

Cipolletti, 11 de diciembre de 2018

Reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, de Minería y Familia de la IV Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, doctores Elda Emilce Álvarez, Alejandro Cabral y Vedia y Luis Francisco Méndez – por subrogancia legal-, para el tratamiento de los autos caratulados "MUÑOZ BUSTAMANTE MARIA MAGDALENA C/ REYNA MONICA BEATRIZ Y OTROS/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" (Expte. N° 2343-SC-13), elevados por el Juzgado Civil Comercial y de Minería N° 3 de esta Circunscripción, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaría. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:

CUESTIONES:

1ra.- ¿Es fundado el recurso?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde?

VOTACIÓN:

A la primera cuestión los señores Jueces doctores Elda Emilce Álvarez y Alejandro Cabral y Vedia dijeron:

I.- A fs. 1981/1998 y vlta. obra la sentencia de primera instancia, que resolviera hacer lugar parcialmente a la demanda entablada por la Sra. Muñoz Bustamante María Magdalena, en representación de su hijo J.A.A., contra la Sra. Mónica Beatriz Reyna y la Provincia de Río Negro (Ministerio de Salud Pública), condenándolos a abonarle en su carácter de representante legal del menor y en el plazo de diez días, la suma de \$6.570.000 en concepto de capital más intereses a calcularse del modo indicado en los considerandos.

Dable es señalar que la acción de daños y perjuicios intentada, perseguía la reparación de diversos daños sufridos por el hijo de la accionante, atribuidos a la atención médica recibida el día 01/10/2.003 en el Hospital de Cipolletti; oportunidad en la que fuera atendido por la Dra. Reyna -quien se encontraba de guardia en el referido nosocomio-, a raíz de haber sufrido un accidente doméstico que le ocasionara quemaduras en parte del rostro, cuello y tórax.

A juicio de la parte actora, la Dra. Reyna obró de manera defectuosa y negligente, provocando su accionar secuelas de diversos grados en el menor las que son detalladas en el líbello de inicio, estimando que su accionar resulta encuadrable en los artículos 512, 902, 1.109 del CC y leyes N° 3.076 y 17.132. Manifestando en relación al

codemandado Hospital de Cipolletti y por ende, Provincia de Río Negro (Ministerio de Salud); que en su carácter de persona jurídica de derecho público y prestadora de servicios sanitarios debe brindar el servicio en condiciones de seguridad suficiente a favor de los pacientes, lo que no habría ocurrido en el caso. Enmarcan la responsabilidad de esta última en los artículos 43, 512, 504 del CC, 59 de la Constitución Provincial y Ley Provincial N° 3.076.

Llegadas las actuaciones a despacho a fin de resolver y luego de analizada la prueba obrante en la causa, considera la Magistrada de grado que la demanda resulta procedente; por lo que resuelve hacer lugar parcialmente a la misma, en los términos que fueran señalados al comienzo de este acápite.

II.- Contra tal pronunciamiento interpone el letrado apoderado de la codemandada Sra. Mónica Beatriz Reyna, recurso de apelación a fs. 1999, el que es concedido a fs. 2000, obrando a fs. 2061/2067 el respectivo memorial de agravios; mereciendo el responde de la actora a fs. 2091/2095 y vlta.

Hace lo propio el apoderado de la codemandada Provincia de Río Negro a fs. 2001/2002 y vlta., el que es concedido a fs. 2008 y vlta. El memorial de agravios es presentado a fs. 2068/2079, siendo respondido por la parte actora a fs. 2082/2089 y vlta.

Del mismo modo, interpone la parte actora recurso de apelación a fs. 2018, el cual es concedido a fs. 2021 y fundado a fs. 2057/2060 y vlta. A fs. 2097/2099 obra el responde presentado por la codemandada Provincia de Río Negro y a fs. 2100 y vlta. el correspondiente a la demandada Sra. Mónica Beatriz Reyna.

III.- Recurso de la co-demandada Reyna:

1) Así, manifiesta el apoderado de la Sra. Reyna que le causa agravio en primer lugar, el hecho de que la Sra. Jueza de Primera Instancia sostenga que la causa penal iniciada contra su mandante ha finalizado por sobreseimiento de la profesional, por causas ajenas a la investigación sobre los hechos relacionados con el delito imputado, porque se produjo la prescripción de la acción penal.

Refiere que tratándose de una causa penal compleja acerca de un tema tan sensible como lo es la vida de una criatura, es muy importante conocer los fundamentos fácticos y jurídicos que llevaron al Juez Penal a absolver a la Dra. Reyna del alegado delito de lesiones culposas gravísimas. Sin embargo, sostiene que la Sra. Jueza a quo ha dictado una nueva sentencia con una valoración diferente de los hechos que se analizaron en sede penal y que fueron resueltos después de arduos debates que se extendieron por varios días.

Considera que ignorar estas sentencias es un acto de total injusticia y una violación al principio constitucional de defensa en juicio; a lo que se suma -indica- el hecho de que dicha sentencia fue ratificada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, respecto a la absolución de la Dra. Reyna por el delito que se le atribuía, con la salvedad de que ese mismo Tribunal pretendió introducir nuevas imputaciones contra el hospital donde los hechos se desarrollaron, contra el personal médico, el de enfermería, el de farmacia, el de guardia y volver a analizar la conducta de la Dra. Reyna en cuanto al deber de cuidado en el ejercicio de su profesión. Ante estas nuevas imputaciones, señala que fue planteada la prescripción de la acción, cuyo acogimiento determinó la finalización del proceso en su contra.

2) En segundo lugar, agravia a su parte el hecho de que la Sra. Jueza de Primera Instancia haya llegado a la conclusión de que la conducta desplegada por la Dra. Reyna en la guardia del Hospital Cipolletti el día 01/10/2.003 y lo sucedido posteriormente, fue la causa que provocó los daños a la salud del niño J.A., teniendo por verificada así la causalidad adecuada requerida para el progreso favorable de la acción intentada.

Al respecto, sostiene que la sentencia dictada en autos es una "narración fantástica", o sea una historia imaginaria que altera las verdaderas cualidades de la cosa, por cuanto en la misma se señala que los daños y perjuicios sufridos por el menor derivan de una mala praxis. Afirmación a la que el letrado califica de errónea, toda vez que la inexistencia de tal accionar surge con claridad, a su entender, de la causa penal anteriormente referida.

A continuación, el apelante efectúa una somera narración de los hechos que motivaran el inicio de la presente acción, de acuerdo a cómo considera que en realidad sucedieron, resaltando aquellos errores u omisiones en los que habría incurrido la Jueza de grado al sentenciar y que lo llevan a afirmar la inexistencia de obrar antijurídico alguno por parte de su mandante y la falta de causalidad adecuada del accionar de la Sra. Reyna y los daños sufridos por J.

3) En consonancia con tal descripción fáctica, se agravia en tercer lugar por la conclusión a la que arribara la Magistrada de instancia anterior, relativa a que se hallaría suficientemente comprobado en autos que el cuadro de hipoxia isquémica sufrido por el niño respondió a una sobredosis de opiáceos suministrados por la médica de guardia y a un deficiente control posterior de su aplicación. En tal sentido, estima que la prueba obrante en autos no resulta suficiente a fin de poder arribar con certeza a tal conclusión.

4) En cuarto lugar, agravia a su parte el hecho de que la Sra. Jueza a quo sostenga que,

pese a la imposibilidad de conocer cuál de toda en la serie de desafortunados desaciertos, ha sido la causa jurídica clara, indudable, certera y manifiesta para responsabilizar a la Dra. Reyna; para que tal profesional sea considerada responsable por los daños sufridos por el niño.

Seguidamente formula distintas apreciaciones sobre la sobredosis de opiodes, cuál sería el medicamento que opera como antídoto y recomendaciones proporcionadas por la Organización Mundial de la Salud sobre la temática. Asimismo, indica ante qué tipo de quemaduras es recomendada la internación del paciente; para luego reiterar que las conclusiones expresadas por la magistrada de grado son erróneas, injustas, subjetivas y prejuiciosas por cuanto parten de afirmaciones de hechos a los que estima ocurridos de cierto modo, cuando en la realidad -según el parecer del letrado- sucedieron de un modo diferente.

5) En quinto lugar, le causa agravio el hecho de que la Sra. Jueza de Primera Instancia confunda, en perjuicio de su representada, la acción de "prescribir medicación" según protocolo de guardia de un Hospital Público, con la de "aplicación de la medicación", que fue cumplida por las enfermeras actuantes en el hecho. Nuevamente, formula apreciaciones sobre la interpretación de hechos realizada en la sentencia atacada, manifestando que le resulta sorprendente la falta de información evidenciada en la misma.

6) En sexto lugar, agravia a su parte la valoración de las pericias y pruebas producidas en autos, sin tener presente la escasa participación de la Dra. Reyna en los hechos, quien sólo se limitó -puntualiza- a prescribir una medicación. Cuestiona que la Jueza a quo haya basado su decisión en la pericia realizada por el Dr. Schoua, a quien le endilga un absoluto desconocimiento del fármaco utilizado, sus presentaciones y su uso; resaltando que las conclusiones a las que arriba carecen de prueba alguna que las sustente.

Solicita se tenga presente lo declarado por el Dr. Salman en su informe, en cuanto a que dada la multiplicidad de probables causas de hipoxia, con los datos disponibles en autos no puede establecerse un modo fehaciente del origen de la patología desarrollada. Y cuestiona también, el informe presentado por el perito Dr. Eduardo García.

7) En último lugar, se agravia en relación a la imposición de costas a su mandante.

IV.- El recurso interpuesto por codemandada Sra. Reyna, es respondido por el letrado apoderado de la parte actora a fs. 2091/2095 y vlta., quien solicita su rechazo con costas.

En este sentido, afirma que la accionada se agravió de una serie de cuestiones que no

alcanzan -a su entender-, a minar el sustento jurídico del fallo ni la valoración adecuada de la prueba efectuada por la a quo; no advirtiendo ningún injusto en el fallo que pudiera ser reparado con una instancia de apelación.

Refiere que en el primer agravio invocado (esto es, en relación a la valoración de la causa penal), resulta ser que el sobreseimiento de la encartada que invoca en su favor la Dra. Reyna, fue por la prescripción de la acción criminal declarada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en recurso extraordinario, sin olvidar que dicha instancia fue abierta por la accionada ante el revés sufrido en el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro que dispuso revocar el sobreseimiento dado por el beneficio de la duda en primera instancia, disponiendo la realización de un nuevo proceso en el que - amén de investigar otras conductas de enfermeros y sistema de salud-, se evaluara la conducta médica en base a lo resuelto por el STJ.

Resalta que el Tribunal Provincial dispuso anular parcialmente la sentencia en lo referido a la tercera omisión del deber de cuidado endilgada a la imputada, con reenvío al inferior para que, con distinta integración, continuase la sustanciación del expediente, atento al derecho que se declara y con los alcances señalados.

A continuación, cita aquellos considerandos del mentado fallo que estima más adecuados y elocuentes en relación a la conducta médica de la demandada y que - afirma- dan por tierra la interpretación de la misma respecto de su falta de responsabilidad profesional.

En base a ello, refiere que se puede apreciar que la interpretación dada por la Sra. Reyna sobre la conclusión de la causa criminal por prescripción dictada por la CSJN, dista mucho de una exoneración por falta de responsabilidad. Contrariamente, indica que el STJ ordenó un nuevo juicio y en orden a lo prescripto por el art. 1.103 del Código Civil, solamente cuando la absolución o el sobreseimiento criminal estén basados en la inexistencia del hecho o en la no autoría del acusado y no en la falta o ausencia de responsabilidad, puede ello ser invocado en sede civil para impedir una condena que aparecería como escandalosa. Por lo expuesto, solicita el rechazo del primer agravio intentado.

En relación a los agravios segundo a sexto, considera que la accionada involucra diferentes aspectos de la misma cuestión, sin alcanzar a conmovir la razón y sana lógica del fallo; no constituyendo el recurso intentado, a su entender, una crítica que revele grietas lógicas o arbitrarias disquisiciones jurídicas desprovistas de pruebas que permitan su acogimiento.

Relata que el accionar de la Sra. Reyna careció de un proceso de control posterior de monitoreo personal directo e idóneo del paciente, y es por ello que la Jueza a quo afirmó y concluyó con la atribución de responsabilidad a tal demandada; no existiendo -afirma-, como ella pretende, confusión alguna en la sentencia dictada.

Asimismo, estima que las conclusiones a las que arribara la sentenciante de grado han tenido basamento tanto en la frondosa prueba médica colectada, como también en la informativa obrante en autos; todas ellas concordantes entre sí.

Por último, en referencia al séptimo agravio postulado, refiere que amén de consistir en una mera disconformidad y no en un agravio propiamente dicho; no existe tampoco, motivo alguno por el que la sentenciante debiera apartarse del principio general en la imposición de costas al vencido.

Formula reserva del caso federal.-

V.- Recurso de la Codemandada Provincia de Río Negro:

Al expresar sus agravios, refiere la codemandada Provincia de Río Negro, en primer lugar, que la suma establecida por la Sra. Jueza a quo como indemnización por el rubro lucro cesante ha sido obtenida por aplicación de la fórmula de cálculo prevista in re "Hernández c/ Edersa" del STJ; utilizando como uno de los parámetros integrantes de la fórmula, un salario considerado y actualizado a la fecha del dictado de la sentencia y no el del momento del acaecimiento del supuesto hecho dañoso cuya reparación se pretende. Tal proceder -puntualiza-, implica arribar a un monto que resulta ampliamente superior al que en verdad correspondería, ocasionando un daño irreparable e injustificable en el derecho de propiedad de su mandante, causando asimismo, un enriquecimiento sin causa a la parte actora a expensas del patrimonio de su representada.

