

SENTENCIA DEFINITIVA 063

En la ciudad de Viedma, a los 1 días del mes de diciembre de 2020, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, con asiento en esta ciudad, asistidos por la Sra. Secretaria, para resolver en estos autos caratulados ?MORA SONIA ELIZABETH Y OTROS C/ HOSPITAL DR. RAUL FERNICOLA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)? -expte N° 0152/16/J1- en trámite por Expte. N° 8654/2019 del Registro de este Tribunal (N° de Receptoría: A-1VI-480-C2016), y luego de debatir sobre la temática del fallo a dictar, se decide votar y plantear en el orden del sorteo realizado, la siguiente cuestión:

¿Resultan procedentes los recursos de apelación interpuestos respectivamente a fs. 911, 912 y 913 por la parte actora, la demandada Provincia de Río Negro y, bajo una única representación, por los profesionales médicos también convocados a juicio, doctores Alejandro L. Solari y Luciano C. Henríquez Acosta y la Lic. María Cristina López? Y, en su caso, ¿qué decisión corresponde adoptar?

La Dra. María Luján Ignazi dijo:

I. Frente a la sentencia que, dictada el 10.09.19 y agregada a fs. 865/901vta., resolviese hacer lugar a la demanda interpuesta por la señora Sonia Elizabeth Mora y el señor Marcelo Alejandro Quidel, en representación de su hija menor de edad J.H.Q., contra el Director del Hospital ?Dr. Raúl Fernícola?, doctor Alejandro L. Solari, y su citada en garantía, Horizonte Compañía Argentina de Seguros Generales SA según el límite determinado en la póliza (art.118 LS), y el referido nosocomio (Ministerio de Salud de la Provincia de Río Negro), por la suma total de \$8.649.577,60 a abonar en el plazo de 10 días -por incapacidad sobreviniente \$4.433.432 (\$5.541.790 -20%); por daño moral de la niña J.H.Q. \$1.722.349,60 (\$2.152.937 -20%); por gastos de tratamiento terapéutico \$1.200.000 (\$1.500.00-20%); por gastos de farmacología, traslados y tratamientos psicológicos respecto de los actores Sonia Elizabeth Mora y Marcelo Alejandro Quidel, en la suma de \$720.000 (\$900.00-20%) y por daño moral a favor de la primera (Sonia Elizabeth Mora) \$573.796 (\$717.245 -20%)-, actualizada a la fecha de su suscripción y de ahí en más la tasa de interés conforme calculadora del Poder Judicial hasta su efectivo pago (Punto I); rechazar la demanda con relación al doctor Luciano Camilo Hernández Acosta -debió decir Henríquez Acosta- y a la licenciada María Cristina López, así como contra la citada en garantía Horizonte Compañía Argentina de Seguros Generales SA, respecto de éstos (Punto II); imponer las costas a los

demandados vencidos (art. 68 del CPCC) con excepción de las correspondientes a los emolumentos profesionales de los letrados que asistieron a aquellos respecto de los cuales se desestimó la demanda, las que establece por su orden (Punto III), y regular los honorarios de los letrados y peritos intervinientes (Punto IV), se alzan los accionantes, la Provincia de Río Negro y a cubierto de una exclusiva asistencia letrada los doctores Solari, Henríquez Acosta y la licenciada López, e interponen recursos de apelación a fs. 911, 912 y 913 respectivamente, los que se conceden libremente y con efecto suspensivo a fs. 914, primer párrafo.

II. Puesta por providencia de fs. 921 la causa en oficina a los efectos de que los recurrentes expresen agravios conforme lo exige el art. 259 del CPCyC, la representación de los actores Sonia E. Mora y Marcelo A. Quidel, brinda a fs. 923/926vta. los argumentos fundantes de la instancia recursiva que en nombre de ellos insta, agrupando el debate que propone en cinco (5) puntuales cuestiones.

Así, primero, declama que no es cierto que su patrocinada no haya querido trasladarse antes ni el día del parto al Hospital de San Antonio Oeste, exponiendo las razones por las cuales no resulta, a su entender, verosímil el reproche que se le enrostra.

Segundo, impugna lo resuelto respecto de la conducta de la obstetra María C. López, declarando que la nombrada y el doctor Solari fueron quienes dispusieron que el parto se realice en la localidad de Valcheta e insiste en que su representada nunca se opuso a ser derivada a San Antonio Oeste (en adelante SAO).

Tercero, resiste la reducción de responsabilidad de los daños decidida -a saber, 20%-, rechazando que su asistida se haya negado a realizar la rehabilitación en tiempo y forma, y explica que lo dicho en tal sentido es producto de la complicidad del personal del hospital de Valcheta, a lo que agrega que los actores hicieron todo lo que tenían a su alcance y posibilidades.

Cuarto, censura la falta de reconocimiento del lucro cesante reclamado, destacando que la a quo con la solución adoptada contradice los fundamentos de los que hace mérito y las pruebas recolectadas en la causa.

Por último -es decir, en quinto lugar-, se explyea en torno a la responsabilidad del Estado Provincial en materia de atención integral a favor de las personas con discapacidad, recordando que el mismo adhirió a las previsiones de la Ley 24.901 a través de la Ley D 3467, más allá de también contar con una disposición normativa específica (Ley D 2055), a fin de propiciar, entiendo -porque no lo especifica-, un criterio amplio en el análisis y ponderación de toda circunstancia que coloque en crisis

el goce de tales derechos humanos.

Concreta, sin más y por imperativo legal, en términos concisos la pretensión revocatoria que parcialmente lleva adelante.

III. Quien aduce encontrarse en ejercicio de la personería otorgada por los profesionales de la salud demandados, doctora Patricia Falca, no obstante invocar a fs. 928/947 la representación de todos ellos, anuncia tener como objetivo apelar la sentencia en cuanto hace lugar a la demanda contra el doctor Alejandro Luis Solari en su condición de Director del Hospital Público de Valcheta.

Por tal razón, independientemente de su inicial manifestación y de los términos dados a la concesión del recurso a fs. 914, el remedio en tratamiento debe juzgarse circunscrito al aludido accionado. Tal apreciación se impone, habida cuenta que con relación a los restantes se ha rechazado la demanda, impidiendo así constatar al respecto el requisito de índole subjetivo, agravio, inherente y necesario para la procedencia formal de la vía autorizada por el art. 242 del CPCyC.

Efectuada esa aclaración bajo un estricto temperamento organizativo de la controversia mantenida en Alzada, vale apuntar que el trazo disidente realizado con esa finalidad se presenta asentado en cuatro ítems, a más de un planteo subsidiario. Sin embargo, cada una de esas formulaciones no exhibe una específica consigna y agrupa variadas afirmaciones descalificantes de la decisión acogida en los presentes, por lo que determinar qué constituye objeto de ataque y qué proposiciones les dan apoyo exigirá un esfuerzo interpretativo y simplificador por parte de esta judicante, con el propósito último de establecer el *thema decidendum* en el punto.

Bien, como primer agravio infiero achacada una valoración insuficiente de la conducta omisa que se endilga a la actora Sonia E. Mora en su condición de paciente frente a la recomendación y orden de derivación al Hospital de SAO, prescripta por la licenciada López en fecha 23.03.14, cuando a partir de la incidencia de ella exhorta la aplicación del art. 1.111 del CC.

Como segundo alegato fustigador del fallo, deduzco objetado el factor de atribución que aprecia elaborado para endosar responsabilidad al doctor Alejandro L. Solari como médico de guardia, siempre que denuncia errada esa imputación y formulada en franca violación a las reglas del art. 512 del CC.

En condición de tercer fundamento crítico, considero replicada la responsabilidad juzgada en carácter de Director del Hospital ?Dr. Raúl Fernícola?, cuando en su seno aduce que los comportamientos alternativos que expone la magistrada en cabeza de su

asistido por desempeñar esa función, resultan irrazonables o inalcanzables para cualquiera que ejerza ese cargo en un nosocomio de la Línea Sur.

En tanto, como cuarto razonamiento desacreditante del resolutorio pronunciado en el caso, teorizo en definitiva reprochado que se haya declarado que el diagnóstico de parálisis braquial del miembro superior izquierdo que presenta la hija de los actores podría haber evitado con la derivación y que, con base en ello, se haya juzgado la responsabilidad de su mandante.

La diatriba detractora en esos términos izada, también, presenta una declaración desautorizante de naturaleza subsidiaria con dos motivaciones genéricas, y al amparo de las particularidades inherentes a los rubros reconocidos. Ya que, en un trazo común reflexiona que no todo daño es indemnizable y que, aun cuando reconoce que los jueces son soberanos al momento de fijar la extensión de aquel, nada autoriza a que se desentiendan de la razonabilidad y la prudencia que le es exigible, ni que estén habilitados a establecer montos desprovistos de fundamentación suficiente y, por ende, excesivos. Y en concreto enfatiza huérfana de ponderación las consecuencias emanadas de las desatenciones en que incurriese la madre por no gestionar la derivación y, por ende, disminuido escasamente en un 20% el monto indemnizatorio por la incapacidad sobreviniente de la hija de los actores, proponiendo que sea establecida en un 80%, principalmente porque no se encuentran consolidadas las consecuencias dañosas y se vislumbra acreditada la interrupción del tratamiento por parte de los padres.

Define, finalmente, la pretensión revisora que ejerce en términos breves y precisos acorde lo exige el ritual.

IV. A su turno, la Provincia de Río Negro, en más la Provincia, mediante apoderado nombrado al efecto y justificando su actuación por la intervención que cupo en los hechos al Hospital ?Dr. Raúl Fernícola? de Valcheta, expresa a fs. 949/963 los agravios fundantes de su recurso.

A tal fin comienza por realizar una síntesis de las bases sustentadoras de los discursos procurados por las partes en litigio a más de los esbozados por la Sra. Juez al sentenciar, para centrar su mirada cuestionadora en la condena que se establece al Servicio de Salud Pública del aludido nosocomio con sostén en el art. 1112 del CCi.

Así, quien tiene a su cargo en el proceso la asistencia letrada de la citada demandada recrimina al fallo graves vicios en la interpretación de los hechos y del derecho aplicable. Por cuanto, niega que haya existido omisión en la prestación del servicio de salud y considera probada que la derivación a un centro de mayor complejidad fue

oportunamente ordenada por personal del establecimiento al preverse complicaciones en el parto y resistida por la propia actora, ello, a más de demostrado que se prestaron los recursos médicos y técnicos con los que el establecimiento contaba.

Se explaya en su tesis defensiva y conclusivamente arguye que el daño ha tenido motivo en las condiciones de riesgo del feto y, por ende, del alumbramiento, por lo que la circunstancia que no estuviera presente un médico ginecólogo para realizar la práctica de extracción del mismo, no resulta suficiente para tener por acreditada la causalidad adecuada, ni -por ende- para asignar responsabilidad objetiva.

Acusa al perito ser contradictorio en su dictamen y emitir afirmaciones arbitrarias que luego son reeditadas al resolver; refiere en capítulo aparte la inexistencia de nexo causal adecuado persistiendo en sus expresiones exculpantes e introduce impugnaciones de tilde subsidiarias.

Primero, coloca en debate la extensión de la indemnización. Y, al igual que la representación del doctor Solari suscribe no ponderada adecuadamente la conducta omisa de los padres antes y después del parto, solicitando se inviertan los porcentajes de responsabilidad en un 80% a cargo de la actora y un remanente del 20% a su cargo. Y segundo, objeta los daños reconocidos y su quantum.

En particular, reprueba la solución dada respecto a la incapacidad sobreviniente de la menor de edad, a los gastos de tratamiento terapéuticos de la misma como así también a los de farmacia, traslado y prescripción psicológica de los progenitores, a lo que agrega objeciones vinculadas al daño moral tanto de aquélla como de su madre, suministrando en todos los supuestos precisas razones para ello.

En acápite separado manifiesta que agravia a su parte la regulación de honorarios de los profesionales actuantes, debido a que el importe establecido no guarda relación con la tarea realizada a más de exceder los límites legales establecidos.

Finalmente, dejando planteado para su eventualidad el caso federal, abrevia la pretensión revocatoria que propicia a fin de dar cumplimiento a las normas procesales vigentes.

V. De los recursos articulados en los términos precedentemente relatados se dispuso correr traslado a fs. 927, 948 y 964, provocando las respuestas glosadas a fs. 967/968 por la Provincia y a fs. 970/972 por la representación de los médicos convocados a juicio respecto del presentado por la actora, y la agregada a fs. 974/983 relativa a esta última parte en contestación ¿a la totalidad de los agravios expresados? por sus contrarias. Por lo que, teniéndose por decaído el derecho a responder de la citada a

juicio en condición de aseguradora en función del vencimiento del plazo otorgado para el responde pertinente, por despacho del 11.03.20, se colocaron los autos para resolver.

VI. Que, más allá de la representación necesaria de los padres, el art. 103 del CCyC dispone la actuación del Ministerio Público respecto de, entre otras, las personas menores de edad, en el ámbito judicial previendo que puede ser complementaria o principal.

En autos, se verifica la primera de esas alternativas. Y, siendo la misma desde su regulación legal determinante de que en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de quienes conforman esa franja etaria de la población, la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto (art. 103 inc. a del CCyC), en la advertencia que en el tránsito revisor en tratamiento no se dio la participación debida a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces actuante, por resolución de fecha 16.09.20 se dispuso hacer uso de las facultades ordenatorias otorgadas a los jueces por el ritual (art. 34 inc. 5 apartado b) del CPCyC) y sustanciar los recursos con la aludida funcionaria del Ministerio Público de la Defensa previo a dictar sentencia. Motivo, por el cual se suspendió el llamado realizado a esos fines en fecha 11.03.20.

