

Cipolletti, 10 de agosto de 2022

AUTOS Y VISTOS: los presentes caratulados "CARRILLO BARRA EXEQUIEL ARMANDO Y OTROS C/ FONTAINE JAVIER DARIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO)" (Expte. N° A-4CI-517-C2015 / [CI-11341-C-0000](#)), para dictar sentencia definitiva;

RESULTA:

1.- A fs. 21/49 vta. el Dr. Oscar Raúl Pandolfi en carácter de abogado apoderado de EXEQUIEL ARMANDO CARRILLO BARRA (por sí y en representación de sus hijas menores A.G.C.C. y A.D.C.C.), LILIANA ESTHER CARRILLO CHAVARRIA y JUAN EXEQUIEL CARRILLO, con el patrocinio letrado del Dr. Ariel Alberto Balladini, promovió demanda contra JAVIER DARIO FONTAINE y PROVINCIA DE RÍO NEGRO, por la suma de \$5.662.000.- en concepto de daños y perjuicios sufridos como consecuencia del fallecimiento de LILIANA CHAVARRIA, esposa y madre de sus poderdantes respectivamente.

Sobre la mención de los hechos y la imputación de responsabilidad, indicó el mandatario que se basará en las constancias existentes en la causa penal "COMISARÍA N° 9 CATRIEL S/ INVESTIGACIÓN MUERTE DUDOSA" (P10U9-12 APO14/12), en trámite ante el Juzgado de Instrucción N° 4 de esta ciudad.

De esa forma, precisó que en la causa penal se investiga el hecho ocurrido en la localidad de Catriel el día 3 de enero de 2012, cuando en horas de la mañana y dentro del quirófano del Hospital Público de esa ciudad, el Dr. Fontaine le practicó a la esposa y madre de los actores, Liliana Chavarría, quien además trabajaba en dicho nosocomio y tanto ella como sus familiares tenían plena confianza en su capacidad (la que por supuesto fue inmediatamente defraudada), incurrió en forma absolutamente negligente y con injustificable desprecio por la vida de Liliana en mala praxis médica, en oportunidad de realizarse una cirugía laparoscópica programada cuya finalidad era tratar una litiasis biliar mediante una colecistectomía video laparoscópica, colocando defectuosamente un clamp, el cual al no cerrar totalmente la vía biliar provocó una fuga de líquido biliar en el interior del cuerpo de la paciente, provocando la infección que luego produjo el deceso, debido a la falta de control por parte de Fontaine de la evolución postoperatoria de su paciente, la cual se encontraba internada en el hospital de Catriel.

Que en base a los hechos descriptos, en fecha 16/03/2014 el Juez de instrucción dictó el procesamiento de Fontaine, por considerarlo autor penalmente responsable de

homicidio culposo. Transcribió en lo sustancial la respectiva resolución y señaló que, tras ser apelada, fue confirmada por la Cámara Criminal Segunda de Cipolletti (29/05/2014).

Afirmó que surge del relato de los hechos sin mayor dificultad el temerario, incomprensible e inhumano actuar de Fontaine, quien de manera totalmente reprochable y censurable no solo intervino erróneamente a Liliana, sino que además no se preocupó en lo más mínimo por su evolución, provocando con su desidia, indolencia y profusa e inaceptable indiferencia su fallecimiento.

Imputó responsabilidad al profesional médico por omisiones, impericia, ligereza y negligencia en el “*perfectamente evitable fallecimiento de Liliana*”. Accionar negligente –agregó– que le valió la sanción de cesantía decidida por la Junta de Disciplina de la Provincia de Río Negro. Puso de resalto ciertas conclusiones a las que arribó dicha Junta.

Con relación a la responsabilidad de la Provincia de Río Negro, postuló que demostrada la responsabilidad del médico del Hospital Público de Catriel, ello genera la consecuente e ineludible responsabilidad del Estado Provincial por “*falta de servicio*”, en los términos del art. 1112 del Código Civil.

Luego de caracterizar el perfil individual y familiar de los pretendientes y de la propia víctima (y sus ingresos), enunció y cuantificó los rubros reclamados, diferenciando el resarcimiento pretendido para el cónyuge supérstite y para los hijos, consistentes –en conjunto– en: Valor vida (daño económico): \$2.000.000.-; Daño moral: \$2.500.000; c) Daño psíquico: \$1.000.000.-, más \$150.000.- por tratamiento psicológico; d) Gastos de sepelio: \$12.000.-

Acompañó y ofreció prueba.

Fundó la pretensión en derecho, doctrina y jurisprudencia que citó.

Instó finalmente el oportuno acogimiento de la demandada, con costas.

2.- A fs. 53 se dispuso dar curso a la acción según las normas del proceso ordinario (art. 319 y 330 del CPCC), y se ordenó el pertinente traslado de la demanda, supeditado –cfr. art. 9 Ley 3233– a la previa intervención de la Comisión de Transacciones Judiciales, que sin embargo una vez emplazada no actuó (fs. 54 y vta.).

A su vez, se dio vista de las actuaciones a la Defensora de Menores, quien tomó intervención (fs. 53 vta.).

A fs. 62/75 compareció a estar a derecho JAVIER DARIO FONTAINE, con el patrocinio letrado de los Dres. Ricardo Mendaña y Marianina López Raggi, y contestó

la demanda entablada en su contra.

Asimismo, instó la citación en garantía de FEDERACIÓN PATRONAL SEGUROS S.A. y HORIZONTE CIA. ARGENTINA DE SEGUROS GENERALES S.A., en los términos del art. 118 de la Ley 17.418.

Negó en forma general y expresa todos y cada uno de los hechos alegados en la demanda, realizando luego –también- las negaciones particulares.

Para desarrollar su defensa, y en base al procesamiento dictado en sede penal sobre el que se sustenta el reclamo civil, distinguió tres ejes de imputación: i) la supuesta mala colocación del clip y la presencia del cálculo en la ampolla de vater; ii) la supuesta falta de control de la evolución de la paciente; y iii) el supuesto traslado tardío de la paciente. Aspectos que rebatió describiendo y relacionando las pericias y conclusiones médicas realizadas en las actuaciones penales, datos obrantes en la historia clínica de la paciente, el sumario administrativo y demás antecedentes, afirmando que no se advierte impericia o negligencia en su accionar, y que advertida la desmejora de la paciente, se realizaron los estudios médicos necesarios para poder tomar una decisión, y una vez obtenidos los mismos, se decidió derivarla.

Fundó su defensa en derecho, doctrina y jurisprudencia que mencionó.

Acompañó y ofreció prueba.

En su petitorio final instó el rechazo de la demanda, con costas.

3.- A fs. 87/100 concurrió al proceso y contestó la demanda la PROVINCIA DE RIO NEGRO por medio de su letrado apoderado, Dr. Juan Pablo Martín, con el patrocinio del Dr. Ramiro Manuel Medía.

Negó en forma general y particular los hechos alegados por la parte actora.

Acerca de los hechos, sostuvo que resulta falso que el deceso de la Sra. Chavarría tenga relación causal con acciones u omisiones del personal del Hospital de Catriel –y en particular del Dr. Fontaine-, sino que por el contrario, fue correctamente evaluada y diagnosticada en todo momento, siendo adecuadas las prácticas que se le realizaron (las enunció cronológicamente).

En subsidio impugnó la liquidación (entidad y monto de los daños reclamados).

Fundó su postura defensiva en derecho, doctrina y jurisprudencia.

Ofreció prueba.

Peticionó en la forma de estilo el rechazo de la demanda, con costas.

4.- A fs. 356/365 vta. se presentó y contestó la citación en garantía HORIZONTE COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS GENERALES S.A., representada por su

abogada apoderada y patrocinante, Dra. Lorena Yensen.

En principio, reconoció su calidad de aseguradora del demandado Javier Darío Fonatine, según Póliza de seguros N° 303886/000000 del ramo responsabilidad civil contratada por el Ministerio de Salud de la Provincia para cubrir los riesgos de sus dependientes, vigente al momento del siniestro.

Opuso el tope (\$ 200.000) y la franquicia (3 %) en los términos y condiciones contractuales, asumiendo en definitiva la obligación de indemnidad en dicha medida conforme art. 109 de la ley 17.418.

En contestación a la demanda efectuó las negativas genéricas y particulares de los hechos alegados por la parte actora, y desconoció la autenticidad material, firma y sinceridad de contenido de la documentación ofrecida por la contraparte.

En réplica, afirmó que el Dr. Fontaine desarrolló la práctica médica conforme la *lex artis*, que no hubo de su parte negligencia en la intervención quirúrgica, ni tampoco en los controles posteriores, destacando el consentimiento informado y oportunamente explicado a la paciente, quien estaba al tanto de su dolencia, sus consecuencias y gravedad de la situación.

Luego de remarcar que la obligación que asumen los médicos es “*de medios*” o “*de atención*” o “*de actividad*” (no de resultados), expuso los hechos sucedidos cronológicamente desde la intervención quirúrgica en el Hospital de Catriel y hasta la decisión de trasladar a la paciente a un centro de mayor complejidad, donde fue reintervenida quirúrgicamente y le diagnosticaron salida de bilis a través del conducto cístico hacia cavidad peritoneal, teniendo como desenlace el fallecimiento de la Sra. Chavarría.

A partir del derrotero descrito sostuvo que las consecuencias negativas de la intervención quirúrgica no han sido provocadas por un obrar negligente o falto de experticia del demandado (inexistencia de nexo causal), sino que es un resultado previsible e inevitable en cierto porcentaje de casos de operaciones del tipo que se sometió voluntariamente la paciente y que tenía conocimiento claro de ese riesgo al someterse a la intervención, tal como surge del consentimiento informado.

Adujo que la asistencia médica nunca se violó, ya que en todo momento la Sra. Chavarría fue atendida, y sin duda su fallecimiento fue un hecho no deseado, pero que estadísticamente en este tipo de intervenciones quirúrgicas la evolución puede ser desfavorable, surgen complicaciones verosímiles a este tipo de prácticas, sin que pueda prevenirse ni evitarse ello.

Impugnó la liquidación pretendida por los actores (entidad y monto de los daños reclamados).

Fundó en derecho, citó doctrina y jurisprudencia.

Acompañó y ofreció prueba.

Instó el oportuno rechazo de la demanda, con costas.

5.- A fs. 376/378 vta. compareció FEDERACIÓN PATRONAL SEGUROS S.A., por medio de su apoderado, Dr. Joaquín Garro.

Aceptó la citación en garantía admitiendo que el Dr. Fontaine se encontraba asegurado mediante Póliza N° 414.556, y opuso el respectivo límite de cobertura (suma asegurada: \$ 250.000) y la franquicia convenida a cargo del asegurado (1,5%).

Por lo demás, adhirió a la contestación de demanda efectuada por su asegurado.

Acompañó y ofreció prueba.

Efectuó expresa reserva del caso federal.

Peticionó que en la etapa oportuna se rechace la demanda, con costas.

6.- A fs. 386 se abrió la causa a prueba y se fijó la audiencia preliminar prevista en el art. 361 del CPCC, la que se celebró según acta de fs. 410/415. Frustrada allí la alternativa conciliatoria, se proveyeron las medidas probatorias ofrecidas por las partes, las que solicitaron asimismo, la suspensión de los términos por 30 días, los que se reanudaron automáticamente transcurrido dicho lapso.

A partir de fs. 437 el Dr. Ariel Alberto Balladini se presentó como apoderado de la parte actora, justificando su personería con el respectivo poder.

A fs. 458/472 presentó su dictamen el perito médico designado en autos, Dr. Claudio Schoua.

A fs. 477 consta acta de otra audiencia que se realizó para intentar una conciliación, pero también fracasó.

A fs. 550/574 obra el dictamen pericial psicológico practicado en autos por el Lic. Luis A. Ramallo.

A fs. 664, por haber adquirido la mayoría de edad, se presentó la coactora Ana Gabriela Carrilo Chavarría, representada por su apoderado, Dr. Balladini.

A fs. 666 se realizó la audiencia de prueba, en la que según acta agregada –y su respectivo registro audiovisual- declararon tres (3) testigos; y a fs. 685, en audiencia supletoria, se recibió la declaración de dos (2) testigos restantes.

A fs. 687/688 vta. y también posteriormente (SEON 02/10/2020) se certificaron las pruebas producidas.

En fecha 15/10/2020 se dispuso la clausura del período probatorio y se pusieron los autos a disposición de las partes para alegar (15/10/2020), facultad procesal que ejercieron la demandada Provincia de Río Negro (16/11/2020), la citada en garantía Horizontes Seguros S.A. (20/11/2020) y la parte actora (09/12/2020) mediante la presentación de sus respectivos alegatos.

Previa vista a la Sra. Defensora de Menores (SEON fecha 18/12/2020), en fecha 12/02/2021 se pronunció el llamado de autos para sentencia (firme y consentido).

7.- La litis.

De los antecedentes de la causa anteriormente relacionados surge que la cuestión discutida se enmarca en el ámbito de la responsabilidad profesional médica (o de los médicos) y, ligado a ello, del propio establecimiento público asistencial.

Concretamente, por el hecho del fallecimiento de Elsa Liliana Chavarría (cónyuge y madre de los actores, respectivamente) ocurrido el 04/01/2012, un día después de que el médico cirujano Dr. Javier Darío Fontaine le practicara una cirugía laparoscópica programada en el hospital de Catriel, desde el cual horas antes de su deceso y a raíz de una complicación posoperatoria tuvo que ser trasladada a un centro de mayor complejidad (Fundación Médica de Cipolletti), donde tras ser nuevamente intervenida murió, debido a la infección generalizada que presentaba -causada por pérdida de líquido biliar a través del cístico- y la consiguiente falla multiorgánica secundaria.

Con apoyo a las constancias de la causa penal –que al tiempo de la promoción de la demanda en este fuero contaba con auto de procesamiento firme- la parte actora imputa responsabilidad por mala praxis médica al mencionado profesional, desde dos enfoques temporales de actuación.

Por un lado, por un supuesto error durante la misma realización de la cirugía (colocando defectuosamente un clamp o clip que al no cerrar totalmente la vía biliar habría provocado una fuga de líquido biliar, a la postre causante del proceso infeccioso fatal, y asimismo por el hallazgo de un cálculo en la ampolla de váter); y por el otro, por supuesta falta de control posoperatorio y –además- tardía derivación de la paciente ante la complicación surgida.

Así también, extiende la responsabilidad al establecimiento de salud pública –Hospital de Catriel- donde se realizaron originariamente las atenciones y prácticas médicas.

Contrariamente, el demandado aduce que no existió mala praxis y rebate todos los ejes fácticos de la imputación realizada en su contra.

Para ello se basa en determinadas conclusiones arribadas por los médicos en la causa penal –en carácter de peritos de parte, forenses u oficiales y algunos como testigos-. Y, en particular, opone que a partir de dicha prueba científica no se puede afirmar el error en la práctica quirúrgica (defectuosa colocación de un clip o bien causar una lesión en el cístico) y que la causa de la pérdida de bilis no pudo precisarse ni resulta atribuible a una mala práctica de su parte. Lo que –sostiene- también ocurre con el hallazgo del cálculo en la ampolla de váter, en tanto ninguna obstrucción que permitiera advertir su presencia surgió durante el procedimiento de imágenes realizado durante la cirugía (colangiografía).

En lo relativo al control posoperatorio, afirma que tras la cirugía, el mismo día 3/1/2012 aproximadamente a las 17 horas, asistió a examinar a la Sra. Chavarría, y como refería dolor le suministró analgésicos y se fue (según surge de la historia clínica y el libro de enfermería).

Destaca asimismo que en el marco del Sistema de Salud Público donde tuvo lugar la intervención de la Sra. Chavarría, el trabajo en equipo de distintos profesionales y la relación de confianza entre los mismos constituye uno de sus pilares.

Que en ese marco, él como médico cirujano no solo estuvo a cargo de la intervención, sino también de los estudios prequirúrgicos, del control médico inmediato posterior y de la terapia posquirúrgica que indicó (analgesia). Pero luego de ello, quienes quedaron a cargo de la paciente –como en la habitualidad de estos casos- son los médicos de guardia y las enfermeras que se desempeñaban en los turnos, siendo obligación de ellos dar aviso al médico cirujano ante la presencia de alguna complicación o evolución desfavorable de la paciente. Aviso que, alega, nunca se concretó. Y que fue él mismo durante la mañana del día siguiente (4/1/2012), alrededor de las 10 de la mañana, quien advirtió la desmejora de la paciente e indicó la realización de análisis clínicos, radiografía de tórax y abdomen y que en base a ello luego decidió el traslado. Derivación sobre la que también contradice que no se haya realizado a tiempo y/o mediando una demora a él imputable.

En suma, tras remarcar la naturaleza de las obligaciones de los médicos (“*obligaciones de hacer*” y “*de medios*”), niega haber actuado con imprudencia, impericia o negligencia en la profesión y, por lo tanto, descarta la configuración de la culpa como factor subjetivo de atribución de responsabilidad.

Y en línea afín con la postura del facultativo, también sustentan su defensa los restantes sujetos pasivos (Provincia de Río Negro y compañías aseguradoras).

8.- Derecho sustancial que rige la responsabilidad civil del caso. Cargas probatorias.

En primer término, y en función de la entrada en vigencia en fecha 01/08/2015 del Código Civil y Comercial de la Nación (leyes 26.994 y 27.077), dejo sentado que para efectuar el análisis de la responsabilidad civil relativa al hecho que motiva este litigio, se aplicarán las disposiciones legales al momento de su acaecimiento (4/1/2012); ya que de otro modo se estaría aplicando la ley de manera retroactiva, lo que expresamente prohíbe el ordenamiento jurídico (art. 3 CC. y art. 7 CCyC).

Debiendo aclararse que, a diferencia de ello, las nuevas normas de índole procesal incorporadas al nuevo CCyC, como por ejemplo las relativas a la prejudicialidad penal (arts. 1775, sigs. y ccds.), sí resultan de aplicación inmediata (art. 7 CCyC).

La responsabilidad profesional es aquella en la que incurren quienes ejercen determinadas profesiones liberales al faltar a los deberes especiales que su arte o ciencia les imponen.

Entonces, dentro del marco legal sustantivo aplicable al caso -código velezano- dicha responsabilidad requiere para su configuración los mismos elementos comunes a la responsabilidad civil, más allá de ciertos matices particulares derivados de la naturaleza de la obligación comprometida, las circunstancias del caso y la prestación que hubiere sido contratada.

De este modo, es necesario analizar si ha existido una conducta antijurídica (arts. 19 C.N., art. 1066 y 1197 del CC.) que conlleve un defecto -culpa, que pueda manifestarse como negligencia, imprudencia o impericia- (art. 512 y 1109 CC.) por parte del profesional y/o falta de servicio por parte del establecimiento público de salud (art. 1112 del CC.), que sea causalmente relevante (art. 901, 902 y 906 del C.C.) para provocar los daños en razón de los cuales se reclama (arts. 519, 520, 522, 1068, 1079, 1078 y ccds. del CC.).

Con relación a la responsabilidad profesional médica, que enfrenta la diligencia de los médicos y los derechos fundamentales a la vida y la salud, siempre que la respectiva práctica no devenga en una obligación de resultado -vgr. el caso típico de la cirugía estética-, deben aplicarse los principios generales del art. 512 CC, ya que cuando el profesional incurre en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación, sea por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable.

En ese sentido, nuestro Superior Tribunal de Justicia ha dicho "*...que la*

responsabilidad médica se genera en la medida que el desempeño de su actividad haya provocado lesión al interés de cumplimiento que tiene el paciente, que es el acreedor de la prestación. La doctrina más moderna propicia juzgar la responsabilidad de los profesionales a la luz del deber general de obrar con prudencia, diligencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902 del Código Civil) que corresponden a las circunstancias de personas, de tiempo y de lugar (art. 512), todo ello dentro del marco de licitud en que tiene que desenvolverse la libertad de no actuar (art. 1071) (conf. GOLDENBERG, Isidoro, “La Relación de Causalidad de la Responsabilidad Civil”, p. 161; BORDA, “Obligaciones”, 3ra. ed., T. II, n° 1310; BUSTAMANTE ALSINA, “Responsabilidad del Médico por Omisión de Asistencia”, LL, 1980-A,408; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por Daños”, ed. 1998, t. I, p. 64 y sgtes.)” (STJRNS1 Se. 49/08 “Gullota”).

La responsabilidad, en su caso, no solo alcanza a los médicos intervinientes en la asistencia del paciente, sino también a sus auxiliares y a las instituciones en las que se preste el servicio.

