07/05/2018 (sentencia de fecha 07/05/2018), reconocimos por la muerte de un hijo de 16 años, a valores del 26/10/2017 la suma de \$1,250,000.- que actualizado al presente ascendería aproximadamente a \$ 53.448.994,38. # ROMERO C/ YACOPINO EXPTE. 31980 (Sentencia del. 10-02-2016), reconocimos por la muerte de una hija de 21 años , a valores del 31/07/2015 la suma de \$600,000.- que actualizado al presente ascendería aproximadamente a \$ 37.542.370,54.

De modo que he de proponer fijar prudencialmente dicho rubro en base a dichos precedentes en la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES (\$ 35.000.000.-). Tal importe llevará intereses a la tasa pura del 8% anual desde el hecho hasta el dictado de la presente sentencia y a la sumatoria de capital e intereses, desde ésta hasta su efectivo pago se le aplicará la tasa activa del Banco de la Nación Argentina prevista en el precedente Fleitas o la que el cimero tribunal de la provincia determine en un futuro.

Ello conforme el criterio afianzado en esta Cámara al respecto para lo que puede consultarse entre otros, lo dicho en 'Chavero c/ Federación Patronal' (sentencia de fecha 9/03/2020 correspondiente al Expte. A-2CH-70-C31-17).

De modo que si mi postura fuera la mayoritaria RESUELVO: 1.- Complementando la declaración de nulidad de la sentencia de primera instancia que dispusiéramos por sentencia de fecha 3/04/2023, hacer lugar a la demanda, estableciendo la responsabilidad de la Provincia de Río Negro por los daños y perjuicios emergentes del fallecimiento del menor Maximiliano Ezequiel Jara, quien deberá abonar a la actora en el plazo de diez días el importe importes indemnizatorio por daño moral determinado precedentemente, con más sus intereses y las costas del proceso (art. 68 CPCC); 2.- En cuanto a los honorarios, teniendo en cuenta el resultado y las prescripciones de la ley 88 y 3350, no cabe regulación de honorarios a quienes asistieran a la demandada. Respecto de los honorarios de quienes asistieran a la parte actora y los peritos, sobre la base de los importes de condena con sus respectivos intereses regular por la labor cumplida en la primera instancia un 5% para la Dra. Natalia Costanzo y un 10% en conjunto para los Dres. Santiago Parrou, Hernán Zuain y Ezequiel Hernán Zuain; asimismo regular al perito psicólogo Lic. Pablo Franco y a la perito médica Dra. Cecilia Fontana un 5% a cada uno. Por la labor en segunda instancia regular los honorarios de los Dres. Santiago Parrou, Hernán Zuain y Ezequiel Hernán Zuain, en el 30 % de lo que se les regulara por la primera instancia.

Así lo voto.

EL SR. JUEZ DR. VICTOR DARIO SOTO DIJO: Llamado a dirimir la diferencia de criterios mantenida por los apreciados colegas de primero y segundo voto; sin perjuicio de reconocer que ambas posiciones contienen una sólida fundamentación; anticipo al acuerdo que me he de expedir formando mayoría, por afinidad con el segundo votante, Dr. Dino D. Maugeri.-

1.- En este cometido, señalo que el cumplimiento de la obligación de dirimir, contempla indefectiblemente optar por una propuesta de resolución y brindar los fundamentos pertinentes y afines, para formar la debida mayoría, bajo la posible consecuencia de incurrir en un supuesto de nulidad del fallo.- En oportunidad de expedirme en iguales circunstancias, en fecha 09 de abril de 2021, en los autos "TABOADA MODESTO ALBERTO C/ SAHORA S.A Y GENERAL MOTORS ARGENTINA S.R.L S/ SUMARISIMO" (Expte.nº B-2RO-190-C3-17), citaba que entre otros varios