En este sentido, señala que en la sentencia atacada se ha realizado una incorrecta interpretación y errónea aplicación de la fórmula de cálculo conforme los fallos del STJ, lo que se traduce -afirma- en una clara violación de la doctrina legal de este último y lo dispuesto en los fallos "Pérez Barrientos", "Pérez c/ Mansilla", "Hernández, Fabián Alejandro c/ Edersa" y "Torres, Liliana y otro c/ Ministerio de Salud de la Provincia de Río Negro y otra". Y ello, puesto que la doctrina de tales fallos impone que deberá utilizarse el "ingreso mensual devengado en la época de la ocurrencia del accidente", y no actualizado a la fecha de sentencia de primera instancia, como propone la a quo.

En función de ello, solicita se deje sin efecto el cálculo del rubro indemnización por incapacidad, tal como fuera efectuado y se calcule el mismo con un ingreso mensual a

la época de ocurrencia del hecho (10/2.003).

En el mismo orden de ideas y como segundo agravio, plantea que el criterio aplicado por la Sra. Magistrada de Primera Instancia para determinar el ingreso mensual del damnificado, es totalmente arbitrario; puesto que tratándose de un menor de edad que no trabaja, corresponde a su entender, aplicarse el Salario Mínimo Vital y Móvil vigente al momento de acaecimiento del hecho.

Manifiesta que siendo que el menor en su vida adulta pudo trabajar como no, o bien tener ingresos cuantificables de distinta manera, resultando por ello, imposible de determinación; se debe estar a aquel ingreso fijado por la autoridad que rige en la materia: el Consejo del Salario Mínimo y Vital, dado que la utilización de cualquier otro parámetro resultaría arbitrario e injusto para cualquiera de las dos partes.

Como tercer agravio, planteado a fs. 2001/ 2002 y vta. y reiterado a fs. 2075 vta./2078 y vta., sostiene que la sentenciante incurrió en la violación de la ley N° 24.432 (y correlativos Arts. 77 del CPCyC y 730 del CCyC), debido a que se excedió del 25% establecido como tope para las costas, el que entiende ha sido claramente sobrepasado en la sumatoria resultante de la regulación de honorarios de los abogados de la actora, peritos y costas.

Cita doctrina y jurisprudencia que entiende a su favor y formula reserva del caso federal.

VI.- A fs. 2082/2089 y vta. el apoderado de la parte actora, contesta el traslado de agravios de la Provincia de Río Negro, solicitando su rechazo con costas.

En tal sentido, señala que de resultar la interpretación del demandado la aplicación de la letra de los fallos por él invocados, alejándose cabalmente del caso de autos, se estaría manteniendo una lesión subjetiva en la reparación debida y con ello, la sentencia no cumpliría su función de reparación integral del caso, tal como lo establece el CCyC en su artículo 1.740.

A su entender, la Jueza de grado analizó acabadamente la cuestión debatida en autos, especificando en el desarrollo de su fallo las consideraciones especiales de la víctima, ponderando su altísimo grado de lesión y discapacidad, su calidad de menor de edad, y el transcurso del tiempo desde el hecho hasta el pronunciamiento; por lo que estima que el fallo atacado debe ser confirmado.

En relación al segundo agravio planteado por la Provincia de Río Negro, entiende que la contraparte pretende que la regulación practicada sea soportada, en un prorrato en lo que exceda al 25%, por la parte actora vencedora en el juicio.

Afirma que tal agravio debe ser rechazado, por cuanto el mismo obedece a un precepto claramente inconstitucional en el caso de marras -en referencia a los artículos 77 del CPCyC y 730 del CCyC-, cuya declaración en tal sentido, así solicita.

Cita doctrina y jurisprudencia que entiende a su favor y formula reserva del caso federal.

VII.- Memorial de la parte actora:

El memorial de agravios de la parte actora, obra glosado a fs. 2057/2060 y vlt. de los presentes. Allí, se agravia en cuanto al monto establecido en concepto de indemnización por el rubro "daños emergentes futuros".

En tal sentido, indica que la sentenciante de grado identifica en el punto B del resuelvo, los rubros que engloba en un solo acápite y que luego detalla en su desarrollo; omitiendo completamente el tratamiento del rubro "gasto futuro cierto", que fuera reclamado en el punto 4.B.2 del escrito de inicio (cuyos párrafos pertinentes cita), y que hace referencia a los gastos que demandará la atención y asistencia personal de J. en su vida. Tal omisión -señala- resulta violatoria del principio de congruencia procesal, en tanto la Sra. Jueza a quo ha fallado infra petita; lo que torna nula a la sentencia así dictada.

Cita doctrina y jurisprudencia que entiende resulta de aplicación al caso y formula reserva del caso federal.

VIII.- A fs. 2097/2099, la Provincia de Río Negro contesta el traslado de la expresión de agravios de la parte actora.

Así, plantea como cuestión liminar, que el recurso intentado por la contraria sea declarado desierto, en tanto a su entender no daría cabal cumplimiento a las previsiones del artículo 265 del Código de rito, sino que exterioriza una mera disconformidad con el fallo atacado, más no contiene una crítica concreta, puntual, razonada y científicamente fundada de los errores de hecho o de derecho, y/u omisiones en que habría incurrido el sentenciante al resolver.

Subsidiariamente, contesta agravios. A tal fin, expresa que el escrito presentado por la parte actora resulta no sólo impreciso, sino que también evidencia una deficiencia metodológica y sistemática en su fundamentación, no revistiendo autonomía ni autosuficiencia; en tanto pretende fundar su postura con remisión a la valoración de pruebas o con transcripciones o citas doctrinarias generales, amén de resultar en algunas partes, autocontradictorio.

Y en este último sentido, puntualiza que es la propia apelante quien señala que la Sra.

Jueza a quo habría omitido el tratamiento o análisis del rubro "gasto futuro cierto". Sin embargo, es también ella quien luego reconoce de manera expresa que la magistrada englobó los distintos rubros -dentro de los cuales se encuentra el anteriormente referido- en uno solo.

De tal modo, la falta de mención específica posterior del rubro que la sentenciante ya habría incluido antes, no puede ser considerado por la contraria como falta de valoración y cuantificación de la Jueza a quo; más si se tiene en cuenta que al tratar los daños patrimoniales peticionados en el punto B), la magistrada procedió a transcribir claramente los montos reclamados en el líbello de inicio.

Asimismo, refiere que tampoco cumple la actora en el caso, con la carga de cuantificación de su afección o agravio, no siendo suficiente -afirma- valerse de referencias a pruebas u otras remisiones, pues ello de ningún modo suple la falta de tratamiento específico y fundamentación que debe contener toda expresión de agravios.

Formula reserva del caso federal.

IX.- Obra a fs. 2100 y vlta. contestación de agravios por la codemandada Reyna, quien formula similares consideraciones a las efectuadas por la Provincia de Río Negro, en cuanto a que la Sra. Jueza de grado optó por englobar los distintos rubros pretendidos, procediendo a su recepción por una suma total y no diferenciada. De allí que entiende, resulta inviable el recurso intentado.

Por otra parte, manifiesta que el rubro pretendido resulta improcedente, debido a que las prestaciones que debe recibir por discapacidad están cubiertas por el Sistema de la Seguridad Social de nuestro país, a través de la ley N° 24.241, a través de la cual -afirma- es brindada toda la cobertura de salud y las relacionadas con la discapacidad propia. De tal modo, la pretensión de la actora sería una contingencia cubierta por el ordenamiento argentino y no un daño que deba ser resarcido por esta vía.

Finaliza su escrito, solicitando el rechazo del recurso intentado, con costas.

X.- A fs. 2103 pasan los presentes autos al Acuerdo a fin de resolver.

XI.- ANALISIS DE LOS RECURSOS

A) Recurso de la Codemandada MONICA BEATRIZ REYNA:

1.- El primer agravio formulado por la mencionada demandada plantea su divergencia con la sentencia de grado en cuanto esta sostiene que la causa penal habría concluido por sobreseimiento de la profesional, por causas ajenas a la investigación sobre los hechos relacionados con el delito imputado, por haberse producido la prescripción de la acción penal.-

Invoca en sustento de su discrepancia que la sentencia absolutoria de grado fue ratificada por el Superior Tribunal provincial respecto de la Dra. Reyna por el delito que se le atribuía, con la salvedad que dicho Tribunal pretendió –entre otras cosas- volver a analizar la conducta de la Dra. Reyna en cuanto al “deber de cuidado” en el ejercicio de su profesión; habiéndose declarado finalmente la prescripción de la acción por el Juez Correccional de la Cámara del Crimen, conforme revisión ordenada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Situación esta última que se hallaría firme y consentida por todas las partes.-

En virtud de tales afirmaciones y examinadas las sentencias dictadas en la causa penal “Reyna, Mónica Beatríz, Lesiones Culposas”, Expte. N° 0493/07/C0 de la Cámara Primera Criminal de la ciudad de Cipolletti, la que obra agregada como prueba a los presentes, surge: a) Que mediante sentencia N°5, del 4 de mayo de 2009, el Juez Unipersonal con competencia correccional de la Cámara Primera en lo Criminal de Cipolletti, resolvió “absolver a Mónica Beatríz Reyna del delito de lesiones culposas gravísimas por el cual fue requerida a juicio, por el beneficio de la duda (arts. 91, 94 y 29 inc.3 contrario sensu C.P. y 4 C.P.P.). Recurrido dicho pronunciamiento por el Ministerio Público Fiscal y el abogado patrocinante de la querellante se abrió la instancia casatoria ante el Superior Tribunal provincial, órgano que dictó la sentencia N° 119/2010, mediante la cual confirmó -por unanimidad- la absolución decretada por el órgano inferior respecto de los dos primeros hechos imputados a la Dra. Reyna a saber: 1) Haber prescripto, como médica de guardia pediátrica, a la víctima, 7,5 c. cúbicos de morfina, vía oral, cantidad excesiva equivalente a 37,5 mg.. y 2) Haber prescripto, por falta de atención, una inyección de Dormicum (midazolam). Y 3) Por mayoría anuló parcialmente la absolución en lo referido a la tercera omisión del deber de cuidado endilgada a la imputada doctora Mónica Beatríz Reyna, por ausencia de control del menor a su egreso del hospital, con reenvío al inferior para que, con distinta integración, continuase la sustanciación del expediente, ampliando así la investigación y comprendiendo en ella, además, al personal de enfermería, de farmacia y de guardia, entre otros.-

La referida absolución adquirió firmeza, y posteriormente se la sobreseyó por prescripción de la acción penal, respecto de la tercera omisión de cuidado, en virtud del vencimiento de más del doble del plazo legal de la máxima pena que corresponde al delito investigado (conf. Arts. 59 inc. 3 en función del 62 inc. 2 del CP). (sent. N° 76. F° 92 Tomo I, fecha 10.12.2013 obrante a fs. 1477/1479 de la causa penal).

Atendiendo al agravio vertido con relación al tópico, corresponde examinar el resultado de aplicar al caso el art. 1103 del C. Civ., norma vigente al momento del acaecimiento de los hechos. Dicho precepto expresa que: “Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución”.-

La doctrina y jurisprudencia son contestes en sostener que la absolución del acusado –en este caso la Dra. Reyna- en sede penal, impide al juez civil, expedirse acerca de la existencia del hecho principal sobre el que esta ha recaído. En el caso que nos ocupa, la aquí demandada ha sido absuelta por sentencia firme, pasada en autoridad de cosa juzgada, respecto de dos hechos que se le imputaran, cuales son el haber prescripto una dosis excesiva de morfina, equivalente a 37,5 mg. y haber prescripto, por desatención, una inyección de midazolán (Dormicum).-

Al respecto se impone adentrarnos en la definición del alcance de la expresión “existencia del hecho principal”; sostiene Ibarlucea que: “No existe discusión en doctrina de que el codificador brindó expresamente un tratamiento distinto a la sentencia condenatoria penal respecto de la absolutoria (arts. 1102 y 1103 C.C.), con el objeto de atribuirle efectos bien diferenciados. Mientras que en el primer caso no sólo no puede discutirse en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituye el delito, sino que tampoco se puede “impugnar” la culpa del condenado, en el segundo el efecto se limita a que no se puede cuestionar “la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución”. Claramente entonces, el Código brinda amplio margen al juez civil para juzgar acerca de la culpa de quien fuera sobreseído o absuelto en sede penal, habiéndose dicho hasta el hartazgo que la culpa civil y la penal se evalúan desde ópticas muy distintas. De ahí que, en realidad, corresponde hablar de responsabilidad civil, conceptos que comprenden factores de atribución muy distintos de la culpa. Sobre esto no hay discrepancia alguna. El problema se centra en aquello que, según el art. 1103 del C.C., constituye “existencia del hecho principal”. La doctrina y jurisprudencia mayoritaria lo ha limitado a dos cuestiones a) existencia del hecho, y b) autoría del imputado. Esto último aunque no lo dice expresamente el artículo, es una derivación lógica, ya que, como señalara el maestro Llambías, decir que el acusado no es el autor es lo mismo que decir que no existe respecto de él. (...) Ahora bien, qué es lo que conforma el “hecho principal”, ya juzgado, que obliga a los jueces civiles, es el meollo de la cuestión. Una primera interpretación lo circunscribe a la mera existencia u ocurrencia del hecho. ...Una segunda interpretación lo extiende a las circunstancias

fácticas que el juez penal dio por probadas. O sea, no sólo que el hecho ocurrió, sino cómo ocurrió.” (Emilio A. Ibarlucea, *Influencia de la Absolución Penal en Sede Civil*”, págs.. 177/179, Publicación del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires.)-

El autor citado trae una definición de Llambías que ilustra acabadamente sobre el concepto en estudio, así expresa: “La ley alude al “hecho principal” debiendo considerarse tal al hecho sustancial que fuera atribuido al demandado como delito penal y sobre el cual ha recaído la absolución. La noción de “hecho principal” engloba a las circunstancias que fueron estimadas esenciales para determinar la absolución del imputado.”