En el caso de autos, con relación al ente público codemandado cabe mencionar que el artículo 1112 del anterior Código Civil, dispone que: “*Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título*”.

Y el carácter de funcionarios públicos del propio Dr. Fontaine y restantes profesionales y auxiliares actuantes del Hospital de Catriel no puede controvertirse, ya que ese carácter lo tienen por la existencia de una relación de empleo público.

Así, la relación del Estado por medio del Hospital público con el paciente y la relación médico-paciente, se desenvuelven en el ámbito del derecho público, siendo la prestación cumplimentada en el establecimiento sanitario oficial la consecuencia de la asunción por el Estado de una función propia (art. 59 Constitución de Río Negro).

Sin embargo, cabe distinguir que aunque la responsabilidad estatal sustentada en la noción de “*falta de servicio*” y en los términos de la norma citada (art. 1112 CC) resulta directa, o sea, atribuible al estado independientemente de la responsabilidad que le pudiera caber al órgano-persona que emite el acto u omisión, la misma no es objetiva sino subjetiva. Aquí la culpa o dolo, o si se prefiere la falta de servicio (cfr. Reiriz, Graciela, “Responsabilidad Estatal”, en la obra colectiva “El Derecho Administrativo Argentino, Hoy”, pág. 226) en principio, no se presume -como en el caso de la

responsabilidad objetiva propia del derecho civil-, sino que el afectado debe probar la ilicitud o la arbitrariedad del acto u omisión (cfr. CSJN, causa G. 848. XXXVII; ORI- "González Bellini, Guido Vicente c/ Río Negro, provincia de s/daños y perjuicios", sent. del 17 de marzo de 2.009; Fallos 329:3894; entre otros).

Por ende, si no media culpa del médico –o del equipo médico-, no cabe responsabilizar al establecimiento público asistencial, porque, justamente, la necesaria existencia de la culpa profesional es la que demuestra la falta de servicio o su prestación irregular por parte del Estado.

Bajo tales lineamientos, entonces, corresponde acudir al esquema probatorio. Y señalarse que por principio general la culpa, tanto como la relación causal, debe ser probada por quien la imputa, es decir, la parte actora (pues en la actividad médica el daño no es, de suyo, en todos los casos, revelador de culpa o de causalidad jurídica).

Ello sin perjuicio de la eventual aplicación de las presunciones *hominis* y de la teoría de las cargas probatorias dinámicas que se ha desarrollado y difundido con especial aplicación en materia de mala praxis médica (ahora receptada en el art. 1735 del CCyC como facultad que el juez puede aplicar en el proceso bajo ciertas formalidades).

Siendo necesario remarcar aquí, por su importancia para juzgar la diligencia de los profesionales médicos o bien su eventual culpa y responsabilidad, que la obligación que asumen es de medios y no de resultados, pues no son garantes de la salud de sus pacientes (aunque así se entendió tradicionalmente, ello ahora surge de lo establecido en los arts. 764 inc. a y 1768 CCyC). La ciencia médica tiene sus limitaciones, dado que siempre existe un álea que puede escapar a las previsiones más prudentes.

De ese modo, los médicos no están obligados al restablecimiento de la salud aplicando todos sus conocimientos y su diligencia o, en su faz inversa, cumplen empleando la razonable diligencia que es dable requerirles. Es decir, se comprometen a desplegar la diligencia apropiada conforme las reglas de su profesión tendiente a la obtención de un resultado, independientemente de que lo alcancen.

Por lo tanto, el factor subjetivo (culpa médica) supone una prestación de asistencia profesional sin la diligencia debida, es decir, *"no actuar conforme a las reglas consagradas por la práctica médica lex artis con arreglo al estado de los conocimientos al tiempo de cumplida la prestación. Falta de diligencia que puede ser debida a impericia, es decir, a la falta de conocimientos técnicos y científicos, o bien a negligencia propiamente dicha que se da cuando el médico, pese a estar debidamente*

capacitado, obra descuidadamente en el caso concreto. En este último supuesto, el de negligencia, el profesional a pesar de estar en posesión de los conocimientos suficientes, presta los servicios médicos con abandono, descuido, apatía, omisión de precauciones, etc., es decir faltando a las reglas que prescriben el arte de la medicina o lex artis y, en su caso, también a las normas deontológicas" (cfr. Vázquez Ferreyra, R. "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina", pág. 61).

Devis Echandía explica que corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición -pretensión o excepción- lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable, o dicho de otro modo, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal (Devis Echandía Hernando, "Teoría general de la prueba judicial", Buenos Aires, Ed. Zavalía, T 1, pág. 490 y ss).

Eso, justamente, es lo que se regula el Código Procesal Civil y Comercial como "carga de la prueba" en su art. 377.

De tal manera, reitero que la prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil y particularmente la culpa en el obrar del facultativo demandado (actos u omisiones que demuestren su actividad negligente, imprudente o la falta de pericia necesaria), como así la presencia del respectivo nexo de causalidad entre el acto profesional y el perjuicio cuya reparación se procura, constituyen una carga ineludible de los pretendientes en este proceso.

Sentado todo ello, lo que cabe analizar es si en este caso sometido a decisión judicial se verifica la existencia de un accionar culposo del demandado -y/o eventualmente de otros agentes del servicio público de salud- y su adecuada relación causal con la muerte de la cónyuge y madre de los accionantes; o bien si aun cuando el médico actuó diligentemente la situación de autos corresponde a una complicación postoperatoria propia de los riesgos que entraña la práctica realizada a la paciente y, por lo tanto, no compromete la responsabilidad profesional ni estatal, tal como postularon en su defensa las partes demandadas.

A tales fines, si bien habré de valorar el conjunto de los elementos de convicción que fueron aportados al proceso de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 386 CPCC), anticipo que consideraré como antecedentes de suma relevancia lo actuado y finalmente decidido en la causa penal, como así también en el expediente administrativo seguido contra el profesional (sumario), lo aportado por la historia

clínica de la paciente y, desde ya, ponderaré muy especialmente la prueba pericial cumplida en este juicio civil.

9.- Prueba esencial. Atribución de responsabilidad al médico cirujano Javier D. Fontaine. La sentencia penal absolutoria y su influencia.

9.1.- La denuncia efectuada en fecha 8/1/2012 por el viudo de Elsa Liliana Chavarría motivó el inicio de la respectiva causa penal, la cual -una vez clausurada la instrucción y elevada a juicio- tramitó en la Cámara I en lo Criminal de esta ciudad, bajo carátula "FONTAINE JAVIER DARIO S/ HOMICIDIO CULPOSO" Expte. 1407/CO AÑO 2015.

En este pleito civil obran reservadas, como prueba, copias certificadas de dicho expediente, las que ahora las tengo a la vista.

De las mismas puede verificarse –a fs. 852/897- que en fecha 22 de junio de 2017 la mencionada Cámara I en lo Criminal, Sala Unipersonal con competencia correccional a cargo del Dr. Alvaro Javier Meynet, pronunció sentencia condenando a Javier Darío Fontaine, como autor del delito de homicidio culposo a la pena de dos años y seis meses de prisión en suspenso, y cinco años de inhabilitación especial para el ejercicio de la medicina (arts. 45, 84, 26 y 29 inc. 3 C.P.).

Contra tal decisión la defensa del Dr. Fontaine interpuso recurso de casación, el que fue inicialmente denegado por el propio magistrado *a quo* (fs. 918/919), y luego, al hacer lugar a la queja articulada el Superior Tribunal de Justicia, se remitió para su examen.

En aquella instancia extraordinaria, tras realizarse la respectiva audiencia de debate (16/10/2018), por sentencia N° 164/2018 STJ de fecha 26 de octubre de 2018 se resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por los doctores Ricardo Mendaña y Melina Pozzer –por la defensa-, casar la sentencia N° 21/17 de la Cámara Criminal de Cipolletti y absolver a Javier Darío Fontaine del delito por el que fue acusado y juzgado (art. 440 CPCC Ley P2017).

Si bien contra dicho decisorio fue interpuesto por el Fiscal General y por la parte querellante recurso extraordinario federal, el mismo fue denegado por el Superior Tribunal de Justicia en fecha 05 de agosto de 2019 (fs. 1025/1025 vta.).

Y deducida la queja, según pude verificar a través del Sistema de Consulta Web del Poder Judicial de la Nación (<https://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam>), en fecha 7/4/2022 la Corte Suprema de Justicia, en autos “Fontaine, Javier Darío s/ homicidio culposo” CSJ 1709/2019/RH1, decidió que el recurso extraordinario, cuya denegación

motivó la queja, resulta inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Adquiriendo total firmeza, de ese modo, la absolución de Fontaine.

Por consiguiente, concluido ya el proceso penal queda superada y no rige la suspensión de la sentencia definitiva en este proceso civil (cfr. art. 1101 del C.Civil y ahora art. 1775 del CCyC).

Aunque sí, desde ya, se debe reparar en los efectos que la sentencia penal absolutoria produce en juicio civil posterior (cfr. art. 1777 del CCyC), cuando –como en este caso- los hechos en que se sustentan son comunes (identidad fáctica). Cuestión que más adelante abordaré.

9.2.- También obra reservado como prueba instrumental -y tengo a la vista en este momento- el expediente administrativo caratulado “S/ PRESUNTA MALA PRAXIS AGENTE JAVIER FONTAINE HOSPITAL AREA PROGRAMA CATRIEL” (Expte. 82443-Letra S-Año 2012), iniciado en fecha 20/01/2012 por la Asesoría Legal del Ministerio de Salud y posteriormente girado a la Junta de Disciplina de la Provincia en función de sus competencias de ley.

Ordenada allí la instrucción del correspondiente Sumario Administrativo (fs. 17), tras reunirse los antecedentes documentales (vgr. historia clínica, libro de enfermería), recabarse ciertos testimonios y recibirse la declaración indagatoria de Fontaine, fundada en un estado de sospecha por el actuar relacionado con la atención presuntamente irregular dispensada a la paciente Liliana Chavarría los días 3 y 4 de enero de 2012, se imputaron cargos contra el referido agente (resolución de fecha 22/08/2013, fs. 184/199).

Efectuado el respectivo descargo por parte del imputado, se produjeron otros medios probatorios; luego de lo cual la instructora sumariante arribó a sus conclusiones finales (fs. 239/274), entendiendo que correspondería sancionar al agente Javier Darío Fontaine, toda vez que de la prueba colectada -según su apreciación- queda acreditado que el agente sumariado: Hecho 1: Omitió obtener el consentimiento informado de la paciente Liliana Chavarría antes de llevar a cabo la práctica quirúrgica a la que fuera sometida el día 3 de febrero de 2012; Hecho 2: omitió brindarles información a los familiares de la paciente sobre su estado y evolución durante las 23 horas posteriores a culminar la intervención quirúrgica; Hecho 3: no se presentó a ver a la paciente luego de la cirugía sino luego de transcurridos 23 horas de la misma, tratándose de una paciente hipertensa y diabética; Hecho 5: en la Historia Clínica escribe sobre la hora ya escrita en

dos oportunidades sucesivas sin hacer la salvedad correspondiente (fs. 93 vuelta); Hecho 6: en la Historia Clínica registra una actuación con una hora anticipada al momento en que efectivamente vio a la paciente el día 4 de febrero (fs. 93 vuelta).

Después del alegato presentado por el sumariado (fs. 277/285), la Junta de Disciplina dictó finalmente la Resolución N° 40-“JD” de fecha 08/04/2014, a través de la cual –sobre la base de las conclusiones de la instrucción- decidió aplicar la sanción de cesantía al agente Javier Darío Fontaine por incumplir lo dispuesto en el art. 23 inc. b) en los términos del art. 73 incs. g), j) y m) de la Ley N° 3487 y su Decreto Reglamentario N° 1405/01; en concordancia con los art. 26 inc. b), 28 ter inc. c), 28 ter in fine y 28 quater incs. a), c) y e) de la Ley N° 3338 que regula el ejercicio de las profesiones de la salud y sus actividades de apoyo; el art. 2 incs. c), g) y h) de la Ley N° 3076 del derecho del paciente; y los arts. 2, 4, 5, 6, 7 incs. a), b) y 9 de la Ley nacional N° 26.529 sobre derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado a la cual adhirió la Provincia de Río Negro mediante Ley N° 4692.

9.3.- Ya en la etapa probatoria de este juicio se produjo pericia médica a cargo del Dr. Claudio Edgardo Schoua, cuyo dictamen consta a fs. 458/472.

Luego de efectuar una síntesis sobre los antecedentes de la litis y hacer mención de la documental relevante incorporada a la causa y su contenido (entre ella la específica de índole médica: historia clínica, estudios por imágenes, foja quirúrgica, hoja de enfermería), efectuó consideraciones médico legales en las que determinó la existencia de *NEXO CRONOLÓGICO entre la cirugía y el fallecimiento de la paciente; NEXO TOPOGRÁFICO, ya que todas las alteraciones anatomopatológicas se refieren directamente a la cirugía efectuada y NEXO ETIOPATOGÉNICO, ya que la muerte es consecuencia de una complicación y un mal control posoperatorio que influyeron directamente en la misma* (fs. 461).

Seguido a ello, hizo referencia al concepto, finalidad y forma (por escrito, firmado y fechado) del consentimiento informado del paciente.

También hizo mención a las *complicaciones de colecistectomía*, refiriendo que las principales, por su frecuencia y su posible gravedad, son las lesiones iatrogénicas de las vías biliares. Y que para comprender y evitar mejor estas complicaciones, se deben conocer los factores de riesgo, relacionados con el paciente (obesidad, hepatopatías, colecistitis) o con el tipo de intervención (acceso laparoscópico).

Luego puntualizó –sobre un hecho discutido en la causa- que si el médico examinó a la paciente luego de la cirugía y posteriormente al día siguiente, o estuvo el

mismo día más tarde dependerá de consideración del Juez conforme a la prueba, remarcando que en el sumario realizado por la propia Provincia de Río Negro se concluyó que *"no supervisó al paciente después de la cirugía hasta las 23 hs de la misma, máxime tratándose de una paciente diabética e hipertensa, la historia refleja una hora diferente al momento que efectivamente vio al paciente el 04/02/2012"*.

Sí es claro –dijo– que el consentimiento informado no se realizó. Y que la excusa de realizarlo después por la familiaridad que tenía el profesional con la paciente no es aceptable. Señaló que se trata de un protocolo médico que no puede obviarse (excepto casos especiales).

Añadió que, por otro lado, está claro que las condiciones médicas de la paciente eran de cuidado (obesidad mórbida, hipertensión, diabetes, colecistitis crónica). En este sentido, indicó que el mismo Dr. Allemandi –perito de la defensa en la causa penal– aseveró que el desplazamiento de uno de los clips en tejido con inflamación crónica puede explicar la efracción del mismo, lo que considera –el propio perito Schoua– una razón más para extremar cuidados.

Destacó que otra cuestión es la manifestación inmediata de dolor de la paciente en forma continua e intensa que no está tenida en cuenta, ya que la cirugía es de menor dolor postoperatorio que la cirugía clásica. Dijo también que no existe historia clínica pre anestésica, que no habría influido en el caso, pero que denota falta de profesionalidad.

Sobre las *lesiones iatrogénicas* (daño a la salud, causado o provocado por un acto médico) de vías biliares, mencionó que corresponde al 60 % de los casos. Que el exceso de confianza del cirujano, la inexperiencia en las disecciones del hilio hepático, la presencia de inflamación severa o las variantes anatómicas son algunas de las causas del error. Cuando esto ocurre, el cirujano debe hacer uso de la colangiografía intraoperatoria para corroborar y visualizar la lesión y acudir al consejo de un colega con experiencia.

En cuanto a la noción de *peritonitis biliar*, explicó que refiere a la presencia de bilis libre en la cavidad peritoneal coincidiendo con una colecistitis aguda a o no. Y entre las causas de derrame biliar que enumeró, destacó –en el punto 5– la *"Postquirúrgica: se produce como complicación de cirugía abdominal de hígado y vía biliar, por un pasaje no controlado de conductos biliares al peritoneo. Fisiopatogenia y manifestaciones: el pasaje de bilis a la cavidad peritoneal libre (no bloqueada) produce siempre algún grado de irritación peritoneal detectable a la 3 palpación de la pared"*

abdominal. El índice de contaminación bacteriana o supuración de bilis derramada aumenta la reacción peritoneal y además si no está completamente bloqueada, se pone en contacto con la serosa intestinal generando íleo paralítico y el componente séptico sistémico.”

Después de todo ello, respondió los puntos periciales.

A los propuestos por la actora, en lo sustancial y relevante, contestó:

Que la paciente –Liliana Chavarría- se internó en el hospital de Catriel “*para cirugía laparoscópica programada de vesícula por litiasis vesicular, riesgos ya descriptos.*” (respuesta al punto 1, fs. 467)

“*No existió consentimiento informado.*” (respuesta al punto 2, fs. 467).

“*El Hospital de Catriel cuenta con toda la infraestructura necesaria para realizar la intervención, pero no para superar las complicaciones, la derivación ejemplifica el caso.*” (respuesta al punto 3, fs. 467).

Con referencia a la evolución posoperatoria de la paciente, indicó: “*...evoluciona con dolor permanente, importante que fue señalado por las enfermeras y solo fue tratado con calmantes, cuando se decide el traslado al día siguiente ya está en malas condiciones...*” (respuesta al punto 4, fs. 467).

Acerca de las complicaciones surgidas, refirió que “*Las causas de las complicaciones son una conjunción de factores. La pérdida de líquido biliar en la región operatoria, la diabetes de la paciente, la obesidad, y la colecistitis crónica de la paciente, inflamación e infección del peritoneo por derrame de bilis como consecuencia de rotura de una vía biliar.*” (respuesta al punto 5, fs. 467).

A la consulta específica sobre si se constató lesión en el conducto cístico y cuál fue la causa de dicha lesión, respondió que “*La lesión está descripta en la cirugía efectuada en la Fundación Médica de Río Negro y Neuquén, no siendo advertida por el Dr. Fontaine.*” Agregando a continuación que la práctica quirúrgica realizada “*requiere que se cierren adecuadamente todos los conductos.*” (respuestas a los puntos 6 y 7, fs. 468).

Afirmó que “*La paciente sufrió pérdida de líquido biliar a través del cístico, como consecuencia de filtración de conducto lesionado.*”; y también que dicho líquido provocó una infección, la que se generalizó y causó la falla multiorgánica (respuestas a los puntos 8 y 9, fs. 468).

Sobre la presencia del cálculo en la ampolla de vater, dijo –con referencia a la actuación de Fontaine- que “*No se advirtió el cálculo, que debió ser extraído. La falla*

no es olvidar un cálculo en la primera intensión, sino no darse cuenta del hecho y resolverlo en consecuencia.” (respuesta al punto 10, fs. 468).

En cuanto al control posterior a la cirugía, el experto aseveró que *“De haber sido bien tratada la paciente habría tenido oportunidad de sobrevivir, si bien la parte demandada afirma que controló la paciente, cuestión que determinará el Juez. La codemandada coincide con la actora en que el médico no controló a la paciente.”* (respuesta al punto 12, fs. 469).

Con relación a la derivación de la paciente a un centro de mayor complejidad y su oportunidad, refirió que *“Los motivos fueron la descompensación evaluada a la mañana, de haber sido realizada antes la paciente podría haber tenido posibilidades.”* (respuesta al punto 13, fs. 469).

Finalmente, respecto a las causas iniciales, intermedias y finales del fallecimiento, contestó que: *“La paciente muere por falla multiorgánica por shock séptico, consecuencia de la peritonitis biliar, causada por coleperitoneo infectado.”* (respuesta al punto 14, fs. 269).

A los puntos propuestos –a fs. 107/108- por la codemandada Provincia de Río Negro, en lo importante, contestó:

“El protocolo de diagnóstico y tratamiento fue el correcto. En la técnica quirúrgica y la colocación de los clips coincidió con el Dr. Uzal que al no estar presente en la cirugía es difícil de calificar, el examen por imágenes no fue el correcto ya que no se detectó el cálculo residual.” (respuesta al punto 4, fs. 469).

“La descompensación de la paciente fue la causa de la derivación al no poder hacerse cargo de la paciente con los conocimientos y el material del centro médico.” (respuesta al punto 5, fs. 470).

Sobre la pérdida de bilis por el cístico, contestó que *“Las causas probables del mismo son la mala técnica quirúrgica o la inflamación crónica de la zona no evaluada correctamente por el médico.”* (respuesta al punto 7, fs. 470).

