

En la ciudad de General Roca, a los 10 días de Mayo de 2011, se reúnen en Acuerdo los Sres. 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 ésta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "IBARRA ROBERTO ALEJANDRO C/ DALSSASSO MARIO Y OTROS S/Sumario" (Expte.n° 20181-CA-10), venidos del Juzgado Civil nro.UNO, y previa discusión de la temática del fallo a dictar, se procede a votar en el orden de sorteo practicado, la siguiente cuestión:

EL SR. JUEZ DR. OSCAR H. GORBARAN, DIJO: I.- La sentencia de grado (fs. 818/28) hace lugar a la demanda instaurada contra un médico cirujano del Hospital de Villa Regina (Dr. Oscar R. Melano) y la Provincia de Río Negro, responsabilizando a los mismos por la mala praxis imputada, y recepcionando los daños en los rubros y montos que especifica.- También rechaza la acción contra otro profesional, con costas.- Apelan el pronunciamiento el actor, con memorial de sustento corriente a fs. 882/83, reclamando otro parámetro para establecer la pérdida de chance, como así los intereses que la sentencia manda liquidar al daño moral, reclamando la aplicación de la tasa activa y no la mix, invocando para ello un fallo del Superior Tribunal de Justicia de nuestra Provincia.- Sigue su disconformismo con la carga de las costas en la acción rechazada contra el Dr. Dalsasso.- La representación Provincial sostiene su recurso a fs. 885/90.- En el desarrolla las quejas sobre la manera de decidir de la a quo, impugnando sus inferencias de que el resto del cateter alojado en el cuerpo del accionante fuera producto de la práctica médica llevada a cabo en el Hospital de Villa Regina, y pese a lo que el fallo explicita, en cuanto a sus negativas formales en el responde, y el reproche de no traer a la causa ningún elemento que permita suponer que el daño fue causado en otro nosocomio, afirma hay una falta de causalidad entre lo actuado en el Hospital y los daños a la salud del entonces menor, que aparecen 11 años después.- Para ello estructura su divergencia en que la Historia Clínica no contiene constancia alguna de inconveniente o accidente en la extracción del cateter, instrumento que no ha sido cuestionado, ratificado ello por la declaración de la enfermera Rosa Mellado que es la que firma la planilla de controles de enfermería.- Por eso sigue, la imputación que el cirujano no se aseguró que dicho elemento hubiese sido quitado en su totalidad, omitiendo su deber de diligencia, no es más que conjetura, repitiendo su defensa en la contestación de la acción en el sentido que no hay ningún elemento objetivo que permita la atribución de conducta riesgosa, negligente o de presunta culpabilidad de los profesionales actuantes, que permita desplazar hacia ellos y el Hospital, la carga de la

prueba, ya que ello significaría la diabólica tarea de demostrar un hecho negativo, como es el que el hecho atribuible no se produjo, o si hubiese existido, no fue en el Hospital Provincial y en esa oportunidad, o que fue en otra oportunidad y en otro establecimiento de salud.- Y esa manera de razonar de la juez de grado, le priva de la garantía constitucional del debido proceso, y que pese a la rebeldía del Dr. Melano, no hay elemento alguno que permita atribuirle la mala praxis.- No se puede invocar la carga probatoria dinámica por cuanto ni el Consejo Provincial de Salud, ni sus dependientes se encuentran en mejores condiciones de probar, de como y cuando pudo haberse producido el presunto accidente con el cateter.- Que desde la fecha de la intervención quirúrgica en el Hospital y la que se descubre el problema que tiene el menor, pasaron 16 años, no concurriendo a controles.- Que existen constancias en los años 90 a 92, por dolencias infantiles sin vinculación.- Que nada se sabe de tantos años en la vida e importancia del desarrollo del niño, ni el porque de la derivación.- Luego desgrana su queja eventual para el caso en que fuera confirmada la sentencia, por el plazo para su cumplimiento esgrimiendo una ley provincial de emergencia financiera, y su aplicación haciendo incapie en una sentencia del Superior Tribunal de Justicia, debiendo en consecuencia el actor iniciar los trámites correspondientes ante la Secretaría de Hacienda para adherir a alguna de las alternativas de pago.- La representación del codemandado excluido de la condena, contesta los agravios del reclamante a fs. 876/77.- No realiza este acto, la Provincia de Río Negro.- El actor contesta los de ésta a fs. 899/901.- A fs.916, obra constancia de la audiencia de explicaciones y precisiones con el perito médico.- Por una razón metodológica, se tratará en primer lugar los agravios de la Provincia de Río Negro.-