Partiendo de lo antes referido como primer encuadre del tema, se impone una mayor precisión en lo que atañe a las particularidades de la absolución dictada en sede penal respecto de la aquí accionada Dra. Reyna, atendiendo a que la sentencia penal originariamente decretó la “absolución por el beneficio de la duda, esto es el “in dubio pro reo”. Se ha dicho respecto al “Valor de la absolución por duda a favor del imputado: La situación de duda que obliga al magistrado criminal a estar siempre a la solución más favorable al procesado, resulta hábil para exonerar al acusado del delito que se le imputa, más no resulta idónea para vincular al juez civil, quien sobre la base de otras pautas de convicción, puede estimar los hechos y la prueba de manera diversa en orden a determinar el nexo adecuado de causalidad entre el daño y el hecho ilícito. En este sentido, este tribunal ha decidido que la autoridad de la cosa juzgada reconocida por el art. 1103 C.C. a la sentencia penal absolutoria queda limitada a la materialidad de los hechos y a la autoría, sin comprender las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa. El motivo utilizado en sede penal para absolver al imputado,- principio in dubio pro reo-, en razón de que las probanzas obrantes en la causa son insuficientes para tener por demostrada la responsabilidad con la certeza necesaria que requiere toda sanción punitiva, no es idéntico a la certeza moral exigida para la atribución de responsabilidad civil. (Del voto en disidencia del Juez DE LAZZARI) (Suprema Corte de Bs. As., 22/6/2001,-Castillo, Julio David v. Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y Perjuicios/Ac.79389 S).-

Cuando la ley de fondo dispone que depende de la absolución del acusado en sede penal no se podrá alegar en el juicio civil el hecho principal sobre el que hubiera recaído la absolución (art.1103 Cód. Civ.), se está refiriendo al supuesto de que en el fuero represivo se hubiera declarado la inexistencia de ese hecho (ocurrencia material del

mismo, autoría, relación de causalidad entre él y la violación del bien jurídico tutelado), pero no el supuesto en que tal absolución se funde en el beneficio de la duda. (Cámara Civil y Comercial de San Martín, sala 2*, 28/04/1998, “Basconello, Segundo c/ Goyen Alves J.L. y otros/Daños y Perjuicios”).-

El principio in dubio pro reo y la existencia del hecho: “El principio in dubio pro reo” resulta hábil para exonerar al acusado en un delito, pero no resulta idóneo para vincular al juez civil quien, sobre la base de otras pautas de convicción, puede estimar los hechos y la prueba de manera diversa en orden a determinar el nexo adecuado de causalidad entre el daño y el hecho ilícito. La autoridad de la cosa juzgada de la sentencia penal absoluta, establecida en el art. 1103 del Cód. Civil, queda limitada a la materialidad de los hechos y a la autoría, sin comprender las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa.” (Corte Suprema de la Nación, 13-8-1998; “Vega, Miguel R. y otro c7Policlínica Privada Urda y otro”). LL 1998F, 539-98207 3 JA 1999 III,176)”- (“Responsabilidad penal influencia sobre la responsabilidad civil: Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires, por Graciela Medina y Laura Senra;)

Lo dicho hasta aquí pone en clara evidencia que la circunstancia de que el juez penal, en la evaluación objetiva de los hechos no haya encontrado la certeza suficiente para formular un juicio de condena, no impide al juez civil, efectuar las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa, para determinar la existencia o no de causalidad adecuada entre los hechos acaecidos y los daños cuyo resarcimiento se reclama en el fuero civil.

Con mayor contundencia cabe expedirse sobre la tercera imputación, consistente en la “omisión de control del menor a su egreso del hospital”, respecto de la cual se declaró el sobreseimiento por prescripción de la acción penal.

Al respecto, no hay duda en la doctrina actual acerca de que no corresponde equiparar el sobreseimiento a la absolución. Así, ya en el plenario “Amoruso c/Copello” del año 1946 de las Cámaras Civiles de Capital Federal se sostuvo que no eran equiparables. Vale traer aquí un recordatorio efectuado por Ibarlucea, en el artículo antes citado, en el que expresa: “Años después, el Dr. Boffi Boggero, en una ampliación de fundamentos del rechazo de un recurso ordinario de apelación ante la Corte, se pronunció en igual sentido en estos términos: “...el sobreseimiento definitivo no constituye la absolución prevista por el art. 1103 del C.C., a los efectos de la cosa juzgada, lo que acontece de modo esencial por las siguientes razones: a) el art. 1103 citado menciona la absolución del acusado y no el sobreseimiento, que, hubiese o no estado incluido en el

procedimiento penal de la época en que se sancionó el C.C. y aparte de ser excluido expresamente por Freitas –fuente del código al respecto- en una norma análoga (art. 838 Esboco), es un instituto diferente por muchos conceptos de la absolucón, a la que no puede llegarse por sobreseimiento; b) la absolucón es así inconfundible con el sobreseimiento definitivo y ya lo era cuando se preparó el proyecto del C.C; c) la absolucón, aún en los casos donde reconoce fundamentos en la duda..., se dicta después de un proceso donde las partes han tenido oportunidad de alegar y probar en defensa de sus derechos mientras que el sobreseimiento definitivo se dicta antes de que el proceso llegue a plenario, lo que equivale a manifestar que el damnificado no ha tenido oportunidad de ejercer el derecho de defensa; d) consecuentemente, tener por acreditado en lo civil lo resuelto por el sobreseimiento definitivo con el alcance del precitado art. 1103, entrañaría impedir en este aspecto el derecho de defensa a quien, como el damnificado, tampoco pudo ejercerlo en la esfera; e) de lo expuesto surge todavía que, si fuese posible una auténtica alternativa entre dos interpretaciones, ha de estarse por la más favorable a la garantía constitucional..., en este caso a la de la defensa en juicio de los damnificados” (in re: “Quiroz v. Gob. Nacional”, 25711/60; JA, 1961-II, p.56.-); (op.cit., págs. 175/176).-

Mucho más claro es el art. 1777 del actual C.C.C., que establece la siguiente distinción: “Inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad penal. Si la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, estas circunstancias no pueden ser discutidas en el proceso civil. Si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad.”

Así, si en el marco del proceso penal no logra acreditarse la responsabilidad del agente, nada obsta a que se discuta su responsabilidad civil por el mismo hecho. De conformidad con ello, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria ha establecido que “La regla es entonces que el sobreseimiento no tiene influencia en el proceso civil, si la acción penal se ha extinguido por prescripción o amnistía o no encuadra en una figura legal o media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o excusa absolutoria.” (conf. Rivera, Julio César – Medina, Graciela “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo IV).

El sobreseimiento por prescripción, tal como fue el dictado en la causa penal que precediera a estos autos constituye una medida procesal dispuesta en razón de que el

transcurso del tiempo ha hecho caer el ejercicio de la acción penal pública; pero dicha falta de acción no se traslada al hecho en sí que por efecto de aquella no ha sido analizado.

De esta manera, “El mismo hecho puede ser juzgado desde el punto de vista penal, para decidir si configura o no un delito, y en su caso, si merece sanción; prisión, multa o inhabilitación, o bien desde el punto de vista civil, destinado a acogerlo rechazar una petición de resarcimiento o indemnización patrimonial” (cf. Mosset Iturraspe, Jorge – Piedecasas, Miguel A. “Responsabilidad por daños”, Rubinzal – Culzone Editores, Santa Fé, 2016, Tomo VIII, Pág 276).-

En esta línea argumental, toda vez que el juez penal no resolvió sobre el fondo de la cuestión, en el caso, dado que la acción penal prescribió, ello constituye una manera anormal de finalizar el proceso y no limita al juez civil en modo alguno a pronunciarse con total libertad en la esfera civil (conf. Jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia en autos “R., L, c/ M., M. s/ Ejecutivo s/ Casación”, Expte. 19790-04-STJ, sent. del 14.04.2005, opinión personal del Dr. Balladini).

Consecuentemente, mal puede seguir pretendiendo la recurrente que el sobreseimiento acaecido en la instancia penal influya respecto de la evaluación de su responsabilidad en sede civil, por el hecho de marras.

De manera entonces que si bien existe un error en la sentencia de grado respecto del modo de terminación de la causa penal precedente, dado que en parte de las imputaciones formuladas a la doctora Reyna fue absuelta y en una tercera sobreseída por prescripción de la acción; ello no obsta a la posibilidad de revisar su responsabilidad en esta sede civil. Por lo que el primer agravio debe ser desestimado.-

Ahora bien, respecto de los agravios segundo a sexto esgrimidos por la codemandada Dra. Reyna, habida cuenta que los mismos tienen como fundamentos su conducta médica, la atribución de responsabilidad profesional en lo referente a la causalidad adecuada y la valoración de la prueba efectuada por la sentencia de primera instancia, estimamos conveniente que los mismos sean tratados en forma conjunta.

Esto, partiendo del entendimiento que los tribunales no están obligados a considerar todos y cada uno de los planteos y argumentos de las partes, sino solo aquellas cuestiones que estimen esenciales y decisivas para resolver en el asunto recurrido (conf. CSJN in re: "Altamirano, Ramón v. Comisión Nacional de Energía Atómica", del 13.11.1986; id., "Soñes, Raúl v. Administración Nacional de Aduanas, del 12/2/1987; id., "Pons, María y otro", del 06.10.1987; id., "Stancato, Carmelo", del 15/9/1989 en

Fallos 221:37; id. 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202; 310:1162; entre muchos similares y coincidentes).

2) Responsabilidad Médica- Causalidad Adecuada.

Deviene necesario aclarar que si bien el obrar médico es entendido como una obligación de medios, el galeno debe extremar las precauciones pertinentes toda vez que se encuentran en juego los derechos a la vida y a la integridad física del paciente, por lo cual no corresponde exigir una certeza absoluta respecto a la relación de causalidad adecuada (arts. 901, 902, 903 y 904 del Código Civil) dado que el ordenamiento determina posibilidades reales y no determinaciones absolutas (cf. CC0002 SM 42084 RSD-277-97 S 26/08/1997 en autos “G., C.H. y otros. c/ Prov. de Bs. As. Minist. de Salud s/Daños y perjuicios”).

Cabe señalar, que “En la mala praxis, la relación de causalidad suele operar de modo indirecto, en el sentido de que no es la actuación del médico el hecho inmediato causante del daño -en el caso la muerte- sino que su responsabilidad nace de no haber podido evitarlo o procurado hacerlo con los medios que estaban a su alcance (arts. 901, 903, 904 y 905 Cód. Civ.), con el agregado que en razón de su ciencia y de los valores en juego (salud y vida del paciente) le es exigible a estos profesionales en grado sumo el obrar con diligencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902 Cód. Civ.). Pero es el caso que esta diligencia no funciona en abstracto, sino que está acotada en primer lugar por los medios que la medicina en su estado actual dispone, y éstos a su vez son utilizados en la medida de la sintomatología que presenta el paciente, única guía que tiene el médico para orientar su diagnóstico, corroborarlo mediante análisis de laboratorio o estudios radiográficos o de otra índole y, en función de ellos, prescribir el tratamiento adecuado. (...)”. (cf. CC0002 SM 54338 RSD-41-4 S 02/03/2004 en autos Escaiola, Margarita L. y otro c/Sanatorio Privado San Martín S.A. y otros s/Daños y perjuicios).

Coincidente con este criterio, el Superior Tribunal de Justicia sostuvo que a los fines de tener por acreditada la responsabilidad por mala praxis médica es necesario que se compruebe que el profesional actuante haya prestado en forma deficiente la prestación médica, omitiendo las diligencias necesarias que su labor impone e incurriendo en imprudencia, negligencia o impericia (cf. STJ in re: “Cáceres Ana y otra c/ Pcia. Río Negro – Consejo Pcial. Salud Pública y otro s/ daños y perjuicios s/ Casación”, Se. 58/10 de fecha 06.07.2010).

En este sentido, consideramos pertinente resaltar lo afirmado por nuestra Corte

Provincial -en el precedente citado por la Sra. Jueza a quo- respecto a la diferenciación de la causalidad jurídica con la médica -siguiendo las ideas puestas de manifiesto por el Dr. Lorenzetti-, en el ámbito jurídico se recurre a la causalidad a los efectos de solucionar un problema de responsabilidad. En efecto, es habitual que la causa médica ponga de manifiesto situaciones complejas, simultáneas y confusas; por lo que se prescinde de una causa clara indudable, certera y manifiesta, pudiéndose basar el hecho dañoso en una conexidad de situaciones – ya sea actos u omisiones- sucesivos y dependientes de la causa primogénita. (cf. STJ in re: “Canziani Lucas Luis c/ Clínica de Viedma S.A. s/ daños y perjuicios s/ casación”, Se. 30/2009, de fecha 12.05.2009).

En este sentido, se ha sostenido que “La causa jurídica reconoce la posibilidad de una presentación de las distintas condiciones de un evento, de manera completa, simultánea o confusa. Vale decir que el Derecho no requiere, para pronunciarse sobre cuál de las condiciones actuantes es la causa, que aquéllas se muestren en “fila y claramente”.” (cf. Mosset Iturraspe, Jorge – Piedecasas, Miguel A. “Responsabilidad por daños”, Rubinzal – Culzone Editores, Santa Fé, 2016, Tomo VIII, Págs 433/434).-

Ahora bien, en la sentencia discutida la “a quo” basa su decisión en los resultados de las pericias médicas para tener por configurada la causalidad adecuada entre la atención recibida por el niño en el hospital de Cipolletti y la hipoxia isquémica sufrida por él en virtud de haber recibido una sobredosis de opiáceo y el deficiente control posterior a su aplicación. En efecto de la pericia en medicina legal obrante a fs. 1209/1214, el Dr. Schoua luego de un pormenorizado análisis de la causa, afirma “Si la dosis correcta es de 7,5 mg y se le administro 7,5 CC significa que atento a las variaciones de concentraciones del frasco de morfina que debería tener 1000 miligramos cada 100 mililitros o centímetros cúbicos de jarabe, y en realidad tenía entre 500 miligramos a 740 miligramos cada 100 cc de jarabe, conforme a la etiqueta del frasco le estaban administrando 75 miligramos de morfina, pero como la concentración no era correcta, se le administró entre 37,5 miligramos a 55,5 miligramos de morfina.” (ver fs. 1212).