Acerca de la morbimorbilidad una vez surgida la complicación, refirió que *“La salida de bilis de una colecistectomía laparoscópica es un hallazgo inesperado y ocurre en 0,2 a 2,1 % de los pacientes. El origen de la fuga biliar puede ser una lesión del colédoco, del conducto hepático común o de uno de los conductos hepáticos, sin embargo, la mayoría de las veces proviene del muñón del conducto cístico, de un conducto accesorio a o de un conducto de Luschka y da como resultado una colección subhepática o subfrénica, una fístula biliar externa, una peritonitis localizada o*

generalizada. Está asociada con una morbilidad elevada y ocasionalmente es causa de muerte.” (respuesta al punto 10, fs. 470).

Al responder la puntual consulta sobre si la paciente falleció como consecuencia del accionar del sistema público de salud o falleció por una complicación probable y grave en el postoperatorio de la colecistectomía, expuso: *“La complicación es poco probable como expliqué anteriormente, el sistema público acepta su responsabilidad al afirmar en el sumario que el médico no efectuó los controles de la paciente.”* (respuesta al punto 12, fs. 470).

A los puntos propuestos –a fs. 364- por la citada en garantía Horizonte Compañía Argentina de Seguros Generales S.A., en lo esencial y remitiéndose en varios aspectos a lo expuesto con anterioridad, contestó:

En cuanto a si fue correcto el procedimiento quirúrgico: *“Se desconoce con exactitud.”* (respuesta al punto 4, fs. 471).

Sobre el momento en que se detectó la complicación de la primera cirugía, en qué consistió y qué conducta adoptaron los médicos tratantes: *“En la mañana del día siguiente detectaron la descompensación de la paciente y decidieron el traslado.”* (respuesta al punto 5, fs. 471).

Si el Dr. Fontaine cumplió con la obligación de medios, diagnóstico, intervención quirúrgica y tratamientos adecuados: *“No.”* (respuesta al punto 12, fs. 472).

Por último, en sus CONCLUSIONES, refirió que se encuentra en condiciones de informar que la paciente ***“falleció a consecuencia de un mal manejo de una complicación operatoria, con una relación causal entre la cirugía, el tratamiento y el desenlace fatal.”*** (fs. 472).

A fs 481/482 vta. la apoderada de la citada en garantía solicitó aclaraciones y/o explicaciones sobre la pericia médica.

En referencia al apartado Antecedentes de la litis, adujo que el perito realiza una presunción *“...el Dr. Fontaine habría vuelto a revisar a la paciente el 04/01/2012 a las 10 hs. ...”* No concordando –según la afirmación de la parte- con los datos de la historia médica hospitalaria, donde consta observación escrita que informa que la paciente fue evaluada por el cirujano alrededor de las 17:00 hs (fs. 63), y desde el control de las 17:40 en adelante no consta que se haya solicitado la evaluación por médico tratante o médico de guardia por parte de servicio de enfermería.

También objetó que el perito haya indicado que hubo fiebre a las 9:00 hs del día 04/01/2012, cuando no figura en los registros de enfermería de la H.C. que se haya

tomado la temperatura en dicho horario y tampoco hay registros que indiquen fiebre.

Hizo distintas observaciones relativas a las consideraciones médico legales realizadas por el experto, en particular con relación al nexo etiopatogénico.

Y por último solicitó ciertas ampliaciones –mayores explicaciones- relacionadas con los puntos periciales 3, 12, 13 y 14 propuestos por la parte actora.

Corrido el pertinente traslado, el perito lo contestó a fs. 527/528.

En cuanto a la frase criticada por presunción, dijo que textualmente es: *"el Dr. Fontaine revisa a la paciente el 04/01/2012 a las 10 hs. y no habría vuelto a revisar"*. Y que es el Juez quien debe decidir mediante el material obrante en la causa la veracidad o mendacidad de lo que surge de la misma.

En cuanto a que la paciente –según la crítica de la citada en garantía- no tendría fiebre a las 9 hs. del día que falleció por una peritonitis aguda, dijo que *"...es posible que ni siquiera le hayan tomado la temperatura. Olvida la parte lo que consta a fs. 307 informe de enfermería 13 hs del 03/01/2012 muy dolorida, 14 hs mucho dolor, 23 hs muy dolorida, 2:15 último control próximo TM (¿turno mañana?) muy dolorida nauseosa, vómitos, fébril, hipotensa, mucosa pálida, sudoración, piel caliente", o sea 7 horas antes de las 9 hs del día 4/1/2012."*

Y continuó diciendo que es la misma Junta de Disciplina la que afirma *"que abandonó la institución después de la cirugía, no informando a los familiares, no supervisó al paciente después de la cirugía hasta las 23 hs de la misma, máxime tratándose de una paciente diabética e hipertensa, la historia refleja una hora diferente al momento que efectivamente vio al paciente el 04/02/2014..."*

Remarcó que *"El médico operó a un paciente de riesgo, debió controlarlo personalmente y no dejarlo en manos de un médico generalista no capacitado para tal efecto. Lo que se pone en duda no es si la institución calificada para realizar la práctica sino el accionar del cirujano."*

Refirió que sus "suposiciones" se basan en el análisis de la causa y el resultado de la labor del cirujano.

Por último, dijo que *"Los términos sepsis falla multiorgánica coleperitoneo infectado surgen de la historia clínica y la autopsia. También se detectan ciertas anormalidades que el Sr. Juez sabrá evaluar "fs. 295 Evolución del 03/01/2012 hs (hora adulterada) ilegible dolor en herida operatoria. 04/01/2012 9 hs (fecha adulterada) evolución tórpida. 10 hs fiebre taquipnea y taquicardia se deriva a Juan XXIII sepsis posoperatoria"*.

Que en base a tales respuestas dadas, a fs. 532 la citada en garantía Horizonte impugnó la pericia médica, reprochando otra presunción en la que incurre el perito (“...es posible que ni siquiera se le haya tomado la temperatura...”) y remarcando la ausencia de registros de algún aviso del personal de enfermería requiriendo al profesional médico, más allá del cuadro de dolor que refería la paciente.

Y ordenado nuevo traslado, el perito respondió a fs. 539 sosteniendo, en cuanto a su propio razonamiento, que “... es válido como posibilidad a evaluar, si muere de peritonitis y no tiene temperatura es poco usual”.

También a fs. 492/515 el demandado Fontaine, basándose en el informe y observaciones de su consultor técnico, Dr. Carlos Alberto Losada, impugnó la pericia médica, defendiendo y fundamentando -en contraposición a la misma- la labor del cirujano (ausencia de mala praxis médica), tanto en el acto quirúrgico como en el control postoperatorio.

A la vez que objetó que el perito –Dr. Schoua- omitió responder los puntos de pericia propuestos por su parte –Fontaine- en el escrito ofrece prueba (obrante a fs. 398).

Sin embargo, ordenado el pertinente traslado –a fs. 516 vta.-, la parte interesada no instó la respectiva notificación al perito, quedando de esa forma sin sustanciar su impugnación a la pericia y, por lo tanto, sin la respectiva réplica del especialista (defecto procesal que quedó firme y consentido tras la clausura del período probatorio y, a la postre, “saneado” o convalidado por el llamamiento de autos a sentencia, también firme).

9.4.- Detallado todo lo anterior, y para ir ya perfilando la solución de la controversia, interesa ahora reparar –como se anticipara- en la influencia que la sentencia penal absolutoria habrá de ejercer respecto de este decisorio civil posterior, emergente del mismo hecho ilícito.

Al respecto, el art. 1777 del Código Civil y Comercial –que ofrece mayor rigor técnico que el art. 1103 del Código derogado- establece: *“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 civil”*.

Siguiendo aquí a Lorenzetti (Dir., Código Civil y Comercial explicado - Responsabilidad Civil, págs. 376/377), la sentencia penal absolutoria, según las precisiones expresas de la norma citada, hace cosa juzgada respecto de dos aspectos o supuestos que pueden fundar aquella decisión: inexistencia del hecho atribuido al imputado y por el que se juzga (en el caso de autos homicidio culposo, art. 84 CP), o la falta de autoría del mismo.

De tal forma, una vez establecido por el juez en lo criminal que el hecho ilícito generador de la acción penal no existió (analizando su materialidad a la luz de los antecedentes y pruebas de la causa), no podrá discutirse en sede civil la existencia del mismo.

Y en cuanto a la segunda hipótesis (falta de autoría), la sentencia penal que absuelve al imputado declarando que no fue autor material del hecho investigado, impide al juez civil volver sobre la cuestión pues se trata de un aspecto vinculado con la inexistencia del hecho en su faz subjetiva.

Mientras que, ante los otros dos supuestos que contempla la norma –inexistencia de delito o de responsabilidad penal-, es decir, si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente (absolución por falta de culpa), en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil. Ello en mérito a que los criterios de apreciación de la culpa son sensiblemente diferentes en el proceso penal y en el civil.

Las reglas mencionadas, entonces, hacen imprescindible atender a los motivos principales utilizados en sede penal para absolver al imputado Javier Darío Fontaine, aquí demandado civilmente. Y ello, desde ya, considerando la valoración del cuadro fáctico de la causa (los hechos materia de acusación) y las razones particulares en que se sustentó la decisión absolutoria. Pues tales extremos son, precisamente, los que justifican la regla de la prejudicialidad y la influencia de la sentencia penal sobre la civil.

En esa dirección, importa ante todo remarcar que la imputación penal –y paralelamente la atribución de responsabilidad civil en este pleito- implica un “facto” que contiene dos conductas “típicas” y temporalmente diferenciables.

Por un lado, una acción positiva del cirujano Fontaine que habría ejecutado en el mismo acto quirúrgico (colocar incorrectamente un “clamp” o bien provocar una lesión iatrogénica, a la postre causante de la pérdida de líquido biliar y el consiguiente cuadro

infeccioso mortal). Es decir, una mala praxis durante la cirugía, en la que –además- se le reprochó realizar negligentemente la calangiografía, que impidió observar un cálculo en la ampolla de vater (que supuestamente bloqueaba la vía biliar).

Y por otro lado, una omisión ulterior a la intervención quirúrgica, consistente en no haber prestado los cuidados y controles necesarios sobre la paciente Elsa Liliana Chavarría quien, a consecuencia de la infección generalizada desarrollada con posterioridad a la cirugía laparoscópica a la que fue sometida, falleció a causa de una falla multiorgánica debido a la sepsis (falta de control de la evolución postoperatoria).

Así diferenciados sendos postulados fácticos, se debe poner de resalto que lo relativo a la “primera porción del facto” (acción positiva durante la cirugía), quedó descartado ya en la sentencia penal de grado dictada por el juez unipersonal con competencia correccional, quien concluyó: *“No arribé a la certeza necesaria para determinar que hubo negligencia en el acto quirúrgico que importara una acción atribuible a Javier Darío Fontaine”* (fs. 892 vta. de la causa penal). Aspecto del decisorio que no fue materia de recurso alguno.

Sobre la base de lo ya referido, entiendo que si tales hechos investigados en sede penal y civil (identidad fáctica), en la primera jurisdicción se los tiene como no acreditados o al menos negada la relación de autoría (cuestión distinta al tema de la culpa), no es posible ahora volver sobre su realidad, porque rige la mentada prejudicialidad que establece el art. 1777 del CCyC.

Y al margen de ello, tampoco la prueba producida en este proceso permite arribar a una conclusión diferente. Pues del dictamen pericial médico practicado por el Dr. Schoua surge –como ya fue expuesto- que, al no haber estado presente, es difícil calificar la corrección de la técnica quirúrgica y la colocación de los clips; a lo que más adelante agregó, en igual sentido, que se desconoce con exactitud si fue correcto el procedimiento quirúrgico.

Por lo tanto, no es posible tener por probada negligencia o impericia alguna del facultativo durante la realización de la cirugía; no hay elementos para aseverar que su práctica no se ajustó a las reglas del arte médico específico.

De ese modo, el único dilema fáctico subsistente y que ahora toca analizar es el relacionado con el obrar del médico -o del equipo médico del centro asistencial público- posterior a la intervención quirúrgica; o sea, lo atinente al control de la evolución postoperatoria de la paciente y su vinculación con el desenlace fatal a la postre sucedido.

Al respecto, ya quedó dicho que si bien en la sentencia penal de grado Fontaine fue condenado como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo, luego tal decisión fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia que resolvió casar aquella sentencia y absolver al mencionado profesional (STJ, Sec. 2, Se. 164 de fecha 26/10/2018).

Es esta última sentencia pues la que, a partir del juicio de hecho y los motivos fundantes de la absolución, orientarán el temperamento a adoptar en la presente (ya sea imponiendo el efecto de la cosa juzgada o bien, de corresponder, habilitando la libre discusión de la responsabilidad civil).

Y tras analizarse detenidamente la misma, del voto rector de la Dra. Adriana C. Zaratégui y a partir del apartado 5 (*"Análisis y solución del caso"*), extraigo las siguientes consideraciones cruciales, que optaré por transcribir textualmente:

Inicialmente, en el puntos 5.1. del fallo, se afirma –en consonancia con la impugnación de la defensa- *"...que no se ha fundamentado debidamente la existencia de un deber de cuidado específico que haya sido incumplido por el imputado, aspecto insoslayable para toda pretensión de atribuir responsabilidad penal en este tipo de conductas culposas."*

De la acusación penal contenida en la requisitoria fiscal de elevación a juicio solo subsiste lo referido a "la falta de control por parte del imputado de la evolución postoperatoria de su paciente, la cual se encontraba internada en el hospital de Catriel", lo que habría producido el deceso.

Se advierte entonces que tal "falta de control de la evolución postoperatoria" fue formulada sin ningún detalle que permita saber en qué consistió. Por su parte, en la sentencia se leen algunos argumentos encaminados a brindar las precisiones omitidas por la acusación.

El juzgador consideró que "Javier Darío Fontaine omitió realizar el seguimiento y control de la paciente como era esperable y que la detección temprana del proceso que la llevó a la muerte hubiera evitado ese desenlace con un alto porcentaje de probabilidad".

De esa conclusión, adelantada al inicio del análisis, es dable extraer que el deber de cuidado pareciera ser para el tribunal, al menos en una primera aproximación, "la realización del seguimiento y control esperable", que le habría permitido tal detección temprana del proceso que condujo a la muerte de la paciente, lo que a su vez habría evitado tal desenlace "con un alto porcentaje de probabilidad". Se advierte hasta aquí

que sigue sin definirse qué tipo de control era de esperar por parte del galeno y fue omitido en el caso.

Aludió más adelante a "la confianza (que) el paciente deposita en el profesional" y "la relación médico-paciente que, cuando se trata de prácticas como las aquí juzgadas, coloca naturalmente al primero en posición de garante. En este caso además se trataba de un médico que durante mucho tiempo fue no solo un compañero de trabajo de todos los días sino también, como admitió el imputado, su médico de cabecera" (sic). Si bien en esa argumentación se hace referencia en forma genérica a la posición de garante, nada se dice sobre algún deber incumplido por Fontaine.

En cuanto a la delimitación temporal de la conducta endilgada, surge del desarrollo argumental de la sentencia que el "el reproche penal se inició veinticuatro horas antes" del anuncio efectuado a la paciente, por parte del imputado, de que la trasladarían a un centro asistencial de mayor complejidad (concretamente en ese momento se aludió al Sanatorio Juan XXIII de General Roca, según el relato de uno de sus hijos en el debate, valorado por el sentenciante), es decir, en la tarde del día de la operación quirúrgica (3 de enero de 2012).

Más concretamente, dando preeminencia a los dichos de los familiares y la amiga que cuidaron de la víctima y que no vieron al médico esa tarde, el juzgador entendió que el imputado no habría "asistido al office de enfermería durante la tarde del día 3 de enero para dar indicaciones de analgesia para aliviar a la paciente".

En otro tramo, el sentenciante sostuvo: "No surge siquiera en la hipótesis que efectivamente hubiera estado con la paciente en forma personal que mínimamente la palpara o examinara e incluso que luego de la indicación de analgesia que dijo ordenar se interesara por su progreso".

De ello podría extraerse que se le reprochó no haber examinado personalmente a la paciente ni haberse interesado por su progreso. Sobre estos aspectos se volverá más adelante, dado que lo que interesa dilucidar, en primer término, es si verdaderamente se está en condiciones de establecer que Fontaine incumplió algún deber objetivo de cuidado."

Luego, en el punto 5.2., se precisó:

"Para la configuración de los delitos culposos, este tipo de deberes solo podría surgir de normas jurídicas, tales como leyes o protocolos que determinen cuáles son las obligaciones que deben seguirse en todos los casos, según sus particulares circunstancias fácticas, de modo que su incumplimiento podría dar lugar a algún

reproche penal, siempre que se cumplan todas las demás condiciones exigidas: en síntesis, la existencia de un resultado -la muerte del paciente- y de conexión entre la infracción al deber y ese resultado, más allá de que no habrá tipicidad cuando la conducta debida no hubiese impedido el resultado (cf. STJRNS2 Se. 94/08 "Kirilovsky", citada en Se. 95/17 "Agüero González").

Es en este aspecto que la sentencia resulta notoriamente insuficiente y, en definitiva, arbitraria, dado que no logra demostrar que efectivamente existiera un deber de cuidado, fundado en alguna normativa pertinente, que haya sido incumplido por el imputado."

Luego de transcribir el razonamiento del magistrado a-quo en relación con este importante aspecto, y en particular las citas de ciertos testimonios –Dres. Lozada; Peña; Fazio y López- referentes a la responsabilidad del médico tratante en estos casos, en el punto siguiente de la sentencia del tribunal casatorio (5.3.), se mencionó:

“De la transcripción precedente no surge ninguna norma legal que fuera incumplida por el imputado. Solo el anestesista habló de obligaciones de controlar inmediatamente al paciente, aunque solo fue una referencia genérica, sin correlato normativo, por lo que quizá podría tratarse de deberes morales pero no legales. Tampoco ha sido controvertida la inexistencia de protocolo que establezca cómo debe procederse en estos casos (tipo de controles, frecuencia, etc. que debe efectuar el médico tratante -cirujano- en postoperatorios, en supuestos en que el paciente queda al cuidado del personal de enfermería y médico a cargo de la guardia, etc.). Si bien en los testimonios reseñados se han mencionado ciertas buenas prácticas o hábitos por parte de los cirujanos o médicos tratantes, que no habrían sido seguidos por Fontaine en el caso, también emerge de esos relatos que no existía una costumbre clara, habitual y permanente que deba ser seguida en este tipo de situaciones como para que pudiera eventualmente constituirse en fuente de obligaciones en cuanto al cuidado debido en un postoperatorio. Es preciso señalar que en el debate el doctor Losada dijo que él no iba a ver a sus pacientes el mismo día sino al siguiente (fs. 882 vta.), sabiendo -claro está- que quedaban otras personas a cargo de ese cuidado.

En conclusión, no puede sostenerse, como dio a entender el tribunal sentenciante, que determinadas prácticas que aparecen como deseables constituyan obligaciones incumplidas con el alcance pretendido: ser fundamento de responsabilidad penal.”

En principio, lo hasta aquí transcrito –en cuanto se ciñe a los presupuestos propios de la responsabilidad penal, con efecto solo en ese ámbito- no pareciera

condicionar o limitar el análisis de la responsabilidad civil, estructurada sobre la base de presupuestos, fundamentos y finalidades disímiles, y que tiene una regulación normativa autónoma, sustancial y formal.

Sin embargo, anuncio ya, a partir de los puntos sucesivos el STJ profundizó e hizo valoraciones en su fallo sobre relevantes aspectos nítidamente fácticos, arribando de manera asertiva a determinadas conclusiones que, sin duda, no puedo válidamente contradecir por efecto de la prejudicialidad penal y su misma finalidad; pues un hecho, o bien un conjunto de hechos y circunstancias, no pueden ser (para un tribunal) y no ser al mismo tiempo (para otro).

Así, en el punto 5.4. de la sentencia absolutoria, se sostuvo:

“Por otra parte, si bien el tribunal le restó importancia a los dichos del médico Carlos Losada, por no haber trabajado en el Hospital de Catriel ni otro del mismo nivel de complejidad, desestimó sin fundamentos un dato de notable razonabilidad al que hizo referencia, que debió haber sido valorado en el supuesto de autos: “...que los establecimientos por lo general tienen enfermería especializada que se encuentran entrenados para resolver situaciones y eventualmente dar aviso a los médicos de guardia”.