II.- Hay un hecho irrefutable como es que el acto médico de canalización en la vena femoral por las razones que constan en la historia clínica, se realizó en el Hospital de Villa Regina, con la introducción de un cateter de unos 45 cms.de longitud, y que en el mismo lugar una vez cumplida la función, le fue extraído.- Que del mismo tipo de instrumento de canalización de líquidos, fue la punta extraída en el Hospital Garrahan muchos años después, quedando enquistado, calcificado, sin posibilidades de remoción, parte de ese elemento.- El perito médico actuante, en pericia que no ha sido cuestionada, y si explicitada en la audiencia mencionada, afirma que de las evidencias arrimadas a la causa, y principalmente toda la profusa instrumental de la Historia Clínica del Garrahan, son concluyentes para establecer que el cateter introducido en el Hospital de Villa Regina en el cuerpo del niño, no fue extraído totalmente ya que se encontró la punta del

mismo calcificada en la aurícula derecha.- Que ese resto no migró, sino que se mantuvo en el lugar que en el cuerpecito del infante había llegado, que era la normal para ese tipo de canalización.- También establece la otra relación causal entre ese resto obstructor y las dolencias y secuelas que presenta el reclamante, con el pronóstico desfavorable en la evolución (ver fs. 779/86).- La sintomatología y distintas consultas y tratamientos, durante ese largo tiempo que quiere hacer jugar a su favor el apelante, están mas que suficientemente descriptos, en concordancia con la pericia y los informes del Hospital Garrahan, por la testigo Mabel Curipe, pareja o casada con el padre del ahora actor.- Fueron en evolución de gravedad, hasta llegar a la derivación para un trasplante de hígado, cuya función se veía la más afectada, y ha sido claramente expuesta en la audiencia por el Dr. Ponce.- Al Nosocomio Porteño, concurren varias veces, estando internado por meses en alguna oportunidad, hasta que se descubrió el origen de los males que presentaba, solucionados parcialmente.- Y esto se ve confirmado por el testigo calificado Dr. Taborda, que se explaya sobre los problemas del paciente que dieron lugar a la derivación.- Entonces queda claro la relación causal entre la practica médica en Villa Regina y la existencia de resto del cateter encontrado calcificado en la vena cava inferior, pues allí había llegado ese instrumento de canalización de líquidos, el que fue extraído parcialmente, siguiendo la oclusión con trombosis repercutiendo especialmente en la función hepática, por la consolidación de las lesiones, afectando la circulación venosa de retorno, con un daño de tal gravedad, que resulta irreversible y de mal pronóstico, con una incapacidad total y permanente del 73,33%.-

III.- No se le exige a la parte demandada una prueba diabólica, pero si una defensa explícita.- No afirma que el resto del cateter fue producto de otra práctica similar o de otra distinta que lo necesitara.- Simplemente lo da como posible, duda de la versión del accionante, y reclama que la carga de la prueba recaiga sobre su contraparte, lo que evidentemente por lo expuesto, ha hecho.- No se le puede exigir a la víctima que justamente demuestre un hecho negativo, como es el que no hubo otro acto médico posterior que necesitara de una canalización del mismo tipo.- Aún con la duda, la apelante por el acceso a conocimiento e información especializada, pudo requerir esos datos a establecimientos de la región donde se practican.- Es cierto que los años pasados pueden dificultar la prueba, pero en todo caso, ello no puede perjudicar a la víctima que injustamente recibe un daño.- No hay afectación a garantía procesal alguna.- Se ha demandado por una relación causal probada como también el daño consecuencia de ella.- Y la carga de la prueba del que la contradecía resulta inexistente.- La cuestión