Concluye así el perito que la dosis adecuada no guarda relación con el peso del paciente y que las secuelas sufridas por el menor guardan relación de causalidad con la sobredosis de morfina. Coincide así, con lo dictaminado por el Dr. Scatena, integrante del Cuerpo Médico Forense de la II Circunscripción Judicial, a fs. 189/194 de la causa penal, donde concluyó que “Si el jarabe recibido por el niño corresponde al frasco analizado por la Dra. Rubio y de acuerdo a nuestros cálculos surgiría una sobre-dosis de morfina (de 37,5 a 55,5 mgrs.) la que sumada a la sobre-dosis de Midazolam (de 5 mgr.)

serían los causantes de la depresión respiratoria, y posterior coma hipóxico que presentara el niño J.A.A.” Coincidente a su vez, con el informe de fs. 566/ 579 obrante en la causa penal rubricado por los Dres. Navarro y Rais, integrantes del Cuerpo Médico Forense y perito de parte.-

En igual sentido, se informan las dosis requeridas según respuesta al oficio librado al Hospital de Clínicas (Facultad de Medicina de la UBA) obrante a fs. 1529, del cual surge que si bien la asociación de morfina (analgésica) y midazolam (sedación) resulta correcta para el tratamiento de quemaduras -sin informar en qué porcentaje de quemadura se utilizan- agregan que la dosis varía de acuerdo al peso del paciente y la concentración de jarabe, siendo la correcta para morfina vía oral 0,1 – 0,5 mg/kg de dosis y midazolam intramuscular de 0,1 – 0,15 mg/kg/hora, constituyendo ambas drogas depresoras del sistema nervioso central.

A su turno, el perito anestesiólogo en su dictamen de fs. 1686/1721 y explicaciones de fs. 1736/1741, afirmó que la utilización de morfina y midazolam incrementa el riesgo de efectos adversos de ambos, por lo que se debe incrementar el control respecto al paciente. En consecuencia, deviene necesario un monitoreo con saturómetro, aún tratándose de una práctica de sedación simple o superficial (ver fs. 1739).

Así también, puso de manifiesto la necesidad de que los procedimientos de sedación sean llevados a cabo por profesionales experimentados en dichas prácticas, y contando con los instrumentos necesarios para el control del paciente sedado, resultando indispensable el uso de saturómetro a efectos del control de la saturación de oxígeno, mayor aún cuando no fue ordenada la internación del paciente.

Por su parte, en el informe pericial del médico neurólogo se concluye que el menor presenta un severo cuadro neurológico de tipo secuelar con compromiso motor, cognitivo y conductual, esto es una severa discapacidad que afecta su autonomía, independencia de movimiento y posibilidades de vínculo afectivo (ver fs. 1628).

Son categóricos los resultados de los informes periciales citados para tener por acreditado el vínculo causal, en carácter de causalidad adecuada, entre el suministro de la medicación dada al paciente y las consecuencias dañosas provocadas en su salud.

Resulta de relevancia también la declaración del Dr. Francisco Raúl González (fs. 1538), médico del Hospital de Cipolletti, quien expresa que es responsabilidad del médico hacer la conversión de la medicación que se prescriba en miligramos o en centímetros cúbicos a otras medidas; modalidad esta que fue ratificada por el Dr. Sergio Enrique Gómez a fs. 1539/41-

Especial importancia cabe asignarle a la declaración del Dr. Ernesto Carranza (fs.871/874), médico full time del hospital de Cipolletti, quien relata haber prescripto una receta de morfina para un paciente adulto que debía retirarla de la farmacia del hospital y a posteriori encuentra que el frasco indicado a ese paciente y con el nombre del prescribiente fue hallado en la guardia cuando sucedió la intoxicación de J., situación que no logra explicar, dado que en pediatría no se utiliza la misma fórmula.

Lo antedicho revela el desaprensivo manejo de los profesionales –médicos, enfermeras- del hospital, en cuanto al cumplimiento de la debida diligencia que corresponde a la prestación de un servicio altamente delicado como es el de la atención de la salud, y en particular cuando se trata de infantes, respecto de los cuales la atención y cuidados deben extremarse frente a la fragilidad que los caracteriza.

Si bien la provincia, condenada en autos, ha consentido la responsabilidad atribuida por el hecho de sus dependientes, lo relatado pone en evidencia la negligencia con la que el personal del área se ha conducido en las circunstancias que conformaron el hecho lesivo.-

Lo dicho hasta aquí es en nuestra opinión categórico para tener por probada la existencia de causalidad adecuada entre la prestación médica brindada, particularmente en lo que refiere a la dosis de medicación indicada y suministrada al paciente y el daño infligido a raíz de la hipoxia isquémica provocada en consecuencia. A la vez que, de las mismas pruebas aportadas y valoradas por la “a quo”, surge que la hipoxia isquémica padecida por J., con las graves secuelas incapacitantes han sido ocasionadas por la sobredosis de morfina suministrada. Los cuestionamientos efectuados por la apelante a la valoración de los medios probatorios aportados a la causa, no pasan de colocar su particular interpretación de aquellos, sustentada en la opinión del perito de parte Dr. Salman, quien no se expide con contundencia positiva ni negativa respecto de la causa de la lesión; frente a la coincidencia de los restantes peritos intervinientes, tal como surge de la reseña antes efectuada.

Con lo hasta aquí expresado damos respuesta a los agravios segundo, tercero y cuarto, los que consideramos deben ser rechazados.-

La demandada se agravia en quinto lugar sosteniendo que la Jueza de grado confunde “prescripción” con “suministro” de la medicación indicada, afirma que esto último es tarea de las enfermeras al cuidado del paciente y al mismo tiempo, como sexto agravio, cuestiona la pericia efectuada por el Dr. Schoua por desconocimiento del fármaco alegando que sus conclusiones carecen de prueba que las sustente.

Cabe recordar aquí que dicha parte, impugnó la pericia a fs. 1726/1731 afirmando que las drogas usadas como la morfina son analgésicos y el midazolam hipnosedante de acción ultra corta, en algunos casos pre anestésicos. Al respecto es necesario tener presente que “para apartarse de las conclusiones del dictamen pericial debe encontrarse apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión de los expertos se halla reñida con los principios lógicos y las máximas de experiencia, o en el hecho que en el proceso no existan elementos de mayor eficacia acerca de la verdad de los hechos controvertidos; por otro lado, cuando el peritaje aparece fundado en principios científicos técnicos o científicos inobjetables y no existe otra prueba que los desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos de este tipo de mayor valor, aceptar las conclusiones del mismo” (conf. Jurisprudencia Cámara Segunda de Apelaciones de La Plata, Sala III, causa 117717 RSD-223-16 S 27/12/2016 en autos “Alarcón, Rosa Margarita c/ Caja de Seguros S.A. s/ Cobro Ordinario de sumas de dinero”; causa 120483 RSD-170-16 S 28/10/2016 en autos “Hernández, Esther Luisa c/ Marone, Raúl Ernesto y otro/a s/ daños y perj.”; entre otros).

De lo antedicho se desprende que si la pericia está uniformemente fundada y es conteste en cuanto a sus conclusiones, debe reconocérsele plena validez respecto de los hechos esencialmente técnicos (art. 477 del CPCC y conf. Gozaíni, Osvaldo A. “Tratado de derecho procesal civil”, La Ley, Bs. As., 2009, Tomo IV, Pág. 607).

Ahora bien, conforme surge de las constancias de la causa lo cierto es que la demandada no indicó la equivalencia de la conversión de MG. a ML. o CC., desentendiéndose del suministro de la droga al paciente, al que evaluaba de a ratos mientras continuaba con la atención de la guardia (según sus propio reconocimiento en la contestación de demanda de fs. 132 vta. donde afirmó que “... continuó la atención de otros niños que van llegando, mientras de vez en cuando supervisaba el estado del niño que permanecía en camilla, todo ello sin dar autorización para el retiro del niño” e idéntico relato manifestado en el descargo de fs. 234/243 de la causa penal que se tiene a la vista).

Sumado a lo analizado hasta aquí se agrega la circunstancia de que el menor se retiró del nosocomio sin el debido control, y el necesario monitoreo requerido para este tipo de situaciones clínicas que pueden llegar a poner en riesgo la vida, como por ejemplo la depresión respiratoria (ver informe obrante a fs. 1454 del Dr. Alsberg, médico pediatra especialista en quemados del Hospital Gutiérrez de CABA).

También se puso de relieve que las condiciones que permiten el alta del paciente tienen

como basamento el recupero de los signos vitales, la conciencia del mismo, tono muscular adecuado y capacidad de sentarse y caminar, circunstancias éstas que no se encuentran verificadas en la causa. Ello, sin perjuicio de lo manifestado por la demandada respecto al retiro del menor por parte de los padres sin su previa autorización, habiéndose confirmado con la manifestación de las enfermeras acerca de que el estado del niño era aceptable (declaración en causa penal de la enfermera Alejandra González de fs. 296/302).

Centrándonos en el cuestionamiento relativo a que en la sentencia recurrida la Sra. Magistrada de Primera Instancia confunde la acción de “prescribir” y “aplicar” la medicación recetada, deviene necesario resaltar que la prescripción del medicamento se traduce en una acción compleja en la cual el galeno debe arbitrar la mayor de las diligencias a los fines de evitar las consecuencias disvaliosas que la misma puede producir.

Ahora bien, del análisis probatorio de la causa, especialmente del cuaderno de enfermería surge que el menor ingresó con quemaduras de 1° y 2° grado en cuello, tórax superior, boca y palma de mano derecha, realizándose “analgesia con jarabe de morfina 7,5 c.c. vía oral más aplicación de frío en la zona más (1 c.c.) 5 mg. de midazolam intramuscular, luego se realiza curación y toalette más vendaje. Se retira con sus padres” (ver constancias de fs. 830), sin consignar en debida forma si la misma fue aplicada en centímetros cúbicos o miligramos.

Así, en atención a lo emanado de los informes periciales obrantes en la causa surge que la dosis expresada de morfina en 7,5 mg. no constituye una sobredosis, la dosis expresada en mg. correspondiente a 7,5 cc extraídas frasco analizado en la instancia penal, constituye una sobredosis para un menor cuyo peso es de 14,5/15 kg. (ver constancias de fs. 575 de la causa penal).

Consecuentemente, tanto las declaraciones testimoniales como las pericias médicas son contestes en resaltar que al realizarse una prescripción de droga, la conversión de la misma ya sea expresada en miligramos o centímetros cúbicos debe ser efectuada por el médico tratante, quien es responsable de dicho accionar (vg. Declaración testimonial Dr. Francisco Raúl Gonzalez de fs. 1490/1491, declaración de la enfermera Alejandra González de fs. 1513/1517, declaración del Dr. Sergio Enrique Gómez obrante a fs. 1492/1494 y pericia médica Dr. Schoua de fs. 1209/1214 y vta.).

En efecto, el acto de prescribir medicamentos es una función exclusiva del galeno, y como tal trae aparejadas ciertas obligaciones como la obligación formal de

confeccionarla en debida forma, consignar la droga genérica, de conocer la composición de los medicamentos que se prescriben, la obtención del consentimiento informado y muy especialmente la obligación de cuidado y de elaborar correctamente el diagnóstico que se aplicará al paciente (conf. Garay, Oscar Ernesto “Tratado de la responsabilidad civil en las especialidades médicas”, Ed. Errepar, Bs. As., 2009, Tomo II, págs. 763/780).

No puede soslayarse que la prescripción de medicamento que el galeno realice conlleva una serie de responsabilidades, que serán producto del diagnóstico certero que deberá efectuarse al paciente y el posterior control de los efectos que el mismo tenga sobre el cuerpo humano. Más aún cuando se trate de medicamentos opiáceos aplicados en un menor de corta edad. Así, la doctrina ha dejado establecido que “el facultativo realiza un diagnóstico de la enfermedad y traza una estrategia terapéutica tendiente a la curación del enfermo; en el tratamiento prescribe medicamentos (o no), y al margen de otras circunstancias originadas en el paciente (predisposición al rechazo no detectable por los medios habituales) o en el propio producto (vicio o riesgo de la cosa), etc., el médico incurre en responsabilidad civil en los siguientes casos: a) causación de efectos colaterales previsibles por falta de control del estado orgánico del paciente; b) impericia en la actividad de recetar; c) medicación inapropiada, inocua o de distracción; y, d) medicación en dosis excesiva. En estos casos, la responsabilidad se configura a través de algunos de los rostros de la culpa: impericia, negligencia o imprudencia (art. 512 del Cód. Civil).” (conf. Garay, Oscar Ernesto, obra ut supra citada, pág. 778).

De conformidad a lo antes expresado, corresponde rechazar el agravio que postula que la intervención de la médica se limitó únicamente a la prescripción de la medicación.

En este camino de ideas, este Tribunal ha afirmado que “siendo que el deber de previsión de las consecuencias dañosas adquiere especial relevancia cuando se trata de la responsabilidad de los médicos, la culpa se presenta así, tanto por la negligencia o impericia como cuando se omite cierta actividad que muy probablemente habría evitado el resultado dañoso”. (CNCiv. Sala B, 27/02/2008, “Oubiña, Juan Carlos c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires – Hospital Italiana”, La Ley Online). Asimismo, cabe recordar que “la culpa médica radica en obrar de un modo distinto al debido y exigible, respondiendo el profesional por los daños derivados de su impericia, pues si bien no se exige al médico que actúe con infalibilidad, sí resulta exigible que posea el caudal de preparación que comúnmente tienen los de su clase y que emplee los cuidados ordinarios, la pericia y la diligencia que guardan los demás médicos en casos

iguales' (CNCiv., Sala M. 19/11/1999, R., G. S. c. H., R. L., RcyS, 2.000-598 – DJ. 2000-2, 681)” (citados en “Córdoba Daniel Eduardo y otro c/ Sanatorio Río Negro S.A. s/ daños y perjuicios”, Expte. 637-SC, sentencia del 20.08.2014). Por todo ello, mal puede pretender la codemandada Reyna, que opere como eximente de responsabilidad el hecho de haber tenido como única intervención la prescripción de medicamentos, a tenor de la importancia que dicha actividad conlleva en su labor profesional.