Este aspecto adquiere relevancia en la medida en que incorpora al análisis un dato fundamental en cuanto al eventual desplazamiento de responsabilidad del médico tratante o cirujano interviniente, omitido por el juzgador en su argumentación: la circunstancia de que la señora Chavarría había sido intervenida quirúrgicamente y luego quedó al cuidado del personal de enfermería y los médicos de guardia, mientras que Fontaine permanecía de guardia pasiva.

Quedó demostrado en el debate cómo es el funcionamiento en el tipo de hospitales como el de Catriel. El doctor Carlos Losada expuso claramente algunas especificaciones al respecto -con datos que no han sido desvirtuados en la causa-, en el sentido de que "en hospital rural -nivel IV- hay un médico de especialidad, el resto generalista. El cirujano no tiene obligación de revisar todos los pacientes porque está solo, en algún momento se tiene que retirar y su control queda al cuidado del médico de guardia. Para la complejidad que hacen en esos hospitales las prácticas indican que es suficiente" (fs. 881 vta./882).

Específicamente sobre el Hospital de Catriel, como ya se adelantó, algunos datos relevantes fueron introducidos por el doctor Marcelo Gianni Fazio, médico que asistió al imputado en la cirugía en cuestión. En lo que aquí interesa, que no fue

particularmente ponderado en la sentencia (sí otros aspectos de su declaración), más allá de decir que "no hay un protocolo a seguir" para el control postoperatorio, refirió que "si hay situaciones complejas se da aviso al cirujano de cabecera". En un establecimiento como el hospital de Catriel el paciente internado está en manos de la enfermería del área que controlan presión, temperatura, frecuencia cardiaca y demás. Si ellos ven indicadores alterados, primero deben dar aviso al médico de guardia, este actúa en el caso o sino dar aviso al médico cabecera en este caso al cirujano. Del pedido de intervención tanto del médico de guardia como del cirujano se debe dejar constancia en los registros" (fs. 884vta./885).

También fue claro el médico Oscar López, que era quien se encontraba de guardia el día 4 de enero de 2012 a la mañana. Sobre este aspecto, en lo que fue omitido por la Cámara, "en cuanto al rol de las enfermeras, del médico guardia y el médico tratante dijo que el hospital como el de Catriel que es de complejidad 4, tiene una guardia general para todo, un solo médico y una sola enfermera para todo y además cuenta con enfermeras de internación que tienen que asistir al paciente. Si hay una alerta le tiene que avisar al médico de guardia. Además, cada paciente tiene un médico asignado. Si la enfermera avisa al médico de guardia de alguna situación, él trata de resolverla y si hay alguna emergencia da aviso al médico tratante. El responsable de un paciente operado, si no está el médico tratante, es el médico guardia" (fs. 887vta./888).

La enfermera Suyai Ayelen Mardones, que estuvo en la tarde de la operación, más allá de la escasa credibilidad que le asignó el tribunal en relación con el tema de la presencia de Fontaine, declaró en sentido coincidente sobre este punto. Explicó que "hizo el turno tarde ese día de 14 a 22. Son tres enfermeras, ella ese día recibió internación. En la sala 4 estaba Liliana. Su compañera hace control signos vitales. En el postquirúrgico se controla temperatura, presión, frecuencia cardiaca y respiratoria. Cuando se fue de la guardia la única alarma que vio fue el dolor" (fs. 888vta).

5.5. De los relatos precedentes surge que no se encuentra en discusión que, en ese contexto, el personal de enfermería era el encargado de registrar los diversos signos vitales de la paciente, tal como lo hizo y consta en los registros respectivos. Surge además de tales constancias que los médicos de guardia -Dra. Airaldo primero y Dr. López después- estuvieron a cargo de la evolución de la paciente y, de acuerdo con esa evolución, adoptaron algunas decisiones que consideraron pertinentes. Por ejemplo, la doctora Airaldo, según dijo Mardones, le habría dado indicaciones para

corregir la glucemia que estaba alta; también se advierte en la historia clínica que a las 7 h indicó Reliverán (dice "MdeG", y por la hora sería la misma médica), mientras que a las 8:30 el médico de guardia (a esa hora ya sería el doctor López) dio otra indicación: el registro de enfermería dice "se avisa a M. de G. e indica pasar fisiológico a goteo libre 1000 cc", según surge fs. 51vta. de ese documento, lo que fue explicado en el debate por el doctor Delfín Delgado del siguiente modo: "08.30 se le indica al médico de guardia que la paciente estaba con la presión muy baja y ordenó un goteo" (fs. 877 vta.).

Sin embargo, ninguno de esos profesionales médicos ni tampoco el personal de enfermería -según las constancias de la causa- requirieron la presencia de Fontaine para que evaluara a la paciente.

Si ese hubiera sido el caso, es decir, opuesto al presente, Fontaine sí habría debido cumplir con una norma que incluye, dentro de las funciones de los agentes de actividad asistencial pasiva, "concurrir al servicio de urgencias dentro de los 30 minutos de efectivizado el llamado, salvo que por razones de suma urgencia se requieran sus servicios inmediatamente" (conforme el art. 3 del Capítulo VI "DE LOS AGENTES DE ACTIVIDAD ASISTENCIAL PASIVA", perteneciente al título VIII de la segunda parte del "Reglamento de las Áreas Programas, las estructuras de sus distintos niveles de complejidad, las Misiones y Funciones generales y específicas de los integrantes del Equipo de Salud en dichas Áreas", aprobado mediante Resolución N° 745/86 del Consejo Provincial de Salud Pública de la Provincia de Río Negro, de fecha 12 de junio de 1986).

Sin embargo, López dijo: "Él no mandó a llamarlo y no sabe si las enfermeras lo hicieron". Quizá no lo hizo porque no consideró que la paciente hubiera empeorado desde que se hizo cargo de la guardia, lo que es concordante con lo que establece esa misma normativa, entre las funciones del médico de guardia activa, donde se lee, en lo pertinente, que "con respecto a los (enfermos) que hayan empeorado, dará el aviso correspondiente al Jefe de Servicio y a los familiares" (cf. reglamento antes citado, art. 13 del capítulo V). Tampoco consta que le haya avisado a Fontaine la médica de guardia que anteciedera a López, doctora Airaldo (ya fallecida a la época del debate), lo que en cierto modo se explica a partir de los propios dichos de este último, referidos en la sentencia: "Se hizo cargo de la guardia a las 08.00 horas, vio a la paciente cuando hizo el pase con la médico saliente Dra. Airaldo quien le comentó que había sido intervenida por litiasis vesicular y que estaba bien, pero con un poco de dolor.

Cuando entró a la sala habló con Liliana y ella refirió que estaba con un poco de dolor, la notó estable y consciente. En ese momento, entre 08:00 y 08.30 no habló con las enfermeras. Airaldo solo le había dicho que pasó la noche con dolor, nada más, pero se retiró apenas él cubrió la guardia. Que a las 08.30 llegó a hospital y tuvo un primer parte de la Dra. Airaldo. Luego vio a la paciente por primera vez donde la notó bien e incluso le hablaba" (fs. 886 vta.).

5.6. Frente a tal falta de llamado o requerimiento por parte de los profesionales que estaban al cuidado de la paciente, de ningún modo puede endilgársele a Fontaine que no acudiera inmediatamente ("se hiciera presente de inmediato" dice la sentencia) luego de que la testigo Roger Fica le refiriera esa mañana (en el contexto de un turno en consultorio, al que acompañó a su sobrina) sobre cómo habría transcurrido la noche y la madrugada la víctima, a la que había acompañado en calidad de amiga de la familia.

5.7. De modo similar, la referencia que efectuó el tribunal a que "la evolución de su estado de salud fue empeorando rápidamente, emitiendo su organismo señales claras y concretas llámense éstas: vómitos, náuseas, dolor a pesar de los fuertes analgésicos, palidez de mucosa, piel caliente, sudoración e hipotensión", contradice las constancias probatorias que invocó en su respaldo, al menos en cuanto a la referida rapidez y claridad: del registro de prestaciones de enfermería (al que este Superior Tribunal ha tenido acceso) y el informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 275/285 que lo reseña se extrae que el dolor cedía con la analgesia suministrada y que los últimos síntomas referidos -palidez de mucosa, piel caliente, sudoración e hipotensión- recién aparecieron en la madrugada del día 4, no antes. A ello se agrega que tampoco era tan claro que esos parámetros fueran indicativos de sepsis cuando comenzaron.

Al respecto, resulta de utilidad traer a colación el tramo de la sentencia donde se reseñó lo declarado en debate e informado oportunamente por el médico del Cuerpo Médico Forense Marcelo Uzal: "En oportunidad de producir informe lo hizo también con base en las constancias de la causa y las anotaciones médicas y de enfermería (ver fs. 275/278) porque allí se registraron las prestaciones médicas más las propias de enfermería. De esas constancias extrajo que a las 14 horas del día de la operación la presión y la temperatura de la paciente eran normales. Se registró sí que estaba dolorida. A las 17 se habla de buena evolución postoperatoria y se consigna el dolor en la herida quirúrgica.

"A las 23 se consigna presión y temperatura normal y se informa que la paciente

está con antibióticos y analgésicos. Se la baña.

"A las 02.15 del día siguiente ya se informa que estaba nauseosa. A las 05:00 se le administra un analgésico. A las 06:35 se anota que se halla hipotensa y con fiebre de 37.4 lo cual, considerando registros anteriores de 36.5 señala que está aumentando la temperatura.

"La sepsis no admite una regla fija, previo a esa hora probablemente hubiera acompañado de hipo o hipertermia. Pero no es seguro" (fs. 874 vta.).

5.8. Además, como ya se mencionó, a fs. 51 vta. de la historia clínica surge que fue la médica de guardia quien indicó el Reliverán (a las 7, según el registro), por lo que la crítica en cuanto a la insuficiencia de tal medicación en relación con el cuadro que presentaba la paciente a esa hora de ningún modo puede serle reprochado al imputado.

5.9. Respecto de lo anterior resulta pertinente señalar que, si bien -como fue mencionado antes-, a partir de la valoración de la prueba testimonial, el sentenciante optó por no creer que el imputado se hubiera hecho presente en la tarde del día 3 de enero, lo que se contrapone a los registros que constan en la historia clínica, cabe mencionar que tal argumentación no solo no aparece arbitraria, en tanto la preeminencia asignada a aquella prueba frente a esta está fundada, sino que en última instancia resulta irrelevante establecer con certeza su presencia aquella tarde, ya que hasta ese momento los parámetros de la evolución de la paciente registrados en la planilla de enfermería no evidenciaban ningún motivo de alarma que hubiera podido ser percibido por el imputado. Es precisamente en virtud de esas razones que carece de trascendencia el supuesto reproche de no haber examinado personalmente a la paciente esa tarde, como se mencionó en la sentencia.

5.10. En virtud de lo expuesto hasta aquí, resulta evidente que Fontaine no fue requerido ni advertido del agravamiento en la salud de la paciente antes de que se hiciera presente para examinar a Chavarría en la mañana del 4 de enero. Surge además que ese deterioro comenzó a manifestarse en esa madrugada, no la tarde anterior, por lo que no parece razonable la afirmación de la sentencia en cuanto a que "lo real y concreto es que en este caso estamos frente a la ausencia misma de criterio médico desde que cuando se decidió a actuar el imputado, claramente ya era tarde". En otras palabras, no es posible afirmar que fuera su decisión actuar en forma tardía y tampoco puede reprochársele que no se interesara por el progreso de su paciente, como afirmó el sentenciante, si sabía que esta había quedado al cuidado de quienes se

encontraban a cargo del servicio de guardia.

5.11. *En relación con lo que se viene exponiendo, el juzgador se ocupó de desechar el principio de confianza, alegado por la defensa, por considerar "acreditado por el testimonio de los demás integrantes del staff hospitalario que el responsable en primera línea de la internada es su médico tratante. Las segundas, médicos de guardias y terceras, personal de enfermería debían seguir sus instrucciones. Estas fueron sólo la continuidad en la administración de analgésicos sin la mínima examinación puntual".*

El error del a quo fue no advertir que, si bien esa es la regla general, cuando el paciente se encuentra internado y el médico tratante no se encuentra en el lugar de internación, sino que solo está de guardia pasiva, la situación es muy diferente: tal como surge de los relatos antes reseñados, si las enfermeras al efectuar el monitoreo y control de los signos vitales advierten alguna alarma deben hacérselo saber al médico de guardia y, si la situación es grave, este último -sea a partir de tal advertencia o bien de la corroboración personal de los registros colectados y/o de los demás indicadores que constate- debe requerir al médico tratante que se apersona al nosocomio y tome intervención, lo que no sucedió en este caso.

Precisamente, este Superior Tribunal ha destacado, con cita de doctrina y jurisprudencia, la responsabilidad que le cabe al médico de guardia, basada en la confianza de los restantes médicos que, mientras se preste el servicio, pueden despreocuparse de sus pacientes (STJRNS2 Se. 119/10 "Reyna").

También ha establecido que "el principio de división del trabajo, relacionado con el principio de la confianza, permite deslindar los deberes que se originan en toda actuación colectiva, ya sea la de un team médico propiamente dicho, como cualquier otra curativa en la que tomen parte dos o más personas. En otros términos: habilita para definir, en el tipo objetivo de estos delitos imprudentes, quién ha violado (con una actuación propia, no asperjada por la conducta de otros) el deber de comportarse externamente según las exigencias de la norma" (STJRNS2 Se. 94/08 "Kirilovsky").

5.12. *En definitiva, en el marco de las constancias y el alcance de esta causa, donde solo se viene analizando la conducta de Fontaine -no la del resto del personal interviniente- y en los límites del reproche subsistente, corresponde afirmar que durante el posoperatorio en cuestión no se encuentra probado que este violara deber normativo de cuidado alguno por el que deba responder penalmente.*

5.13. *Por otra parte, si bien en la sentencia se hace referencia a un deber "casi moral" de informar a la familia sobre el resultado de la operación la tarde en que*

aconteció y disipar sus eventuales dudas, no corresponde ingresar al análisis de este aspecto, por estricto respeto al principio de congruencia, en tanto ello no integró el reproche penal efectuado por la acusación, más allá de que tampoco se advierte que constituya un indicador de "desidia e indiferencia frente a sus semejantes", como lo pretende el tribunal.

6. Conclusión:

Del desarrollo precedente se desprende que la Cámara en lo Criminal, a través de razonamientos arbitrarios y equivocados, ha aplicado erróneamente el derecho sustantivo, al entender que Fontaine debía responder penalmente por la violación a deberes de cuidado -en el contexto del posoperatorio de la paciente Elsa Liliana Chavarría- cuya existencia no ha sido demostrada, y al establecer -en consecuencia- una condena penal cuando se imponía la absolución del nombrado.

En definitiva, entonces, la temática de la configuración de un obrar culpable por parte del galeno interviniente, en el delito endilgado -homicidio culposo- fue incorrectamente tratada por el a quo que, a partir de una ponderación arbitraria de las constancias de la causa en relación con la supuesta existencia de un deber de cuidado, soslayando la división de tareas y el consecuente principio de confianza que impera en estos supuestos, y desatendiendo la doctrina legal, concluyó en la determinación de responsabilidad penal. Sin embargo, por las razones expuestas, se estima que se presenta en la especie el supuesto contrario..."

La sentencia del STJ, en la consideración de circunstancias fácticas –remarco- es contundente y, cuanto menos en lo relativo a la conducta reprochada a Fontaine, no deja margen para una interpretación diversa en el marco de la presente acción civil resarcitoria.

Enfáticamente, y como cuestión dirimente, el tribunal de casación abordó de lleno lo relativo al rol del médico en situación de guardia pasiva –en la cual colocó a Fontaine durante la tarde del 3/1/2012, después de la cirugía que le realizara a Elsa Liliana Chavarría y hasta la mañana del día siguiente-, como así las responsabilidades propias del médico de guardia activa y del equipo de enfermería en establecimientos públicos como los del caso (nivel IV), resaltando la división de tareas y el consecuente principio de confianza que impera en tales supuestos, según su propia doctrina legal.

En ese sentido, también quedó sellado en su fallo –como juicio de hecho- que mientras el médico tratante (cirujano Dr. Fontaine) se encontraba fuera del lugar de internación, de guardia pasiva, no fue requerido por el médico de guardia para que se

apersone en el hospital y tome intervención. Sin que en consecuencia pueda endilgarse responsabilidad penal; y agrego por mi parte, en igual línea argumental y de modo coherente (unificación del supuesto fáctico), tampoco civil.

Ya que bajo esas mismas circunstancias valoradas, y según la referida pauta que convalida que mientras se preste el servicio (a cargo del médico de guardia y demás auxiliares), los restantes médicos, como en este caso Fontaine (de guardia pasiva), pueden despreocuparse de sus pacientes, no es posible atribuirle falta de diligencia en la medida que no fue alertado sobre una complicación evidente o el desmejoramiento de la paciente internada, ni requerido para concurrir personalmente al servicio asistencial activo (sin que resulte de ello, tampoco, inobservancia de normas, protocolos o deberes a su cargo).

En efecto, no resulta jurídica ni lógicamente aceptable que el médico de guardia pasiva pueda "despreocuparse de sus pacientes" sin comprometer entretanto su responsabilidad penal, pero que sí, en cambio, en igual lapso y con fundamento en esa misma "despreocupación" pueda ser considerado incurso en responsabilidad civil.

Pues en este último caso ningún médico podría apoyarse eficazmente en el mentado principio de confianza, porque -aun cuando su libertad individual quedara a salvo (fuero represivo)-, no estaría exento de eventuales consecuencias patrimoniales. Lo que convertiría a la "guardia pasiva" -desde el débito profesional- en una situación de riesgo e intranquilidad permanente, incompatible con la aludida "despreocupación" que aquella supone cuando el médico está ausente del establecimiento de salud y -queda claro- mientras no sea expresamente requerido para concurrir al servicio activo ante alguna complicación, urgencia o necesidad concreta sobre la que se le de aviso (requerimiento que en el caso de autos no existió).

9.5.- Aun cuando lo ya dicho resulta por sí mismo suficiente para rechazar la demanda respecto del accionado Fontaine, haré algunos comentarios finales sobre ello.

Primero, que la tan discutida cuestión referida a si dicho profesional evaluó -o no personalmente a la paciente postoperada el día 3/1/2012 a las 17:40 hs. aproximadamente, pierde entidad y carece de trascendencia según propias palabras -que comparto- del STJ (repátese en el transcripto punto 5.9 de la sentencia absolutoria).

Luego, que la pericia médica -Dr. Schoua- en cuanto sugiere que por haber operado a una paciente de riesgo debió controlarla personalmente y no dejarla en manos de un médico generalista no capacitado para tal efecto (poniendo en duda el accionar del cirujano Fontaine), implica una apreciación personal del experto incompatible con el

referido criterio judicial que consagra el aludido principio de división del trabajo, relacionado con el principio de confianza (ignorado por completo en el dictamen del especialista).

Lo señalado en párrafos anteriores también aplica para contrarrestar el reproche que, sin bien acotado al marco administrativo disciplinario, surge del sumario seguido contra Fontaine –y que concluyera con su cesantía- en cuanto a que no se habría presentado a ver a la paciente luego de la cirugía sino luego de transcurridos 23 horas de la misma, tratándose de una paciente hipertensa y diabética. Entendiéndose ello en aquellas actuaciones como una grave desatención y omisión de asistencia del cirujano, aunque también sin considerar en absoluto su estado de guardia pasiva (ausente del establecimiento) y el rol y responsabilidades de quienes, entretanto, sí permanecieron en el hospital en servicio activo.

En otro aspecto, observo que la contestación del perito al punto pericial relativo a si el Dr. Fontaine cumplió con la obligación de medios, diagnóstico, intervención quirúrgica y tratamientos adecuados, valiéndose únicamente del monosílabo “No” (fs. 472), sin duda no satisface el recaudo de fundabilidad que exige el art. 472 del CPCC.

La admitida ausencia de consentimiento informado de la paciente (al menos por escrito y con los demás recaudos formales que requiere), si bien constituye una evidente falta del facultativo demandado, carece de incidencia causal en el hecho dañoso.

Relacionado con ello, cabe señalar que a la vez que se trató de una cirugía programada (que obviamente supone cierto conocimiento previo de la paciente sobre sus características y su aceptación para que se realice), viene acreditada desde la causa penal la confianza de la víctima con el Dr. Fontaine, así como que ella quería operarse con él y en el mismo hospital donde ambos trabajaban.