planteada sobre las constancias de la Historia Clínica, que no dan cuenta de irregularidad alguna en el retiro del cateter, carece de relevancia, por cuanto si ello hubiese ocurrido, lógicamente hubiesen solucionado simplemente el problema.- Ese documento, no deja de ser unilateral, y evidentemente ningún control tiene el paciente sobre él.- Normalmente no prueba en estos casos a favor de quienes la confeccionan, por omisiones, pero si su falta es merituada desfavorablemente a quienes debieron llevarla.- Por lo que cabe rechazar el agravio principal con costas.- En cuanto a la caída de la condena pecuniaria dentro de la ley de emergencia financiera, traída ahora como manera de desembarazarse del cumplimiento de la sentencia, es ajeno a este recurso, justamente un incidente que deberá plantear en el estadio procesal de ejecución coactiva de la manda del fallo.- Por lo expuesto se rechaza la apelación deducida con costas.

IV.- Yendo a los agravios de la parte actora, lleva razón en que no puede tomarse como base de determinación del daño patrimonial futuro, la suma especificada años atrás al demandar, reclamando como tal el salario mínimo de un empleado de galpón de empaque a la época de la sentencia que lo sitúa en la suma de \$ 1.200.-, o el de salario mínimo vital y móvil a igual fecha, que era de \$ 1.240.-.- Y ello por cuanto el daño no se retrotrae, ya que a la fecha del fallo de grado, era un menor que no tenía edad para entrar en el mercado laboral tan restringido como el nuestro.- Voy a tomar el salario mínimo vital y móvil como base, porque ante la frustración de cualquier actividad laboral por el daño irrogado a su salud, es lo más adecuado ante la incertidumbre de lo que pudo ser y no va a serlo.- Es que significa la menor remuneración que debe percibir en efectivo el trabajador sin cargas de familia por su trabajo mensual.- A partir de sus 20 años, con una proyección de 45 años hasta estar en condiciones de jubilarse.- Es todo daño presumido futuro, por lo que no llevará intereses como ha dicho la a quo.- Con la fórmula de matemática financiera usual en estos casos, nos da un total de \$ 260.340.- La a quo ha tomado el 73,33% del que ella estableciera, por el resultado de la pericia médica y no ha sido cuestionado, por lo que con igual metodología, el monto se eleva a \$ 190.907.-.- A lo que hay que sumar \$ 30.000.- que la magistrada de grado ha agregado por lo que va más allá de la incapacidad laborativa, y que no fuera motivo de cuestionamiento, por lo que se eleva este rubro a la suma de \$ 220.907.-, haciendo lugar así al agravio desplegado.-

V.- Otro disconformismo surge en la tasa de interés que se manda liquidar al daño moral, que el fallo de grado del 6 de octubre del 2.008 la estableció en la usual tasa mix.- Reclama la aplicación del precedente del Superior Tribunal de Justicia in re:

"Loza Longo c/ R.J.U. s/Casación", que según su interpretación acoge sin cortapisas la tasa activa del Banco Nación.- Siendo la sentencia invocada del 27/05/10, mal podía aplicarla la juez de grado.- Y si se hubiese leído el precedente citado, se percataría que expresamente descarta su aplicación retroactiva, atento el cambio de rumbo jurisprudencial en ese sentido, por lo que como bien se explicita, la tasa reclamada sólo se puede aplicar a partir de la fecha de ese pronunciamiento (27/05/10).- Antes debe liquidarse la mix que usualmente se venía haciendo.- Se rechaza el agravio.- En consecuencia en la litis conservada entre el actor y el Estado Provincial, se hace lugar al recurso deducido respecto al daño futuro presumido por incapacidad total y permanente, que se eleva a la suma de \$ 220.907.-, rechazándose la queja sobre la aplicación de intereses a la tasa mix, con costas a la demandada.- Sobre un monto base de \$ 70.907.- se regulan los honorarios del Dr. Claudio Monópoli en la suma de \$ 4.250.-.-