Sexto Agravio: En lo que respecta a la imputación efectuada al perito Schoua, resulta inapropiado e inconducente la afirmación de que no conocía la medicación. La impugnación para ser seria y eficaz debe tener un sustento científico que ponga en evidencia el desacierto que se pretende probar; por lo que deben ser rechazada por inconducente.

En cuanto al deber de cuidado exigible a la profesional respecto del paciente, luego de haberle suministrado la medicación aludida cabe señalar que, en atención al procedimiento médico utilizado frente a la situación de J. y los medicamentos suministrados –aún sin entrar en el análisis del acierto o no de la cantidad aplicada-, se debieron extremar los recaudos en lo que respecta al cuidado del menor luego de la aplicación de las drogas empleadas para la analgesia y anestesia del mismo.

En ese sentido, en el informe pericial obrante a fs. 574 de la causa penal se afirmó que independientemente de la dosis administrada al menor, el mismo debió permanecer internado por un lapso de entre 6 y 8 horas luego de suministrada la medicación y hasta haber recuperado la conciencia. Circunstancia ésta que no se configuro en la presente causa, a tenor de los hechos relatados y la documentación probatoria obrante en autos.

En virtud de ello, cabe tener por acreditada la relación de causalidad que permitió determinar que en la conducta desplegada por la ahora demandada y el resto del personal hospitalario interviniente, nació la causa que provocó los daños sufridos por J. Del propio reconocimiento de la demandada en su contestación de demanda (en atención a lo que surge de fs. 132 vta.) se desprende que no había decidido internar al menor, puesto que le dio indicaciones a los padres respecto de cómo proceder con el niño (ver declaración en causa penal de la enfermera Cristina Oses a fs. 253/259 y 593/595, y Alejandra González de fs. 296/302 y 596/599) y les dijo que debían llevarlo a la mañana siguiente para realizar curaciones a un centro asistencial. Ello deja en claro cual era la decisión y perspectiva de tratamiento indicado por la médica.-

A tenor de lo expuesto no se observa que se haya acreditado en debida forma otra probable causa de la crisis padecida por el menor, de manera que la hipoxia y posterior

falla multiorgánica sufrida no cabe más que ser atribuida a la excesiva dosis de opiáceos suministrados al niño, y la falta de adecuado control posterior que hubiera permitido detectar a tiempo las señales del exceso medicamentoso y revertir el mismo por medio del suministro oportuno del antídoto naloxona. Se agrava la negligencia en el cuidado del paciente, por tratarse de un menor de edad que por su vulnerabilidad imponía un mayor grado de atención. (conf. Convención sobre los Derechos del Niño, Ley 26061, ley 4109).

Finalmente, respecto al agravio deducido en lo que respecta a la imposición de costas debemos adelantar que corresponde el rechazo del mismo, en virtud de que el recurrente únicamente ha manifestado su mera disconformidad con lo decidido en cuanto a dicho tópico, sin haber efectuado una crítica concreta, clara y precisa del fallo recurrido, a fin de desvirtuar la aplicación al caso de autos del principio que rige la imposición de costas a la parte vencida, atendiendo especialmente en el caso al principio de reparación integral. En consecuencia, corresponde desestimar el agravio manifestado respecto de la imposición de costas.-

Recurso de la PARTE ACTORA:

Abordando el tratamiento del recurso interpuesto por la parte actora, y atendiendo en primer lugar a la contestación de traslado efectuada por el apoderado de la Provincia de Río Negro, cabe destacar que de la lectura de la expresión de agravios de la parte actora no se observa la falta de fundamentación endilgada, toda vez que se individualizan claramente los motivos de su disconformidad con el decisorio recurrido.

Sin perjuicio de ello, dable es señalar que se debe tener en consideración que la apreciación de la expresión de agravios debe realizarse con una interpretación que favorezca el acceso a la segunda instancia y en consecuencia la función revisora de la Alzada, en pos de resguardar el acceso a la justicia y no caer en un exceso ritual manifiesto, esto es, en caso de duda debe estarse por la consideración del mismo (art. 18 de la Constitución Nacional, 265 del CPCC y conforme jurisprudencia Superior Tribunal de Justicia de Río Negro en causa "Salgar S.R.L. c/ Cauquen Argentina S.A. s/ Sumarísimo s/ Casación", Expte. 27825/15-STJ, sentencia del 27/10/2015 y causa "B., M. L. c/ G., H. E. s/ Cobro de pesos - ordinario s/ Casación", Expte. 20450/05/05-STJ, sentencia del 14/12/2005; Cámara Segunda, Sala I de La Plata, causa A 43396 RSI-83-95 I 20/04/1995 y causa B 70276 RSI-807-94 I 12/10/1994; Cámara Primera, Sala I de La Plata, causa 211531 RSD-35-92 S 24/03/1992; Cámara Segunda, Sala III de La Plata, causa 118327 RSD-93-15 S 25/06/2015 y causa 118226 RSD-52-15 S

23/04/2015). No obstante lo expuesto, consideramos que el recurso de la accionante supera plenamente el umbral mínimo al que los precedentes citados ordenan atender, por lo que corresponde tener por cumplido lo requerido por el art. 265 del CPCC y proceder a su tratamiento (arts. 265 y 266 del CPCC).-

Surge de la sentencia de primera instancia que la Magistrada ha englobado los rubros indemnizatorios por categorías, en extrapatrimoniales y patrimoniales. De esta manera, procedió a encuadrar dentro de la primera categoría al daño psíquico, daño a la vida en relación y daño moral, otorgando la suma de \$ 1.500.000 como monto indemnizatorio a valor actual. Dentro de los daños patrimoniales englobó al lucro cesante, por el cual otorgó una indemnización de \$ 4.370.635, y respecto del daño emergente (ocasionados, gastos futuros, gastos médicos futuros ciertos, costos por tratamiento sustitutivo de diálisis y trasplante hepático) los cuales valuó en la suma de \$ 700.000. Finalmente, respecto del daño estético pretendido consideró que el mismo no procede de modo autónomo y que en la presente causa no existen elementos que autoricen a concederlo así.

Del escrito de la demanda incoada, surge que el actor efectuó los reclamos patrimoniales individualizando los daños emergentes, daños emergentes futuros, gastos futuros ciertos, daño emergente futuro cierto, gastos médicos futuros ciertos, costo de diálisis y trasplante y de forma autónoma el daño estético. En dicho momento se cuantificaron los mismos dejando a salvo el monto en lo que más o menos resulte de las pruebas a producirse. Del relato efectuado surge que los mismos se encuentran orientados a los egresos que se realizaron y a los que deberán producirse a fin de sostener el estado de salud del menor J.

En este sentido, en la sentencia de primera instancia, la Sra. Juez a quo optó por englobar los mismos entendiendo que se reclaman las diferentes erogaciones afrontadas por los progenitores del menor en razón del suceso dañoso ocurrido, así como los gastos futuros que irroguen las necesidades de salud de J. ya sea por los daños neurológicos, necesidad de uso de pañales, respecto de su movilización, tratamiento kinesiológico, diálisis y probable trasplante, estimándolo en la suma de \$ 700.000.

Por su parte, la actora manifiesta que en la sentencia se han calculado los costos futuros en lo que respecta al uso de pañales de por vida del menor J., así como el tratamiento kinesiológico y los costos por trasplante de riñón. En atención a lo que surge de la sentencia (ver fs. 1998) cuando la Sra. Magistrada a quo liquida los montos correspondientes a daños patrimoniales y discrimina los daños emergentes ocasionados

y los gastos futuros, cuantifica los mismos por un total de \$ 700.000 discriminando el costo de las sesiones kinesiológicas en \$80 la sesión en el año 2009 (fs. 1547), costo de pañales entre \$15/20 al año 2008 (fs. 1478) y por trasplante de riñón por un monto total de \$ 22.500 al año 2009 (ver fs. 1592/1593).

De tal manera, si bien los daños futuros son mencionados y declarados procedentes en la sentencia recurrida, lo cierto es que la Sra. Juez de Primera Instancia no ha individualizado pormenorizadamente los mismos, ni ha cuantificado los daños de forma tal que permitan ser controlados en la segunda instancia, limitándose únicamente a consignar una suma total por la que no se aclara si se ha tenido en cuenta el rubro de “asistencia” oportunamente reclamado.

Así, de conformidad con lo normado por los arts. 1109 y 902 del C. Civil y doctrina imperante; y con mayor precisión en la radicación de los actuales arts.1.740 y 1.746 del Código Civil y Comercial, la reparación del daño debe ser plena y deben presumirse los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resulten razonables en razón de la incapacidad padecida en el caso por J. En efecto, toda vez que la asistencia de enfermeros especializados constituye un rubro cierto y acreditado en autos, dado el absoluto desvalimiento personal en que ha quedado, el mismo debe ser indemnizado (arts. 165 del CPCC). “Además, desde la perspectiva legal, todo daño debe ser indemnizado (arts. 519, 520, 1068, 1069, Cód. Civil) y su certeza o realidad atañe no solamente a su existencia sino también a su composición, es decir, a las circunstancias, modalidades y gravedad que puede revestir (Trigo Represas, Félix A., "La prueba del daño emergente y del lucro cesante", en "Revista Derecho de Daños, La Prueba del Daño I", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 42)” (conf. Jurisprudencia Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala II, causa 120.364 en autos “Akita Enrique y Wago Miriam Graciela c/ Hospital Italiano de La Plata y servicio de pediatría y neonatología s/ daños y perjuicios”).

En orden al planteo efectuado, precisamente, nuestro Tribunal Superior de Justicia ha sostenido que toda sentencia que se dicte debe contener como condición de validez de la decisión expresa positiva y precisa conforme las pretensiones deducidas en el juicio, en atención a lo normado por los arts. 34 inc. 4º, 161 inc. 2º, 163 inc. 6º y 164 del CPCC; de esta forma, siguiendo a Morello han expresado que el principio de congruencia exige que exista una correlación total entre los esquemas del proceso contencioso, esto es, pretensión y decisión, siendo que tal circunstancia funciona como requisito del proceso verdadero (cf. Morello, Prueba, incongruencia, defensa en juicio, págs. 37 y 43; STJRN,

Se. 38/96 “M.P.C. Y otros c/ Municipalidad de Cipolletti s/ Contencioso Administrativo s/ Inaplicabilidad de Ley”, 26.04.96 citado in re: “Balseiro, Mónica Elena c/ Municipalidad de Dina Huapi s/ Sumario”, Expte. N° 24249/12, sentencia del 17.02.2016).

Ahora bien, teniendo en especial consideración la gravedad de la situación que en la presente causa se analiza, siendo notorio y evidente que J. en razón de presentar una incapacidad permanente del 100% necesita de un acompañamiento a tiempo completo a los fines de poder realizar algunas de las actividades que la vida diaria exige, fuera de las que le están absolutamente impedidas en razón de su estado; corresponde acoger los gastos futuros ciertos reclamados en el escrito de inicio de la presente causa. Conforme se expidiera el perito psicólogo a fs. 1552/1559 el menor J. presenta un retardo mental profundo (F 73.9 clasificado en el DSM IV), estableciendo que su cuadro psicopatológico tiene relación directa de causa y efecto con sus alteraciones neurológicas, evidenciándose una incapacidad total y absoluta. Sumado a ello, que presenta una hipoacusia profunda bilateral con poca jerga de sonidos guturales, con un margen de palabras de solamente 10 (cf. lo expuesto por la perito fonaudióloga en su pericia obrante a fs. 1571 y vta.); que padece de una postración por atrofia de la función motora, cuadriparecia espástica (Fuerte predominio en piernas) e imposibilidad de autosustentación y equilibrio; por lo que depende de terceros (conf. pericia kinesiológica obrante a fs. 1547).-

Lo cierto es que en la sentencia apelada no se realiza mención alguna respecto de los gastos que efectivamente se producen al necesitar el menor una asistencia especializada de enfermería las 24 horas del día y durante toda su vida, incurriéndose de ese modo en una omisión que vulnera la debida congruencia.

En atención a las constancias de la causa, del ofrecimiento de prueba obrante a fs. 168 surge que la actora solicitó libramiento de oficio al Sindicato del Personal de la Sanidad Argentina a fin de que informara el sueldo del personal de enfermería de primera categoría especializada en atención de pacientes neurológicos. Dicho oficio se encuentra contestado a fs. 1479/1487 donde se informa que, en atención a los Convenios Colectivos de Trabajo, el N° 108/75 establece el sueldo remunerativo para enfermera especializada de primera categoría a Octubre de 2.003 por un total de pesos cuatrocientos noventa (\$ 490). En consecuencia, y en atención a la comprobada afectación incapacitante del 100% que padece J. consideramos que debe hacerse lugar al agravio planteado por la parte actora, al constatarse claramente omitida la consideración

del rubro reclamado oportunamente. Tal omisión se advierte no sólo por la falta de mención del ítem en las consideraciones que sobre los gastos futuros realiza la judicante, sino además porque efectuados los cálculos pertinentes se desprende de la suma total otorgada en concepto de daños emergentes -por los rubros cuantificados en el fallo-, que no se ha incluido el importe relativo al ítem mencionado, según lo que surge del punto b) obrantes a fs. 1997 vta./1198, que fueron determinados en la suma de \$ 700.000.-

Teniendo en cuenta lo informado a fs. 1484, respecto del salario de enfermero de primera categoría a la fecha del hecho (octubre de 2003), esto es \$490 y a la vez teniendo presente como es solicitado el mismo en la demanda, al decir: “Considerando dicho gasto desde la fecha de su necesidad, desde hoy mismo, es decir desde la interposición de la presente acción, ...” (sic. fs. 11, párr. 6*); sólo es dable acoger el rubro desde la fecha de interposición de la demanda, a valores del salario informado, esto es pesos cuatrocientos noventa (\$490).-