precedentes, había dicho nuestro S.T.J. el 22 de octubre de 2014, en autos “GAVENNY COMPANY S.A. c/URBANIZACION PARQUE ENTRE LAGOS S.R.L. s/ INCIDENTE DE NULIDAD s/CASACION” (Expte. N° 26171/12-STJ), que “ ... Apelada dicha sentencia, la Cámara hizo lugar al recurso de ... , declarando la nulidad de la ejecución y ordenando reiterar en debida forma la intimación de pago correspondiente. El Vocal preopinante (...), consideró que prevalece el derecho de Propiedad (art. 17 C.N.), por sobre la norma procesal (art. 170 CPCyC.), y en relación con ello, observa que el mandamiento de intimación de pago y embargo se hubo diligenciado en un domicilio por completo ajeno al que corresponde a la sociedad demandada. También juzgó que se afectó el derecho de defensa de la demandada (art. 18 C.N.) al privarla, subasta mediante, de valiosos inmuebles. Por el contrario, en el segundo voto, en disidencia (...), se sostiene que dichos principios y garantías constitucionales, no pueden erigirse en argumentación válida para justificar la renuente o tardía presentación de la incidentista; y seguidamente comparte el criterio sustentado por el Juez de Primera Instancia, de que dicha parte tomó conocimiento del supuesto vicio mucho antes de lo que manifiesta, razones por las cuales el planteo de nulidad resulta en su opinión extemporáneo. Por último el tercer voto, dirimente (...), adhiere en forma expresa al voto del Dr. ..., y agrega argumentos mediante los cuales rebate los brindados por el 2do. votante en disidencia-, sosteniendo que el conocimiento que pudo haber tenido la incidentista, del acto viciado, por su intervención en otra causa distinta, sin duda no se trata de un conocimiento cierto e inequívoco del acto, que permita concluir con certeza en el consentimiento del vicio cuya nulidad ahora reclama que la sentencia de Primera Instancia transgrede lo dispuesto en los arts. 913, 917 y 918 del Código Civil.- De lo expuesto surge palmario el déficit motivacional de la sentencia en examen, la que en mi opinión no logra conformar la “mayoría jurídica acumulativa” requerida para que la decisión de un tribunal colegiado pueda considerarse una sentencia válida. Ello ocurre porque mientras el voto ponente afirma que ante la posible conculcación de garantías constitucionales (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional), éstas deben prevalecer frente a las normas rituales, como en el caso el art. 170 CPCyC.; ...El segundo voto, disintiendo con el primero, rechazó la prelación de la normativa constitucional sobre la norma ritual e hizo suyos los argumentos del Juez de Primera Instancia, todo ello con notoria exigüidad argumentativa. Frente a este cuadro de situación, el tercer votante, cuyo deber era dirimir fundadamente la disidencia entre los dos primeros, se limitó a adherir expresamente al voto ponente y rebatir los argumentos

del segundo votante en disidencia (arg. arts. 913, 917 y 918 del Código Civil), omitiendo fundar la adhesión al primer voto, a fin de conformar la mayoría decisoria requerida para que una sentencia sea válida como tal e incumpliendo el deber de motivar impuesto por el art. 200 de la Constitución Provincial cuya traslación a la norma ritual está regulada en el art. 163, inc. 5* del CPCyC.- Con relación a este tema tiene dicho el S.T.J. que: “... PROCEDE EL RECURSO DE CASACION CON FUNDAMENTO EN LA ARBITRARIEDAD POR FALTA DE FUNDAMENTACION Y DEBERA DECRETARSE LA NULIDAD DE LA SENTENCIA ATENTO QUE EL TERCER MAGISTRADO EN ORDEN DE VOTACION, LLAMADO A DIRIMIR LA CUESTION, SE LIMITO A UNA DESMOTIVADA ADHESION AL CRITERIO DEL PREOPINANTE, CRITICADA ESTA POR LOS DEMANDADOS POR CONSTITUIR UNA HIPOTESIS, SIN DEMOSTRAR LAS RAZONES QUE LO MOTIVARON A ADOPTAR CRITERIO COINCIDENTE CON LA ANTERIOR, INCURRIENDO TAMBIEN EN FALTA DE FUNDAMENTACION, MAS AUN SI TENEMOS EN CUENTA QUE SE TRATABA DEL DIRIMIENTE.- SI BIEN ESTOS ULTIMOS VOTANTES HARIAN MAYORIA FORMAL EN CUANTO A LO DECIDIDO, NO SURGE QUE PARA LLEGAR A TAL DECISION HAYAN PARTIDO CONCRETAMENTE DE LAS CONSTANCIAS Y PRUEBAS EMANADAS DE LA CAUSA ...” (STJRNS1 - Se. Nº 55/99, in re: “NUÑEZ c/BOOCK”, y STJRNS1- Se Nº 23/05, in re: “BANCO DE LA PAMPA c/DOMINGUEZ, Fabiana RODRIGUEZ PEREZ s/SUCESION Y OTRA s/EJECUCION HIPOTECARIA s/CASACION”).- Así también: “En “LANTSCHNER c/BOOCK” (Expte. Nº 13760/99-STJ-), precisamente llegados del mismo “a quo”, el S.T.J. dijo: “... DE LO EXPUESTO, SURGE SIN HESITACION LA TRANSGRESION A LAS FORMAS SENTENCIALES, PUES EL ULTIMO SUFRAGANTE SE HALLABA CONTREÑIDO A “FUNDAR” SU VOTO EN VIRTUD DE LA FALTA DE CONCORDANCIA ENTRE LOS ARGUMENTOS Y CONCLUSIONES ANTERIORES.- SU VOTO DETERMINABA LA SUERTE DEL LITIGIO Y DICHA CIRCUNSTANCIA EXIGIA UNA CONSIDERACION MAS DESARROLLADA Y PROFUNDA, QUE UNA SIMPLE ADHESION Y REMISION A UN FALLO ANTERIOR.- EN TAL SENTIDO, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION HA DICHO QUE “...LA SOLA REMISION A LO RESUELTO EN PRONUNCIAMIENTOS ANTERIORES, SIN REFERENCIA CONCRETA A LOS AGRAVIOS PROPUESTOS Y A LOS HECHOS DE LA