Entonces, una vez satisfecha la diligencia inherente a la participación complementaria del Ministerio Pupilar, y evacuada la intervención otorgada mediante presentación de fecha 05.10.20, en la que manifiesta adherir los fundamentos vertidos por la parte actora, solicitando al Tribunal haga lugar al recurso planteado por ésta, por providencia del 06.10.20 se reanuda el plazo para fallar instituido por el art. 34, inc. 2, b) del CPCyC.

VII. En camino de evaluar la procedencia tanto formal como sustancial de las vías impugnatorias articuladas en tiempo hábil para su ejercicio por los promotores de la acción y por quienes han resultado condenados en juicio (ver certificación actuarial de fs. 920), se impone atender de modo preliminar las razones dadas por el grado para resolver en los términos ya relatados.

Con esa precisa intencionalidad, en el supuesto en estudio corresponde destacar que la señora Juez comienza por apuntar que la cuestión a disipar gira en torno a determinar si existe o no responsabilidad civil por mala praxis médica de los doctores Alejandro Luis Solari, Luciano Camilo Henríquez Acosta, y de la licenciada en Obstetricia María Cristina López como así también del Hospital ?Dr. Raúl Fernícola? de la localidad de Valcheta (Ministerio de Salud de la Provincia Río Negro), con causa en los hechos y en las consecuencias derivadas del alumbramiento de la niña J.H.Q, y en su caso,

establecer la cuantía y extensión de los daños y perjuicios reclamados (Cons. I).

Al efecto, considera aplicable las prescripciones del Código Civil velezano por ser la ley vigente al momento del hecho dañoso (cfr. art. 7 CCyC), y dentro de ese marco de forma inicial las previsiones de los arts. 512, 902, 1112 y 1198 (Cons. II y III).

Bajo esa acotación lo percibo, porque a continuación -y de manera inmediata- perfecciona esa red normativa aseverando necesario analizar si ha existido una conducta antijurídica (arts. 19 CN y arts. 1066 y 1197 del CC.) que conlleve un defecto -culpa que pueda manifestarse como negligencia, imprudencia o impericia (arts. 512 y 1109 del CC)- por parte del profesional y/o el incumplimiento de la obligación de seguridad del ente de salud demandado (art. 1198 CC) y/o falta de servicio (art. 1112 CC), que sea causalmente relevante (arts. 901 y 906 del CC) para provocar los daños en razón de los cuales se reclama (arts. 1068, 519, 520, 522, 1079, 1078 y ccdtes. del CC), proponiendo su interpretación a la luz de lo dispuesto por la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos con igual jerarquía (Cons. IV).

Por tal razón, sin dejar de recordar las preceptivas que reglan la admisión, producción asunción y valoración de la prueba (Cons. V), principia por indicar en qué están de acuerdo las partes en el proceso en lo relativo al nacimiento de la hija de los accionantes en el Hospital "Dr. Raúl Fernícola" de la localidad de Valcheta el día 03.04.09, aunque debió decir 2014, para seguidamente señalar que la discrepancia generadora del litigio radica en que para la actora la lesión obstetricia configurada "no es un accidente obstétrico" como estiman los demandados, sino que "podría haberse evitado" (Cons. VI, en especial fs. 872 in fine/vlta.).

En cavilación del asunto a resolver realiza un análisis detallado y pormenorizado del plexo probatorio (Cons. VII), y colocada en situación de expedirse respecto de la responsabilidad civil (Cons. VIII) alza como pilar fundamental en punto a su análisis que los técnicos de la salud no se comprometen a curar al paciente, sino sólo a proceder con diligencia conforme a las reglas y métodos de su profesión.

En consecuencia, avizora conducente rechazar la demanda instaurada contra el doctor Luciano Camilo Henríquez Acosta -médico clínico generalista en la ocasión en guardia en el Hospital Dr. Raúl Fernícola-, al apreciar no demostrado que haya actuado con negligencia o impericia frente a la emergencia (ver Cons. VIII-A-1, en especial fs. 876, 4to párrafo), como así también la acción promovida contra la licenciada María Cristina López (Cons. VIII-B-1), explicando las constancias habidas en la Historia Clínica de la señora Mora, las que se encarga de transcribir en tanto las aprecia acreditativas de la

derivación a un centro de mayor complejidad, y de las leyes Ns° 26.529, y 17.132. La primera, en cuanto reconoce a los pacientes autonomía de la voluntad para aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos (art. 2 inc. e) y la restante, siempre que al reglar la actuación de las obstétricas o parteras, determina que no podrán prestar asistencia a la mujer en estado de embarazo, parto o puerperio (art. 50).

Mientras que, para atribuir responsabilidad al doctor Alejandro Solari alude a la intervención que le cupo en los hechos como médico de guardia el día 02.04.14 y a su condición de Director del Hospital de Valcheta, declarando que no aseguró la atención efectiva y oportuna de especialistas para asistir a la paciente, ni el cumplimiento indispensable de las medidas necesarias, recursos humanos y materiales, que se requerían para secundar a la actora en su situación de embarazo ante las posibles contingencias de éste (ver Cons. VIII-B-2, en especial fs. 880vta. 4to párrafo), y para decretar finalmente la falta de servicio del Hospital ?Dr. Raúl Fernícola? y, consecuentemente, el deber de responder del Estado Provincial, esgrime valorar que el mismo desde la organización dada exhibe un nivel de complejidad ?IV B?, determinante de cuatro clínicas básicas: médica, cirugía general, pediatría y toco ginecología, por lo que la carencia de profesionales anotada sella la responsabilidad del sistema de salud, más cuando si bien se encontraba dotado de una ambulancia, la misma no cuenta con el equipamiento adecuado para traslado en situaciones como el caso de narras (Cons. VIII-3).

Traza el nexo causal (fs. 885vta. 3er párrafo) a partir de conjugar esas circunstancias con expresiones del experto de actuación que patrocinan que de haberse realizado el traslado oportuno las probabilidades de producir daño en la niña se reducirían en un alto porcentaje, y abonan la importancia de que sea un ginecólogo quien realice las maniobras de extracción del feto, llamadas activas en un parto vaginal (ver fs. 885, 3er párrafo). Pues, afincada en el deber de seguridad entiende que la atención defectuosa de la salud por falta de equipamientos y de personal especializado, resulta adecuada para causar el daño y definir la responsabilidad objetiva del Estado Provincial.

En fin, decide la extensión de la indemnización en un 80%, declarando no hallar en la causa producción probatoria por parte de la actora que demuestre que la niña recibió las secciones de kinesiología como ordenó su médico tratante o realizó alguna otra actividad de rehabilitación paliativa, o si la efectúa en la actualidad, e inferir a partir de ello, que esa omisión ha incidido en su situación actual (Cons. X).

Y, puesta al análisis y determinación de los rubros indemnizatorios solicitados,

juzgando reclamada la incapacidad sobreviniente de los padres y de la niña involucrada, sólo reconoce la relativa a esta última en un 55% de la total obrera de la mano de la pericial médica, por lo que procede a su cuantificación aplicando la fórmula *¿Pérez Barrientos?* bajo los parámetros que en la oportunidad indica. Desestima respecto de todos, el daño psicológico con carácter autónomo. Considera indemnizables los gastos de tratamiento terapéutico pasados y futuros de la hija de los peticionantes y los imputables a farmacia, traslados y prescripción psicológica de éstos, y establece en ambos supuestos su quantum invocando la facultad otorgada por el art. 165 del CPCyC. Rechaza el lucro cesante como así también el daño moral pretendido por los progenitores con sustento en la incapacidad de la menor de edad, brindado los motivos para ello, pero admite la pertinencia de reparar las consecuencias no patrimoniales de la madre por las circunstancias que debió transitar, y las de la niña, razón por la cual pasa a sus respectivas fijaciones haciendo nuevamente mérito de la preceptiva ritual citada. Detalla finalmente los términos de la condena en costas y la regulación de honorarios que decide.

La extensa explicación que antecede responde a un preciso propósito, indagar si los agravios esbozados en sostén argumentativo de los planteos impugnatorios articulados, sin perjuicio del esfuerzo reflexivo que trasuntan, alcanzan a constituir una crítica concreta y razonada de la disposición jurisdiccional objetada, tal como lo exige el art. 265 del CPCyC. Es que, aun cuando pueda ser cierto que el reconocimiento del derecho al recurso encuentra su esencia en la falibilidad de los hombres y por consiguiente de los jueces, permitiendo en abstracto conjeturar que las decisiones judiciales pueden contener desaciertos (Midón, Marcelo Sebastián, *¿Tratado de los Recursos?*, T I, pág. 21, edit. Rubinzal Culzoni, ed. 2013), señalar dónde residen éstos es una carga inexorable de quien apela.

La ejecución de ese mandato, deviene forzosa de la circunstancia que la técnica recursiva no habilita la fundamentación descalificante sustentada en la mera discrepancia con la interpretación realizada por quien juzga, ni la formulación de planteos inoperantes, entendidos éstos como aquéllos en los que solo se realiza una crítica a una o alguna de las varias razones expuestas en el resolutorio dejando, de esa forma, que las restantes persistan por lo que el resultado también subsistiría.

Pues, y en definitiva, el régimen procesal aplicable al fijar las condiciones para tornar formalmente hábil la vía patrocinada por el art. 242 del CPCC, demanda un esfuerzo extra, un plus, ya que declama imperativo no solo que se haya insinuado en forma clara

e inequívoca dónde reside el vicio o error que se enrostra a lo resuelto, sino que las manifestaciones equivocadas que se le atribuyen sean susceptibles de ser cotejadas en el discurso motivacional del fallo y se adecuen a la realidad de los hechos probados como así también al ordenamiento legal y convencional aplicable (cfr. Sent. 4/2020 de fecha 14.02.20 en autos ?DAGFAL MARIO OSVALDO C/ LA MERCANTIL ANDINA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)?).

Por ende, emplazada en condiciones de verificar si quienes apelan logran satisfacer la carga impuesta por el art. 265 del CPCC, y dada la conducencia de reivindicar en carácter de agravios las defensas críticas resaltadas en ocasión de relatar las expresiones fundantes de los recursos en tratamiento -a cuyos enunciados aprecio pertinente estar por razones de brevedad-, en el supuesto en exégesis ha de juzgarse satisfecha la exigencia contenida en el artículo mencionado, con excepción del introducido por la Provincia orientado a cuestionar los honorarios regulados a los profesionales letrados y perito (ver fs. 963, Punto VIII).

Lo primero, al menos en forma liminar y en la clara advertencia que su dilucidación no es factible desde una mera exploración analítica de índole ritual; principalmente, cuando al decir de esta Alzada es necesario ponderar con cierta tolerancia y flexibilidad la obediencia de esos recaudos legales, a través de una exégesis amplia que los tenga por cumplimentados (cfr. sent. 31/2013 de fecha 18.06.13, dictada en autos ?SILVA MARIA LUISA C/ MUNICIPALIDAD DE VIEDMA y OTRA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)?; sent. N° 1/2018, recaída en expediente caratulado ?IBARGOYEN ELVA ESTELA C/ GARRO GUSTAVO MARTIN Y OTRA Y/O QUIEN RESULTE OCUPANTE S/ DESALOJO (Sumarísimo)?, de fecha 06.02.18, sent. 97/2017 en ?ROSSETTI ANDRES ITALO C/ BONDARUK SEBASTIAN OSVALDO Y OTROS S/ ORDINARIO? el 19.12.17; en consonancia con lo resuelto desde antaño por la Cám. Nac. Ap. Civ. Sala G, 3/08/81, LL, 1983-B, 768; íd. 10/02/87, LL 1987, LL 1987-B, 288, entre muchos otros).

Y, la salvedad efectuada, porque no corresponde el tratamiento del recurso arancelario deslizado por la aludida demandada en remate de los agravios proyectados (ver fs. 963, Punto VIII). Ello, siempre que su planteamiento devino extemporáneo por cuanto a más de no haberse efectuado al apelar una formulación expresa en tal sentido, conforme lo exige el art. 244, 3er párrafo, del CPCyC (ver fs. 912), las motivaciones, de entenderlas necesarias, debieron allí también realizarse, y no -como se verifican- enunciadas en el memorial de fecha 13.12.19, ante la notificación de la sentencia cursada el día 23.09.19,

según constancia registrada a fs. 910.

VIII. Que, al haber superado las herramientas empleadas por los actores, y los demandados -Alejandro L. Solari y Provincia de Río Negro- el escrutinio relativo a sus respectivas admisibilidades formales cabe ingresar al examen de los cuestionamientos que les sirvieran de apoyo argumental con la finalidad de constatar si en las líneas motivacionales esgrimidas en pos de la revisión del resolutorio, se encuentra respetado el requisito de fundabilidad o procedencia. Así, por cuanto una vez superado aquel test, el triunfo del planteo recursivo dependerá de su eficacia sustancial (Conf. Marcelo S. Midón, Tratado de los Recursos T. I, pág. 151).

En su mérito quedará, además, demarcado el "thema decidendum" de la mano de la sentencia de grado y de lo manifestado al respecto por los escritos presentados a fin de ilustrar la desavenencia mantenida en instancia de revisión. Delimitación esa que por su parte no resulta neutra, en la medida en que ciñe la tarea del juzgador habida cuenta que éste, al tiempo que queda vedado de enclavar una cuestión no pretendida por los litigantes, so riesgo de contravenir el principio dispositivo que regla el procedimiento civil, se encuentra obligado a dar respuesta a los esquemas impugnatorios realizados siempre que, por la forma en que se resuelvan los previamente atendidos, no hayan devenido abstractos.

Advertido lo que antecede al igual que el requerimiento concluyente del conflicto que reclama el presente para dar por cumplimentado el requisito impuesto a los jueces por el art. 200 de la CPRN, el art. 3 del CCyC y el art. 163 inc. 6 del CPCC y persuadida de que en el caso la existencia misma del daño -parálisis braquial de miembro superior izquierdo- no se encuentra desconocida, asumo procedente seguir el trazo motivacional de la sentencia e inclusive de los recursos.