De manera entonces que corresponde calcular el rubro desde el 15 de abril de 2005 (fecha de interposición de la demanda) a la fecha de la presente, tomando en consideración la necesidad de cubrir dos turnos diarios de 8 horas cada uno, dado que hasta la mayoría de edad los progenitores no requirieron asistencia nocturna para J., en base a un salario de \$490 mensual.- Ello asciende a la suma de pesos ciento noventa y ocho mil novecientos cuarenta (\$ 198.940), suma a la cual corresponde aplicar intereses conforme al criterio que surge de la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia, conforme autos “Calfin c/ Murchison”, “Tordi c/ Pcia. De Río Negro”, “Loza Longo”, “Jeréz” y “Guichaqueo”, arrojando la suma de pesos setecientos noventa y tres mil cuatrocientos noventa y seis con sesenta y nueve centavos (\$ 793.496,69); la que deberá adicionarse a la suma de \$ 700.000 fijados en la sentencia de grado para el rubro “daño emergente -gastos futuros”, el que asciende in integrum a la suma de pesos un millón cuatrocientos noventa y tres mil cuatrocientos noventa y seis con sesenta y nueve centavos (\$1.493.496,69), sin ser comprensivo del rubro lucro cesante.-

En lo que respecta a la determinación del gasto que pueda reportar en el futuro, la asistencia de enfermería requerida, en razón de que no es posible contar por anticipado con el valor de la remuneración del sector respectivo, sumado a ello a que a partir de los 21 años de edad de J. deberá asignarse un tercer turno de personal de enfermería para tareas nocturnas, y siendo indispensable contar con asistencia de por vida en forma permanente dado la absoluta incapacidad del joven y las gravísimas limitaciones de

todo orden que padece en lo cognitivo, comunicacional y de movilidad, a lo que se agrega la necesidad de contemplar su evolución, suministro de medicación y evaluación de los indicadores de su estado de salud, así como la provisión de los cuidados que la conservación de la misma demanden a fin de evitar mayores complicaciones; se impone establecer a cargo de la provincia de Río Negro, Ministerio de Salud, aquí condenado, la provisión del personal de enfermería idóneo que sea requerido para cubrir los turnos diurnos a partir de la presente y el nocturno a partir de los 21 años de edad de J., en ambos casos por toda su existencia; o en su defecto el pago que irrogue la prestación de tales servicios; pudiendo la nombrada repetir de la condenada Mónica Beatríz Reyna lo que correspondiere.-

XI.- Recurso CODEMANDADA PROVINCIA de RIO NEGRO:

Cuestiona el apoderado de la provincia de Río Negro la sentencia de grado, por cuanto al tratar el Daño Patrimonial, en particular el lucro cesante, adopta para su cálculo el salario mínimo vital y móvil vigente a la fecha del dictado de la misma (\$ 6080), sosteniendo que aplica la fórmula delineada y confirmada por el STJRN en el precedente “Hernández c/EDERSA” criterio que aplicado al caso de autos arroja la suma de \$ 4.370.635.-

Sostiene que la sentencia viola la doctrina legal que dice aplicar, obteniendo un resultado exorbitante, al tomar un salario actualizado a la fecha del pronunciamiento y no el vigente al momento del acaecimiento del hecho dañoso y que como resultado de tal arbitraria decisión se condena a abonar un monto ampliamente superior al que correspondería, con grave perjuicio para su mandante. Expresa además que como consecuencia de la violación de la doctrina legal establecida en “Pérez Barrientos”; “Pérez c/Mansilla”; “Edersa” y “Loza Longo”, el fallo cuya revocación solicita genera un enriquecimiento sin causa de la parte actora en detrimento del patrimonio de su representada, excediendo el justo límite de la reparación.-

En segundo lugar se agravia de que la condena en costas no haya respetado el criterio impuesto por la ley 24.432 y receptado en el art. 77 del C.P.C.y C., en lo que respecta a los honorarios de los letrados de la parte actora y peritos, más gastos y contribuciones, por cuanto la misma excede el tope del 25% del monto de condena.-

El primer agravio referido precedentemente finca en dos motivos distintos pero convergentes, a saber: a) Le agravia que la sentencia adopte para el cálculo de la indemnización el salario actualizado a la fecha de su dictado y b) que no haya aplicado para dicho cálculo el salario mínimo vital y móvil vigente a la fecha de ocurrencia del

hecho dañoso.-

Así, como fundamento del cuestionamiento expuesto en a), sostiene que la sentencia se aparta de la doctrina legal establecida en los precedentes “Pérez Barrientos”; “Pérez c/Mansilla”, “Hernández c/EDERSA”; “Elvas c/Mathus” y “Torres c/ Pcia. de R.N.”, alegando que el pronunciamiento puesto en crisis prescinde de los mencionados precedentes al utilizar un salario actualizado a la fecha de la sentencia cuando los tales fallos establecen que debe hacerse el cálculo tomando como base el salario vigente a la fecha del hecho a cuyo efecto repasa el apelante la aplicación del criterio que invoca, en cada uno de los precedentes que cita. Así expresa: “...entendemos que el error del fallo en crisis, consiste precisamente en tomar una remuneración mensual de la época de la sentencia de primera instancia (07 de julio de 2016) y no del momento de los hechos (01 de octubre de 2003), como establecen los precedentes del STJ “Pérez c/ Mansilla y EDERSA” y “Hernández Fabián Alejandro c/ EDERSA” (sic. fs. 2071 in fine y vta.). Solicitando se deje sin efecto el cálculo efectuado y se realice el mismo tomando como base el salario vigente al momento de ocurrencia del hecho.-

Seguidamente ensaya una aplicación de la fórmula partiendo de los 21 años de edad del menor, alegando que recién entonces tendría una edad con capacidad laborativa, y que hasta adquirir la misma indefectiblemente hubiera generado solamente costos dinerarios y no ingresos; para concluir solicitando el recalcule en base a los precedentes invocados.

En el segundo agravio plantea que debió adoptarse para el cálculo el salario mínimo, vital y móvil vigente a la fecha del hecho, por no existir un salario percibido por el damnificado. Alega que el pronunciamiento recurrido ha violado la doctrina legal sentada en el fallo “Torres, Liliana María c/ Ministerio de Salud Pública de la Pcia. de Río Negro s/Casación” de fecha 20 de diciembre de 2016 (ver fs. 2073, 1* párr.); precedente en el cual el STJ estableció que en caso de no acreditarse la percepción de un salario, previo al infortunio, debía tomarse el salario mínimo, vital y móvil vigente a ese momento, criterio aplicable también en el caso de que el evento dañoso haya sido sufrido por un menor de edad que no desarrolle actividad laboral.-

En abono de su posición cita párrafos del voto ponente de la mayoría en cuanto propicia la adopción del SMVM para el caso de un menor de edad que no trabaja; la determinación de la indemnización en base a pautas objetivas y no en base a figuraciones respecto de probabilidades hipotéticas basadas en el mero arbitrio judicial, descartando cualquier hipótesis conjetural y aludiendo al respaldo jurisprudencial que

posee el salario mínimo, vital y móvil a los efectos del cálculo del daño material producto de la incapacidad sobreviniente.-

Como corolario de lo expuesto y dadas las similitudes con el presente caso solicita se tome para el cálculo de la indemnización aquí reclamada el SMVM vigente al momento del acaecimiento del hecho dañoso, de \$ 280,00, conforme art. 4* del Dec. N°388/03 (B.O. 15/07/2003); en razón de considerar arbitrario el criterio aplicado por la judicante al apartarse de los precedentes que invoca.-

Abordando el análisis de los fundamentos vertidos y que fueran sintetizados precedentemente, se impone formular las consideraciones siguientes.

Agravio a): asiste razón al apelante cuando sostiene que el pronunciamiento atacado se aparta del criterio fijado en los precedentes del Máximo Tribunal Provincial que cita. Los mismos, han establecido que debe tomarse para el cálculo de la indemnización por incapacidad, el salario vigente a la fecha de ocurrencia del hecho dañoso.

Si bien es discutible determinar cuál es el método más realista y equitativo para establecer una indemnización en un país de una economía con notorias fluctuaciones como el nuestro, con altos índices inflacionarios que se reeditan recurrentemente y con la consabida afectación del salario, que se deprecia en relación a los precios de los bienes y servicios. Sumado a ello que muchas veces el SMVM se ha mantenido invariable por largos períodos, sufriendo desajustes proporcionales significativos y teniendo en cuenta que a ese escenario se agrega la vigencia de la ley 23.928. Frente a ello cabe dejar de lado las opiniones acerca de la mayor o menor conveniencia de la adopción de uno u otro sistema para la determinación de la indemnización por incapacidad, en tanto la doctrina legal imperante al momento del dictado del fallo de grado establecía, como bien sostiene el recurrente, que debía aplicarse el salario vigente al momento del hecho lesivo y no uno actualizado al tiempo del dictado de la sentencia. Se impone por ende la receptación del agravio analizado.-

Agravio b): liminarmente asiste razón al recurrente en cuanto a que la doctrina legal del Superior Tribunal Provincial ha establecido como criterio a seguir que debe tomarse el salario percibido por el damnificado al momento del evento dañoso (conf. “Pérez c/ Mansilla”; “Elvas c/ Mathus”; “Pérez c/Mansilla” y “Hernández c/Edersa”), y que en defecto de él, por caso tratándose de una persona a la que no se le conocieran ingresos comprobables, el salario mínimo vital y móvil vigente al mismo momento; hasta aquí se impone acoger los planteos efectuados por ser los emanados de los criterios sentados por el STJRN.-

Ahora bien, pretende el agraviado que la sentencia ha violado la doctrina legal emanada del precedente “Torres Liliana”, Se. N° 100 del 21/12/2016 de la Secretaría N°1 del STJRN. Entendemos que técnicamente no se configura tal violación, en razón de que el citado precedente no se había dictado a la fecha del pronunciamiento apelado, que fue emitido el 07-07-2016.-

Se impone además una consideración particular respecto de la retroactividad de la doctrina legal. Así sostuvo el STJRN, in re “Loza Longo” (Se. N° 43/09), donde se precisó la vigencia de la nueva tasa de interés que se establecía en base al criterio del art 3* del Código Civil entonces vigente, respecto del efecto inmediato e irretroactividad de la ley, a los que se consideró que se complementaban en lugar de contradecirse, diciendo: “Es que de acuerdo a nuestro régimen legal, la jurisprudencia plenaria y/o en el caso, la doctrina legal, es aplicable a todas las actividades jurídicas que ocurran durante su vigencia; una alteración jurisprudencial sobreviniente no tiene efecto retroactivo en cuanto a los actos y hechos acaecidos antes de la mutación, aunque se trate de hechos o actos que no hayan originado la contienda judicial –ni por consiguiente sentencias que hagan cosa juzgada. Y es lógico que así sea por aplicación de los principios que rigen la materia. Si una ley, como regla de principio no puede ser retroactiva (art. 3* del Código Civil [actual art. 7* CCC]), es obvio que menos aún la jurisprudencia que determina una doctrina legal aplicable. Rige el principio del denominado efecto inmediato (art. 3 del Código Civil), es decir que la nueva tasa regirá desde el dictado del fallo que fija la nueva doctrina legal, corriendo hasta allí la fijada en la doctrina que pierde su vigencia. (conf. C .Civ., Cap, en pleno, “Saffores Luis o Juan Luis” (5-11-43, JA 1943-IV-501).-

Este criterio que se ve tan nítido en materia de intereses, sirve como evidencia práctica de la aplicación de la regla que emana de la norma legal, porque lo contrario afecta la seguridad jurídica, sumado a la petición del imposible conocimiento y sometimiento al criterio emanado de una doctrina inexistente al tiempo del dictado del pronunciamiento que se cuestiona. En consecuencia debe rechazarse el agravio sobre violación de la doctrina del precedente aludido.-

Previo a abordar los aspectos más concretos del cálculo que el apelante propone, entendemos que cabe efectuar algunas consideraciones para centrarnos en el contexto específico de la causa.

En autos se reclamó una indemnización por los daños y perjuicios irrogados a J., a quien faltándole pocos días para cumplir dos (2) años de edad, los hechos que aquí se juzgan,

le provocaron una incapacidad total, absoluta y permanente del 100%. -

Entre los diversos rubros reclamados se demandó “lucro cesante” entendido como la pérdida de futuras ganancias más la “pérdida de chances” integrando ambos ítems el mismo rubro (ver f.109 vta./110). Valga recordar que nos encontramos en el marco de un reclamo de índole civil que como tal persigue un resarcimiento integral de los perjuicios sufridos.-

Si bien el hecho analizado en autos aconteció bajo la vigencia del código civil anterior, la doctrina y jurisprudencia habían ya claramente consagrado el principio de reparación integral en materia de daños, que actualmente tiene consagración expresa en el artículo 1740 CCyC, consistente en la restitución del damnificado a la situación anterior al hecho dañoso; extremo que será imposible de lograr en autos en virtud del carácter absoluto y permanente de la incapacidad producida y de su irreversibilidad.-

Cabe hacer referencia a la normativa del Código Civil y Comercial vigente actualmente en cuanto recepta legislativamente los criterios elaborados por la doctrina y jurisprudencia consolidada previamente a su sanción y dado que la precisión y claridad de sus conceptos permiten abordar el tema sin yerros. Así, el art. 1738 establece el alcance de la indemnización, refiriendo que la misma “...comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de las inferencias de su proyecto de vida.” (la negrita es nuestra).-

Mosset Iturraspe y Piedecasas, en la obra “Responsabilidad Por Daños-Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994” refieren la posición de la Comisión de Juristas que elaboró el proyecto consagrado en ley y transcriben sus opiniones en relación a este tema señalando lo siguiente: “Los requisitos para la procedencia de la indemnización presentan un alto grado de consenso en la doctrina y en los proyectos analizados. Por eso se ha redactado un artículo breve que establece que debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente.” Así: “La pérdida de chance es indemnizable en la medida que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador. La referencia a la ‘contingencia razonable’ “es el equivalente a la probabilidad objetiva, que debe concurrir con la relación de causalidad. Se trata de dos requisitos: a) Certeza de que, si no hubiera

ocurrido el incumplimiento o el hecho dañoso, el legitimado hubiera mantenido la esperanza de obtener una ganancia o evitar una pérdida futura; b) relación causal adecuada entre el hecho y la pérdida de chances.” (sic. pág.. 410). Ambos extremos se verifican en autos.-