En este punto, solo a título ilustrativo cabe mencionar que al declarar en aquellas actuaciones -a fs. 129- Raquel Esther Chavarría, hermana de la víctima, refirió: *"En esa oportunidad yo le pregunté por qué se iba a operar en Catriel. Le hice esa pregunta porque como yo vivo en Cipolletti y trabajo en la Fundación Médica de Río Negro y Neuquén, soy la bacterióloga de la institución...Ella me dijo muy contenta y convencida, me voy a operar acá porque acá trabajo yo, acá trabaja el Dr. Fontaine que es mi compañero de trabajo y hace todos los días esta cirugía..."*

Tampoco existe relación de causalidad entre la recriminada falta de información -parte médico postoperatorio- a los familiares y el fallecimiento de la paciente.

Y lo mismo cabe apuntar con relación a las irregularidades –o incluso la eventual

adulteración- de la historia clínica, de las que no puede sin más derivarse el nexo causal y con ello, la responsabilidad médica (sino en todo caso sanciones administrativas y/o penales).

Por último, descarto culpa profesional de Fontaine relacionada con la derivación de la paciente. Según quedó expuesto, cuando concurrió a evaluarla por su propia iniciativa durante la mañana del 4/1/2012 -o sea, sin aviso previo del médico de guardia y/o del personal de enfermería que alertara sobre alguna anormalidad- corroboró su estado y actuó en consecuencia. Avocándose desde entonces a atender la propia situación clínica (vgr. estudios indicados, análisis, compensación de la paciente), como así también la logística tendiente a conseguir un lugar apto y disponible para el traslado, acorde con la condición -ya grave- de la paciente. Aspecto, este último, que excede la responsabilidad individual o personal del médico.

10.- Situación de la codemandada Provincia de Río Negro. La atribución de responsabilidad por “falta de servicio”.

La conclusión ya arribada con relación a ausencia de responsabilidad civil de Fontaine no deriva, necesariamente, en similar exoneración de la codemandada Provincia de Río Negro como titular del hospital donde se brindaron las -cuestionadas- prestaciones médicas a la paciente Elsa Liliana Chavarría en el marco del servicio público de salud.

Sino que de modo contrario, y como bien postuló la parte actora en su escrito de demanda -a fs .28 vta./29- la responsabilidad del estado por falta de servicio y su consecuente deber resarcitorio, también puede emerger –más allá de la responsabilidad atribuida a Fontaine, y aquí finalmente desestimada- como derivación de “...las restantes responsabilidades que pudieran surgir de otros integrantes del Hospital...” y “...por la negligencia en la atención de LILIANA en el Hospital, tornando procedente la atribución de responsabilidad al ESTADO PROVINCIAL demandado por el accionar de la Administración desplegado mediante el Hospital Público Provincial, la que subsiste aun en el eventual e improbable supuesto en que Fontaine no fuera considerado responsable...”. A lo que –en otro párrafo- agregó: “Los hechos en que se fundamenta la imputación de responsabilidad, lo sin perjuicio de las restantes negligencias, impericias y/u omisiones que surjan de la causa penal o de la restante prueba a producirse en autos.”

El STJRN, remitiendo a la vez a fallos de la CSJN, ha remarcado que la “...idea objetiva de la falta de servicio -por acción o por omisión- encuentra su fundamento en

la aplicación del art. 1112 del Código Civil y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público (causa “Securfin S.A. c/Santa Fe, Provincia de s/daños y perjuicios”, Fallos: 330:3447) que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil (Fallos: 306:2030). En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 312:1656; 317:1921; 318:192, 1862; 321:1124; causa “Serradilla, Raúl Alberto c/Mendoza, Provincia de s/daños y perjuicios”, Fallos: 330:2748).

De acuerdo con lo expresado, para establecer la existencia de una falta de servicio por omisión se debe efectuar una valoración en concreto, con arreglo al principio de razonabilidad, del comportamiento desplegado por la autoridad administrativa en el caso, teniendo en consideración los medios disponibles, el grado de previsibilidad del suceso dañoso, la naturaleza de la actividad incumplida y las circunstancias de tiempo, modo y lugar” (cfr. STJRN, precedente VIVANCO, Se. 84 del 06/11/2017).

También en el citado fallo el STJRN -resaltando una de las premisas sentadas por la CSJN en el difundido precedente “Vadell” (Fallos: 306:2030)- precisó que esta tesis de la responsabilidad directa y objetiva del poder público, así como no requiere que haya mediado culpa del dependiente, tampoco exige la individualización concreta del autor del perjuicio.

De eso modo, y según lo anticipado, poco importa que el médico demandado no fuese el culpable en el desenlace, puesto que la responsabilidad de las clínicas y nosocomios es directa y fundada en el deber de indemnidad que impone tomar las debidas precauciones en atención a las circunstancias del caso. Se trate de clínicas privadas o de nosocomios públicos, como en el supuesto de autos, el deber tiene idénticos alcances, y su omisión, idénticas consecuencias.

Resulta posible y necesario, entonces, reparar en la conducta de otros agentes del servicio de salud; en particular, del profesional o los profesionales que estaban a cargo del control y cuidado de la paciente Chavarría durante su internación postoperatoria, cuando –aunque tal vez sin manifestaciones muy claras- su cuadro fue desmejorando, al punto de requerir al día siguiente una derivación de urgencia a un establecimiento de

mayor complejidad y ya en un estado muy crítico (recuérdese que el perito dictaminó –a fs. 467- *“cuando se decide el traslado al día siguiente ya está en malas condiciones...”*).

Agentes que, si bien no fueron demandados en este proceso, la Provincia de Río Negro pudo haber instado su citación en los términos del art. 94 del CPCC (e incluso debió hacerlo, conforme arts. 54 y 57 de la Constitución Provincial).

Todo ello, en cuanto supone una actividad plural médica en el ámbito del hospital público, no puede soslayarse y tiene una directa relación con el principio de confianza destacado por el STJ en la sentencia absolutoria de Fontaine -si bien allí en el contexto de análisis de un delito penal culposo- según el cual, cada profesional y/o auxiliar responde por sus propios actos y no por las imprudencias (en sentido amplio) de sus colegas.

En este caso, a partir de las conclusiones del STJ ya apuntadas –sobre hechos-, y que en este juicio civil nada hace variar, quedó claro que bajo el esquema de división del trabajo que implica el servicio del médico de guardia activa (Dra. Airaldo y Dr. López, sucesivamente, junto con el personal auxiliar de turno) y el del cirujano de guardia pasiva, *“...ninguno de esos profesionales médicos ni tampoco el personal de enfermería -según las constancias de la causa- requirieron la presencia de Fontaine para que evaluara a la paciente...”*.

Siendo útil aquí reiterar el apartado 5.10. de la sentencia absolutoria, donde se precisó: *“...resulta evidente que Fontaine no fue requerido ni advertido del agravamiento en la salud de la paciente antes de que se hiciera presente para examinar a Chavarría en la mañana del 4 de enero. Surge además que ese deterioro comenzó a manifestarse en esa madrugada, no la tarde anterior...En otras palabras, no es posible afirmar que fuera su decisión actuar en forma tardía y tampoco puede reprochársele que no se interesara por el progreso de su paciente, como afirmó el sentenciante, si sabía que esta había quedado al cuidado de quienes se encontraban a cargo del servicio de guardia.”*

Todo ello denota que de concluirse en la existencia de alguna omisión, la misma sin duda le cabe a quienes estuvieron a cargo del servicio de guardia, ya sea la Dra. Airaldo, el Dr. López y/o –desde mi óptica en orden causal más remoto- el personal auxiliar. Aunque en definitiva no importa ahora, para evaluar la responsabilidad estatal (falta de servicio), quién o quiénes de todos ellos, puntualmente, hayan actuado –por acción u omisión- con negligencia, imprudencia o impericia. Lo relevante es que nadie

alertó a Fontaine sobre la evolución desfavorable de la paciente, ni requirió su presencia en el hospital para su evaluación.

Y es ello, adelanto ya, lo que para mí determina la configuración de la falta de servicio en el hospital público de Catriel, ante el fatídico desenlace.

Porque, ya descartada la responsabilidad del cirujano y definido su rol y deberes después que se retiró del hospital el mismo día de la intervención (guardia pasiva), todos los indicadores o la sintomatología que el perito Schoua mencionó en su pericia como datos reveladores de posibles complicaciones y/o que ameritaban extremar la diligencia en el deber de cuidado de la paciente, si bien incorrectamente -Schoua- los direccionó solo a la actuación de Fontaine, entiendo que en rigor aplican a quienes prestaron el servicio activo, en particular durante la madrugada del 4/1/2012, cuando –según lo dicho- el desmejoramiento de la paciente se hizo más notorio.

Pues partiendo de las principales complicaciones de la colecistectomía, los factores de riesgos de la paciente (obesidad mórbida, diabetes, hipertensión, colecistitis crónica), el dolor postoperatorio continuo e intenso que refirió, y –fundamentalmente- que a partir de la hora 2:15 (madrugada del 4/1/2012) el cuadro incluyó náuseas, y posteriormente -a las 06:35 hs.- ya se dejó constancia de vómitos, fiebre, hipotensión, mucosa pálida, sudoración y piel caliente, estoy convencido que aun cuando el estado evolutivo y el diagnóstico de la paciente pudiera no estar muy claro a la observación de los sucesivos médicos de guardia –Dra. Airaldo y López-, y justamente por ello, debieron como mínima actitud de prudencia disipar cualquier riesgo y dar inmediato aviso y requerir la presencia personal del Dr. Fontaine al servicio activo, dado que por su condición de cirujano y médico tratante, era razonablemente esperable que pudiera realizar una evaluación más apropiada y, sobre todo, más oportuna.

Reiterando aquí que nadie le dio tal aviso, ni siquiera antes de las 10 de la mañana de ese 4 de enero, cuando por su cuenta se hizo presente en la habitación donde permanecía internada su paciente Elsa Liliana Chavarría y –recién entonces- comprobó su desmejora.

Insisto, el reproche a los médicos de guardia –no importa a cuál de ellos, o bien a los dos- no les cabe tanto por un error de diagnóstico, quizás incluso excusable; sino principalmente por no obrar con el debido cuidado que requería la situación, con la atención indispensable a los síntomas de la paciente para no incurrir en error y minimizar el eventual peligro (omisión de precauciones).

Es decir, ni siquiera digo que fallaron en no detectar el avance del cuadro

infeccioso, pero sí -por lo menos- en no suponerlo o representárselo como una posible complicación postoperatoria en curso, o bien imaginar otra distinta -y eventualmente grave- causante de la sintomatología que presentaba la paciente internada. De ese modo, entiendo que incurrieron en una falta de previsibilidad, aunque el peligro solo fuera potencial. Agrego que -a diferencia de López- no hay constancia, ni nadie vio, que la Dra. Airlado haya examinado personalmente a la paciente en algún momento (su guardia finalizó el 4/1/2012 a la hora 08:00); de lo que incluso se sigue que la "apreciación de riesgo" de su parte -para mí deficiente- fue solo basándose en los reportes de enfermería (sin examen físico).

Bajo cualquier hipótesis, pudiendo prever el riesgo no debieron menospreciar el cuadro y omitir el aviso al profesional tratante, Dr. Fontaine, según indican las funciones regladas del médico de guardia (cfr. "Reglamento de las Áreas Programas, las estructuras de sus distintos niveles de complejidad, las Misiones y Funciones generales y específicas de los integrantes del Equipo de Salud en dichas Áreas", aprobado mediante Resolución N° 745/86 del Consejo Provincial de Salud Pública de la Provincia de Río Negro, de fecha 12 de junio de 1986).

Tal proceder, además de reglamentado, era conocido y de uso en el establecimiento. Así, por ejemplo, al declarar en la audiencia de prueba realizada en este proceso, la enfermera Ramona Rocío Mellado dijo al respecto: *"Por protocolo del hospital siempre que hay complicaciones de alguno de los pacientes o que pasa algo, hay problemas con la medicación, o hacemos control de signos vitales y está hipertenso, lo que sea, nunca podemos llamar nosotros al médico tratante, por ejemplo en este caso nosotros a Fontaine no lo podíamos llamar nosotros, decirle doctor la paciente tiene esto y esto, no porque no estamos autorizados, nos tenemos que dirigir directamente al médico de guardia. Nosotros hablamos con el médico de guardia, el médico de guardia va a ver la paciente o el paciente, y valora, si está dentro de su alcance, si tienen fiebre le hace una dipirone, si esta hipertenso trata de bajar la presión, él va viendo, si no ceden los cuadros, el médico de guardia es quien llama al médico tratante, siempre, nosotros no podemos pasar por encima del médico de guardia."*

También la testigo Laura Mariel Molina, Supervisora de Enfermería del Hospital de Catriel, declaró: *"Nosotros tenemos la orden de avisar al médico de guardia, el médico de guardia es el que activa en caso de que sea necesario, llamar al médico que la operó o al medico tratante, el médico vuelve a la sala o se dirige a la guardia, yo*

hablo porque hace todo, es un solo médico para todo en las guardias de Catriel, la médica va lo evalúa, si necesita el paciente o requiere atención del cirujano o el médico tratante, llama por teléfono, le avisa y el medico viene, si ella evalúa que no es necesario, no lo hace, eso depende del médico."

Por otro lado, y más allá de la sintomatología de la paciente, quienes estaban a su cuidado debieron ponderar especialmente las circunstancias de lugar y -para minimizar riesgos- dar oportuno aviso al Dr. Fontaine. Porque como refirió el perito Schoua en su dictamen, el hospital de Catriel no cuenta con la infraestructura para superar posibles complicaciones de una cirugía como la que se le practicó a la paciente Chavarría. Por lo tanto, la detección temprana u oportuna de una complicación como la que se presentó en el caso (peritonitis biliar), resultaba crucial.

En este último aspecto, pongo de resalto que también el Dr. Schoua fue claro cuando concluyó que la paciente podría haber tenido posibilidades de haberse realizado antes su derivación (al respecto, la Provincia codemandada no invocó y menos acreditó que de haberse cumplimentado con las previsiones del caso, aquella igualmente no hubiese podido superar el trance). Pero para ello, según la línea argumental que he venido desarrollando, Fontaine debió ser anoticiado a tiempo.

Así, y en línea con la conclusión arribada en la pericia médica, tengo por comprobado que la paciente Elsa Liliana Chavarría falleció como consecuencia de un mal manejo de una complicación operatoria, en el hospital público de Catriel, donde los respectivos deberes de asistencia no se cumplieron diligentemente; lo que se traduce en un supuesto de prestación defectuosa o irregular del servicio de salud pública (falta de servicio).

Por consiguiente, la PROVINCIA DE RIO NEGRO deberá responder por los perjuicios causados (art. 55 de la Constitución Provincial y art. 1112 C.Civil).

11.- Situación de las citadas en garantía.

Con relación a la citada en garantía FEDERACIÓN PATRONAL SEGUROS S.A., ninguna duda cabe que en tanto se desestimaré la acción contra el cirujano Javier Darío Fontaine, y siendo éste el asegurado a través de la póliza colectiva de seguro de Responsabilidad por Praxis Médica tomada por FEDERACIÓN MÉDICA DE RÍO NEGRO (fs. 374/375), dicha aseguradora también quedará liberada del deber de responder frente al reclamo de los actores (sin condena a su asegurado ninguna obligación de indemnidad se le puede oponer ni exigir a la compañía).

En el caso de HORIZONTE COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS GENERALES S.A., su citación fue instada por la Provincia de Río Negro -a fs. 106- bajo la manifestación de encontrarse cubierta por dicha aseguradora *"en relación al Hospital de Catriel, dependiente del Ministerio de Salud de la Provincia de Río Negro."*

En oportunidad de presentarse en el juicio y asumir la citación en garantía, esta última compañía presentó la póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Médica que corre agregada a fs. 128/223.

De la misma resulta que el tomador es efectivamente el Ministerio de Salud y Acción Social de Río Negro y que el asegurado -cuyo patrimonio la aseguradora se obliga a mantener indemne- es el Médico Cirujano Javier Darío Fontaine (cfr. Póliza N° 303886, fs. 128/129).

Dado que se trata también de una póliza colectiva, que incluye una nómina de profesionales del rubro de la salud y auxiliares, debe remarcarse que el Ministerio de Salud es tomador, pero no asegurado. O sea, que contrató un seguro exclusivamente en beneficio de terceros; puntualmente, 3996 dependientes asegurados (cfr. fs. 132), quienes en rigor resultan ser las personas protegidas por el seguro a título personal o individual.

De esta manera, al no hallarse configurada la responsabilidad profesional de Fontaine, tampoco deberá responder la aseguradora con quien contrató el organismo público provincial.

Y ello aun cuando otros asegurados (dependientes del Ministerio de Salud e incluidos en la nómina de póliza) estuvieran a cargo de la atención de la paciente Chavarría en el Hospital de Catriel, a la postre fallecida. Porque aun así, resultaron ajenos a esta litis, en la que no se juzgó propiamente la responsabilidad profesional individual de ninguno de ellos (riesgo cubierto). Es decir, que al no existir demanda ni -obvio- tampoco una condena personal contra otro asegurado (aparte de Fontaine), la compañía claramente no debe responder.

Debiendo distinguirse que si bien el obrar de los dependientes del Ministerio de Salud pudo determinar la responsabilidad del Estado Provincial por falta de servicio, se trata -como fue explicado- de una responsabilidad directa y, sin duda, supone una contingencia diversa al riesgo asegurado en la mentada póliza (responsabilidad

profesional individual), de la que aquél solo resulta tomador, más no asegurado a quien se le haya garantizado indemnidad.

12.- Daños reclamados.

Establecida entonces la responsabilidad del Estado Provincial por el fallecimiento de la esposa y madre de los accionantes, corresponde analizar la procedencia del reclamo indemnizatorio, pues acreditada la existencia de una acción antijurídica y corroborada la titularidad del derecho en cabeza de los damnificados, se impone la obligación de reparar el daño causado (arg. arts. 1067, 1068, 1069 Cód. Civil).

Antes de comenzar con ello, importa aclarar que las sumas pretendidas en el escrito de inicio no configuran límite alguno a la facultad decisoria del órgano jurisdiccional, si el pedimento no se sujetó estrictamente a una suma determinada, sino provisional, que quedó diferida a "*lo que en más o en menos resultara de la prueba*" (o a alguna enunciación afín); y en tal sentido, por tratarse de uno de los supuestos mentados por el art. 330 última parte del Código Procesal, es posible que en la sentencia su fijación supere lo estimado por la parte, si se acredita que la cuantificación del daño debe ser mayor. Sin que lo anterior importe incongruencia.

12.1.- Valor "vida humana" - Daño económico.

Refirieron los pretendientes que la repentina desaparición de su esposa y madre, respectivamente, significó un verdadero perjuicio económico de un alcance y magnitud inesperados, pues no solo era ama de casa con todas las obligaciones que ello implica, sino que también trabajaba en el Hospital de Catriel, por lo que entienden que en este caso existe un perjuicio económico proveniente de ambas situaciones cesantes: uno derivado de su trabajo remunerado, y el otro de sus tareas de ama de casa (también susceptible de apreciación económica).

Para contextualizar tal pretensión en el perfil personal y familiar, se describió en la demanda que Exequiel Carrillo Barra se encontraba casado con la víctima desde el 13/07/1984 y que ambos convivían –en el hogar familiar situado en Catriel– con sus 4 hijos, Liliana Esther Carrillo Chavarria; Juan Exequiel Carrillo Chavarria; Ana Gabriela Carrillo Chavarria y A.D.C.C., quienes a la fecha del deceso de su madre tenían 21, 20, 13 y 4 años de edad respectivamente.

Cuantificaron este rubro indemnizatorio en la suma de \$2.000.000.-, solicitando

para el viudo la suma de \$500.000.-, para cada una de las hijas menores de edad \$600.000.- y para cada uno de los dos hijos mayores de edad la suma de \$150.000.-

Cuando a resultas de un hecho ilícito se produce el fallecimiento de una persona, tienen dicho nuestro STJ que: *“En principio, el art. 1084 del Código Civil prevé como reparación en caso de homicidio lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto; el art. 1085 dispone -en su segunda parte- que esa indemnización sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente y por los herederos necesarios del fallecido, siempre que no fueren culpados del delito como autores o cómplices, o si no lo impidieron pudiendo hacerlo; y, además, el artículo 1079 admite la resarcibilidad del perjuicio sufrido indirectamente por toda otra persona. Las primeras dos normas mencionadas constituyen excepciones a la regla general que señala que todo aquel que invoca un daño debe probarlo, ya que la ley presume un daño cierto respecto de esos damnificados indirectos, consistente en la privación que experimentan de lo que les es necesario para la subsistencia; al par que la cuantía de este perjuicio -en favor de quienes tienen un estrecho vínculo que los une a la víctima del hecho ilícito- queda librada a la prudencia de los Jueces (conf. Cazeaux - Trigo Represas, “Derecho de las obligaciones”, t. 4, pág. 246 y sgtes.)”* (Se. N° 81/14 cit.). (Sentencia 4 - 22/02/2018 - A-2RO-966-C2016 - TAMBONE DANIELA VIVIANA Y OTROS C/ MAIDANA JORGE OMAR Y OTROS S/ ORDINARIO S/ CASACION. Expte. N° 29518/17-STJ).