Entonces, estando persuadida de que aun cuando ¿los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones, sino sólo en aquéllas que estimen conducentes para la correcta solución del litigio?(Fallos 319:2108), si ¿omiten cuestiones sustanciales, expresa y oportunamente planteadas, se afecta la garantía de la defensa en juicio? (Fallos 307:2012), previo a examinar los agravios enarbolados respecto al nexo causal delineado al sentenciar corresponde dilucidar el debate suscitado en torno a los factores de atribución izados por el grado.

Con ese objetivo primario, comienzo por agrupar el estudio y resolución de los discursos objetores introducidos por los accionantes -al cuestionar la liberación decidida respecto de la licenciada María Cristina López-, por el demandado Alejandro L. Solari y

por la Provincia -al señalar realizada una ponderación insuficiente del comportamiento omiso de la madre y al sostener refrendada una decisión no ajustada a las constancias del expediente-. Ello, debido a que todos fluyen o emanan en oposición a la apreciación realizada por la señora juez de la conducta de los sujetos involucrados con motivo del nacimiento de la hija de los actores (J.H.Q.) el día 03.04.14 a las 14:30hs..

De ahí que, con el propósito de explicar los fundamentos de la resolución que he de propiciar al Acuerdo asumo conducente acoger como punto de inicio de mis reflexiones aquello que el a quo consideró a fs. 872 in fine/vta. no pendiente de cuestión entre las partes.

O sea, que el parto tuvo lugar en el Hospital ?Dr. Raúl Fernícola? de la localidad de Valcheta, dependiente del Sistema de Salud Provincial; que en la ocasión la señora Sonia Elizabeth Mora fue atendida por el médico de guardia doctor Luciano Camilo Henríquez Acosta y la licenciada en obstetricia María Cristina López; que durante el parto la bebé sufre distocia de hombros y el nombrado profesional médico debió realizar una maniobra activa para completar la rotación y expulsión de la beba con la finalidad de evitar el sufrimiento fetal al poseer la misma también doble vuelta del cordón umbilical y líquido meconial dentro del saco amniótico; que luego del nacimiento debió ser sometida a pre animación y trasladada al Hospital de San Antonio Oeste, y que le fue diagnosticada una parálisis braquial de su miembro superior izquierdo por la distocia sufrida (ver fs. 872, último párrafo/vta).

Revelaciones que, tras examinar las diatribas argumentales ideadas en ocasión de apelar, completo destacando que tampoco se encuentra en la actualidad en debate lo subrayado al resolver en punto a que la señora Sonia Mora el día 02.04.14 a las 11:30hs. concurrió a la guardia del hospital ?Dr. Raúl Fernícola? y en la oportunidad fue atendida por el doctor Alejandro Solari, quien la envió a su domicilio; que reingresa a las 2:10hs. del día 03.04.14 ?sin dinámica uterina partal? (ver fs. 879vta. in fine), y que en ocasión del parto el nosocomio involucrado no contaba con especialistas en ginecología ni en pediatría, pese a demandar reglamentariamente la categoría de complejidad prevista por el sistema de salud provincial, a saber IV-B, la presencia de profesionales en la materia (fs. 881vta. 3er párrafo). Y, menos aún, persiste la discusión en torno a las limitaciones del servicio de ambulancia señaladas a fs. 882, 2do párrafo.

En los presentes, los demandados aun reconociendo esas circunstancias encumbran la conducta de la actora como definitiva de que el nacimiento haya tenido lugar en Valcheta y en las condiciones apreciadas por la señora magistrada a quo (ver fs. 953

anteúltimo párrafo). Posición argumental que acogen no obstante declarar a continuación que la situación prestacional anunciada no ha incidido en el resultado dañoso verificado sea porque éste es en esencia imprevisible, sea porque se ha manifestado de forma súbita en el momento del parto, o porque la derivación oportuna e inclusive la atención en un centro de salud de mayor complejidad y en manos de un especialista médico no garantizaba que la distocia y/o la lesión del plexo braquial no se hubieran producido (ver fs. 943vta., último párrafo/ 944, 2do párrafo).

Con sustento en esas apreciaciones sobrevenidas del hacer recursivo, estimo que el conflicto se mantiene apoyado en la incidencia que cabe atribuir a la constancia de ?derivación a San Antonio Oeste? asentada en la Historia Clínica de la actora el día 27.03.14 por la licenciada en obstetricia María Cristina López (ver fs. 22 y formulario de solicitud de prestaciones glosado a fs. 23, ambos de la referida pieza documental que, reservada en Secretaría, en la oportunidad tengo a la vista). Apunte que, además, viene aunado a la apostilla que, datada el 01.04.14 por la aludida profesional- describe que la señora Mora no ha realizado la consulta en SAO, refiriendo ?tener los chicos solos? y ?su esposo estar trabajando fuera de la localidad?.

Vista así la cuestión primigenia a resolver, su dilucidación exige considerar que para el grado esas constancias habilitan a tener por acreditada la derivación a un centro de mayor complejidad en fecha 27.03.14 e insistida el 01.04.14 (ver fs. 878vta., 3er párrafo) y justifican en conjunto con las normas que reglan la actividad (Ley 17.132) y los derechos de los pacientes (Ley 26.259), juzgar la no responsabilidad de la licenciada en obstetricia (fs. 878vta. in fine).

En tanto, para quienes apelan buscando la revisión del fallo en este aspecto -o sea, los actores-, no es cierto que la progenitora Sonia Mora haya rechazado la posibilidad de trasladarse a la localidad de San Antonio Oeste (ver fs. 923/vta.), ni que la misma hubiese decidido que el parto se realice en Valcheta. Fundamentalmente cuando, hubo tiempo suficiente durante las 14hs. que estuvo internada para concretar la derivación si se hubiera contado, como era debido, con los medios necesarios para ello; no le fue requerido a esos efectos -ni se ha demostrado- su consentimiento informado en los términos de la Ley 26.529, y los asentamientos registrales habidos en la historia clínica carecen de veracidad al ser manipulables por los demandados (fs. 923vta./924).

Mientras que para aquellos que persiguen liberarse de la responsabilidad endilgada, esa prescripción resulta determinante de una derivación para que la finalización del embarazo (o sea el parto) fuera en el hospital de SAO.

Pues, y desde ella, el único profesional alcanzado por el resolutorio (doctor Alejandro Solari) blande en su defensa que la accionante nunca se presentó ni entregó la planilla de derivación al departamento respectivo del hospital, ni dio aviso de dicha circunstancia a quienes la asistieran ni de sus dificultades para trasladarse a dar a luz a San Antonio Oeste (ver fs. 930vta., 1er y 2do párrafos), y con ese hacer omiso decidió que el parto se realizara en Valcheta e impidió concretar un traslado oportuno (fs. 931vta., 1er párrafo), por lo que la conducta de la madre tuvo consecuencias, y consecuentemente debió ponderarse en los términos del art. 1.111 del CC (fs. 933, anteúltimo párrafo).

Ínterin, la Provincia con el objetivo también de revertir su condena inscribe que la derivación de ese modo ordenada fue resistida por la propia madre, o por lo menos no fue ejecutada por la misma cuando debía hacerse en forma anticipada para evitar inconvenientes (ver fs. 951vta. punto 1 párrafo 3ro), y dice recurrir a las conclusiones del consultor médico para sostener como adecuada esa recomendación (fs. 952, 2do párrafo) y restar incidencia a la falta tanto de equipamiento del móvil destinado al traslado de pacientes (fs. 952vta. 2do párrafo) como de especialista (fs. 953, Punto 2, 2do párrafo).

Esos despliegues impugnatorios no tienen chances de prosperar por una serie de fundamentos diferentes y variados aun cuando presenten un hilo mentor común, el valor que ha de darse a las constancias habidas en la historia clínica de la actora. Me explico.

El propiciado por la accionante, pretendiendo la condena de la licenciada María Cristina López no puede tener acogida favorable porque, primero, en su formulación omite desvirtuar las motivaciones brindadas al resolver con engaste en la Ley 17.132, apuntada como del arte de curar.

Vale en esta instancia también recordar, debido a que resulta definitorio del rechazo de este aspecto del recurso que propicio, que esa disposición legal en ocasión de regular el ejercicio de la medicina y de las actividades auxiliares a ella, determina que las obstétricas o parteras no podrán prestar asistencia a la mujer en estado de embarazo, parto o puerperio patológico, debiendo limitar su actuación a lo que específicamente se reglamente, y ante la comprobación de cualquier síntoma anormal en el transcurso del embarazo, parto y/o puerperio deberán requerir la presencia de un médico de preferencia especializado en obstetricia (art. 50). Pues, de esa prescripción normativa sigo que el sistema vigente prevé su actuación acotada, limitada o demarcada.

El Decreto N° 6216/1967 refuerza la visión del ordenamiento que propongo. De esta

forma lo afirmo luego de apreciar que en ocasión de su reglamentación al tiempo que se dispone la intervención de éstas, en apoyo de toda mujer en su embarazo en el lapso comprendido entre el 7° y 8° mes del mismo, precedida de un certificado de médico especialista en obstetricia que acredite que se trata de una gestación normal, expresamente indica qué les está permitido y establece determinadas prohibiciones. Segundo, y por consiguiente, quien apela, persiguiendo la condena de la mencionada profesional, tenía a su cargo la tarea, con claridad insatisfecha, de anotar qué probanza habilita a demostrar el incumplimiento de alguna de las específicas prácticas a las que ella se encontraba autorizada.

Tal reclamación argumental y probatoria alzada en desestimación del agravio en estudio, anida en el hecho que quienes prestan servicios de este orden no son garante de la salud del paciente, ya que la obligación de todos los que ejercen la medicina, odontología y actividades de colaboración de las mismas, es -en principio- de obrar con prudencia, diligencia y pleno conocimiento de las circunstancias, tiempo y lugar que rodean a aquel que requiere su asistencia técnica, e independientemente de su éxito.

Tercero, para la declaración de responsabilidad que se insta al recurrir, no basta la formulación de alegaciones cuyo objetivo es explicar la conducta propia de aquel que acciona. Es que, aun cuando en este tipo de juicios pese al principio anclado en el art. 377 del CPCyC, pueda convenirse en alivianar a la actora la carga de la prueba de sus dichos -ello, a sabiendas que el demandado debe exhibir una posición procesal activa en pos de aportar los elementos necesarios para su descargo-, la distribución dinámica del deber de probar no solo no ha perdido su condición de excepcionalidad, al erigirse en una facultad judicial cuyo ejercicio se encuentra condicionado al previo conocimiento de las partes (art. 1735 CCyC), sino que -y además- presupone la vigencia de aquella regla procesal, determinando que todos tengan que arribar al expediente los elementos a su alcance para la acreditación de los hechos.

De ahí que, si alguien imputa a un profesional su ?negligente? desempeño o atención no le baste con demostrar el daño que ha padecido o padece siempre que tiene que intentar probar la culpa de aquél, indicando en qué reside la mala praxis, o sea el hacer contrario al ?lex artis? y cómo ésta ha sido causa de ese daño. Así, en la medida en que esa construcción jurídica requiere para su configuración la presencia de un obrar desacertado, o equivocado que se aparta de las reglas o criterios imperantes en la materia (cfr. José Mosset Iturraspe- Miguel A. Piedecasas, ?Responsabilidad por daños?, Rubinzal Culzoni editores, T: VIII, pág. 162, edic. 2016) que debe ser -al

menos- alegado.

Además, y como ya he tenido oportunidad de señalar en sentencia N° 82/2018, dictada el 05.12.18 en autos ?MUÑOZ MARIELA ROSALIA C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)?, la posibilidad de sortear o evadir ese mandato probatorio instituido por el ordenamiento procedimental aplicable debe encontrarse debidamente justificada, puesto que solo acontece ?en ciertos supuestos extremos? (cfr. STJRN, en autos ?CACERES, ANA Y OTRA C/ PCIA. RIO NEGRO- CONSEJO PCIAL. SALUD PUBLICA Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS S/ CASACIÓN?, sent. 58/2010 de 06.07.10), los que entiendo no se verifican en el caso. Claramente, el grado al fallar no se consideró colocado frente a una insuficiencia probatoria o falta de certeza relativa, susceptible de avalar un cambio en las reglas del onus probandi, sino ante un plexo uniforme demostrativo de que en la actuación de la licencia María Cristina López ?no existe responsabilidad profesional? (ver fs. 878vta. in fine/879, 1er párrafo).

Por lo expuesto, verificado que al momento del alumbramiento la aludida demandada se encontraba asistiendo al médico clínico de guardia Luciano Camilo Henríquez Acosta y, por ende, acreditada su intervención acorde a las exigencias instituidas respecto de su profesión por el art. 50 de la Ley 17.132, y en la evidencia que la recurrente de fs. 911, por las razones detalladas, no ha aportado argumentos de convicción suficientes o idóneos para poner en crisis la decisión tomada con relación a la nombrada profesional de la salud, propongo la desestimación de los dos primeros agravios formulados por los promotores de la acción y, consecuentemente, la confirmación del fallo en este aspecto. Por su parte, los recursos articulados por el doctor Alejandro Solari y la Provincia, pretendiendo aniquilar el factor de atribución del daño que a cada uno le fuese endilgado, pivotean de modo primordial en orden a la constancia efectuada por la mencionada obstetra, María C. López, el día 27.03.14, bajo la apostilla ?derivación a San Antonio Oeste?.