En el caso que nos ocupa J. como consecuencia de las secuelas incapacitantes producto de las lesiones ocasionadas por el daño inferido, ha perdido toda posibilidad de producir ganancias a partir de la realización de actividad lucrativa, una vez habilitado legalmente para el ingreso al mercado laboral -esto es a los 16 años de edad- de conformidad a lo que establece el art. 32 de ley 20.744. Discrepamos totalmente con la referencia efectuada por el apelante en cuanto a que el ingreso a la actividad laboral de los jóvenes en la zona no es antes de los 21 años. Ello puede serlo en los que realizan estudios universitarios pero los que laboran en actividades agropecuarias, muy difundidas en la zona, lo hacen a mucha menor edad, como en todos los casos en que existe la necesidad de aportar a los gastos de la propia subsistencia, por lo cual no consistiendo en un parámetro legal y por ende obligatorio debe ser desestimado.-

Ciertamente no puede establecerse una proyección basada en datos objetivos de cual pudo haber sido el desarrollo laboral que podría haber alcanzado el menor, a fin de sostener en base a pautas objetivas una estimación de las ganancias que hubiera percibido, dado que ni siquiera es posible presumir, dada la corta edad (2 años) a la que sufrió la incapacidad, cuales podían ser las inclinaciones, gustos o condiciones para el ejercicio de actividad alguna productora de ganancia. Por ello, y frente a la necesidad de contar con una base que permita calcular la indemnización por el rubro lucro cesante, resulta adecuada la utilización de un parámetro uniforme como lo es -en este tipo de casos carentes de otros datos- el salario mínimo vital y móvil vigente a la fecha del hecho, de \$280.- Ello de conformidad al criterio del fallo “Elvas c/Mathus” entre otros; aún con las divergencias que suscita la aplicación de baremos para el cálculo de indemnizaciones en materia civil.-

Ahora bien, como antes señaláramos, integrando el rubro en análisis se reclamó por la pérdida de chances de J. y se sometieron los distintos rubros además de su cuantificación inicial, a las resultas de la prueba a producirse y el elevado criterio de S.S. (sic. fs.110, 7* párr. in fine).-

Consideramos oportuno recordar, previo a abordar específicamente la cuestión de la cuantificación, una frase de Salas, vertida en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, citado en la obra antes referida: “ ...el Derecho Civil tiende a reparar, no a

castigar, tiene sus ojos puestos en la víctima, no en el autor del daño...” (op.cit., pág.448).- Es con este enfoque que compartimos, desde el cual consideramos que debe analizarse la situación de autos, partiendo de tal posicionamiento en orden a hacer efectiva la reparación integral, que en el presente caso no superará la condición de una mera indemnización, en razón de que las secuelas incapacitantes, por su carácter absoluto e irreversible no pueden ser modificadas en lo más mínimo y peor aún tienen pronóstico de agravamiento paulatino.-

A fin de delinear el marco conceptual en el cual abordar el análisis del tópico resulta de suma importancia lo sostenido por el Dr. Enrique Mansilla, en su voto en autos "Perez c/ Mansilla Y EdERSA" (SE 23/2013 de fecha 11 de junio de 2013): con adhesión del Dr. Barotto, a saber: : “—que en citada causa “Pérez Barrientos” —a cuyos fundamentos cabe remitirse por razones de brevedad, este Cuerpo readecuó la reconocida fórmula matemática adoptada por la jurisprudencia laboral hace algo más de tres décadas de acuerdo al criterio señalado por la CSJN en la causa “Arostegui” (Fallos 331:570), pero lo hizo dejando a salvo que ello de ninguna manera debía interpretarse como la consagración de un criterio rígido de aplicación automática de la fórmula —o de cada una de sus variable- en todos los casos de accidentes o enfermedades profesionales, con total desatención o prescindencia de sus circunstancias particulares.”

Es entonces, justamente en la consideración de las particulares circunstancias de esta causa, específicamente de la devastación de la salud de J. a consecuencia del hecho lesivo que lo condenara a una incapacidad del 100%, el criterio de la doctrina imperante por entonces plasmada actualmente en el nuevo CCC , lo que impone contemplar a los efectos de la reparación los distintos aspectos de su persona que se han visto afectados. Para ello resulta ilustrativo el criterio del siguiente fallo: “Bajo el vocablo incapacidad han de computarse a los efectos de una reparación plena: a) la lesión en sí misma como ofensa a la integración corporal del individuo (incapacidad estrictamente física), b) el detrimento que ello produce en su aptitud de trabajo (incapacidad laboral); c) el menoscabo que además, apareja en su vida de relación toda, al menguar y dificultar sus interrelaciones con otros en el plano social, cultural, deportivo, lúdico, sexual, etc. al lado de similares impedimentos en sus relaciones con las cosas (para lo que puede utilizarse la denominación de incapacidad o disminución de la capacidad integral del sujeto); d) el daño o incapacidad estética y e) el daño o incapacidad psicológica, cuando estos dos últimos perjuicios no son tarifados en forma autónoma y diferenciada de aquella tríada de minusvalías ...” (CC0003SM 61115 RSD-30-9 S 16/04/2009 Juez

PEREZ (SD) Carátula Martínez Peralta, Juan Bautista c/Di Iacovo, Aquiles y otra s/Daños y perjuicios”. Así también: “Para la tarifación de la incapacidad sobreviniente debe atenderse a la potencial capacidad productiva de la víctima, su edad, sexo, cultura, estado físico e intelectual, posición económica, etc. o como también lo tiene decidido este Tribunal – aunque con otra composición-, lo que se indemniza en estos casos no es otra cosa que el daño físico y/o psíquico ocasionado a la víctima, que se traduce en una disminución de su aptitud, entendida en sentido amplio, que comprende además de la laboral, lo relacionado con su actividad social, familiar, cultural, deportiva, artística, etc. (arts. 1083 y 1086 del Cód. Civil). De allí que el magistrado, en la búsqueda de la indemnización prudente y equitativa, que no importe ni un enriquecimiento ni un menoscabo patrimonial, debe tomar en cuenta las circunstancias personales apuntadas, sin sujetarse a rígidos esquemas matemáticos o a determinadas proporciones, empleando un criterio subjetivo y objetivo en forma integral (art. 1086 Cód. Civil”; conf. S.C.B.A.) CCI art. 1086/ CCI Art. 1083. CC0203 LP 104685 RSD -204-5 S 06/09/2005 Juez BISSIO (SD).-

Centrándonos en las chances perdidas por J. debemos decir que han sido casi todas las que hacen a las expectativas ordinarias de la vida de una persona. Sus posibilidad de desarrollo cognitivo e intelectual se han anulado, recuérdese que producto de la hipoxia isquémica el menor presenta un severo cuadro neurológico de tipo secuelear con compromiso motor, cognitivo y conductual, esto es una severa discapacidad que afecta su autonomía, independencia de movimiento y posibilidades de vínculo afectivo; retardo mental profundo (F 73.9 clasificado en el DSM IV); hipoacusia profunda bilateral con poca jerga de sonidos guturales con un margen y sólo pronuncia unas 10 palabras con dificultad, y posee un coeficiente intelectual de grado 20 (ver pericias de fs. 1552/1559, 1571 y vta. y 1628).

En los hechos se vio privado de la más elemental escolarización ya que ni siquiera ha podido asistir al jardín de infantes ni a la escuela primaria y secundaria, dado que su discapacidad del 100% le ha impedido todo desarrollo cognitivo e intelectual, requisitos básicos para la comprensión y asimilación de conceptos que le permitan ser siquiera mínimamente escolarizado; a lo que se suma la hemiparegia espástica con principal afectación de las extremidades inferiores lo que le genera un severo condicionamiento motriz.

De manera que la pérdida de chances lo afectó desde el primer momento de producida la lesión, quitándole toda posibilidad de concretar la formación más básica. La

afectación concreta y real no se produjo a los 21 años ni a los 16, se produjo a los 2 años y condicionó toda posibilidad de desarrollo, anulando las capacidades básicas que le hubieran permitido adquirir las destrezas y habilidades necesarias para insertarse en el mercado laboral más elemental; a modo de ejemplo ni siquiera podría ejercer la venta callejera en silla de ruedas de algún producto.-

Pero la devastación de chances es de tal entidad que también arrasó con la posibilidad de formular un proyecto de vida; de tener amigos, de jugar sólo o con otros niños, de realizar actividades deportivas, de disfrutar de actividades recreativas, de formar una pareja, una familia, de tener hijos, de ejercitar su sexualidad, de asistir a establecimientos educativos desde el nivel básico al más elevado, o sea de casi absolutamente todo. Con lo cual las pérdidas de chances podemos decir que han jaqueado irremisiblemente todos los aspectos de su vida y no solamente han incidido –cosa que también ha ocurrido- en el posible lucro cesante derivado de su falta de aptitud laborativa.

Por todo lo antes expuesto, consideramos que en el presente caso, el cálculo del rubro, mediante la aplicación de la fórmula polinómica de práctica, debe hacerse tomando como base el salario mínimo vital y móvil vigente a la fecha del hecho dañoso (\$ 280,00), y computarse desde el momento del hecho , en razón de que la pérdida de chances se produce desde entonces, afectando el desarrollo de sus aptitudes y posibilidades de realizar cualquier tipo de actividad laboral, impactando de lleno en la posibilidad de producción del lucro cesante reclamado.

Ello por habersele anulado toda chance de capacitación desde los 2 años en adelante; además el daño que le fuera ocasionado, determina que no puede ni podrá generar ganancia alguna a ninguna edad.-

Por ende, limitar el cálculo de la indemnización al período de tiempo comprendido entre la edad legalmente habilitante para el ingreso al mercado laboral y el promedio de vida probable estimado, implicaría una revictimización de J. al desconocer que ya desde el infortunio se le privó de toda chance en orden a la obtención de la capacitación laboral más elemental y consecuentemente cabe reconocerle el resarcimiento al que esa pérdida le da derecho.-

Pero además, y teniendo siempre en cuenta que la indemnización en materia civil debe ser plena e integral, es necesario abarcar también la pérdida de las chances -antes señaladas- en lo que respecta al ejercicio de sus derechos personalísimos, que hacen a la dignidad de la persona humana por su condición de tal y están reconocidos en el

plexo de tratados de derechos humanos, que de conformidad al texto de nuestra Constitución Nacional poseen carácter supra legal (art 75 inc. 22 C.N.).-

Se impone entonces recordar que los derechos afectados: a la salud, al desarrollo del proyecto de vida, a recibir educación, al ejercicio de una sexualidad plena, a disfrutar de la vida familiar, a formar su propia familia, etc., etc., también le han sido frustrados por efecto de las lesiones sufridas y corresponde serles reconocidos e indemnizados.

Hace al superior interés del menor J., el reconocimiento del resarcimiento por la afectación irreversible de los derechos mencionados. Es así que integrando el plexo de tratados incorporados por la Constitución Nacional de 1994, la “Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la Niña”, establece en su art. 3.1 que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño.”

En la misma línea, la Observación General N°14 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expresa sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. En tal sentido “El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la

justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.”

La ley nacional 26.061 de Protección de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, dispone en su art. 1* como objeto “...la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la república Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño....” Dicha norma expresa que “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar. a) su condición de sujeto de derecho; ...c)El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; ...e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;...Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”

En el mismo sentido el art. 10 de la ley provincial 4109 expresa “Interés superior- A todos los efectos emergentes de la presente Ley, se entiende por interés superior de niñas, niños y adolescentes al principio de interpretación y aplicación de la Ley de obligatorio cumplimiento en todas las decisiones que los involucran....”

Se agrega a lo anterior, la circunstancia de que J., en su condición actual también se halla enmarcado en el paraguas de protección de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; convención que establece: “Art. 4 Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.(...)”

Art. 7 1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y

niñas.

2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.”

Y como corolario de lo dicho hasta aquí el art. 8* de la ley 26.061 reza: “Derecho a la vida. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida.”.-

En el referido marco normativo, de doble protección convencional y legal debe efectuarse la determinación de la indemnización reclamada. Así tenemos que el resultado de la aplicación de la fórmula establecida por el STJRN en los precedentes antes citados, confeccionada conforme a la planilla oficial obrante en la página web del Poder Judicial, arroja como resultado (tomando como base el SMVM vigente a la fecha del hecho: \$ 280,00 y desde el acaecimiento del mismo el 1-10-2003), la suma de \$1.794.133,17; resultado al que corresponde aplicarle intereses conforme al criterio emanado de los fallos “Jeréz”, “Guichaqueo” y “Fleitas” del STJRN, utilizando la calculadora de intereses del Poder Judicial y tomando como fecha de inicio para el cómputo la de ocurrencia del daño hasta el día de hoy, obteniéndose como resultado actual la suma de \$ 7.484.178,57.-

Resulta necesario señalar que aún cuando se receptan parcialmente los agravios vertidos por la demandada provincia de Río Negro, la suma por la que se propone debe prosperar el rubro “lucro cesante- pérdida de chance” resulta a la fecha de la presente inferior al resultado que arroja el importe de \$ 4.370.635 establecidos en la sentencia apelada, suma que con más los intereses calculados a la fecha, conforme a los precedentes citados y mediante el procedimiento establecido en idéntica planilla oficial, arroja como resultado el importe de \$ 8.600.491,85. Ello pone en evidencia que no se incurre en un agravamiento o perjuicio del apelante, en tanto el rubro mencionado, prospera, por un importe menor al de la sentencia de grado con más los intereses devengados hasta el presente pronunciamiento.

Se propicia por ende el acogimiento del rubro antes mencionado, por la suma de \$ 7.484.178,57, con más los intereses que pudieran corresponder hasta su efectivo pago, en razón de que en el presente caso el interés superior del niño está dado por el reconocimiento de su derecho a obtener una reparación plena e integral que abarque todos los derechos personalísimos afectados en grado sumo como consecuencia de la incapacidad absoluta ocasionada para su ejercicio y goce, lo que le ha provocado la privación de toda posibilidad –chance- de realización efectiva de los mismos.- (art.