Y en estos casos la indemnización que sus deudos requieren no es por la pérdida de la vida en sí, sino por las chances de ayuda, amparo o beneficio que el causante les dispensaba. Ello así porque la vida humana no es en sí misma un valor económico cuya pérdida deba ser indemnizada, sino que lo que cabe reparar es el perjuicio patrimonial que los damnificados puedan experimentar al quedar desprovistos de los bienes de ese orden que aportaba la víctima.

Al respecto la jurisprudencia explica: *“La vida humana no tienen un valor económico per se, sino en consideración de lo que produce o puede producir. No es dable evitar una honda perturbación espiritual cuando se habla de tasar económicamente la vida humana, reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo inconmutable. Pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las*

consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. En ese orden de ideas, lo que se llama elípticamente la valoración de la vida humana, no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue" (CSJN. 6/7/99 "Schauman de Scaiola, Martha S c/ provincia de Santa Cruz y otro").

Si bien la Corte se expidió allí, al igual que en "Aróstegui", en que ello no debe reducirse a la aplicación de una fórmula matemática que se desentienda de las concretas circunstancias del caso, *"con dicha jurisprudencia no se ha proscrito en sí el empleo de fórmulas de cálculo indemnizatorio sino, en definitiva, propendió a evitar un apego formalista a cualquier fórmula en general, sin marginar su uso, siempre que se evite el reduccionismo tarifario y se halle prudentemente ordenada a una reparación integral"*, tal como lo entendiera el STJRN, estableciendo a su vez que *"la utilización de fórmulas propende a una mayor seguridad jurídica para empleadores y aseguradoras, facilita la autocomposición del conflicto y permite arribar a soluciones con menor desgaste jurisdiccional y mayor prontitud, todo lo cual se logra mediante la aplicación de un criterio uniforme"* (doctr. STJ in re: "PROVINCIA DE RIO NEGRO", Se. N° 48/11 y "DA SILVA", Se. N° 51/11, ambas del 16.06.11), siempre y cuando ello no conduzca a un resultado manifiestamente injusto o irrazonable (STJRN se.14, Expte. 26010/12 "Mesa Roberto Tomas c.Skanska S.A.") (precedente citado).

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con la reclamación por lesiones que generan incapacidad definitiva, al menos en principio, no se tiene en cuenta tanto la expectativa de vida de la víctima directa, sino que el límite temporal de la indemnización está dado fundamentalmente por la edad del damnificado indirecto (cónyuge, padres, hijos, etc.). Aunque obviamente, siempre igual habrá de ponderarse la edad de aquél que murió y su expectativa de vida, en tanto la chance de ayuda o colaboración en relación a aquellos damnificados, no es razonable extenderla más allá de la otorgable al muerto.

Y desde tal perspectiva, conforme a lo fijado por el Superior Tribunal de Justicia en el precedente "Huinca c/ Flores"(sentencia de fecha 13/11/2014 correspondiente al Expte. 26930/14) y "Tambone c/Maidana" (ya citado), corresponde tener en cuenta para la presente liquidación el límite de expectativa de la contribución alimentaria de la

occisa a sus hijos en la edad de 25 años.

Así también, a los efectos de determinar la indemnización por la pérdida de la vida o la afectación de la integridad psicofísica de las personas, cabe señalar que no es posible considerar exclusivamente el aspecto laboral o rentístico de la víctima -los ingresos del empleo o por sus actividades remuneradas-, sino que es menester que, más allá de lo que se reconozca por daño moral, se pondere también las demás actividades susceptibles de una apreciación pecuniaria, que la misma desplegaba o podía realizar, en el caso, en beneficio de los actores.

Y es que entiendo, tal como lo postulan los actores, que corresponde estimar a la víctima en toda su dimensión y más aún en el caso de una mujer sobre la que cabe presumir –sin que exista prueba que lo contradiga- que cumplía el rol de ama de casa, donde además de la colaboración con lo que obtenía de su empleo remunerado, contribuía al hogar con una actividad no remunerada pero sí de significativo impacto en la economía familiar.

En tal sentido, y siguiendo aquí a Matilde Zavala de González (*“Daño material por muerte de ama de casa y madre de familia”*, Publicado en: RCyS2007, 135 Cita: TR LALEY AR/DOC/2190/2007), se entiende que los valores económicos o beneficios cesantes por muerte de la cónyuge y progenitora no se ciñen a tareas retribuidas dinerariamente o que generan réditos monetarios: también los servicios que se prestan en interés propio y del grupo familiar, útiles para el desenvolvimiento práctico de la vida y sin compensación pecuniaria, tienen clara significación patrimonial.

Así, por ejemplo, en relación con los hijos, esa prestación incluye educarlos - conforme con la condición y fortuna de los padres-, lo cual alcanza la instrucción o capacitación, recreación y formación de su personalidad. Tales contribuciones son factibles con medios pecuniarios, pero requieren también gestiones y ocupaciones de la más diversa índole, que en hogares integrados brindan generalmente ambos cónyuges de modo mancomunado, y en las que participa el ama de casa y madre de familia con protagonismo esencial.

Su actividad conyugal y maternal tiene fundamental trascendencia familiar y social, y más allá de los llamados "quehaceres domésticos".

Así, aun cuando como en este caso la víctima también cumplía actividades

remuneradas, la privación de la propia actividad doméstica también constituye un daño patrimonial indemnizable que procede reconocer adicionalmente. Pues la productividad (en sentido amplio) de la mujer que "trabaja" no se agota en lo que hace "afuera", pues el descanso no termina cabalmente con el regreso al hogar, sobre todo cuando hay hijos y máxime si son de corta edad.

Y en este sentido, a fin de compensar esas tareas del hogar y asistencia de sus hijos hasta la edad referida, como en relación a su marido, hasta la edad de 75 años de aquélla, optare por computar el total (100%) del capital que resulte de la fórmula matemática financiera aplicable al caso; o sea, sin detraer aquella proporción de sus ingresos que la víctima hubiera utilizado para su propio sostenimiento, que -dada la conformación del grupo familiar- estimo en el orden del 20 %.

Así, para establecer el monto indemnizatorio, según lineamientos del STJRN en el ya citado precedente "TAMBONE" (Se. 4/2018) –entre otros similares-, se debe partir de la fórmula de aplicación en el fuero civil según la doctrina sentada por ese mismo tribunal en los autos "HERNANDEZ, Fabián Alejandro c/EDERSA s/Ordinario" (Se. 52 del 11/8/2015), aplicando la siguiente fórmula: $C = A * (1 - Vn) * 1 / i * \% \text{ de incapacidad}$.

En la que (A) = a la remuneración anual, que no sólo resulta de multiplicar por 13 (teniendo en cuenta la incidencia del S.A.C.) el ingreso mensual devengado en la época de la ocurrencia del accidente, sino que procura considerar además la perspectiva de mejora del ingreso futuro que seguramente el daño ha disminuido, teniendo en cuenta la estimación de que aproximadamente a los 60 años de edad el trabajador medio ha culminado su desarrollo laboral y su ingreso se estabiliza hacia el futuro, lo que se plasma al multiplicar por 60 el ingreso anual y dividirlo por la edad del actor a la fecha del siniestro; (n) = es i la cantidad de años que le faltaban al actor para cumplir 75 años; (i) = la tasa de interés compuesto anual del 6% (= 0,06); (%) = el porcentaje de incapacidad laboral; (Vn)= Valor actual, componente financiero de la fórmula que se obtiene del siguiente modo: $Vn = 1 / (1 + i) \text{ elevado a la "n"}$.

Sostuvieron los accionantes que la víctima directa se desempeñaba como empleada del Hospital de Catriel. Y al respecto, mediante informe agregado a fs. 545/547 el Ministerio de Salud certificó que Elsa Liliana Chavarria revistó y prestó servicio en el Hospital Área Programa Catriel, dependiente del Ministerio de Salud,

como agente de la Ley N° 1844 -Servicio de Apoyo- Categoría 15 - Planta Permanente, produciéndose su ingreso el 01/01/1983, hasta el 04/01/2012, disponiendo la baja por fallecimiento mediante Resolución N° 733/12 "MS" de fecha 06/03/2012.

Asimismo, acompañó actualización del haber percibido por dicha agente en el mes de diciembre de 2011, según escala salarial vigente a octubre/2016.

Sin embargo, y conforme criterio ya sentado por el STJ: *“Los datos que permiten despejar la fórmula ($C = Ax (1-Vn) x 1/i x \% \text{ de incapacidad}$) establecida en “PEREZ BARRIENTOS”, ratificada recientemente en los autos caratulados “HERNANDEZ, Fabián Alejandro c/EDERSA s/ ORDINARIO s/CASACION” (Expte. N° 27484/14-STJ, Se. N° 52 del 11 de agosto de 2015), refiere expresamente que, para calcular el capital del daño material por incapacidad parcial y permanente, debe tomarse el ingreso mensual devengado a la época de la ocurrencia del accidente.”* (STJRNS1 - Se N° 75/15, in re: “E., K. R. c/M., N. A.; Se. N° 100/16, in re: “T., L. M. y Otros c/MINISTERIO DE SALUD DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO y Otra”; Se. N° 46/17, in re: “A., M. G. c/PROVINCIA DE RIO NEGRO”).

Por tanto, estaré para el cálculo de la indemnización –no a la referida actualización informada por el Ministerio de Salud (fs. 546)- sino a los ingresos efectivamente devengados a la fecha de la ocurrencia del hecho desencadenante (04/01/2012), que según copia del recibo obrante a fs. 16, correspondiente a diciembre de 2011, ascendían a la suma de \$ 4.153.89.-

Entonces, se computará tal remuneración, la edad de la víctima a la fecha de su fallecimiento (48 años) y el porcentaje íntegro de la capacidad laborativa extinguida con su muerte (100 %).

De tal forma, tras aplicar tales variables, la fórmula matemático financiera señalada arroja un resultado de \$ 891.720,42.- (capital histórico).

A dicho importe se deben adicionar los intereses devengados desde el 04/01/2012 (fecha de la evento luctuoso), hasta el momento de su efectivo pago, según tasa activa del Banco de la Nación Argentina -en adelante BNA- hasta el 22/11/2015; desde el 23/11/2015 tasa del BNA para préstamos personales libre destino -operaciones de 49 a 60 meses- hasta el 31/8/2016; desde el mes de septiembre de 2016, la tasa vigente en el BNA para préstamos personales libre destino, en operaciones de hasta 36 cuotas

mensuales y desde el 1° de agosto de 2018 la tasa establecida por dicha institución oficial para préstamos personales libre destino hasta 72 meses o la que en el futuro se establezca como de plazo menor. Todo ello de acuerdo con la Doctrina Legal obligatoria del STJRN adoptada en los precedentes “LOZA LONGO” [Se. N° 43/10]; “JEREZ” [Se. 105/15], “GUICHAQUEO” [Se. 76/16] y “FLEITAS” [Se. 62/2018].

Practicada la correspondiente liquidación hasta el momento del presente pronunciamiento (a través de la respectiva herramienta incorporada al sitio oficial de Internet del Poder Judicial), los intereses ascienden a \$ 3.746.637,66.-

Y añadidos al monto de capital, se alcanza un total de **\$ 4.638.358,08.-** que, a esta fecha, establezco como condena por el presente rubro (sin perjuicio de los intereses posteriores al dictado de la presente, que eventualmente se devenguen, según la tasa judicial de aplicación).

Suma que teniendo en cuenta el número de legitimados que concurren como acreedores, sus respectivas edades cuando se produjo el hecho dañoso y el lapso individual de devengamiento –en el caso de los hijos, como fue dicho, hasta el límite de 25 años de edad-, se distribuye y asigna del siguiente modo: El 35 % para la hija –aun menor de edad- A.D.C.C. (\$ 1.623.425,32); el 25 % para el viudo Exequiel Carrillo Barra (\$ 1.159.589,52); el 25 % para la hija Ana Gabriela Carrillo Chavarría (\$ 1.159.589,52); el 8 % para el hijo Juan Exequiel Carrillo Chavarría (\$ 371.068,64) y el 7 % para la hija Liliana Esther Carrillo Chavarría (\$ 323.985,06).-

12.2.- Daño psicológico patrimonial (incapacidad sobreviniente).

Diferenciándolo de las aflicciones morales –que más adelante se considerarán- los accionantes reclamaron un resarcimiento por el daño psíquico (patrimonial) que afirman haber sufrido como consecuencia del fallecimiento de su esposa y madre, respectivamente. Estimaron tal pretensión en la suma de \$1.000.000.-, a dividir en partes iguales (1/5).

Relacionado con ello, además, demandaron el costo del tratamiento psicológico que determine el experto, tasándolo provisoriamente en \$ 150.000, también a dividir en partes iguales para cada reclamante.

Desde la psicopsiquiatría forense se entiende por daño psíquico toda forma de deterioro, detrimento, disfunción, disturbio, alteración, trastorno o desarrollo

psicogénico o psicoorgánico que, impactando sobre las esferas afectiva y/o intelectual y/o volitiva, limita, sea en forma transitoria o permanente, la capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativa. Dentro de las notas constitutivas del daño psíquico, tenemos: 1) exigencia de un hecho traumático significativo en la historia vital del sujeto; 2) constatación pericial de un síndrome claro y preciso (cuadro esencialmente desadaptativo y, por ende, psicopatológico); 3) causal de limitación real del psiquismo; 4) nexo causal o concausal debidamente acreditado; 5) cronificado o jurídicamente consolidado (conf. CASTEX, Mariano N., "El daño en psicopsiquiatría forense", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, ps. 29 y 31).

Desde una perspectiva jurídica, Daray delimita al daño psicológico como *“la perturbación transitoria o permanente del equilibrio espiritual preexistente, de carácter patológico, producida por un hecho ilícito, que genera en quien la padece la posibilidad de reclamar una indemnización por tal concepto a quien la haya ocasionado o deba responder por ella”* (Hernán Daray, “Daño Psicológico”. Ed. Astrea, 2º Edición, pág. 16).

Empero, no toda alteración anímica a consecuencia del hecho constituye lesión psíquica en sentido propio. Ésta constituye una enfermedad (más o menos estable o bien transitoria o accidental); en su virtud y por ejemplo, no hay daño psíquico en el sentido estudiado respecto de la perturbación anímica que de ordinario acompaña a dolores emergentes de un daño físico, en tanto no se advierta aquel matiz patológico.

Ahora bien, aunque admito tal autonomía (solo conceptual) del daño psíquico o psicológico, considero –en consonancia con la postura tradicional- que los daños a la persona concebidos desde las consecuencias que de ellos derivan y consiguientemente en su faz resarcitoria, solo pueden ser de tipo patrimonial (o material) o extrapatrimonial (o moral), según produzcan o representen un menoscabo directo sobre el patrimonio, o no (sobre el espíritu).

Partiendo de ello, concuerdo con la tesis mayormente afianzada en doctrina y jurisprudencia (entre otras diversas), que concluye que el daño psicológico no constituye un tercer género de daños entre el moral y el patrimonial, sino que – como remarca Galdós - tiene un carácter dual. Pues el padecimiento de una lesión de este tipo puede incidir en forma indistinta y aún simultánea tanto en el daño moral como en el daño patrimonial (Galdós, Jorge M., “Acerca de daño psicológico” JA 2005-I-1197 –

SJA 3/3/2005).

En esa línea se pronunció la CSJN, señalando que *“aunque se reconozca autonomía conceptual al daño psíquico o psicológico por la índole de la lesión que se causa a la integridad psicofísica de la persona, ello no significa que haya de ser individualizado como un rubro resarcitorio autónomo para ser sumado al daño patrimonial o moral”* (CSNJ, “Mochi, Ermanno y otra c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, 20/03/2003. Fallos: 326: 847).

Implica lo que se viene exponiendo -y es importante distinguir- que el daño resarcible (esto es, lo que se indemniza y que constituye el presupuesto necesario para el surgimiento de la obligación pertinente) no es la lesión en sí misma, sino las concretas consecuencias perjudiciales que acarrea, sean patrimoniales y/o espirituales. Tal visión, desde mi punto de vista, es la que ha receptado el nuevo Código Civil y Comercial en los arts. 1726, 1738, 1740 o 1741, entre otros. Y si bien ese cuerpo normativo no resulta aplicable al caso en discusión (art. 7 CCC), es indudable su valor como pauta interpretativa.

Así, en general el daño psíquico puede constituir un daño patrimonial emergente o lucro cesante, por las erogaciones de asistencia médica, psicológica, psiquiátrica, farmacológica etc. y por la incapacidad que produce, y simultáneamente un daño extrapatrimonial por las aflicciones, dolores, molestias y padecimientos que provoca en el sujeto.

Considero entonces que la pretensión resarcitoria en cuestión -daño psicológico- debe analizarse bajo tal enfoque.

Y, por lo tanto, establecerse ahora si en el caso particular de autos se verifica un perjuicio en la psiquis de los pretendientes, que –tal como se postuló en la demanda- conlleve a una disminución de las aptitudes o capacidades ya referidas.

Sin que ello obste a que luego, además, se pondere la eventual repercusión extrapatrimonial (o moral) del daño psicológico, en caso de hallárselo configurado.

A los fines del presente rubro fue ofrecida y producida prueba pericial psicológica, a cargo del profesional designado, Lic. Luis Alejandro Ramallo (psicólogo).

A fs. 550/574 obran sus dictámenes, relativos a cada uno de los pretendientes

(elaborados por separado o de modo individual).

Y en sustancia, en cada caso se enuncian los respectivos datos personales de los peritados, sus antecedentes familiares y personales, a la vez que se describe lo recabado en cada entrevista pericial, el resultado de las pruebas diagnósticas efectuadas (diferentes test que se mencionan), sintomatología hallada y las respectivas observaciones, conclusiones y/o recomendaciones, según criterios explicados por el especialista.

Bajo ese esquema, emitió los siguientes diagnósticos y consideraciones psicológicas:

Con respecto a la joven Ana Gabriela Carrillo Barra, de 17 años a la fecha de la entrevista: “...*el Trastorno de su Personalidad tiene vinculación causal con los hechos relatados y mencionados en autos, en GRADO AGUDO*”, y luego enumeró:

“TRASTORNO GENERALIZADO DE LA ANSIEDAD (F.41.1), con síntomas observados de APRENSIÓN Y TENSIÓN MUSCULAR (AGITACIÓN Y PSICOMOTRICIDAD ALTERADA)”; y *“TRASTORNO MIXTO ANSIOSO DEPRESIVO (F.41.2) FRENTE A CAMBIOS VITALES ESTRESANTES (el fallecimiento de su madre)...”*

“...se recomienda a criterio profesional...iniciar un Tratamiento Psicológico con el correspondiente seguimiento dado que su estado actual compromete seriamente su Estado de Salud Psicosomática.

Ello le significa un gasto semanal de \$ 600 pesos y por el término de 3 (dos) años, con un gasto total aproximado de \$ 86.400 pesos.” (sic) (fs. 553/554).

Con relación a Exequiel Armando Carrillo Barra, de 62 años a la fecha de la entrevista: “...*TRASTORNO POR STRESS POSTRAUMÁTICO DSM IV; TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE; F-337 CIE 10 (DAÑO PSÍQUICO-SECUELA PSICOLÓGICA). Trastornos adquiridos en relación causal y vinculante con los hechos ocurridos...*”

“...el Trastorno de Personalidad manifiesta actualmente como Depresión”.

“...Las secuelas propias del daño psicológico posicionan al sujeto al día de la fecha en un estado de AGUDA DISFUNCIONALIDAD...que se relaciona directamente

con el hecho traumático sufrido...INCAPACIDAD ADQUIRIDA en grado GRAVE o AGUDO en lo emocional, afectivo, familiar y social...”

“...se sugiere que realice Tratamiento Psicológico con un especialista, lo que le significaría poder contener el cuadro depresivo. Ello le significa un gasto semanal de \$ 600 pesos, por el término de 2 años, con un gasto total aproximado de \$ 57.600 pesos.” (fs. 557/558).