Pues, en oposición a lo sostenido por la Sra. juez a quo cuando califica a la misma como mera previsión de ?turnos de consulta?, anunciando que la omisión de quien se encontraba cursando el embarazo en concurrir a ellos solo se traduce en la ?simple inasistencia? a los mismos (ver fs. 878,4to párrafo), para los citados demandados esa glosa tuvo por destino prever ??una derivación para que la finalización del embarazo (o sea, el parto) fuera atendido en el hospital de SAO?, en palabras del doctor Solari (ver fs. 930vta., 1 er párrafo), o bien ?acredita que la derivación fue dispuesta en tiempo y

forma por el profesional médico especialista interviniente?, en declaraciones de la Provincia (fs. 952, 4to párrafo).

Todas esas valoraciones parecieran hallarse elaboradas desde la perspectiva subjetiva de aquél que asume la condición de intérprete de la constancia registral en cuestión, omitiendo considerar que el sentido de las expresiones oportunamente inscritas, ha sido objeto de precisa ilustración por parte de la licenciada María C. López, en ocasión de realizar su descargo en el marco del expediente N° 70972-S-2015 ?S/presunta situación irregular agentes: Dr. Alejandro L. Solari y Lic. M. C. López del Hospital de Valcheta inc. A), B) H) 1) art. 23 Ley 3.487?.

A mi criterio, no resulta un hecho soslayable la circunstancia que la nombrada en dicha oportunidad manifieste haber realizado la ?planilla de derivación 922 por su edad gestacional para ser evaluada por especialista para su vía de finalización? (ver fs. 537, in fine), e indique haber ?sugerido? el día 1 de abril ?que finalice su embarazo en hospital de mayor complejidad? (ver fs. 538, 1er párrafo), habida cuenta, que si la exégesis de cualquier expresión debe efectuarse conforme el significado propio o innato de los términos empleados, la inicial derivación fue solo ?para ser evaluada por un especialista?para su vía de finalización? (ver fs. 537 in fine), es decir para consulta acerca de los pasos a seguir.

Con ello, definitivamente, estoy avalando el argumento de la actora, en la medida en que claramente no tradujo una prescripción médica en torno a dónde debía realizarse el parto, susceptible de generar su incumplimiento la propia responsabilidad de la paciente.

Aparte, la solución a la que se llega mediante la regla hermenéutica utilizada se mantiene inalterable inclusive si se la coteja enlazada a la asentada el día 01.04.14, toda vez que quien la emitiese admite ?haber sugerido?, por ende, insinuado, aconsejado o recomendado, ?que finalice su embarazo en un hospital de mayor complejidad?.

Indiscutiblemente ?sugerir? no es derivar, en tanto no lleva implícito la finalidad de dirigir o conducir de manera inflexible hacía un determinado destino, lo que, a mi entender, derrumba de manera incontestable el pilar donde se recuestan las defensas de los demandados para deslindar sus responsabilidades.

No empece a lo dicho, la confección del formulario plasmado al efecto según constancia de fs. 23 de la historia clínica, dado que el mismo se muestra como el medio administrativo para la realización inclusive de la encomienda de consulta.

Abono la tesis desestimatoria de los recursos que propicio, reflexionando finalmente en

la ilogicidad que exhiben los trazos discursivos ensayados por los alcanzados por la resolución en revisión.

El de la Provincia por cuanto, si bien afirma que se indicó con total claridad que la paciente debía ser derivada en ese momento a un Centro de Mayor Complejidad?? (ver fs. 957, punto 1), 1er párrafo) por lo que la actora fue quien asumió el riesgo de no cumplir con la derivación para realizar la cesárea en el Hospital de San Antonio Oeste?? (fs. 960, in fine/vta.), no duda en declamar la inexistencia de nexo causal, argumentando que más allá de la existencia del recurso humano y técnico, la causa eficiente del daño tuvo relación con las características propias del parto (peso del feto)?? ni en alegar inclusive no justificado? que la dolencia se produjo por la práctica médica?? (fs. 960, 2do párrafo).

El perfilado por la representación del Dr. Solari siempre que al tiempo que censura no analizadas las secuelas que el comportamiento omiso de la madre trajo aparejado a las posibilidades de derivación (ver fs. 932, 2do párrafo) ni el hecho que la conducta de la requirente del servicio de salud pública ha generado responsabilidades imputables a ella misma de la mano del art. 1111 del CCi (fs. 933 anteúltimo párrafo), sostiene que la distocia de hombros es una verdadera emergencia periparto, generalmente impredecible? (fs. 944vta. anteúltimo párrafo) e inclusive asevera que una derivación oportuna? no la hubiera evitado (fs. 935vta. in fine).

Es que no observo coherencia ni razonabilidad en esas estrategias defensivas desde que no hay posibilidad alguna de sostener validamente esas dos alternativas proposicionales. No pueden coexistir porque se repelen. O, la derivación para realizar la cesárea en el Hospital de San Antonio era necesaria, forzosa, imperativa para evitar el daño y la actora fue pura y exclusiva responsable de que el parto se realizara en las condiciones constatadas, al no acatar esa prescripción; o bien, cualquiera hubieran sido las circunstancias que rodearan al alumbramiento -o sea, en un centro de mayor complejidad y en presencia de profesionales especialistas-, el daño igual se habría generado con la entidad evidenciada, porque la distocia de hombros es una verdadera emergencia periparto, impredecible y no está justificada una cesárea.

Agrego, por último, que las constancias habidas en la historia clínica objeto de análisis no alcanzan, por las razones dadas, para trasladar a la gestante la decisión de realizar el parto en el hospital de Valcheta a modo de consentimiento informado, es decir, para considerar que medió por su parte una manifestación de voluntad implícita de rechazar la derivación a un hospital de mayores recursos.

En esos términos me expreso, persuadida de que en el caso tal posibilidad decisoria solo hubiese resultado factible si los apelantes hubieran logrado evidenciar que la información que se alega otorgada a la señora Sonia Mora sobre su estado de embarazo y las alternativas de tratamiento, fue dada en forma clara y adecuada a fin de que la nombrada asuma los riesgos derivados de cada una de las opciones que le fuesen presentadas. Ello, teniendo en cuenta que la carga de probar ese alegado consentimiento pesa sobre los demandados en la medida en que el régimen legal aplicable coloca bajo la órbita de actuación de los profesionales de la salud actuantes en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, el deber o la obligación de requerir, con carácter general y dentro de los límites que se fijan por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente (art. 6 Ley 26.529).

Con lo manifestado hasta aquí, estimo haber dado respuesta, a los dos primeros planteos objetores esgrimidos por la actora, al inicialmente articulado tanto por el condenado Solari como por la Provincia en orden a la conducta de la progenitora y sentadas las bases para la indagación oportuna del nexo causal, también colocado en crisis por estos últimos.

IX. En la tarea resolutoria emprendida y sin dejar de notar que la a quo para apreciar responsable al mencionado profesional alude en el Considerando VIII-B-2 a su condición de médico de guardia y de Director del Hospital, refiriendo que más allá de ese cargo, el nombrado galeno ha tenido actuación al momento de ser requerido el día 02.04.14 a las 11:30hs y en la madrugada del 03.04.14 al disponer la internación de la actora ante su estado de ansiedad (fs. 879 in fine), entiendo que en su decreto condenatorio se detiene y hace hincapié tan solo en la segunda de esas funciones.

No cabe otra conclusión si se atiende que al enfocar su análisis en la posición de director luego de evaluar la primera de esas participaciones, comienza bajo la acotación ¿ahora bien? (ver fs. 879vta., 1er párrafo). Pues, el recurso lingüístico usado implica introducir una conclusión contraria a la esperada en un primer término, ya que se presenta susceptible de resultar asimilado a expresiones tales como ¿aun así, con todo, con todo eso, así y todo, sin embargo, no obstante, pero?.

Por lo tanto, y sin desconocer que no es tarea del Tribunal interpretar a los jueces (cfr. esta Cámara en sent. 15/16, dictada el 04.04.16 en autos ¿Ferrada Claudio Gustavo c/ Ruff Alfredo Roberto s/ Ordinario?), evaluó que el empleo de ese nexo concesivo o de concesión por parte del grado, o sea ¿contraargumentativo?, ha sido adrede y autoriza afirmar la ausencia de reproche al doctor Alejandro Luis Solari por la intervención

desplegada como médico de guardia.

En consecuencia, considero abstracto y, por ende, insusceptible de atención por parte de esta Alzada el agravio que la defensa del aludido introduce alegando una franca violación a las reglas del art. 512 del CC, tomada una decisión con el diario del lunes y desligada de la circunstancia que el camino elegido estuvo dentro de los aconsejados, prima facie, por la clínica médica (ver a fs. 934/937 Punto 2).

X. Que, siguiendo el orden expositivo dado a los recursos por parte de los convocados a juicio, corresponde examinar la decisión de la señora Juez a quo de achacar antijuridicidad a la conducta del doctor Solari en su condición de Director del Hospital ?Dr. Raúl Fernícola? de la localidad Valcheta, cuando juzga que ?no aseguró la atención efectiva y oportuna de especialistas para asistir a la paciente, ni el cumplimiento indispensable de las medidas necesarias que eran requeridas en el caso concreto, recursos humanos y materiales para atender su embarazo y ?las posibles contingencias?? (fs. 880vta., 4to párrafo).

En la labor revisora emprendida cabe tener en cuenta que el razonamiento decisivo se construye a partir de considerar que se encontraba dentro de la competencia del nombrado gestionar la derivación de aquellos pacientes que necesitan una atención en servicios de mayor complejidad (fs. 879vta., 3er párrafo), y que ante el conocimiento de los antecedentes registrados por la licenciada en obstetricia en cualquiera de las dos oportunidades que asistió a la actora previo al parto debió instrumentar el pertinente traslado, registrar el rechazo a esa alternativa por parte de ella y/o solicitar la presencia de un especialista en obstetricia (fs. 879vta., in fine). Suma a lo referenciado que pese a la ausencia de especialistas obligatorios y al deber que le cabía de hacer cumplir las normas vigentes en la institución a su cargo, no acompañó ninguna constancia de haber advertido y/o comunicado a quien corresponda el incumplimiento del reglamento de Áreas Programa de la Provincia de Río Negro del Ministerio de Salud, instituido mediante resolución 745/86 (fs. 880, 2do y 3er párrafos) y que para el perito las especialidades de obstetricia y pediatría no pueden ser suplidas por médicos generalistas ni parteras (fs. 880 in fine/vta.).

Confrontando esas apreciaciones deben aquilatarse los agravios alzados por la representación del galeno condenado cuando, declama que la conducta que se le demanda resulta irrazonable e inalcanzable para cualquier director de hospital de la Línea Sur, máxime en el exiguo lapso de 15 horas que transcurrió entre que tomó conocimiento del caso en la guardia del mediodía del 02.04.14 y que ordenó la

internación de la paciente a las 02,00 hs. de la madrugada del 03.04.14; refiere realizada una interpretación que excede el marco de su competencia, y acota que la supuesta falla del servicio de salud no le resulta imputable a su parte y menos aún pueden derivarse en una falta a sus obligaciones como director (ver a fs. 937 punto 3). Y también las críticas esgrimidas a partir de alegar que solo es un agente dependiente del Estado Provincial con capacidad de administrar y preservar recursos que le son provistos por aquél, no los crea ni puede disponer por sí su suministro, menos traer a un profesional de otro hospital en menos de 24 hs. o abastecer al nosocomio a su cargo de una ambulancia de alta complejidad cuando ello a más de no estar a su alcance requiere un proceso licitatorio. En resumidas palabras aduce que no puede juzgarse la presencia de error exigiendo recursos inalcanzables o que están fuera de la órbita de las obligaciones del deudor.

La tesis discursiva empleada, aun cuando demuestra un esfuerzo argumental en su desarrollo, no logra contrarrestar debidamente el despliegue fundacional del fallo. Una vez más me explico.

Primero, la Resolución N° 745/1986 del Ministerio de Salud de Río Negro denominada "Reglamento de Áreas de Programa", ha sido dictada según su marco motivacional "en un intento serio y programado para reestructurar el hospital público", y trata, en definitiva, de la "organización hospitalaria", previendo un esquema funcional que "debe ceñirse a los conceptos esenciales de integración técnica y coordinación" (el subrayado me pertenece).

En su seno se dispone que los establecimientos de ese orden conforman junto a los demás "una red" a los efectos de la ínter consulta y de la derivación oportuna de la patología cuyo carácter exceda a los recursos con que ha sido dotado, con el fin de llegar al autoabastecimiento en salud en la zona (ver Capítulo II, art. 1. Objetivos).

De ahí, que resulte factible refrendar al grado cuando señala que el sistema pone en cabeza de los directores la gestión de la derivación de aquellos pacientes que necesitan una atención en servicios de mayor complejidad, ateniéndose a las normas establecidas (art. 8 punto 2.5), y al mismo tiempo concluir que si, como arguye Solari en su defensa, se encontraba asentada en la historia clínica de Sonia Mora una derivación oportuna, para liberarse de responsabilidad debió adoptar alguna de las medidas para su concreción apuntadas al sentenciar.

Segundo, aun cuando pueda ser cierto que, como se dice al apelar (ver fs. 937vta., 2do párrafo), la señora magistrada actuante no revela cómo en las quince horas transcurridas

hasta el momento de la internación hubiera podido el nombrado conseguir una ambulancia y/o la concurrencia a Valcheta de profesionales especialistas que atendieran a la aludida, igual de irrefutable resulta que el recurrente tampoco da razones por las cuáles ninguna de esas alternativas resultaba factible, y ello pese a ser quien tenía la obligación legal a su cargo y, por ende, el deber de articular una defensa idónea y aclaratoria de sus obligaciones.

Principalmente, y además, cuando el centro de mayor complejidad y con médicos en la especialidad requerida no se muestra a priori inaccesible, habida cuenta que San Antonio Oeste se encuentra a tan solo una hora y media de viaje de Valcheta por estar ubicado a 120 km por RN3 y RN23, a mérito de los portales web de distancia entre localidades.