CAUSA, ES INSUFICIENTE PARA CONVALIDAR LO DECIDIDO ...” (C.S., 27-8-93, BANCO HISPANO CORFIN).- POR OTRA PARTE, ESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA SE HA EXPEDIDO REITERADAMENTE ACERCA DE LOS EXTREMOS QUE DEBE CUMPLIMENTAR EL TERCER VOTO EN EL CASO DE DIRIMIR UNA DISIDENCIA.- ASI SOSTUVO, CITANDO A MORELLO (“CODIGOS PROCESALES ...”, T° I, pág. 131) ENTRE LAS DIVERSAS PAUTAS CONSAGRADAS POR EL XI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL, REFERIDAS A LOS REQUISITOS ESENCIALES PARA LAS SENTENCIAS EMANADAS DE ORGANOS COLEGIADOS QUE “EN LOS CASOS DE DISIDENCIA, EL VOTO QUE RESULTA DECISIVO DEBE SER FUNDADO”.- TAL CRITERIO HA SIDO MANTENIDO EN REITERADOS Y SUCESIVOS PRONUNCIAMIENTOS A SABER “DEGEOVANI”, Se. N° 53 del 23.04.85; “NAUMAN”, Se. N° 81 del 19.06.86; “SALGADO PEREZ”, Se. N° 38 del 08.04.92; “ACUÑA”, Se. N° 190 del 29.11.93; “LUNA”, Se. N° 76 del 03.06.96; “BERTORELLO”, Se. N° 16 del 31.03.99, ENTRE OTRAS...”, PRECISANDO AUN MAS EN QUE CONSISTE LA EXIGENCIA DE FUNDAR EL VOTO DIRIMENTE, SE SOSTUVO LA NECESIDAD DE QUE EL TERCER VOTANTE DIRIMENTE-, SUPERE EL ENFRENTAMIENTO CONCEPTUAL DE SUS ANTECESORES, EXPRESANDO LAS RAZONES QUE LO DETERMINARON A ADOPTAR TAL DECISION (CONF. “LUNA”, Se. N° 76, 03.06.96). EN EL CASO, ANTE LA CIRCUNSTANCIA Y/O EXISTENCIA DE DOS VOTOS DISIMILES EN CUANTO A LA DETERMINACION ..., EL TERCER JUEZ CUYO VOTO TENDRIA CARÁCTER DIRIMENTE DE LA CUESTION- DEBIO HABER EXPRESADO POR QUE ADHERIA A UNO U OTRO VOTO CON SUFICIENTE FUNDAMENTACION, PARA DAR ACABADO CUMPLIMIENTO A LA EXIGENCIA LEGAL CONTENIDA EN LOS ARTS. 163 Y 164 DEL CPCC.” STJRNS1 - Se. N° 23, in re: “BANCO DE LA PAMPA c/DOMINGUEZ, Fabiana RODRIGUEZ PEREZ s/SUCESION Y OTRA s/EJECUCION HIPOTECARIA s/CASACION”; en igual sentido: STJRNS1 - Se. N° 62/06, in re: “CARDENAS, Ignacio y CONTRERAS c/PCIA. DE RIO NEGRO s/DAÑOS Y PERJUICIOS s/CASACION?; Se. N° 07/10, in re: ?PROVINCIA DE RIO NEGRO (DIRECCION DE TIERRAS Y COLONIZACION) c/ PICCICO, Alfredo y Otros s/DESALOJO s/CASACION” y Se. N° 03/06, in re: “VIDAL, Modesto s/QUEJA EN: VIDAL, Modesto c/GONZALEZ, Héctor s/DAÑOS Y PERJUICIOS”).- Una cuestión más se