Sobre Liliana Esther Carrillo Chavarría, de 26 años a la fecha de la entrevista: *“...TRASTORNO POR STRESS POSTRAUMÁTICO DSM IV; TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE; F-337 CIE 10 (DAÑO PSÍQUICO-SECUELA PSICOLÓGICA). Trastornos adquiridos en relación causal y vinculante con los hechos ocurridos...”*

“...el Trastorno de Personalidad manifiesta actualmente como Depresión”.

“...Las secuelas propias del daño psicológico posicionan al sujeto al día de la fecha en un estado de DISFUNCIONALIDAD...que se relaciona directamente con el hecho traumático sufrido (según el Baremo de Castex y Silva, se trataría de un Desarrollo Neurótico Reactivo de Grado III).

Es importante mencionar que los síntomas asociados hacen referencia a que su estado de salud compromete de manera determinante su integridad psicosomática...

...se sugiere que realice Tratamiento Psicológico, lo que le significaría contener el cuadro depresivo. Ello significa un gasto semanal de \$ 600 pesos, por el término de 3 años, con un gasto total aproximado de \$ 86.400 pesos.” (fs. 562/563).

En cuanto a la hija menor, A.D.C.C. (FN. 7/2/2007): *“...“TRASTORNO GENERALIZADO DE LA ANSIEDAD (F.41.1), con síntomas observados de APRENSIÓN Y TENSIÓN MUSCULAR (AGITACIÓN Y PSICOMOTRICIDAD ALTERADA)”;* y *“TRASTORNO MIXTO ANSIOSO DEPRESIVO (F.41.2) FRENTE A CAMBIOS VITALES ESTRESANTES (el fallecimiento de su madre)...”*

“...se recomienda a criterio profesional...iniciar un Tratamiento Psicológico con el correspondiente seguimiento dado que su estado actual compromete seriamente su Estado de Salud Psicosomática.

Ello le significa un gasto semanal de \$ 600 pesos y por el término de 3 (dos)

años, con un gasto total aproximado de \$ 86.400 pesos.” (sic) (fs. 567/568).

Por último, respecto de Juan Exequiel Carrillo Chavarría, de 25 años de edad a la fecha de la entrevista: “...*TRASTORNO POR STRESS POSTRAUMÁTICO DSM IV; TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE; F-337 CIE 10 (DAÑO PSÍQUICO-SECUELA PSICOLÓGICA). Trastornos adquiridos en relación causal y vinculante con los hechos ocurridos...*”

“...*el Trastorno de Personalidad manifiesta actualmente como Depresión*”.

“...*Las secuelas propias del daño psicológico posicionan al sujeto al de día de la fecha en un estado de DISFUNCIONALIDAD...que se relaciona directamente con el hecho traumático sufrido...(según el Baremo de Castex y Silva, se trataría de un Desarrollo Neurótico Reactivo de Grado III SEVERO)...*”

“...*se sugiere que realice Tratamiento Psicológico, lo que le significaría poder contener el cuadro depresivo. Ello significa un gasto semanal de \$ 600 pesos y por el término de 2 años, con un gasto total aproximado de \$ 57.600 pesos.*” (fs. 573/574).

Sustanciadas las pericias (fs. 575), el apoderado de la parte actora solicitó –a fs. 576- que el especialista responda ciertos puntos ofrecidos oportunamente y omitidos en sus dictámenes.

Mientras que la apoderada de la citada en garantía impugnó la pericia, mediante una crítica común aplicable al dictamen individual de cada peritado, en el que cuestionó los diagnósticos inferidos por el perito (y que la impugnante caracterizó en detalle), por falta de elementos, información y datos fehacientes que permitan convalidarlos. Y en línea con sus objeciones, solicitó la ampliación de los informes periciales sobre ciertos aspectos puntuales que enunció (fs. 579/582).

A fs. 586/590 el perito se expidió sobre lo requerido por la actora (puntos omitidos), remitiéndose en gran parte a los ya expuesto en sus anteriores dictámenes, e introduciendo –como novedad más relevante- la ponderación de la incapacidad psíquica por su grado (leve, moderado o agudo) y porcentaje respectivo. Afirmando en tal sentido, que la adquirida por cada uno de los actores, es la siguiente:

En cuanto al cónyuge, Exequiel Armando Carrillo Barra, y a la hija mayor Liliana Esther: “...*se le diagnostica una Incapacidad Adquirida en Grado AGUDO lo que se corresponde con un 45% de manera CRÓNICA E IRREVERSIBLE (Esto es que debe*

necesariamente realizar un tratamiento con una duración no menor a un año).”

Juan Exequiel y Ana Gabriela: “...*se le diagnostica una Incapacidad Adquirida en Grado MODERADO lo que se corresponde con un 25 % de manera CRÓNICA E IRREVERSIBLE (Esto es que debe necesariamente realizar un tratamiento con una duración no menor a un año).*”

Hija menor, A.D.C.C. “...*se le diagnostica una Incapacidad Adquirida en Grado MODERADO lo que se corresponde con un 35 % de manera CRÓNICA E IRREVERSIBLE (Esto es que debe necesariamente realizar un tratamiento con una duración no menor a un año).*”

Y posteriormente, a fs. 597/602, el Lic. Ramallo contestó el pedido de explicaciones (ampliación) e impugnaciones de la citada en garantía, defendiendo y ratificando su labor y conclusiones.

Con todo ello, toca ahora la tarea de estimar la fuerza probatoria del dictamen pericial, según pautas que establece el art. 477 del CPCC.

Si bien las normas procesales no otorgan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, cuando comporta la necesidad de una apreciación específica del saber del perito -como en el caso-, para desvirtuarlo es imprescindible advertir fehacientemente el error o insuficiente aprovechamiento de los acontecimientos científicos que debe tener por su profesión o título habilitante. Cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe prueba de parejo tenor que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor peso, aceptar las conclusiones de aquél.

Ahora, la referida fundabilidad e inobjetabilidad del dictamen también supone -bajo las propias reglas de la sana crítica (art. 386 CPCC)- que la opinión del perito no se encuentre reñida con principios lógicos y máximas de experiencia, o bien que a sus conclusiones no se le opongan otros elementos no menos convincentes.

Partiendo justamente de la lógica y de la experiencia del hombre común, hay un primer dato que me llama ciertamente la atención; y es que no haya -en ninguno de los cinco (5) dictámenes individuales, referidos a cada peritado y en el contexto de análisis de las consecuencias psíquicas o psicológicas que habría aparejado la muerte de la cónyuge y madre de los pretendientes, respectivamente- una sola mención a la noción

de "*duelo*". Siendo esta la idea más básica que define al proceso que acostumbra experimentar una persona después de una pérdida semejante.

Duelo que a su vez puede ser "normal" y no causa perjuicio patrimonial indemnizable (cfr. Baremo Castex y Silva), en cuyo caso se pasa de un apego al dolor por la pérdida a una progresiva desvinculación con ausencia de dolor, pero manteniendo en la memoria los aspectos del ser perdido; o bien patológico.

Tipo calificado de duelo, este último, que ni siquiera aparece enunciado por el especialista -Lic. Ramallo-, cuanto menos como diagnóstico diferencial respecto de los restantes hallazgos o cuadros sobre los que informa en su pericia (es decir, efectuando una comparación que descarte cualquier posible confusión entre los mismos).

Es más, no hay en rigor en su dictamen descripción del proceso de duelo atravesado por cada peritado, salvo con relación al viudo, sobre quien citó -muy brevemente- lo que refirió en la entrevista (fs. 556). Por lo demás, y en el punto analizado, el dictamen se limita a referencias genéricas tales como "*la joven se expresa con angustia y con pesar por lo que vive a diario a partir del fallecimiento de su madre*" (fs. 551); "*se solicita que relate en forma cronológica los hechos ocurridos a partir del momento de los eventos ocurridos*" (sic) (fs. 561); otra vez: "*la joven se expresa con angustia y con pesar por lo ocurrido*" (fs. 566) y "*se le solicita que relate de manera cronológica los hechos que hacen a la causa observándose sus expresiones verbales y gestuales, siéndolas expresiones corporales-gestuales coincidentes y concordantes con el discurso verbal*" (fs. 571). Lo que en todos los casos se ignora -con la salvedad indicada (viudo)- es precisamente el discurso; un relato circunstanciado mínimo, incluso con palabras del perito, sobre el proceso de duelo vivenciado por cada uno.

Otro dato significativo, en mi apreciación, es que la pericia se practicó una vez transcurridos más de cinco (5) años del hecho luctuoso y aparentemente desencadenante de los cuadros detectados en todos los peritados. O sea, que en ese extenso lapso ninguno de los pretendientes habría conseguido sortear -sin lesión psíquica- las diferentes etapas o fases del proceso de duelo que distinguen ciertos autores (Lindemann, Parkes y Bowlby, Engel Kübler-Ross, Rando, Neimeyer) y suponen: (a) aceptar la realidad de la pérdida, (b) trabajar las emociones y el dolor de la pérdida, (c) adaptarse a un medio en el que el ser querido está ausente y (d) recolocar

emocionalmente al fallecido (Gil-Juliá, B., Bellver, A., & Ballester, R.-2008. Duelo: evaluación, diagnóstico y tratamiento. *Psicooncología* Vol. 5, Núm. 1, 103-116).

Cuestión particular sobre la que el perito no enuncia razones que den cuenta de los motivos concretos que, en cada caso, impidieron superar el trance o bien atravesarlo con resultados menos gravosos. Lo que a su vez permitiría descartar cualquier eventual concausalidad, más allá de la genérica mención en cuanto a que los peritados no refieren antecedentes de interés médico legal. Porque incluso, y máxime en ese largo tiempo, pudieron establecerse concausas posteriores al propio fallecimiento (vgr. reacción negativa del entorno).

Del mismo modo, tratándose los pretendientes de personas disímiles en edad, sexo, historia, carácter, factores de resiliencia o de vulnerabilidad, etc., es decir, con su propia subjetividad, y siendo una máxima de la experiencia que no todas las personas reaccionan de igual manera frente a los mismos acontecimientos, provoca cierto grado de asombro -para mí al menos- que todos ellos hayan experimentado cuadros semejantes. Así, por ejemplo, son idénticos los cuadros constatados en Ana Gabriela y su hermana menor A.D.C.B. Mientras que también los diagnósticos determinados para Liliana Esther, Juan Exequiel y su padre, son -entre sí- sustancialmente coincidentes (al margen de una mínima variante en lo tocante a la intensidad de la afectación). Tal vez ello responda a que todos derivan del mismo "*trauma*" (escapa a mi saber).

Desde otra óptica, he de coincidir con lo apuntado por la citada en garantía al impugnar la pericia, relativo a las técnicas administradas, en cuanto a que no se adjuntaron los protocolos e indicadores de evaluación (fs. 579). Cuestión que el experto tampoco suplió en su posterior respuesta de fs. 597/602.

Al respecto, entiendo que la evaluación psicológica debe regirse por los mismos principios que cualquier otra actividad científica, es decir, debe ser un proceso estructurado que permita su replicabilidad (transparencia en el proceso de evaluación); por lo tanto, las pruebas psicodiagnósticas administradas -algunas de las cuales introducen una elevada subjetividad en su interpretación- y los indicadores psicométricos, deben en principio adjuntarse al dictamen pericial. Ya que de lo contrario lo priva de una importante apoyatura objetiva y contrastable por otro idóneo, como podría ser un consultor técnico, que sin embargo en este caso no se ha propuesto ni nombrado para la especialidad (perdiendo virtualidad práctica la ausencia de los

propios tests, en tanto no hay nadie en este proceso con igual idoneidad que el perito y, por lo tanto, que pueda contrastar los resultados y/o bien disentir -a la altura de aquél- con sus conclusiones).

Ya reparando en los diagnósticos, su grado y porcentual de incapacidad, ante todo observo que -como fue visto- en el caso de cada peritado se informan simultáneamente cuadros diversos, concurriendo, por ejemplo, el “*trastorno generalizado de la ansiedad (F 41.1)*” con el “*trastorno mixto ansioso depresivo (F. 41,2)*”; o bien el “*Trastorno por stress postraumático DSM IV*” con el “*Trastorno Depresivo Recurrente*” y, a la vez con “*F-33 7 CIE 10 (Daño Psíquico-Secuela Psicológica)*”.

A lo que incluso luego -en consideraciones psicológicas relativas al viudo y a los dos hijos mayores (Liliana y Juan)- el experto agrega otras nociones como “*trauma psíquico*” y “*Trastorno de la Personalidad*” manifestada como “*Depresión*”; para luego referir también -ya con relación a las secuelas- que según el baremo de Castex y Silva se trataría de un “*Desarrollo Neurótico Reactivo de Grado III*”.

Como se ve, una multiplicidad de cuadros y nociones que, en su abundancia y aparente superposición, restan claridad al dictamen. E incluso parecen contradecir al propio baremo supuestamente seguido por el experto (en rigor no asevera que se base en el mismo, ni tampoco en otro distinto), en el cual se explica: “*Se puede, de paso, destacar la producción de algunas confusiones como, por ejemplo, cuando se adiciona en un mismo peritado, varios ítems diversos, con resultado por sumatoria absolutamente inaceptable. Es posible por cierto, en algunos casos, hallar convergencia de cuadros diversos, pero no puede asumirse cada uno de estos por separado y concluir por simple sumatoria, en un porcentual de incapacidad, como si coexistieran en el evaluado varios daños psíquicos.*” (BAREMO PARA VALORAR INCAPACIDADES NEUROPSIQUIÁTRICAS, Dres.MARIANO CASTEX & DANIEL SILVA, pág. 2).

En el aspecto señalado, nótese que al referirse a la “*incapacidad adquirida*” – a fs. 589/590- el perito no especificó cuál es, en concreto, el cuadro o patología que allí mensuró con altos porcentajes, que llegan incluso al 45 %. Distingue el grado (*agudo* en el caso de algunos peritados y *moderado* en el de otros) y alude a su manera o condición “*crónica e irreversible*”, pero falta el diagnóstico tasado. Si bien ello supone la remisión a sus anteriores dictámenes, en los mismos es donde justamente convergen variados

cuadros.

Surgiendo incluso claras inconsistencias, ya que cuando por ejemplo refiere que los hallazgos y secuelas incapacitantes de algunos peritados se corresponderían con el Desarrollo Neurótico Reactivo de Grado III del citado baremo de Castex, en rigor este último contempla -como desarrollos no psicóticos- a los “*DESARROLLOS REACTIVOS*”, fijando para los de grado severo un porcentaje de incapacidad que puede oscilar entre el 25 y el 35 %; y las “*DEPRESIONES NEURÓTICAS REACTIVAS*”, estableciendo para las severas y/o involuntarias un porcentaje que puede variar entre el 25 y el 40 % (o sea, en ambos supuestos una incapacidad bastante inferior a la que determinó el perito Ramallo).

Otra inconsistencia se advierte respecto del cuadro de Juan Exequiel Carrillo Chavarría, ya que mientras primero el perito dijo que la disfuncionalidad hallada se trataría de un Desarrollo Neurótico Reactivo Grado III SEVERO (fs. 573), luego sostuvo que su incapacidad adquirida es de grado MODERADO (fs. 589). A la inversa, sobre Ana Gabriela, refirió primero -a fs. 553- que su cuadro era de grado "AGUDO", y más adelante afirmó que la incapacidad por ella adquirida era de grado "MODERADO" (fs. 590).

Ahora bien, aun cuando las consideraciones que vine realizando disminuyen la fiabilidad del dictamen y su fuerza probatoria, no alcanzan la contundencia necesaria -conforme el criterio de STJ in re “*IDIARTE*” (Se. 99-31/08/2020), por citar solo alguno- para apartarme totalmente de sus conclusiones. Pero sí para convalidar el daño, su extensión y también la del tratamiento sugerido, solo en la medida que -desde mi óptica- la pericia ofrece un grado de inteligibilidad, certeza y convencimiento razonable.

Así, con relación a todos los pretendientes optaré por reconocer la configuración del daño psicológico, en tanto de la pericia surge aquella connotación patológica y crónica (consolidación) a la que se hizo mención al caracterizarlo. Pues aun con las salvedades que efectué, no puede desconocerse la potencialidad de un hecho trágico como el que afectó a los pretendientes para producir desajustes en el estado mental de la persona (su capacidad traumática). Y en este aspecto, no encuentro elementos ni razones -de igual peso- que desvirtúen las conclusiones del experto (cuya idoneidad no sido puesta en duda) en cuanto a que tales perturbaciones efectivamente se produjeron.

Sin embargo, y en base a las omisiones e inconsistencias que anticipé, para

mensurar el daño patrimonial indemnizable consideraré:

En el caso de Ana Gabriela Carrillo Barra y su hermana menor A.D.C.C., tomando en cuenta el desarrollo psíquico post traumático de grado moderado -en respuesta a la pérdida de su madre-, un 10 % de incapacidad, que se corresponde con el mínimo que se fija en el baremo de Castex & Silva (punto 2.6.7.); y que también coincide -ese porcentaje mínimo- con el que se establece en el Baremo del Dto. 696/98 para la “Reacción Vivencial Anormal Neurótica R.V.A.N. con manifestación depresiva”.

Con relación a Juan Exequiel Carrillo Chavarría, también un 10 % de incapacidad, que se corresponde, en el baremo de Castex (puntos 2.6.5. y 2.6.9.), con el mínimo de la escala para el Desarrollo Neurótico Reactivo Grado II MODERADO, como así también para la DEPRESION NEURÓTICA REACTIVA, también moderada (recordándose que no es factible la sumatoria de cuadros convergentes).

Y en cuanto a Exequiel Armando Carrillo Barra y su hija mayor Liliana Esther Carrillo Chavarría, un 25 % que, según la misma tabla de valoración de incapacidades (Castex & Silva), corresponde al mínimo de la escala por Desarrollo Neurótico Reactivo Grado III SEVERO, o bien a la DEPRESIÓN NEURÓTICA REACTIVA SEVERA.

Establecido ello, cabe abordar lo relativo a la cuantificación económica del perjuicio.

En esa dirección, ante todo pongo de resalto que, desde el punto de vista de la legitimación sustancial, no advierto impedimento para que a la par que los pretendientes reclaman la indemnización por muerte de su madre y cónyuge, respectivamente (art. 1084 y 1085 C.C.), lo hagan también por el perjuicio que aquél suceso causó en su salud psíquica (daño psíquico incapacitante).

Pues ese daño propio y la consiguiente obligación de repararlo también resulta admisible en el caso de los damnificados indirectos, conforme art. 1079 del C.C., siempre que exista relación de causalidad adecuada (arts. 903 , 904 y 906 CC.), en este caso confirmada por la propia pericia psicológica, de la que se desprende que todos los desarrollos experimentados por los actores fueron en respuesta al factor traumático que significó la pérdida parental padecida.

Tampoco nada indica, ni sería aceptable (principio de igualdad), que en esos

supuestos y a los fines de la compensación del detrimento sufrido, deba acudirse a parámetros diferentes de aquellos que rigen cuando se indemniza la incapacidad física y/o psíquica permanente del damnificado directo (supuesto de supervivencia del lesionado).

De tal forma, corresponde establecer la cuantía resarcitoria del rubro daño psicológico patrimonial (incapacidad sobreviniente), según la fórmula ya citada y utilizada para cuantificar el "valor vida" ("HERNANDEZ, Fabián Alejandro c/EDERSA s/Ordinario", aplicando la siguiente fórmula: $C = A * (1 - Vn) * 1 / i * \% \text{ de incapacidad}$).

Atendiéndome a las constancias de autos, y puesto que no se ha rendido prueba tendiente a demostrar ingresos que efectivamente percibieran los pretendientes al momento del hecho causal -aparte de la situación de las menores de edad-, tomaré como base el salario mínimo vital y móvil a la fecha del evento -conforme el precedente "Elvas, Katya Rocío c/Matus, Néstor Arturo y Otros s/ Ordinario s/ Casación" Expte. N° 27737/15 (STJRNS1 - Se. N° 75/15, del 27.10.15)-, estos es al 04/01/2012, cuando ascendía a la suma de \$2.300 mensuales (Resolución 2/2011, Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, B.O. 30/8/2011).

En el caso de Juan Exequiel Carrillo Chavarría, computaré entonces el 10 % de incapacidad antes determinado, la edad de 20 años al momento del suceso, y el referido salario mínimo vital de \$2.300.- Aplicando tales variables, la fórmula matemático financiera señalada arroja un resultado de \$143.435,17.- (capital histórico).