1109 Código Civil).-

A modo de corolario vale recordar aquí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son las de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. La misma ha afirmado que “Los Tribunales están obligados a atender primordialmente el interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina del Tribunal que garantizar implica el deber de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención, debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción” (cf. CSJN 334:913, V.,D.L., del 16/8/11)” .-

Con respecto al planteo relativo a la violación de los arts. 77 del C.P.C.y C y 730 del CcyC, a tenor de la doctrina establecida por el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia en autos “Mazzuchelli”, corresponde hacer lugar al mismo, a cuyo efecto se procederá en consecuencia al tratar la segunda cuestión del presente pronunciamiento.

Asimismo se impone desestimar el planteo de inconstitucionalidad efectuado por la parte actora al contestar el traslado de los agravios de la demandada provincia, en razón de que no resulta dicho estadio procesal la oportunidad pertinente para someter al debate una cuestión que por su complejidad amerita tramitar por un proceso autónomo, absolutamente impedido en esta etapa del proceso en el que además no pone en discusión los derechos que competen al menor sino que la cuestión comprende exclusivamente los emolumentos que puedan corresponder al letrado, quien solamente ha actuado en representación de los derechos de su poderdante y no por derecho propio, único caso en que contaría con legitimación para el planteo que introduce. NUESTRO VOTO.-

A la misma cuestión el señor Juez doctor Luis F. Méndez dijo:

Por iguales fundamentos a los expresados por mis colegas preopinantes me expido en el mismo sentido.-

A la segunda cuestión los señores Jueces doctores E. Emilce Alvarez y Alejandro Cabral y Vedia dijeron:

Por todo lo expuesto al tratar la primera cuestión proponemos al Acuerdo:

I.- Rechazar íntegramente el recurso de apelación deducido a fs. 1999 por la codemandada Mónica Beatriz Reyna, y fundado a fs. 2061/2067 (art. 271, 272 y ccdtes. del CPCC).-

II.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la codemandada Provincia de Río Negro a fs. 2001/2002 y vlta., y fundado a fs. 2068/2079, en lo concerniente al cálculo del rubro “lucro cesante – pérdida de chance”, de conformidad a lo expresado en los considerandos pertinentes.-

III.- Hacer lugar íntegramente al recuso de apelación deducido por la parte actora a fs. 2018, y fundado a fs. 2057/2060 y vlta., en lo concerniente al rubro denominado “gastos de enfermería”, condenando solidariamente a las demandadas Mónica Beatriz Reyna y Provincia de Río Negro a abonar a la actora la suma de pesos setecientos noventa y tres mil cuatrocientos noventa y seis con sesenta y nueve centavos (\$ 793.496,69) cuantificados a la fecha del dictado de la presente, que deberá adicionarse al monto por el cual fue acogido el rubro “daño emergente – gastos futuros”; con más los gastos que demande en el futuro el pago del salario de los enfermeros especializados para la atención de “J”, o en su defecto la provisión de dicho servicio, todo ello de conformidad a lo expresado en los considerandos respectivos (art. 271, 272 y ccdtes. del CPCC).-

IV.- Establecer el importe total de condena, a la fecha del dictado de la presente, en la suma de pesos diez millones cuatrocientos setenta y siete mil seiscientos setenta y seis con veintiséis centavos (\$ 10.477.676,26); de conformidad a lo que resulta de los considerandos (art. 163, 271, 272 y ccdtes. del CPCC).-

V.- Imponer las costas de esta segunda instancia a las demandadas perdidosas (art. 68 y ccdtes. del CPCC), por aplicación del principio de la “reparación integral”.-

VI.- Readecuar, conforme lo dispuesto por el art. 279 del CPCC, las regulaciones de honorarios correspondientes a los letrados intervinientes, por las labores cumplidas en la primera instancia, al resultado de la presente. En consecuencia regular a los letrados patrocinantes de la parte actora, doctores LEANDRO GERMAN SEGOVIA y SANDRA LADOGNA, en conjunto, en la suma de \$ 1.885.981,72 por las tareas de patrocinio; con más la suma de pesos \$ 754.392,68 para el primero de los nombrados por tareas de apoderamiento (40% de lo regulado por patrocinio). Todo ello teniendo en consideración su participación en las 3 etapas, de conformidad con el art. 39 de la Ley de Aranceles, aplicando el coef. 18% del MB \$ 10.477.676,26 (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 19 y ccs. de la L.A.).

En virtud de lo normado por el art. 17 de la ley K N° 88 y conforme se ha expedido el

Superior Tribunal de Justicia in re: "Espinoza c/Pcia. de R.N." Se. N° 39/2016 y esta Cámara de Apelaciones en autos "Tapia Epullan José Luis E/A: Tapia Epullan José Luis c/ Provincia de Río Negro s/ daños y perjuicios s/ Ejecución de sentencia" (Expte. N° 2.766-SC-15) no corresponde regular honorarios a los Dres. LILIANA CRISTINA STAFFORINI y JUAN PABLO MARTIN, quienes actuaron como apoderados de la Provincia de Río Negro, en virtud de ser dicha codemandada, condenada en costas.

Regular al Dr. CARLOS ALBERTO ASSEF, por las tareas desarrolladas como apoderado de la demandada en las tres etapas del proceso, la suma de \$ 1.152.544,38 (coef. 11% del MB \$ 10.477.676,26) ,con más el 40% por apoderamiento \$ 461.017,75; (arts. 6, 7, 8, 9, 19, 39 y ccs. de la L.A.).-

Adecuar los emolumentos de los peritos intervinientes en la presente causa, de la siguiente forma: al perito psicólogo NESTOR ENRIQUE JULIO, en la suma de \$ 127.513,32; a la perito fonoaudióloga MARIA DELIA CACERES SUAREZ en la suma de \$ 39.815,16; al perito médico anestesiólogo Dr. EDUARDO JORGE GARCIA, en la suma de \$ 143.439,38; al perito médico neurólogo JOSE ESTEBAN SALMAN, en la suma de \$ 143.439,38; a la perito kinesióloga LISA BENY SUHR, en la suma de \$ 71.667,30; y al perito médico legista Dr. CLAUDIO EDGARDO SCHOUA, en la suma de \$ 151.402,42; todo ello en virtud de la labor efectivamente cumplida y por el mérito y aporte a la causa a través de sus dictámenes.

VII.- Readecuar proporcionalmente los honorarios supra regulados de conformidad con lo dispuesto por el art. 77 del CPCC y 730 del CCyC (tope del 25% del MB), correspondientes a los Dres. LEANDRO GERMAN SEGOVIA y SANDRA LADOGNA en la suma de \$ 1.489.058 en conjunto; con más la suma de pesos \$ 595.623 para el primer letrado por tareas de apoderamiento (40% de lo regulado por patrocinio) (Conf. STJRN "Mazuchelli" Se.N° 26/2016).

Asimismo, y por iguales fundamentos legales, readecuar los emolumentos de los peritos intervinientes en la presente causa: al perito psicólogo NESTOR ENRIQUE JULIO, en la suma de \$ 100.676,86; a la perito fonoaudióloga MARIA DELIA CACERES SUAREZ en la suma de \$ 31.435,66; al perito médico anestesiólogo Dr. EDUARDO JORGE GARCIA, en la suma de \$ 113.251,13; al perito médico neurólogo JOSE ESTEBAN SALMAN, en la suma de \$ 113.251,13; a la perito kinesióloga LISA BENY SUHR, en la suma de \$ 56.584,20; y al perito médico legista Dr. CLAUDIO EDGARDO SCHOUA, en la suma de \$119.538,26.

VIII.- Regular los honorarios profesionales por las labores desarrolladas en segunda

instancia al doctor LEANDRO GERMAN SEGOVIA en el 30% de lo regulado a la representación de la parte actora por la actuación ante la instancia anterior y al Dr. CARLOS ALBERTO ASSEF en un 25 % de lo regulado en primera instancia, (art. 15 de la Ley de Aranceles). Así también votamos.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Luis F. Méndez dijo:

Compartiendo la propuesta de solución efectuada por los colegas preopinantes adhiero a ella.

Por ello,

LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL,
COMERCIAL Y DE MINERÍA

RESUELVE:

Primero: Rechazar íntegramente el recurso de apelación deducido a fs. 1999 por la codemandada Mónica Beatriz Reyna, y fundado a fs. 2061/2067 (art. 271, 272 y ccdtes. del CPCC).-

Segundo: Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la codemandada Provincia de Río Negro a fs. 2001/2002 y vlta., y fundado a fs. 2068/2079, en lo concerniente al cálculo del rubro “lucro cesante – pérdida de chance”, de conformidad a lo expresado en los considerandos pertinentes.-

Tercero: Hacer lugar íntegramente al recuso de apelación deducido por la parte actora a fs. 2018, y fundado a fs. 2057/2060 y vlta., en lo concerniente al rubro denominado “gastos de enfermería”, condenando solidariamente a las demandadas Mónica Beatriz Reyna y Provincia de Río Negro a abonar a la actora la suma de pesos setecientos noventa y tres mil cuatrocientos noventa y seis con sesenta y nueve centavos (\$ 793.496,69) cuantificados a la fecha del dictado de la presente, que deberá adicionarse al monto por el cual fue acogido el rubro “daño emergente – gastos futuros”; con más los gastos que demande en el futuro el pago del salario de los enfermeros especializados para la atención de “J”, o en su defecto la provisión de dicho servicio, todo ello de conformidad a lo expresado en los considerandos respectivos (art. 271, 272 y ccdtes. del CPCC).-

Cuarto: Establecer el importe total de condena, a la fecha del dictado de la presente, en la suma de pesos diez millones cuatrocientos setenta y siete mil seiscientos setenta y seis con veintiséis centavos (\$ 10.477.676,26); de conformidad a lo que resulta de los considerandos (art. 163, 271, 272 y ccdtes. del CPCC).-

Quinto: Imponer las costas de esta segunda instancia a las demandadas perdidosas (art.

68 y ccdtes. del CPCC), por aplicación del principio de la “reparación integral”.-

Sexto: Readecuar, conforme a lo dispuesto por el art. 279 del CPCC, las regulaciones de honorarios correspondientes a los letrados intervinientes, por las labores cumplidas en la primera instancia, al resultado de la presente. En consecuencia regular a los letrados patrocinantes de la parte actora, doctores LEANDRO GERMAN SEGOVIA y SANDRA LADOGNA, en conjunto, en la suma de \$ 1.885.981,72 por las tareas de patrocinio; con más la suma de pesos \$ 754.392,68 para el primero de los nombrados por tareas de apoderamiento (40% de lo regulado por patrocinio). Todo ello teniendo en consideración su participación en las 3 etapas, de conformidad con el art. 39 de la Ley de Aranceles, aplicando el coef. 18% del MB \$ 10.477.676,26 (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 19 y ccs. de la L.A.).

Regular al Dr. CARLOS ALBERTO ASSEF, por las tareas desarrolladas como apoderado de la demandada en las tres etapas del proceso, la suma de \$ 1.152.544,38 (coef. 11% del MB \$ 10.477.676,26), con más el 40% por apoderamiento \$ 461.017,75; (arts. 6, 7, 8, 9, 19, 39 y ccs. de la L.A.).-

Adecuar los emolumentos de los peritos intervinientes en la presente causa, de la siguiente forma: al perito psicólogo NESTOR ENRIQUE JULIO, en la suma de \$ 127.513,32; a la perito fonoaudióloga MARIA DELIA CACERES SUAREZ en la suma de \$ 39.815,16; al perito médico anestesiólogo Dr. EDUARDO JORGE GARCIA, en la suma de \$ 143.439,38; al perito médico neurólogo JOSE ESTEBAN SALMAN, en la suma de \$ 143.439,38; a la perito kinesióloga LISA BENY SUHR, en la suma de \$ 71.667,30; y al perito médico legista Dr. CLAUDIO EDGARDO SCHOUA, en la suma de \$ 151.402,42; todo ello en virtud de la labor efectivamente cumplida y por el mérito y aporte a la causa a través de sus dictámenes.

Séptimo: Readecuar proporcionalmente los honorarios supra regulados de conformidad con lo dispuesto por el art. 77 del CPCC y 730 del CCyC (tope del 25% del MB), correspondientes a los Dres. LEANDRO GERMAN SEGOVIA y SANDRA LADOGNA en la suma de \$ 1.489.058 en conjunto; con más la suma de pesos \$ 595.623 para el primer letrado por tareas de apoderamiento (40% de lo regulado por patrocinio) (Conf. STJRN “Mazuchelli” Se.Nº 26/2016).

Asimismo, y por iguales fundamentos legales, readecuar los emolumentos de los peritos intervinientes en la presente causa: al perito psicólogo NESTOR ENRIQUE JULIO, en la suma de \$ 100.676,86; a la perito fonoaudióloga MARIA DELIA CACERES SUAREZ en la suma de \$ 31.435,66; al perito médico anestesiólogo Dr. EDUARDO

JORGE GARCIA, en la suma de \$ 113.251,13; al perito médico neurólogo JOSE ESTEBAN SALMAN, en la suma de \$ 113.251,13; a la perito kinesióloga LISA BENY SUHR, en la suma de \$ 56.584,20; y al perito médico legista Dr. CLAUDIO EDGARDO SCHOUA, en la suma de \$119.538,26.

Octavo: Regular los honorarios profesionales por las labores desarrolladas en segunda instancia a los doctores LEANDRO GERMAN SEGOVIA en el 30% de lo regulado a la representación de la parte actora por la actuación ante la instancia anterior y al Dr. CARLOS ALBERTO ASSEF en un 25 % de lo regulado en primera instancia, (art. 15 de la Ley de Aranceles).

Noveno: Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan.

Se deja constancia de que el Dr. Alejandro Cabral y Vedia participó del Acuerdo y no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (conf. art. 38, 2º parr. por remisión del art. 45, 3º parr. ley 5190).

Dr. Luis F. Méndez Dra. Elda Emilce Alvarez
Juez de Cámara Jueza de Cámara

ANTE MI:

Dra. María Adela Fernández
Secretaria de Cámara