observa en relación con la fundamentación del fallo, y es que la Cámara ha omitido efectuar el análisis de los planteos desarrollados en autos, integrantes del binomio apelación-oposición, en relación con las constancias aportadas al proceso por las partes, desentendiéndose de los argumentos contenidos en el memorial de apelación y su contestación, a fin de determinar si, aún con la prelación normativa que asigna a los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, en relación con el art. 170 del CPCyC., existió o no- consentimiento tácito por el nulidicente, del acto que pretende nulificar (notificación de la intimación de pago y citación de venta), cuestión esta central a dirimir en la presente causa, a cuyo efecto era indispensable analizar los hechos y pruebas articulados por ambas partes, de conformidad a los distintos actos procesales realizados, y esclarecer entonces cuál fue el momento en que la incidentista tomó conocimiento cierto del acto que pretende nulificar y en base a ello definir la temporaneidad o no de la promoción del presente incidente de nulidad. En orden a ello, se observa que la sentencia de Primera Instancia analizó las actuaciones -señaladas por los incidentados-, donde supuestamente el incidentista habría tomado conocimiento de la errónea notificación de la intimación de pago y citación de remate efectuada en los autos principales. En cambio, la Cámara (1* y 2* voto), se apartó del examen de dichos extremos, limitándose a hacer prevalecer las garantías constitucionales por sobre las normas procesales, pero sin analizar los hechos de la causa en relación con las normas procesales que rigen el trámite de este incidente (art. 170 y sptes. del CPCyC.) aún dentro del marco de la prelación normativa que asigna a las normas constitucionales.- Cabe recordar que la tutela procesal tiene su base en el imperio de preceptos constitucionales que la garantizan expresamente, y que no es pertinente una interpretación que termine, en definitiva, por introducir la anarquía en el procedimiento, con lesión de otros derechos y garantías de igual rango como son la igualdad de las partes en el proceso y la seguridad jurídica. En ese sentido se ha dicho que son los Jueces quienes, casuísticamente, deben decidir cuándo puede suspenderse la aplicación de una regla procesal positiva en aras del mantenimiento de la defensa en juicio de alguno de los litigantes, a partir del análisis de la complejidad del caso individual, desde que no es posible, a priori, establecer un límite preciso entre el exceso ritual y el respeto por las -normas procesales; entre rito (concepto razonable) y ritualismo (concepto irrazonable) (conf. LINARES QUINTANA J. F., “Recurso Extraordinario y Ritualismo”, JA Doctrina 1975-461; Corte Suprema de Justicia de Mendoza, Sala 1º, “Sileoni, N. A.”, del 30-06-93).- Tampoco pasa inadvertido, que en el voto dirimente se

trata de analizar la cuestión debatida en la instancia anterior (conocimiento de la incidentista del acto que pretende nulificar, por su intervención en otra causa), pero ello no basta para configurar la coincidencia sustancial requerida para constituir la mayoría jurídica acumulativa que el acto sentencial requiere, puesto que este argumento no formó parte del voto ponente. Al respecto, este Superior Tribunal de Justicia ha dicho que: "...la ausencia de coincidencia sustancial en la fundamentación de los votos de los Jueces que conforman la mayoría decisoria del fallo impugnado, determina la procedencia del recurso extraordinario local interpuesto, con sustento en la causal de arbitrariedad por falta de motivación, correspondiendo en consecuencia decretar la nulidad de la sentencia de fs. (conf. art. 296, inc. 3* del CPCyC.),..." (conf. SJRNS1 - Se. N° 70/13, in re: "ANCAPICHUN").- De manera que la ausencia de fundamentación en el voto dirimente, que sustente su coincidencia sustancial con la posición del voto al que adhiere, sumada al déficit motivacional de la sentencia, impiden tener por cumplidos los extremos requeridos por el art. 200 de la Constitución Provincial y el art. 163, inc. 5* del CPCyC., y determinan la nulidad del pronunciamiento que se revisa por medio de la presente por cuanto la observancia del recaudo de la motivación constituye el modo más idóneo para controlar la actividad decisoria y verificar el efectivo respeto de los derechos y garantías constitucionales (conf. Morello Sosa - Berizonce, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial", T. II-A, com. al artículo 163).- Decisión: En conclusión, cabe sostener que, en autos, no resulta satisfecho, el requisito de que los fallos constituyan derivación razonada del derecho vigente, aplicable a los hechos probados del caso, pues la sentencia en crisis no se halla en modo alguno dotada de la mayoría decisoria y la fundamentación suficiente que es dable exigir como condición de validez de los fallos judiciales. MI VOTO por la AFIRMATIVA "-.