Tercero, resulta palmariamente desacertado oponer a las expresiones de la señora juez la imposibilidad de proveer una ambulancia de alta complejidad invocando la carencia de recursos y de proceso licitatorio, o de médicos especialistas cuya contratación está fuera de su órbita. Es que, el fallo no presupone una adquisición definitiva o permanente de esas exhortaciones, sino una respuesta a la urgencia, a la emergencia, anclada en la estructura de conjunto o red de contención prevista por el sistema de salud diseñado para esta provincia por la reglamentación que fue examinada en los presentes.

Cuarto, reconoce el doctor Solari haber tomado contacto con la Sra. Mora el 02.04.2014 en horas del mediodía cuando la paciente concurrió a la guardia hospitalaria a su cargo y conocido en la oportunidad la situación que acontecía. Por tanto, si a su criterio en la ocasión el estado de embarazo ¿no tenía un avance como para una internación? (ver fs. 935vlt., 1er párrafo), no se advierte como sí podría válidamente imposibilitar una derivación a un centro de mayor complejidad o la convocatoria de un médico especialista, cuando cualquiera de esas dos opciones insumía, por la distancia verificada, tan solo hora y media de traslado y a su criterio, debo insistir, había una derivación prescripta por la licenciada López.

Quinto, la solución en revisión no se ve opacada por el hecho que el perito médico en ningún momento haya sostenido la responsabilidad de Solari, toda vez que en autos se valora su conducta en su función de director a la luz de las normas que reglan esa actividad, y no desde la práctica médica.

El conjunto de razones detalladas precedentemente justifican a mi entender la decisión de la judicatura de apreciar no acorde a la regulación su desempeño como director del Hospital Dr. Raúl Fernícola de la localidad de Valcheta y, por ende, la desestimación

del agravio trazado contra esa disposición jurisdiccional.

XI. Aparte, no se encuentran contrarrestadas las carencias imputables al sistema de salud prestado con enclave en la circunstancia de no contar el nosocomio en cuestión con especialistas en ginecología ni en pediatría pese a demandar reglamentariamente la categoría de complejidad prevista, a saber IV-B, la presencia de profesionales en esas materias (fs. 881vta. 3er párrafo), y en las limitaciones del servicio de ambulancia (fs. 882, 2do párrafo.).

De ahí que, respetando el diseño argumental bosquejado al resolver en 1ª instancia como así también los fundamentos objetores articulados contra el mismo por los recurrentes, cabe detenerse en el estudio de las críticas formuladas contra el nexo causal erigido al sentenciar entre la parálisis braquial del miembro superior izquierdo que padece la hija de los actores como consecuencia de la distocia de hombros sufrida en ocasión del parto, y las condiciones deficitarias del hospital público en el que ese alumbramiento tuvo lugar.

Su análisis demanda inicialmente tener presente que la señora magistrada actuante, no obstante anotar que los daños de este orden pueden ocurrir en estado intrauterino antes del trabajo de parto y no estar relacionado con el desprendimiento de los hombros, e inclusive en ausencia de factores de riesgos conocidos (ver fs. 883 in fine), toma como pilar fundamental de la condena que decide que en opinión del perito médico si se hubiese realizado el traslado oportuno, es decir, contando con la evaluación y atención de los especialistas requeridos, las probabilidades de producir daño en la niña se reducirían en un alto porcentaje, toda vez que estadísticamente está demostrado que de acontecer una cesárea tales afecciones se presentan en porcentuales muy bajos (fs. 884, 4to párrafo). A lo que agrega, en camino de aventar las impugnaciones realizadas por la Provincia de Río Negro, que los recién nacidos macrosómicos están en mayor riesgo de distocia de hombros, fractura de clavícula, lesión del plexo braquial y asfixia perinatal (fs. 884 in fine) y que situaciones como las de autos, donde simultáneamente se presentan factores de riesgos -madres obesas, macrosómia fetal, madres múltiparas, un trabajo prolongado de parto-, deben atenderse con las especialidades requeridas ante las complicaciones que pueden generarse durante el mismo (fs. 884vta. anteúltimo párrafo). Pues, contrapuestas a ellas cabe examinar las alegaciones efectuadas por la representación del galeno recurrente en lo tocante a que la distocia de hombros es un accidente obstétrico, no puede ser determinada por los estudios ecográficos y/o clínicos, y es una verdadera emergencia periparto, generalmente impredecible, por lo que no hay

posibilidad de construir un nexo causal entre la atención médica, o la supuesta falta de derivación, o la carencia de profesionales del hospital de Valcheta (ver fs. 941vta./942), al igual que las realizadas a partir de aseverar que la impredecibilidad fue abonada por el mismo perito en un causa prácticamente igual (?Reyes?) y por el médico pediatra Horacio A. Llamazares de General Roca.

Es más, también sobre su base deben evaluarse las manifestaciones sostenidas por la Provincia al manifestar que equivoca la sentenciante cuando relaciona causalmente el resultado dañoso con la falta del servicio público de salud. Es decir, cuando argumenta que se encuentra probado que independientemente de la existencia o no del recurso humano y técnico, la causa eficiente de aquél se vincula con las características propias del parto (peso del feto) y advierte no justificado que la dolencia se produjo durante el mismo por la práctica médica empleada (fs. 960, 2do párrafo).

Bien, las diatribas recursivas expandidas a más de contener la incongruencia que he señalado en ocasión de valorar la conducta de la madre, parten de dos premisas que no logran superar eficazmente la compulsión señalada. En tanto una, se apoya en la imprevisibilidad de la distocia de hombro y la restante, en el hecho que pese a la ausencia de profesionales especialistas, quienes intervinieron cumplieron con las buenas prácticas médicas.

Expongo tal aseveración, convencida de que los recurrentes en el despliegue encaminado a impugnar el nexo causal apreciado en autos, pese al esfuerzo empleado, omiten contrarrestar las valoraciones fundantes de la resolución tomada al respecto. Nuevamente doy razones.

Primero, quienes apelan nada dicen acerca de la previsión, o prevención, juzgada como adecuada al sentenciar cuando, como en el supuesto que nos convoca, los factores predisponentes de una distocia de hombros se presentan simultáneamente y así precisamente se detalla constatado (ver fs. 884vta., in fine/885, 1er párrafo), ni refutan de modo idóneo que para prevenir la afección ante esos datos surgentes de la realidad, es apropiado la inducción al parto y/o la cesárea electiva, a estar a las expresiones del perito de actuación (fs. 736, in fine).

Y, menos aún, logran desvirtuar que a mérito del doctor Boland los daños del plexo braquial ?se deben?por tracción ?evitables? con diagnóstico precoz y nacimientos por cesáreas?, ni que ?la adecuada derivación en tiempo y forma a un centro de mayor complejidad hubiesen disminuido de forma considerable el riesgo de esta patología? (fs. 737).

La insuficiencia de los agravios que propugno en su comparación con los motivos brindados por la señora juez siguiendo la opinión del experto de actuación, no obstante partir de una premisa de derecho, tal que el presupuesto en estudio exige para su configuración realizar un juicio de probabilidad a fin de determinar que el daño se halla en conexión causal adecuada con el acto antijurídico, se concatena con los hechos probados en autos a esos efectos. Ello, toda vez que frente a la conjunción de los factores predisponentes verificados al resolver -edad de la madre (36 años), antecedentes familiares de diabetes e hipertensión, con cuatro gestaciones previas, un aborto y tres nacimientos por vía vaginal todos con macrosomía entre 4300 y 4600, y obesidad grado 2- , no puede válidamente sostenerse que la consecuencia gravosa no era previsible según el orden natural y ordinario de las cosas, conforme lo establecía el art. 901 Código Civil., toda vez que por esas razones el peso del feto no pudo resultar imprevisto.

Además, para acompañar la declaración judicial en análisis, la que verifico sustentada en el informe pericial, tengo en cuenta que ¿a la hora de evaluar las prestaciones brindadas, el magistrado debe respaldarse en la opinión de especialistas, toda vez que se encuentra frente a un saber específico, que lo obliga a recurrir a los mismos para determinar si el obrar fue el correcto, o trasluce negligencia, impericia o imprudencia? (cfr. esta Cámara en sent. 76/2017 emitida en autos ¿SANCHEZ NAVARRETE SANDRA MARIA Y OTRA C/ HERRERA MARTA LIA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)?, de fecha 05.10.17). Por lo que, en principio, las pruebas de esta índole se constituyen en el medio o herramienta por excelencia a la hora de evaluar el servicio prestado, debido a que en su elaboración interviene aquél que por su ciencia es quien en mejores condiciones se encuentra para determinar con rigor científico cuáles eran las prácticas médicas a llevar adelante ante determinada situación, o si las desarrolladas fueron las que correspondía realizar (cfr. sent. 82/2018, del 05.12.18, recaída en causa caratulada ¿MUÑOZ MARIELA ROSALIA C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)?).

Tal regla decisoria en especial se impone en este tipo de procesos porque la Corte Suprema de Justicia en su función de guía de la tarea jurisdiccional con claridad ha anunciado que no corresponde a los jueces prescindir de las conclusiones del dictamen pericial -aun cuando no sean obligatorias-, a menos que se les opongan otros elementos de juicio no menos convincentes (CSJN, en autos ¿ALBORNOZ, LUIS ROBERTO Y OTRO c/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE Y OTRO s/DAÑOS Y PERJUICIOS?,

sent. del 13.03.07, Fallos: 330:748 citado por esta Cámara en sent. 29/2012, recaída en autos ?LINO ANDREA LILIANA C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO Y KANJE IRIS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Sumario)?, sent. de fecha 11.06.12), circunstancia que entiendo no se configura en la hipótesis de autos.

El informe del doctor Horacio A. Llamazares, médico pediatra, referenciado por la Provincia en su descargo, mal puede constituir la intervención de un consultor técnico a propuesta de la citada demandada, cuando quien acompaña sus conclusiones a esta causa es su contraria, la actora. Pero, y además, sus manifestaciones sientan también bases para la condena impuesta, es que en su seno se advierte un sesgo crítico en tanto concluye ?no encuentro en la historia clínica el porqué de la no derivación antes del paso a la sala de partos a las 13:00hs.? (ver fs. 116).

Segundo, cierto es que desde una jurisprudencia uniforme se ha entendido que debe descartarse la mala praxis cuando se le presentan al médico varias opciones -admisibles científicamente- y éste elige aquella que entiende más apta según las circunstancias del caso; lo que aprecio ha orientado la solución propiciada por esta Cámara siguiendo -vale aclarar- las conclusiones del perito médico, en sentencia N° 45/2019, dictada el 28.05.19 en autos ?Reyes Andrea Fabiana c/Sanatorio Austral S.R.L. y otra s/ daños y perjuicios (Ordinario)?.

Sin embargo, estoy persuadida que esa posibilidad decisoria resulta insusceptible de ser trasladada a los presentes siempre que el marco fáctico de la causa en estudio es sustancialmente diferente a la del mentado precedente.

En estos autos, como consecuencia del déficit prestacional del servicio de salud pública, no se verifica la actuación de un médico especialista que, por su conocimiento técnico acerca de los factores de riesgo que rodean un parto, hubiera podido tener la posibilidad de elegir entre un desenlace por vía vaginal o por cesárea.

La falta de servicio en los términos del antiguo art. 1112 del CCiv., en que incurrió el hospital público de Valcheta por inacción de derivación oportuna u omisión de contar con los especialistas previstos reglamentariamente, colocó, de manera indefectible, a la actora en situación de ser asistida por el doctor Henríquez Acosta, médico generalista, quien no tuvo otra opción que hacer lo que hizo ante la necesidad de evitar males mayores a la madre y a la hija. Y ello, sin olvido de que la tracción de la cabeza para lograr el desprendimiento de los hombros como maniobra obstétrica habitual tiene, al decir del experto de actuación, el límite de la experiencia del obstetra especializado (fs. 778, punto 3).

Tercero, en la resolución del presente no es factible obviar los términos de la Recomendación General N° 24 de la CEDAW -Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer- en tanto, dictada en el año 1999 bajo el título "la mujer y la salud", preceptúa que los Estados Partes deberán garantizar a éstas "servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia" (art. 12.2), ya que, en definitiva, está afincando el deber de asegurar una maternidad sin riesgo y el acceso a una atención obstétrica adecuada, con la consiguiente obligación de seguridad que, reafirmo, la Provincia no ha satisfecho respecto de la actora, por lo que debe responder por los daños causados.

Como consecuencia de lo dicho, concluyo que las circunstancias acreditadas de falta de recurso humano especializado y de derivación oportuna, resultan demostrativas de que el perjuicio sufrido por la hija de los actores, cuyo alumbramiento tuvo lugar en el hospital público de Valcheta, obedece a las deficientes condiciones en las cuales el servicio de salud fue prestado ya que ha limitado la actuación profesional esperable, por lo que torna operativa la responsabilidad del Estado en los términos del art. 1112 del CC.

Por lo expuesto, porque estamos en presencia de un derecho humano inalienable y universal que tiene anclaje constitucional y dentro de ese marco reviste el carácter de un derecho social (cfr. art. 14 bis de la Constitución Nacional), que por esa sola condición demanda del Estado el deber jurídico de garantizarlo, mediante la realización de prestaciones concretas dirigidas a brindar efectiva e -inflexiblemente- idónea asistencia médica, conforme lo anunciase, propicio al Acuerdo no hacer lugar al cuarto agravio trazado por la defensa del doctor Solari ni a las críticas enarboladas por la Provincia contra el nexo causal decidido por al resolver.