VI.- Ahora bien, en lo que dice tercer lugar, se agravia de la imposición de costas respecto al rechazo de la demanda que originariamente dirigiera contra el Dr. Dalsasso, reclamando se aplique el principio general de la derrota.- Y es que exactamente respecto a esta persona, ha sido derrotado.- Y si bien pudo justificarse su direccional a priori por no tener la obligación de discernir entre el facultativo que ordena la práctica y el que la lleva a cabo, cuando de autos surge quién fuera el responsable de ella, debió desistir de la demanda contra el pediatra, para no generar dispendio procesal inútil, y no lo hizo.- No es posible que las costa generadas por mantener erróneamente el litigio, sean soportadas por los vencidos que nada hicieron para ello, sino que la Provincia aclaró la situación como para que encontrara el remedio indicado.- Por lo que sobre un monto base estimado de \$ 55.000.-, se regulan los honorarios de la Dra. Greco en la suma de \$ 2.900.- y los del Dr. Monópoli en la de \$ 2.200.-.-

VII.- Habiendo variado el monto de condena, de conformidad con lo que dispone el art. 279 del CPC, se dejan sin efecto las regulaciones de los letrados de la parte actora y demandada subsistente, y sobre un monto base de \$ 340.907.-, se regulan los honorarios del Dr. Monópoli en la suma de \$ 51.000.-, los del Dr.Santos en la de \$ 20.000.- y los del Dr. Bidart en la de \$ 53.000.-.-

VIII.- Por el recurso de la parte demandada Provincia de Río Negro, y sobre un monto base de \$ 270.000.-, se regulan los honorarios del Dr. Monopoli en la suma de \$ 15.000.- y los del Dr. Bidart en la de \$ 12.000.-.-

VIII.- Todas estas regulaciones se efectúan teniendo en cuenta la calidad, extensión, complejidad y resultado de sus labores profesionales, en un todo de acuerdo con los

montos bases especificados y lo dispuesto en la legislación arancelaria citada en el grado a lo que se agrega el art. 15 de la Ley 2.212.- MI VOTO.-

EL SR.JUEZ DR.JOSE J.JOISON, DIJO: Que por razones análogas a las aducidas por el Dr.OSCAR H.GORBARAN, que sufraga en primer orden, VOTO EN IGUAL SENTIDO.-

EL SR.JUEZ DR.JORGE O.GIMENEZ, DIJO: Que se abstiene de emitir su opinión, por considerarlo innecesario (art.271 C.P.C.).-

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

R E S U E L V E: 1) Hacer lugar parcialmente a la apelación deducida por el actor elevando el monto del daño futuro presumido por incapacidad total y permanente a la suma de \$ 220.907.-, rechazando la pretensión de modificar la tasa de intereses sobre el daño moral, con costas regulando los honorarios del Dr.CLAUDIO MONOPOLI en \$ 4.250.-.- 2) Rechazar el recurso de la parte demandada con costas, regulando los honorarios de los Dres.CLAUDIO MONOPOLI y RAUL BIDART en \$ 15.000.- y \$ 12.000.-.- 3) Dejar sin efecto las regulaciones de los letrados de la parte actora y demandada subsistente, y regular los honorarios del Dr.CLAUDIO MONOPOLI en la suma de \$ 51.000.-, los del Dr. JOSE L. SANTOS en la de \$ 20.000.- y los del Dr. RAUL BIDART en la de \$ 53.000.-.- 4) Rechazar el recurso de apelación del actor en relación a la carga de la costas sobre el rechazo de la demanda contra el Dr. Dalsasso, con costas, regulando los honorarios de los Dres.LILIANA GRECO y CLAUDIO MONOPOLI en \$ 2.900.- y \$ 2.200.-

Regístrese, notifíquese y vuelvan.-

Dr.Oscar H. GORBARAN Dr.José J. JOISON  
Presidente Vocal

Dr.Jorge O. GIMENEZ  
Vocal  
(EN ABSTENCION)

Ante mi:  
Dra.Virginia BARRESI de PESCE  
Secretaria

nvp