Dicho lo que antecede, corresponde señalar que la diferencia de opinión de mis colegas se ha centrado en dos contenidos de la sentencia recurrida.-

2.- Por un lado, en cuanto a la admisión del daño psicológico como indemnización, participo del criterio del segundo votante, por cuanto tal como ha desarrollado en su respectivo voto, no ha sido reclamado como rubro incapacitante en la demanda, ni tampoco planteado en la pericia específica un punto pertinente, para la acreditación; con lo cual el principio de congruencia limita su acogimiento.-

Desde esta plataforma comparto el criterio del segundo votante -Dr. Dino D. Maugeri- en torno al tratamiento del daño psicológico, como computable dentro del resarcimiento

del daño extrapatrimonial.-

3.- Finalmente, el segundo punto de disenso, se ubica en torno a la cuantificación del resarcimiento del daño extrapatrimonial, el primer votante lo ha estimado en \$ 80.000.000,00.- (Pesos ochenta millones), mientras que el segundo votante, lo ha considerado en \$ 35.000.000,00.- (Pesos treinta y cinco millones). En este punto, hecha la evaluación pertinente, digo que el resarcimiento que estimo más pertinente al caso, es el que en la misma fecha de acuerdo se ha tratado, en los autos -RO-70528-C-0000- en los que he compartido el voto del Dr. Gustavo A. Martínez. No obstante la diferencia de montos que convoca en los presentes, me lleva a adoptar la decisión señalada de acompañar el criterio de cuantificación del Dr. Dino D. Maugeri, dada la necesidad de dirimir la diferencia entiendo que es la propuesta que en ese contexto más encaja con las posibles de pagar en el contexto actual, considerando el trabajo de Mosset Iturraspe, en su décima regla, que hemos citado el 03 de mayo de 2017, entre otros en autos "SALAS VILCHES JOSE D. C/IBAÑEZ H. REYNALDO Y LIDERAR CIA DE SEGUROS S.A S/ORDINARIO" (Expte.nº 32634-09), al señalar que "... Reiteradamente apelamos a las pautas dadas por el jurista santafesino Mosset Iturraspe que ha elaborado una guía para determinar el daño extrapatrimonial: "1.- No a la indemnización simbólica; 2.- No al enriquecimiento injusto; 3.- No a la tarifación con "piso" o "techo"; 4.- No a un porcentaje del daño patrimonial; 5.- No a la determinación sobre la base de la mera prudencia; 6.- Sí a la diferenciación según la gravedad del daño; 7.- Sí a la atención a las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario; 8.- Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes; 9.- Sí a los placeres compensatorios; 10.- Sí a sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general "standard" de vida".- (Sen de fecha 20/09/2013 en Expte. CA-21231 de esta Cámara, entre muchas otras).-...." .-

En función de las cuestiones hasta aquí tratadas, en lo que ha sido motivo de disidencia, digo que comparto los fundamentos y la resolución propuesta para el caso por el segundo voto del Dr. Dino D. Maugeri. ASI VOTO.-

Por ello y en mérito al Acuerdo que antecede la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería

RESUELVE: POR MAYORIA: 1.- Complementando la declaración de nulidad de la sentencia de primera instancia que dispusiéramos por sentencia de fecha 3/04/2023,

hacer lugar a la demanda, estableciendo la responsabilidad de la Provincia de Río Negro por los daños y perjuicios emergentes del fallecimiento del menor Maximiliano Ezequiel Jara, quien deberá abonar a la actora en el plazo de diez días el importe importes indemnizatorio por daño moral determinado precedentemente en el voto ponente de la mayoría, con más sus intereses y las costas del proceso (art. 68 CPCC); 2.- En cuanto a los honorarios, teniendo en cuenta el resultado y las prescripciones de la ley 88 y 3350, no cabe regulación de honorarios a quienes asistieran a la demandada. Respecto de los honorarios de quienes asistieran a la parte actora y los peritos, sobre la base de los importes de condena con sus respectivos intereses regular por la labor cumplida en la primera instancia un 5% para la Dra. Natalia Costanzo y un 10% en conjunto para los Dres. Santiago Parrou, Hernán Zuain y Ezequiel Hernán Zuain; asimismo regular al perito psicólogo Lic. Pablo Franco y a la perito médica Dra. Cecilia Fontana un 5% a cada uno. Por la labor en segunda instancia regular los honorarios de los Dres. Santiago Parrou, Hernán Zuain y Ezequiel Hernán Zuain, en el 30 % de lo que se les regulara por la primera instancia

Regístrese, notifíquese de conformidad con lo dispuesto en la Acordada 36/22 Anexo I art. 9 del STJ y oportunamente vuelvan.