XII. Queda entonces pendiente de evaluación la cuestión expuesta por la actora pretendiendo confrontar la reducción de responsabilidad de la Provincia, establecida en un 20%, en la advertencia que no es cierto que los progenitores se hayan negado a realizar la rehabilitación en tiempo y forma, que se trata de una madre que ha viajado a Viedma y a Buenos Aires para dos operaciones, que recibe maltrato por parte del personal hospitalario local y, en definitiva, que nunca se quedó sin hacer nada (ver fs. 924/925).

Su tratamiento demanda atender en forma conjunta parte de los planteos de naturaleza

subsidiaria articulados por las asistencias letradas del doctor Solari y de la Provincia, pues los mismos se presentan como la contracara o lo opuesto al perseguir un incremento de ese porcentual, el que proponen sea elevado a un 80%, en la convicción que se ha disminuido escasamente el monto indemnizatorio por la incapacidad sobreviniente de la hija de los promotores de la acción, cuando se encuentra acreditado con creces que los padres deben comprometerse en la terapia recuperatoria (ver fs. 946vta.) y éstos son responsables de la falta de mejoría por no cumplir con lo prescripto por los especialistas (fs. 960vta.).

Detallada esta arista del conflicto sostenido en esta sede, para su análisis recorro nuevamente a las expresiones contenidas en el fallo y aprecio que la decisión refrendada parte de valorar que en opinión de los profesionales intervinientes el estado de la hija de los actores mejoraría potencialmente su pronóstico si hubiera realizado técnicas de estimulación y estiramiento muscular con masaje, vendaje neuromuscular y ejercicio (fs. 888,3er párrafo) y que de la historia clínica surge distintas ausencias sin justificar a las terapias de kinesiología y fisioterapia (fs. 887vta., 2do párrafo).

Frente a ello, ninguno de los guiones recursivos relatados precedentemente alcanza a constituir una crítica concreta y razonada de este aspecto del resolutorio en análisis. Es que, no dejan de ser meros disensos subjetivos que se presentan como exposiciones propias del debate dialéctico ajeno, por ende, a la impugnación judicial, por cuanto no brindan a esta judicante elemento de apreciación alguno susceptible de habilitar un cuestionamiento legítimo, y de provocar en consecuencia una decisión judicial que logre superar asentarse en la sola convicción personal de quien juzga.

Tampoco exhiben chances de prosperar la apelación presentada por la actora respecto al rechazo del lucro cesante por la que reclama no visualizado que tenían ingresos provenientes de actividades informales o de temporada (ver fs. 926), ni la articulada por los demandados con relación al porcentual de incapacidad reconocido a la menor involucrada (55%), bajo el argumento que ¿no se encuentra consolidada? (fs. 947, 2do párrafo) o bien que se trata de una cuantificación hipotética por no resultar definitiva (fs. 961, anteúltimo párrafo), ni menos todavía las objeciones alzada por la representación de la Provincia respecto a las cuantías indemnizatorias reconocidas en concepto de gastos de tratamientos terapéuticos de la menor de edad, de farmacia, de traslado y apoyo psicológico de los padres como así también en orden a reparar las consecuencias no patrimoniales de la actora Sonia Mora y de su hija. Una vez más me veo en la obligación de explicarme.

El argumento recursivo encaminado a revertir la falta de reconocimiento del lucro cesante, porque quien recurre ni siquiera ha intentado refutar la falta de prueba juzgada a fs. 899, 2do párrafo, pese a demandar este rubro indemnizatorio para su admisión la demostración concreta del perjuicio.

El trazo impugnatorio delineado por las condenadas con sustento en la no definitividad de la incapacidad, porque el fundamento enarbolado resulta tardío y se recuesta en una falacia. Lo primero, porque habiendo sido informado por el perito en ocasión de practicar la pericial médica (ver fs. 740), dicho porcentual no fue objeto de impugnación ni de solicitud de aclaración alguna, no obstante haber ambas partes formulado objeciones contra la misma. Y, la restante apreciación porque el porcentaje de incapacidad del 55% determinado desde la clínica médica como "permanente y no definitivo", desde que parte de daños consolidados implica que no hay retroceso e inclusive que hasta puede incrementarse.

Los achaques endilgados a las cuantías indemnizatorias catalogando de antojadizos y excesivo a los montos reconocidos como así también de provocado un enriquecimiento sin causa, no alcanzan a desvirtuar los motivos expresados a fs. 894/895 para su reconocimiento y valor. Principalmente, porque quien está obligado a reparar el daño generado a otro con su inacción u omisión no puede buscar amparo en incumplimientos de cuidado que endilga a un tercero.

La niña, sufre del daño, es en sí sujeto de derechos y desde esa condición tiene el derecho intrínseco a la vida y a un desarrollo integral, mientras que al Estado le cabe el deber de garantizar ello en la máxima medida posible (Convención de los derechos del niño, niña y adolescente -CDNNyA- art. 6-).

Por último, las manifestaciones de la Provincia en aras de colocar en crisis bajo idénticos cuestionamientos los montos indemnizatorios establecidos a fin de reparar las afecciones de naturaleza no patrimonial de la actora, Sonia E. Mora, y de la menor de edad involucrada en los presentes, padecen también de un déficit argumental.

Primero, omiten valorar que la determinación de la cuantía de la indemnización autorizada en el caso al amparo del art. 1078 del C. Civ. es una cuestión aleatoria y subjetiva, librada al criterio del juzgador, ya que es muy difícil, casi imposible, lograr una correspondencia entre un perjuicio espiritual y el patrón dinerario con que se resarce. A lo que necesariamente se agrega la ausencia de una regla normativa que establezca pautas comunes para su determinación.

Segundo, la Sra. Magistrada actuante dio precisos parámetros de valoración para sus

respectivos establecimientos, al manifestar tener en cuenta las circunstancias que rodean el caso, el informe pericial labrado por el perito psicólogo, Jorge Paulo Morán, con relación a la señora Mora y, en especial, el tenor inclusive estético de las secuelas incapacitantes que presenta de modo visible la hija de ésta (ver fs. 897/898). Entonces, la falta de cuestionamiento a esas pautas de valoración muestran la liviandad del hacer recursivo, y más cuando se persigue la revisión en alzada sin indicar por qué el monto de condena resulta excesivo.

Por las razones brindadas al dar respuesta a cada uno de los agravios formulados por los recurrentes contra la sentencia dictada en autos, propicio al Acuerdo: I. Rechazar la apelación formulada por la actora a fs. 911 y confirmar, en consecuencia, los términos de la condena dispuesta en el punto I y el punto II del fallo en revisión en lo que fue materia de recurso, con costas en el orden causado, en virtud del principio de reparación integral que rige en la materia, del tratamiento conjunto con otros recursos que merecieron las cuestiones traídas al debate y de la entidad parcializada de éstas (art. 68, 2do párrafo del CPCyC). II. No hacer lugar a los recursos articulados por los demandados condenados, doctor Alejandro Solari y Provincia de Río Negro a fs. 912 y 913, respectivamente, y confirmar, por ende, los términos de la condena decretada mediante sentencia del 10.09.19, con costas por vigencia del principio general de la derrota (art. 68 del CPCC). III. Regular los honorarios de los profesionales intervinientes por toda la actuación en alzada, es decir comprensiva del conjunto de recursos analizados -ello, dado la entidad parcializada de los planteos de la actora y su manifestación como contracara de la misma cuestión articulada por los demandados- haciendo mérito de las prescripciones de los arts. 6 y 15 de la Ley Arancelaria, a la doctora Paula Bagli, por su actividad en patrocinio de los actores, en un 35% de lo que le sea regulado en instancia de grado y a la doctora Patricia Falca por su intervención en representación del demandado Alejandro Luis Solari en un 25% de lo que le ha sido fijado en igual oportunidad. IV. No regular honorarios a la representación de la Provincia de Río Negro, atento la forma en que se imponen las costas y lo prescripto por el art. 2 de la Ley G 2212. ASÍ VOTO

El Dr. Ariel Gallinger dijo:

I. Que, puestas las presentes actuaciones a mi consideración a los fines de resolver, debo señalar que, si bien coincido mayormente con la decisión y fundamentos de la colega que me precede en el orden de votación, discrepo con ella con relación a la forma en que se resuelven dos de los agravios planteados por la parte actora, estos son: la

distribución de responsabilidad (80% a cargo de los condenados, por adjudicar el restante 20% a la conducta de los progenitores) y el rechazo del rubro lucro cesante de la Sra. Sonia Elizabeth Mora y el Sr. Marcelo Alejandro Quidel. Paso a dar fundamento de mi postura.

Respecto a la distribución de responsabilidad consignada en la sentencia de Ira. Instancia como "Extensión de la Indemnización", que el grado impusiera en un 80% a los condenados al pago, entendiendo que el restante 20% de los daños sufridos por la niña J.H.Q. son consecuencia de la falta de seguimiento de la rehabilitación que hubiese mejorado y disminuido la problemática de esta, atribuyendo ello a la falta de concurrencia de la madre a los espacios terapéuticos dispuestos por el hospital para atender a su hija, debo discrepar con ello y señalar que no veo ninguna razón para dicha distribución.

No observo en las constancias de la causa a una madre displicente con el cuidado de la salud de su hija, que no haya concurrido injustificadamente a los trabajos de rehabilitación, provocando "la falta de mejoría de las lesiones" (fs.886vta 2do párrafo.), por el contrario advierto a una mujer víctima de violencia obstétrica en el Hospital Público de Valcheta -consistente en que se la hiciera tener un parto sin servicio de ginecología ni de pediatría, y sin que se le informara previa y debidamente dicha circunstancia-, poniendo en riesgo su vida y la de su hija -a la que se le provocó una incapacidad del 55%-, inmersa en las carencias económicas que surgen del expediente de beneficio de litigar sin gastos, con cuatro hijos, y una kinesióloga que según su propia declaración le pedía que no fuera a la consulta con sus niños porque se ponían a jugar y no era un lugar para chicos -ver fs. 887vta. 1er. Párrafo-.

En este punto, debo poner en evidencia las inconsistencias de la declaración de la kinesióloga Lic. María Gabriela Pérez, pues relata haber ingresado a trabajar al Hospital en octubre del 2015 -en su declaración testimonial aclara que es octubre 2014-, comienza a atender a la niña luego de los 6 meses de vida. (887vta y declaración testimonial), no duda atribuir responsabilidad a la madre por la imposibilidad de desarrollar adecuadamente su trabajo de rehabilitación, a la par que afirma que el tratamiento mejora, pero no revierte, no puede dar precisiones de quien le derivó a la paciente, y reconoce que la trató aun cuando no existía un diagnóstico. (Declaración testimonial en soporte audiovisual).

A la par, el 16/4/2015 dicha kinesióloga -al año de vida de J.H.Q. es decir 6 meses después de comenzar a tratarla- afirma, "La paciente Quidel Juana continua con

tratamiento de kinesiología bien tolerado. Ha mejorado notablemente su rango articular en su hombro afectado. Se mantiene sentada sin complicaciones. Se hace hincapié en ganeo y se le explica a la mamá que la niña irá adquiriendo diferentes habilidades acordes a su maduración. Buena pinza(?) fina continua con trabajo en conjunto con servicio de psicomotricidad, servicio de kinesiología y fisioterapia? (ver fs. 148).

Aun en ese contexto, la Sra. Mora concurría, cierto con ausencias -no advierto constancia en la Historia clínica que el personal del hospital haya concurrido a su domicilio en atención a las especiales circunstancias-, viajó en dos ocasiones al Hospital Garrahan, se le indicaron ejercicios, y también viajó a Viedma donde también fue atendida por la problemática (fs. 151) por la Dra. Silvia Goñi en fecha 7/8/2015, 2/9/2015 y por el Servicio de Terapia OC también el 2/9/2015.

Reitero, no veo a una madre despreocupada de la salud de su hija, pero mucho menos advierto que exista un quiebre en el nexo de causalidad que permita afirmar categóricamente que los daños sufridos hubiesen disminuido y en cuanto la incapacidad, por el contrario si ha quedado acreditado en autos y es suficiente con leer los términos claros y precisos de la Pericia Médica del Dr. Boland, que las lesiones e incapacidad son productos de la falta de derivación oportuna para la atención del parto por personal capacitado.

En cuanto a la Historia Clínica de J.H.Q., es necesario poner en evidencia, que la misma es poco legible, casi imposible para cualquier persona que no sea perito calígrafo -más un acto de ocultamiento que de registración-, que por dicha circunstancia incumple deliberadamente su objeto, pero de la que además surge -de los asientos del personal de servicio social del hospital-, una clara intencionalidad de enjuiciar o valorar la conducta de la madre, antes que de resolver la problemática -ver fs. 209 y vta, 210vta, 211, entre otras).

Tampoco existe coincidencia entre lo informado en la mencionada historia clínica respecto a la evolución de la niña a los dos meses de vida por la Terapeuta Ocupacional (30/06/2014, fs. 237 de autos), y cuatro fojas después un dudoso informe que totalmente opuesto suscripto por la Lic. Pérez que llega hasta noviembre de 2015, centrando solo su mirada en las ausencias antes que en la evolución.

En definitiva, advierto una clara intencionalidad de parte de los involucrados de pretender responsabilizar a la madre por la situación de discapacidad de su hija, cuando es exactamente a la inversa, lo que atribuyo a la denuncia interpuesta por los padres de J.H.Q, de fecha 5/3/2015 (fs. 154/155).

Por todo ello, entiendo que debe revocarse la distribución del 80% de la responsabilidad a los condenados y el 20 % a la parte actora, imponiéndola en un 100% a los condenados al pago.

II. Respecto al rubro lucro cesante reclamado por la Sra. Mora y el Sr. Quidel a razón de \$300.000 para cada uno, el mismo fue rechazado con el argumento de que ¿no habiendo la parte actora acompañado ninguna prueba, ni existir indicios respecto de la actividad económicas ? ni denunciado el tiempo en los que dejan de trabajar para cuidado a la niña, ni menos aún sobre las diferencias de ingresos antes y después del suceso daños, este rubro debe ser rechazado.?

En este punto, si bien es cierto que no existe prueba contundente de las tareas realizadas, sin embargo, del expediente de beneficio de litigar sin gastos surge con claridad de los dichos de los testigos, que el Sr. Quidel se dedica a los trabajos rurales y que la Sra. Mora es ama de casa corrijó, trabaja en el hogar -, lo que se tuvo por acreditado para el dictado de sentencia en dicho expediente y no fuera objetado por la contraparte.

A tenor de lo cual, si bien es cierto que no existen constancias formales de empleos regulares, no encuentro razones para no tener por cierto y acreditado que efectivamente la Sra. Mora desarrolla sus tareas en su hogar, y el Sr. Quidel es quien aun en la informalidad realiza tareas remuneradas de carácter rural.

En este punto, debo señalar que las tareas del hogar y cuidado de los hijos, también debe considerarse con contenido económico, así lo reconoce el artículo 660 del CCyC, y si bien el lucro cesante indemniza el cese de las ganancias que se dejan de obtener, entiendo que resultaría discriminatorio que esas tareas a las que el derecho positivo les otorga un valor monetario, no lo puedan tener a la hora de calcular los mayores esfuerzos y tareas que deberá realizar esa madre para obtener los mismos resultados de cuidado.

Por todo ello, también considero que debe hacerse lugar al recurso en el presente rubro, pues aun cuando sea de imposible acreditación cuanto disminuyen los ingresos del Sr. Quidel, o en cuanto debe acrecentar sus tareas la Sra. Mora, ello resulta una consecuencia lógica y natural de los mayores cuidados que les requiere la niña y el desarrollo de actividades informales, todo lo que acrecienta justamente su imposibilidad de obtener un lucro, una ganancia, un ingreso

Por lo expuesto, propongo al acuerdo otorgar la indemnización de \$300000, a cada uno, es decir la suma de \$600000 a ambos progenitores en concepto de Lucro Cesante, a la

fecha de la sentencia de grado y de ahí en más la tasa de interés conforme calculadora del Poder Judicial, hasta su efectivo pago. Asimismo, dejar sin efecto la regulación de honorarios de la instancia de origen (art. 279 CPCyC), ordenando se ajuste la misma al nuevo monto base que surge de la presente, imponer las costas de esta instancia a los demandados condenados en función del principio de la derrota (art. 68 1er. Párrafo CPCyC), coincidiendo con la propuesta regulatoria de honorarios realizada por la Dra. Ignazi. MI VOTO.

La Dra. Sandra E. Filipuzzi de Vázquez dijo:

1) Que puesta en la tarea de fundar necesariamente mi voto en atención a dirimir, a partir del orden de votación, la disidencia parcial suscitada entre los Sres. Magistrados preopinantes, advierto que la misma se centra en lo tocante -conforme los argumentos que ambos desarrollaran- a determinar la procedencia o no del recurso de apelación interpuesto por los progenitores actores de la niña J.H.Q. en relación puntualmente al porcentaje en la distribución de responsabilidad que se atribuyera a su parte (20%) y al rechazo del reclamado rubro lucro cesante, por lo que no resulta necesario efectuar el detalle de las constancias y antecedentes que encuadran la temática por encontrarse claramente desarrollados en ambas opiniones (en especial en el primer voto).

Al respecto, conforme razones dadas, cabe señalar que para la inicial votante, Dra. Ignazi, recurriendo a las expresiones emitidas en el fallo en crisis por la juzgadora de origen al determinar el porcentaje de responsabilidad -en cuanto sustenta su decisión a partir de valorar que en opinión de los profesionales actuantes el estado de la pequeña hija de los accionantes recurrentes mejoraría potencialmente su pronóstico si hubiera realizado técnicas de estimulación y estiramiento muscular con masaje, vendaje neuromuscular y ejercicio, como así también extraer que de la historia clínica surgen distintas ausencias sin justificación alguna a las terapias de kinesiología y fisioterapia, (fs. 888, 3er. párrafo y 887 vta. 2do, párrafo)-, el escrito de expresión de agravios no alcanza a constituir una crítica concreta y razonada en lo atinente, resultando ser meros disensos subjetivos que no brindan elemento de apreciación suficiente para habilitar un cuestionamiento legítimo. En similar sentido lo entiende en relación al argumento tendiente a revertir la falta de reconocimiento del lucro cesante, por cuanto aprecia que quien apela no ha intentado rebatir la ausencia de prueba declamada por la sentenciante a fs. 899, 2do. párrafo, aun cuando el rubro indemnizatorio pretendido exige para su admisión la demostración concreta del perjuicio que se dice ocasionado. En definitiva, el rechazo de las referidas y puntuales quejas articuladas por la parte actora lo apoya en

una carencia argumental.

Por su parte, para el segundo votante, Dr. Gallinger, el agravio formulado contra el modo de distribución de responsabilidad efectuado por el Grado determinando un 20% a cargo de los progenitores (con soporte, repite, en que ese porcentaje de los daños sufridos por la niña son consecuencia de la falta de seguimiento de la rehabilitación que hubiere mejorado y disminuido la problemática que la aqueja, atribuyéndolo a la falta de concurrencia de la madre a los espacios terapéuticos dispuestos a tal fin por el hospital), debe ser acogido habida cuenta que considera que no existen razones para tal decisión, propiciando se revoque ello y se imponga el 100% de responsabilidad a los condenados al pago. Pues, alega, que de acuerdo a las constancias de la causa, no observa una mamá displicente con el cuidado de la salud de la hija, que no haya concurrido injustificadamente a los trabajos de rehabilitación provocando la falta de mejoría de las lesiones. Por el contrario, percibe una mujer víctima de violencia obstétrica en el Hospital público de Valcheta (por los motivos que señala), inmersa en las carencias económicas que surgen del expediente de Beneficio de Litigar sin Gastos, con cuatro hijos (a quienes la kinesióloga le pedía que no llevara a las consultas). Además, pone en evidencia inconsistencias en la declaración testimonial de la Licenciada Pérez (registrada por medio audiovisual), y lo relaciona con expresiones de dicha profesional obrantes a fs. 148. Hace referencia a los viajes de la Sra. Mora al Hospital Garrahan y a Viedma para la atención de la problemática de su hija. Reitera que no encuentra una madre despreocupada de la salud de la niña, ni avizora un quiebre en el nexo de causalidad que permita afirmar que los daños sufridos hubieren disminuido y, en cambio, sí entiende que ha quedado acreditado que la incapacidad y lesiones han sido producto de la falta de derivación oportuna para la atención del parto por personal capacitado. Luego hace consideraciones respecto a la Historia Clínica (HC) de J.H.Q., aduciendo primero que es poco legible (por lo que no cumple con su objetivo de registración) y, segundo, que de los asientos del personal de servicio social del hospital se extrae una clara intencionalidad de enjuiciar la conducta de la progenitora antes que de resolver la problemática, haciendo mención también a falta de coincidencia entre lo informado por la terapeuta ocupacional y lo expuesto por la Lic. Pérez. Remata el punto considerando que ha existido por parte de los involucrados un propósito manifiesto de responsabilidad a la madre por la discapacidad de su hija (cuando es a la inversa), situación que atribuye a la denuncia efectuada por los padres de la menor (fs. 154/155).

En cuanto al rubro lucro cesante rechazado por la Ia. Instancia y confirmado por la primera votante, sostiene que si bien no existe prueba contundente de las tareas realizadas por los padres, ello surge del expediente de BLSG (testimoniales allí producidas), por lo que pese a afirmar que no hay constancias formales de empleos regulares, no encuentra razones para no tener por cierto y acreditado que la Sra. Mora desarrolla sus tareas en el hogar (lo que aprecia debe ser considerado con un valor monetario -tal lo reconoce el art. 660 del CCyC-), y que el Sr. Quidel realiza labores rurales remuneradas de manera informal. De tal manera, y aun cuando dice que resulta de imposible comprobación cuánto disminuyen los ingresos del padre o en cuánto debe acrecentar sus tareas la madre, declama que ello resulta ser una consecuencia lógica y natural de los mayores cuidados que les requerirá la pequeña y el desarrollo de aquéllas actividades, lo que aumenta la imposibilidad de obtener un lucro o ganancia. De ahí que propicia otorga una indemnización por tal concepto a ambos padres en la suma de \$ 300.000 para cada uno, a la fecha de la sentencia en crisis, con más la tasa de interés conforme la calculadora del Poder Judicial hasta su efectivo pago, dejando sin efecto, en su consecuencia, la determinación arancelaria dispuesta, la que deberá ajustarse al nuevo monto que se defina en lo pertinente, coincidiendo en las demás pautas regulatorias propiciadas por la votante que le antecede.

2) Que entonces, expuestas en lo sustancial los términos de las posiciones de los Sres. Jueces que conforman la disidencia parcial en cuestión, adelanto mi adhesión a la solución propiciada por la Dra. Ignazi, en cuanto rechaza el recurso de apelación incoado por la parte actora en lo tocante. Ello, pues a partir del marco y términos en que la crítica quedara planteada, advierto que su debate encuentra un escollo formal argumental que imposibilita su admisibilidad, siendo la respuesta esgrimida por la primigenia votante la apropiada a la propuesta recursiva interpuesta teniendo en cuenta su vinculación con los límites que enmarcan la actuación de revisión de esta Alzada (thema in decidendum: términos de la sentencia de grado y los de la expresión de agravios y su contestación).

Es que del cotejo de las piezas señaladas, se extrae que los fundamentos introducidos por la actora recurrente -relativos a las quejas puntuales, ptos. 2.3 y 2.4, Tercera y Cuarta cuestión, fs. 924/926-, además de resultar insuficientes para lograr la finalidad perseguida en esta instancia, ciertamente no exhiben reflexión alguna con sustento adecuado y razonable tendiente a justificar la revocación de la decisión que se ha puesto en crisis.

La apelante se ha limitado a realizar consideraciones de determinadas situaciones fácticas acontecidas y negativas generales, omitiendo efectuar un estudio y crítica pormenorizado de los contenidos de la resolución apelada y que dieran apoyo al razonamiento lógico jurídico desarrollado por la juzgadora, quien ha precisado -con soporte en criterios técnicos de especialista médico que tratara a la pequeña en el Hospital Garrahan, y en demás pruebas producidas (datos extraídos de la documental HC; declaraciones testimoniales e informes), por cierto analizadas de manera pormenorizada- que la rehabilitación dentro del primer año de vida de la niña era fundamental para mejorar su pronóstico. Y de tal manera concluyó, en lo sustancial, "no hallo en la causa otra producción probatoria por parte de la actora que demuestren que la niña J.H.Q. recibió las secciones de kinesiología como ordenó su médico tratante, el Dr. Andrés Alejandro Dogliotti, o realizó alguna otra actividad de rehabilitación paliativa, o tampoco si la realiza en la actualidad, por lo que me hace inferir que estas inconsistencias en su tratamiento kinesiológico -demostradas por la demandada- han inferido en su estado actual."..."Entonces, todos los profesionales que intervinieron de un modo u otro a la niña, opinan que si J.H.Q. hubiera realizado técnicas de estimulación y estiramiento muscular con masajes, vendaje neuromuscular y ejercicios, así como si los mantendría actualmente mejoraría potencialmente su pronóstico."..."Esta situación de ausencias a la rehabilitación en los primeros 18 meses de vida cuando tenía mayores posibilidades de revertir su cuadro -acreditadas en autos- debe tenerse en cuenta para valorar el estado de salud actual de la niña lo que incidirá en la reducción de un porcentaje de la indemnización que reciban los actores. Esto así, toda vez que de las constancias de autos surge la niña pudo haber tenido una mejoría en su pronóstico, si hubiera realizado el tratamiento, que es paliativo no revierte pero mejora y da una mejor calidad de vida.", considerando "razonable establecer la responsabilidad de la Provincia de Río Negro en un 80% y fijar el resto en cabeza de la parte actora quien contribuyó a la situación actual de salud de la niña."

Y por otro lado, puntualmente la sentenciante en lo atinente al rubro Lucro Cesante, recordando la pretensión de los recurrentes al respecto -quienes alegaran que deben invertir un tiempo considerable de sus vidas para el cuidado de la niña y la asistencia en sus tratamientos afectando sus actividades económicas: el Sr. Quidel desempeñando tareas rurales como cuentapropista y la Sra. Mora sin hacer referencia a la actividad económica que vio disminuida-, como así también señalando -con citas jurisprudenciales- las características del reclamo indemnizatorio formulado, precisó que

su admisión debe ser inevitablemente objeto de prueba, requiriendo su procedencia una demostración cierta del perjuicio experimentado, el que debe ser real y efectivo y no hipotético, no siendo suficiente que se compruebe que el damnificado estuvo imposibilitado de realizar su tarea habitual, sino que resulta necesario aportar elementos que revelen la frustración de la ganancia que hubiera efectivamente percibido en caso de inexistencia de las lesiones sufridas por el hecho dañoso, por lo que remata que "No habiendo la parte actora acompañado ninguna prueba, ni existir indicios respecto de las actividades económicas llevadas a cabo por los Sres. Sonia Elizabeth Mora y el Sr. Marcelo Alejandro Quidel, ni denunciado el tiempo en los que dejan de trabajar para cuidar a la niña, ni menos aún sobre las diferencias de ingresos antes y después del suceso dañoso, este rubro debe ser rechazado."

De tal manera noto que esos razonamientos no se han revertido al apelar, por el contrario, de las críticas se extrae una mera disconformidad con lo decidido, sin señalar motivos que demuestren el yerro en que entienden se ha incurrido con sustento en un soporte objetivo o probatorio producido, ni impugnando los argumentos legales que fueran expuestos por la Magistrada actuante.

Es así, que considero -tal como lo marcara la Dra. Ignazi- que el escrito recursivo constituye un mero discurso de expresiones que dan cuenta de desacuerdos con lo resuelto intentando rebatir supuestas interpretaciones erróneas de la Jueza interviniente, que no dejan de ser simples apreciaciones subjetivas que lejos están de patentizar de modo preciso la equivocación en que aquélla habría incursionado, y que no resultan suficientes para contrarrestar concretamente los sólidos y amplios fundamentos dados que motivaran el rechazo de los puntos que originaron las quejas en análisis.

Afirmo lo dicho, pues ante una decisión que estableciera (en lo aquí pertinente): a) la responsabilidad objetiva del Estado Provincial demandado en un 80% y en un 20% a cargo de los padres, en tanto se declarara (conforme prueba pormenorizadamente examinada) que no existe en la causa producción de medios probatorios por parte de los actores que acreditaran que la pequeña recibió las secciones de kinesiología como ordenara el médico tratante, como tampoco que se realizara alguna actividad de rehabilitación paliativa o, se efectuara en la actualidad, permitiendo inferirse que dicha omisión ha influido en la situación actual de la niña (ver Considerando X); y b) que se haya acompañado prueba alguna o exista indicios respecto de las actividades económicas llevadas a cabo por los progenitores, ni denunciado el tiempo que dejaron de trabajar para cuidar a la niña, ni consideraciones acerca de las diferencias de ingresos

anteriores y posteriores al suceso dañoso (ver Considerando XII -F- Lucro cesante); claro resulta que pesaba sobre la recurrente desvirtuar aquellas apreciaciones y determinaciones con argumentos sustentados en elementos de prueba que permitieran al Tribunal de Alzada realizar otro análisis superador que el efectuado primigeniamente. Y nada distinto ha aportado la actora que pueda tener injerencia en lo resuelto por la Sra. Jueza.

De ahí que estimo que la posición de la primera votante es la respuesta apropiada a la luz de la postura esgrimida por la recurrente a partir de los términos expuestos en el escrito de agravios efectuado, la que considero no puede ser soslayada. Ello así, en tanto la actividad recursiva a más de estar impregnada por los principios de legalidad, legitimación, temporalidad, limitación y prohibición de la reforma en perjuicio, no autoriza a que la judicatura so pretexto de advertir alguna posible difícil o vulnerable situación personal, económica y social de las partes (como pareciera deja entrever el colega del segundo voto), libere al justiciable del cumplimiento de los recaudos formales exigidos por la norma que tornan hábil la vía recursiva elegida, ni tampoco a realizar una revisión oficiosa, cuando -y además- la misma actúa con debida asistencia letrada. Pues el ejercicio del derecho de control de la decisión del grado debe desarrollarse con acatamiento de las exigencias legales establecidas por el ordenamiento procesal (lo que en el caso no se vislumbra cumplimentado).

A lo expuesto agrego, que aun cuando opino que los jueces debemos resguardar que las normas rituales no impidan el efectivo acceso a la justicia, ello no faculta a que ante la falencia argumentativa del recurrente poniendo en crisis los fundamentos en cuyo apoyo se sustentara la sentencia dictada en la instancia anterior, se deba realizar una tarea de control y revisión de carácter oficioso, o colocarse en el lugar de parte recurrente, so riesgo de superar los poderes de revisión del Tribunal y violentar el principio de congruencia.

Tal situación de exceso considero se encuentra configurada en el voto del colega preopinante -sin perjuicio del respeto que me merece su opinión-, y más allá del ejercicio de un rol activo que se pretenda de la judicatura y que, en algunos supuestos, asumo necesario y hasta de carácter obligatorio por imperativo legal, mas no en el presente caso.

Es que de las consideraciones efectuadas por el Dr. Gallinger se desprende realizado un análisis de medios probatorios no discutidos ni atacados por la parte interesada en los términos desarrollados (a la sazón, inconsistencias de declaraciones testimoniales e

informes), y hasta valoradas pruebas no ofrecidas como tales en el marco y objeto de estas actuaciones (constancias obrantes en el trámite de Beneficio de Litigar sin Gastos, cuyo finalidad es demostrar la imposibilidad económica de hacer frente al pago de impuestos y sellados de actuación), como así mismo efectuadas alegaciones no planteadas por la propia parte recurrente (normativa de fondo que aprecia de aplicación). Es más, hasta se ha puesto en crisis el alcance, contenido y veracidad de las constancias registrales de la HC de la pequeña, cuando ello no ha sido motivo de formulación de redargución de falsedad alguna.

Así lo explícito, en tanto no puedo rehuir que la jurisdicción de la alzada está circunscripta y limitada en la medida del recurso, sólo está habilitada para entender en la materia correspondiente siempre que hubiere sido propuesta a la decisión del juez de primera instancia y en el marco de las quejas que tal decisión le ocasionan al recurrente (sin perjuicio, claro está, de los poderes que le otorga el art. 277 del CPPr.).

Dicho marco de actuación es una derivación del principio dispositivo que prohíbe a los jueces pronunciarse sobre puntos que no hubieren sido objeto de la controversia inicial ni motivo de agravio o crítica, y que encuentra expresa consagración en varias de las normas procedimentales del código del rito cuyas mandas cabe tener en cuenta, a saber: a) art. 271, en relación con las pretensiones oportunamente introducidas en primera instancia, cuando dice que "La sentencia se dictará por mayoría y en ella se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios"; b) art. 277 que textualmente dice: "El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia"; c) art. 163 inc. 6° en cuanto establece que la sentencia de primera instancia debe contener "la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio", que también rige para la sentencia definitiva de segunda instancia, dada la remisión que efectúa el art. 164, párrafo 1°; y finalmente, d) el art. 34 inc. 4° que contiene una prescripción general cuando determina entre los deberes de los jueces el de "fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia".

Oportuno vislumbro rememorar al maestro Morello, cuando precisara claramente que "la congruencia se concreta en definitiva en una comparación entre dos vértices: las pretensiones de las partes y la resolución del juzgador. Para comprender cabalmente al

primero de ellos no hace falta identificarlo con los conceptos de demanda, de pretensión o de acción. Tales expresiones en su ajustada manifestación litigiosa deben ser tomadas en un sentido amplio, comprensivo de la pretensión propiamente dicha, en la línea explicitada por Cernelutti, Guasp y Palacio, es decir comprensiva de la oposición del demandado. Lo que se visualiza como punto de arranque para arribar a la exteriorización más aprehensible de este fenómeno, son las posiciones adoptadas por las partes en sus escritos postulatorios o de alegación en tanto éstos vinculan al juez en una forma total. Y así lo sostenemos, porque el juzgador debe resolver o expedirse sobre todas ellas dentro de los lindes máximo y mínimo de la pretensión y de las peticiones de la actora y de la oposición *latu sensu* del demandado, en el modo y forma en que han sido formuladas y han quedado fijadas; además, no puede decidir posiciones diversas" (MORELLO, Augusto M.: "Prueba, Incongruencia, Defensa en Juicio", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1977, pág. 37/38).

En efecto, para no conculcar tal principio de congruencia, la sentencia de segunda instancia debe respetar esos límites: no puede excederlos, en tanto resalto puede implicar lesión al derecho constitucional e inviolable de la defensa en juicio, principio, por cierto, necesario que también se ha reconocido a los individuos para procurar un adecuado ejercicio de la función jurisdiccional que ha asumido el Estado. Puesto que frente a un caso concreto en que una persona solicita al Estado la protección jurisdiccional (pretensión procesal), el juez (órgano estatal a quien se le ha atribuido la función de juzgar) tiene -tal como ya lo he sostenido en otras oportunidades- el deber de dar adecuada respuesta a ese reclamo, dentro del marco de los hechos y peticiones de las partes, para no incurrir en denegación o exceso de justicia, tan malo una como la otra, y que acarrearán una afectación, en definitiva, de la defensa en juicio.

Por esas razones surge la evidente e íntima vinculación entre la congruencia y la garantía de la defensa en juicio (art. 18 C.N.), habida cuenta que si no se respetaran los términos de la pretensión, excediendo su objeto, involucrando en la litis a quien no ha sido parte o introduciendo hechos que no han sido materia de debate y defensa, y, en su caso, de eventual queja, podría conculcarse la referida garantía tan cara al debido proceso adjetivo (conf. DE LOS SANTOS, Mabel: "Los Hechos en el Proceso y la Flexibilización del Principio de Congruencia", en la obra colectiva "Los Hechos en el Proceso Civil", Director Augusto M. Morello, La Ley, 2003, pág. 59 y ss., específicamente pág. 63).

En lo atinente nuestro Máximo Tribunal Provincial ha dicho: "... Debe tenerse en cuenta

que los límites de la alzada con relación al recurso resultan de la aplicación analógica de las facultades que posee el juez de origen quien también se halla vedado de entender respecto de cuestiones no sometidas a su decisión. Así, los poderes del tribunal de alzada encuentran dos límites bien demarcados que provienen de la relación procesal de primera instancia y de la interposición del recurrente. Un pronunciamiento del ad quem que los transgreda será susceptible de impugnación por constituir una decisión ultra petita...///.-///.- una de las facetas del principio dispositivo impone que son las partes quienes determinan el thema decidendum, es decir, que el órgano judicial debe limitar su pronunciamiento tan sólo a las cuestiones que han sido objeto de las peticiones de las partes. Estas determinan el alcance y el contenido de la tutela jurídica, incurriendo en incongruencia el juez que se aparte de esas cuestiones" (Conf. Elena I. Highton-Beatriz A. Areán, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", ed, Hammurabi, pág. 343)." (Expte. N° 26307/13-STJRN, se. n° 71 D, 10/12/13).

Entonces, en el orden de ideas que se viene desarrollando y ya de manera conclusiva, tal como lo adelantara, reitero, no puedo sino coincidir con la decisión de la Dra. Ignazi, resaltando, que lo determinante, a mi juicio, es que la sentencia de segunda instancia, y como principio, debe limitarse a examinar lo decidido por el juez del grado con relación a las pretensiones y defensas opuestas en la instancia anterior y que -relevantemente a los fines de decidir la disidencia parcial planteada entre los colegas que me anteceden en orden de votación- fuera discutido al expresar agravios por el apelante a partir de una presentación que encierre una crítica concreta y razonada de las argumentaciones fundantes del fallo que considere equivocadas -lo que claramente no se encuentra cumplimentado en el caso, en tanto se evidencia una palmaria insuficiencia recursiva-, no pudiendo el Tribunal de Alzada excederse en sus poderes de revisión.

Precisamente de esa forma lo asumo, en el entendimiento que le queda vedado al juez pretender la certeza de lo ocurrido o posicionarse en el lugar de parte en aras de un rol jurisdiccional activo, a costa de aquellos principios o prescindiendo de esos institutos, dado que quebrantaría ello las potestades del juzgador ya sea porque decida más de lo reclamado, o menos de lo que fuera pedido, o sobre cuestiones no articuladas. Pues, si bien el órgano judicial debe aplicar el derecho que corresponda al proceso aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente (principio iura novit curia), y hasta puede valorar las pruebas producidas que estime pertinente para la correcta solución del litigio, lo cierto es que no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos o cuestiones diversas de las que han sido alegadas por las partes,

quedando vinculado por los límites del thema decidendum, los que no pueden, en principio, ser excedidos (arts. 34 inc. 4° y 163 inc. 6° CPCyC), so riesgo de violentar gravemente el principio de congruencia y el derecho constitucional de defensa en juicio, que toda resolución judicial debe tender a respetar. MI VOTO.

Por ello y en mérito al Acuerdo que antecede, por mayoría el TRIBUNAL RESUELVE:

I. Rechazar la apelación formulada por la actora a fs. 911 y confirmar, en consecuencia, los términos de la condena dispuesta en el punto I y el punto II del fallo en revisión en lo que fue materia de recurso, con costas en el orden causado, en virtud del principio de reparación integral que rige en la materia, del tratamiento conjunto con otros recursos que merecieron las cuestiones traídas al debate y de la entidad parcializada de éstas (art. 68, 2do párrafo del CPCyC).

II. No hacer lugar a los recursos articulados por los demandados condenados, doctor Alejandro Solari y Provincia de Río Negro a fs. 912 y 913, respectivamente, y confirmar, por ende, los términos de la condena decretada mediante sentencia del 10.09.19, con costas por vigencia del principio general de la derrota (art. 68 del CPCC).

III. Regular los honorarios de los profesionales intervinientes por toda la actuación en alzada, es decir comprensiva del conjunto de recursos analizados -ello, dado la entidad parcializada de los planteos de la actora y su manifestación como contracara de la misma cuestión articulada por los demandados- haciendo mérito de las prescripciones de los arts. 6 y 15 de la Ley Arancelaria, a la doctora Paula Bagli, por su actividad en patrocinio de los actores, en un 35% de lo que le sea regulado en instancia de grado y a la doctora Patricia Falca por su intervención en representación del demandado Alejandro Luis Solari en un 25% de lo que le ha sido fijado en igual oportunidad.

IV. No regular honorarios a la representación de la Provincia de Río Negro, atento la forma en que se imponen las costas y lo prescripto por el art. 2 de la Ley G 2212.

Regístrese, protocolícese y notifíquese. Fecho bajen los presentes al juzgado de origen.
ARIEL GALLINGER-PRESIDENTE, MARIA LUJAN IGNAZI-JUEZ, SANDRA E. FILIPUZZI DE VAZQUEZ-JUEZ

FIRMADA DIGITALMENTE EN FECHA 01/12/2020, EN LOS TÉRMINOS Y ALCANCES DE LA LEY NAC. 25.506 Y LEY A N° 3.997, RES. 398/05 Y AC.12/18-STJ. CONSTE. ANA VICTORIA ROWE-SECRETARIA