A dicha suma se deberán adicionar los intereses devengados desde la fecha del fallecimiento de su madre (04/01/2012) hasta el momento de su efectivo pago, según tasa activa del Banco de la Nación Argentina – en adelante BNA- hasta el 22/11/2015; desde el 23/11/2015 según tasa del BNA para préstamos personales libre destino - operaciones de 49 a 60 meses- hasta el 31/8/2016; desde el mes de septiembre de 2016, la tasa vigente en el BNA para prestamos personales libre destino, en operaciones de hasta 36 cuotas mensuales y desde el 1° de agosto de 2018 la tasa establecida por dicha institución oficial para préstamos personales libre destino hasta 72 meses o la que en el futuro se establezca como de plazo menor. Todo ello de acuerdo con la Doctrina Legal obligatoria del STJRN adoptada en los precedentes "LOZA LONGO" [Se. N° 43/10]; "JEREZ" [Se. 105/15], "GUICHAQUEO" [Se. 76/16] y "FLEITAS" [Se. 62/2018].

Practicada la correspondiente liquidación hasta el momento del presente pronunciamiento (a través de la respectiva herramienta incorporada al sitio oficial de Internet del Poder Judicial), los intereses ascienden a la suma de \$ 602.654,82.-

Y añadido ello al monto de capital, se alcanza un importe total de \$ **746.089,99.-** que, a esta fecha, establezco como condena por el presente rubro y a favor del nombrado accionante (sin perjuicio de los intereses que se devenguen con posterioridad a la sentencia).

En el caso de Liliana Esther Carrillo Chavarría, teniendo en cuenta el 25 % de incapacidad fijado, la edad de 21 años al momento del suceso, y el sueldo mínimo vital y móvil vigente a dicha fecha de \$2.300, la fórmula matemático financiera arroja un resultado de \$340.645,91.- (capital histórico). Mientras que la liquidación de intereses - según pautas ya indicadas- asciende a la suma de \$ 1.431.252,18.- En total, entonces, se alcanza un monto de \$ **1.771.898,09.-** que, a esta fecha, establezco como condena por el presente rubro a favor de la nombrada accionante (sin perjuicio de los intereses que se devenguen con posterioridad a la sentencia).

Mediante igual método, considerando la incapacidad otorgada al viudo Exequiel Armando Carrillo (25 %), su edad al momento del suceso (58 años) y el aludido salario mínimo (\$ 2.300). Aplicando entonces tales variables, la fórmula matemático financiera arroja un resultado de de \$81.018,12.- (capital histórico). Mientras que los intereses ascienden a la suma de \$ 340.404,39.-, Resulta de esa forma un importe total \$ **421.422,51.-** que, a esta fecha, establezco como condena por el presente rubro a favor del nombrada pretendiente (sin perjuicio de los intereses que se devenguen con posterioridad a la sentencia).

Ahora bien, a los fines de la cuantificación del perjuicio en favor de Ana Gabriela Carrillo Barra y su hermana A.D.C.C., quienes al momento del luctuoso hecho eran menores de edad (13 y 4 años respectivamente), corresponde seguir los lineamientos fijados por nuestro STJ en los autos "Torres, Liliana María y Otro c/Ministerio de Salud de la Pcia. de Río Negro y Otra s/ordinario s/casación" (Se. 100/16), reiterado recientemente en autos "Muñoz Bustamante María Magdalena c/ Reyna Mónica Beatriz y Otro s/Daños y Perjuicios (Ordinario) s/ Casación" (Se. 16/20 de fecha 04/05/2020), que oficia como precedente de doctrina legal obligatoria (cf. art. 42, Ley 5190).

En el citado antecedente el niño afectado tenía 8 años de edad, por lo que se

cuestionaba la aplicación de la fórmula matemática en el período comprendido de los 8 a los 18 años, resolviendo entonces ese Cuerpo que no se puede recurrir a la fórmula matemática para determinar el monto indemnizatorio correspondiente a tal lapso, atento que aquella se integra, esencial e inmodificablemente, con datos que se relacionan con el ingreso económico y el desarrollo laboral de la víctima.

En "Torres", citado, se dijo así que *"Es cierto que la indemnización por incapacidad sobreviniente, tiene por finalidad cubrir no solo las limitaciones de orden laboral, sino también la proyección del menoscabo sufrido con relación a todas las esferas de la personalidad del damnificado; y que frente a minusvalías de carácter permanente de la víctima, es razonable conceder un resarcimiento que compute las proyecciones integrales de su personalidad -cualquiera fuese su edad- que afectan todas las manifestaciones que atañen a la realización plena de su existencia individual y social (cf., Llambías, Obligaciones, t. IV-A, n° 2373; Kemelmajer de Carlucci, en Belluscio- Zannoni, Código Civil comentado, t. 5, pág. 219, n° 13; Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, t. II-B, pág. 191, n° 232; Borda, Obligaciones, t. I, n° 149, etcétera). No obstante ello, el error que se advierte en la sentencia en examen es el método utilizado para la determinación del monto indemnizatorio por el período en cuestión." "Es decir, cuando lo que se está cuantificando es el perjuicio en la afectación de la integridad física y el menoscabo que surge de la minusvalía en el proceso de formación del menor durante los diez primeros años posteriores a la lesión, indudablemente no corresponde recurrir a una fórmula matemática cuyos datos están estrechamente relacionados al ingreso salarial y al desarrollo laboral de la víctima."*

De este modo, conforme tales pautas, la cuantificación del daño por incapacidad sobreviniente debe efectuarse segmentada en dos períodos, a saber: el primero de ellos desde los 13 y 4 años respectivamente de las nombradas (edades de la víctima a la fecha del injusto) hasta los 18 años de edad; y luego para el segundo tramo, desde los 18 años (potencial inicio de la actividad laboral o productiva de las afectadas) hasta los 75 años de edad (expectativa media de vida).

Y para el último período señalado -de los 18 a los 75 años de edad- debe utilizarse la fórmula de matemática financiera ("Pérez Barrientos" (STJRN, Se. N° 108/09, del 30/11/2009; y luego, para el fuero civil, en "Hernández c/ Edersa" (STJRN, Se. 52/15, del 11/08/2015).

Así entonces, en el caso puntual corresponde considerar el salario mínimo, vital y móvil de \$ 2.300 vigente a la fecha del acto lesivo injusto -04/01/2012-, la edad de las damnificadas desde sus 18 años (inicio de actividad laboral o productiva) y el porcentaje de incapacidad psíquica determinado en 10%.

Tras aplicar tales variables, la fórmula matemático financiera arroja un resultado de \$ 160.113,69.- (capital histórico) para cada una de ellas. Y practicada la liquidación de los intereses correspondientes hasta el momento del presente pronunciamiento, los mismos ascienden a la suma de \$ 672.731,01. Añadido ello al monto de capital, se alcanza un importe total de **\$ 832.844,70.-** para cada una de las jóvenes.

Por el lapso adicional a indemnizar a Ana Gabriela Carrillo Chavarría, comprendido entre los 13 y los 18 años de edad, y de la menor A.D.C.B. desde los 4 y los 18 años, si bien in re "Torres" se ha impuesto su cuantificación, no se ha sujetado a fórmula matemática alguna, ni a otro método concreto para su estimación.

Que tal como reconociera el Superior en el antecedente citado, la edad de la afectada carece de toda trascendencia a fin de acordarle reparación por la integridad física comprometida.

En efecto, *"...cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida... Por tal razón, aunque no se haya acreditado la existencia del lucro cesante, ello no es óbice para resarcir la incapacidad que soporta el actor..."* (C.S.J.N., 01-12-92, Pose José D. c/Provincia de Chubut y Otra, L.L. 1994-B, 432, con nota de Patricia Pilar Venegas y María Fabiana Compiani, La incapacidad permanente es indemnizable "per se" como daño patrimonial).

Sin embargo, aunque igualmente se impone en tales condiciones conceder reparación del perjuicio, se reitera que durante el tiempo que transcurre entre la lesión y hasta que la afectada adquiera la mayoría de edad (en el supuesto de autos entre los 13, 4 respectivamente y los 18 años), no corresponde recurrir a una fórmula matemática, en tanto sus variables están estrechamente relacionadas al ingreso salarial y al desarrollo

laboral de la víctima.

De modo contrario, su determinación queda librada al prudente arbitrio judicial (arg. art. 165 CPCC).

En consecuencia, considerando la edad de la Ana Gabriela -13 años al momento del hecho-, lapso temporal a considerar -5 años hasta sus 18 años de edad-, el porcentaje de incapacidad que la afecta -10%-, incidencia de las lesiones en su vida personal y de relación -doméstica, escolar y social-, condición social de la afectada y su grupo familiar, y demás circunstancias propias del caso, juzgo razonable fijar el monto del perjuicio por el rubro en cuestión -por el período que se analiza- en la suma de \$ **120.000.-**, calculada a la fecha del presente pronunciamiento, atento tratarse de una deuda de valor cuyo contenido económico debe fijarse a valores actuales a fin de dar concreción plena al principio de reparación integral.

Y con los mismos lineamientos, por este periodo corresponde a la menor A.D.C.C., quien al momento del evento tenía 4 años de edad, un lapso de 14 años hasta sus 18, fijo el monto del perjuicio por el rubro en cuestión -por el período que se analiza- en la suma de \$ **350.000.-**, calculada a la fecha del presente pronunciamiento.

A ello -y tal como también fuera precisado por el STJ en “Torres”- debe agregarse intereses a la tasa pura del 8% anual desde el día del hecho -04/01/2012- hasta la fecha de la presente sentencia, y a partir de entonces y hasta el momento del efectivo pago según la tasa establecida en el precedente “FLEITAS”.

Practicada la respectiva liquidación, el capital de \$ 120.000.- devenga intereses que ascienden a \$ 101.812,56.-, arrojando un monto total de \$ **221.812,56.-** para Ana Gabriela; y el capital de \$ 350.000.- devenga intereses que ascienden a \$ 296.953,31.-, arrojando un monto total de \$ **646.953,31.-** para la menor A.D.C.C., que en definitiva se reconocerá como indemnización del rubro por el período mencionado para cada una de las nombradas.

En suma, computando ambos períodos indemnizables, el presente rubro prospera -a esta fecha- para Ana Gabriela: por la cantidad de \$ **1.054.657,26.-** (\$ 832.844,70.- + \$ 221.812,56); y para la menor A.D.C.C.: por la cantidad de \$ **1.479.798,01.-** (\$ 832.844,70.- + \$ 646.953,31).

12.3.- Tratamiento psicológico.

Como derivación de las lesiones psíquicas sufridas y para destinar a una terapia rehabilitante, la actores demandaron una partida resarcitoria que estimaron provisoriamente en la demanda -para todos ellos- en \$ 150.000.-

Sobre este rubro, que tiene naturaleza de daño emergente futuro, señalo que en línea con mi visión que ya expuse sobre el daño psicológico, comparto la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K -entre otra afín-, en sentido que *“no existe incompatibilidad entre los gastos de tratamiento psicológico futuro y la inclusión del daño psíquico como integrante de la incapacidad. Este último responde a la incapacidad ya ponderada y el tratamiento sugerido no asegura que se superará la incapacidad psíquica.”* (conf. “Medina Hilda Azucena c/ Empresa de Transporte Automotor Plaza S.A s/ daños y perjuicios” 462.468; 6/06/07; “Piaggio, Eduardo c/ Consorcio de Propietarios 25 de Mayo s/ Daños y Perjuicios”).

También concordantemente se ha sostenido que *“el daño psicológico posee una entidad distinta a la que pudiera corresponder por el rubro “gastos de tratamiento psicológico”, pues la primera tiende a reparar la disminución en la capacidad genérica de la víctima derivada de las afecciones psíquicas que ésta padece, en tanto la segunda tiene por fin resarcir el costo de la terapia consecuyente como para menguar la incidencia del daño psíquico en la víctima,”* (CNCiv., sala H, 23/12/2009, “Achler, Nélide Marta c/ Siemens y otros s/ daños y perjuicios”, voto del Dr. Kiper).-

De tal forma, el reclamo por este concepto también procede.

Empero, según adelanté al estimar la fuerza probatoria del dictamen pericial, la convalidación del tratamiento sugerido por el especialista solo será en la medida que su certeza y grado de convicción aparezca razonable (desde su fundamentación).

Al respecto, si bien la regla o pauta común que utilizó el perito indica que todos los accionantes deben realizar necesariamente un tratamiento con una duración no menor a un año, luego -como fue apuntado- diferenció la situación de cada peritado, sugiriendo para cada uno un tratamiento de cierta extensión. Aclarando en sus explicaciones brindadas a fs. 601/602, que ello responde al criterio profesional y será luego tarea del profesional tratante la evolución y consideración en función del avance terapéutico del paciente.

Aun así, ese criterio profesional al que alude el experto (el suyo propio) no

aparece suficientemente explicitado, y así por ejemplo, recomendó para el viudo, Sr. Carrillo Barra, un tratamiento de dos (2) años, frente al tratamiento de tres (3) años que sugirió para la Liliana Esther, aun cuando a ambos les asignó el mismo grado de "incapacidad". Optaré por admitir un tratamiento similar para ambos, durante dos (2) años.

Con relación a los demás peritados, y la incapacidad que se les reconoció en la presente en base a los cuadros diagnósticos mensurados, se estará al lapso mínimo sugerido: un (1) año, que aparece suficiente según baremo Castex & Silva, en el que se indica -con referencia a la intensidad del cuadro- que *“En lo que hace al grado moderado, pueden incluirse aquellos que satisfaciendo un requerimiento de psicoterapia breve de entre tres meses a un año de duración pueden también eventualmente necesitar apoyo psicofarmacológico.”*

De esa forma, corresponde a Exequiel Carrillo Barra y Liliana Esther Carrillo Chavarría reconocer por el presente rubro la suma de \$ 57.600.- a cada uno de ellos por tratamiento de dos (2) años de terapia semanal, a razón de \$600.- por sesión (\$600 x 4= \$2400 x 24 meses= \$57.600.-), que debe tomarse como valor vigente a la fecha de presentación del dictamen pericial (13/02/2017). Y por lo tanto, al que corresponde adicionar intereses desde esa oportunidad, hasta el dictado de la presente, según la tasa establecida por la Doctrina Legal obligatoria del STJRN definida en el precedente “FLEITAS” [Se. 62/2018].

Efectuada la respectiva liquidación, los intereses ascienden a \$ 164.853,10.-.

Sumados al capital antes obtenido, se arriba a la suma de **\$ 222.453,10.-**, que fijo para cada uno de los nombrados por tratamiento psicoterapéutico.

Para los restantes accionantes se fija por tratamiento psicológico la suma de \$ 28.800.- a cada uno de ellos, correspondiendo a un (1) año de terapia semanal, a razón de \$600.- por sesión (\$600 x 4= \$2400 x 12 meses= \$28.800.-). Y añadido los intereses calculados desde la fecha del dictamen y hasta el presente pronunciamiento (\$ 82.426,57.-), se alcanza la cifra de **\$ 111.226,57.-**.

Por lo que el presente rubro prospera, a esta fecha, por la suma total de **\$ 778.585,91.-**, distribuidos en la forma antes indicada.-

12.4.- Daño moral.

En lo tocante a este rubro, que en la demanda fue estimado en \$ 2.500.000 para todos los pretendientes, la parte actora postuló que en cuanto al Sr. Carrillo Barra no hay duda alguna que la muerte de la esposa produce los dolores y sufrimientos íntimos que caracterizan el agravio moral, resultando incuestionable la lesión que al equilibrio espiritual del accionante ha ocasionado la pérdida de quien fuera su compañera de vida. Que Liliana tenía sólo 48 años cuando falleció y habían cumplido 31 años de matrimonio, y fruto de esa relación habían nacido sus cuatro hijos.

Y en igual medida, se adujo que tampoco puede dudarse de que la muerte de la madre produce en los hijos afecciones a sus más hondos sentimientos que merecen reparación. Que al ocurrir la muerte de Liliana, sus hijos se han visto sumergidos en el dolor, padeciendo una profunda angustia además de una evidente y dolorosa confusión, esto evidenciado mayormente en sus dos hijas menores, ya que les ha resultado mucho más dificultoso entender plenamente la muerte de su madre, situación esta que los ha llevado a estar confundidos acerca de lo que esto significa para ellos y porque no, para su futuro.

También, que los hijos de Liliana durante el proceso de duelo por la pérdida de su madre han tenido que soportar un aterrador caos, y sin lugar a dudas ha incidido en su desempeño diario, tanto en el hogar como en la escuela, lo que también ha afectado en su aprendizaje, sin dejar de lado que en lo social también se han visto profundamente aquejados.

Se ha dicho que *"El daño moral importa una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible -humana en términos actuales-, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, o con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, lo que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial"* (PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 641). *"Así pues, el daño moral puede traducirse en sentimientos, situaciones psíquicas dolorosas, incómodas o aflictivas, pero igualmente en la pérdida de afectos puntuales o expectables y hasta de la aptitud para experimentar afectividad, o en una imposibilidad para encontrarse o arribar a una condición anímica deseable, valiosa o siquiera normal"*. (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Tratado de daños a las personas. Disminuciones psicofísicas, Astrea, Buenos

Aires, 2009 t. 2, ps. 393-394).

"En cualquier hipótesis, se valora no sólo la emotividad conculcada, sino el mal existencial mismo: pérdidas de beneficios espirituales, que se constatan en adelante, y captables objetivamente aunque conciernan a la subjetividad de la víctima. Hay un capital moral del ser humano, integrado por todo lo que éste es en sustancia; no únicamente sus bienes espirituales presentes sino también los futuros previsibles. Esa riqueza existencial de la persona se lesiona no sólo por vía de pérdida actual, sino igualmente impidiéndole gozar en el porvenir alguna faceta de plenitud, realización o superación, en sentido amplio: individual o social. Esta concepción desborda la identificación del daño moral con el dolor, y lo proyecta a un menoscabo en donde la persona vive peor que antes, aun cuando no exprese padecer alguno y hasta logra adaptarse de algún modo a la situación nociva" (Zavala, ob. cit., 2009, t. 2, p. 395).

En general se afirma que, a partir del vínculo familiar íntimo dado por la calidad de ascendiente, descendiente o cónyuge del damnificado con respecto a la víctima fallecida, opera una presunción de daño (*in re ipsa*), siendo el responsable del hecho dañoso quien debe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un daño moral. *"Aunque no se hubiese rendido prueba alguna sobre el sufrimiento, éste es presumible en familiares cercanos, salvo demostración en contrario; aunque, desde luego, los elementos de juicio que se aporten puedan ser eficaces para redimensionar la indemnización en comparación con un padecimiento evaluado sólo a nivel presuntivo"* (ob. Cit.).

Por eso, en la jurisprudencia se valora tanto la gravedad objetiva del menoscabo como su repercusión individualizada según la situación de la víctima: *"Dado que la reparación no se hace en abstracto sino concretamente en cada caso, es justo que la indemnización del daño moral esté en relación con la magnitud del perjuicio, dolor o afección cuyo menoscabo, lesión o ataque se repara, lo que no se desvirtúa por el hecho de que el método de conocimiento de ese perjuicio opere inicialmente por criterios medios, es decir, a través de generalizaciones u objetivaciones de índole presuncional"* (CNCiv., sala B, 4-5-2005, D. J. 2005-3-252).

Analizada las características particulares del caso, deviene natural que la desaparición física de la esposa y madre de los actores haya importado un enorme dolor espiritual, agravado por las circunstancias súbitas e inesperadas en que se produjo y su

natural incidencia sobre los sentimientos de los damnificados.

Y en este caso, a esas dolencias emocionales presuntas, se suman otras más específicas que resultan de la pericia psicológica y configuran el daño psíquico ya analizado y establecido.

A los fines de la determinación de los montos correspondientes al daño moral, ha de tenerse en cuenta que dicha indemnización no repara in natura el daño, sino que cumple la finalidad de permitir establecer eventuales placeres compensatorios o satisfacciones sustitutivas, como actualmente refiere el art. 1741 del Código Civil y Comercial, como ya venía siendo sostenido por la doctrina y jurisprudencia.- *"En tal sentido, se recuerda que la indemnización por daño no patrimonial no es una pena, sino que se debe "comprender que significa un resarcimiento: se entrega a la víctima un bien por su mal, cualquiera sea el destino que confiera a la indemnización [...] Se ha precisado que, como no es factible establecer una ecuación entre dolor e indemnización, debe introducirse un tercer término: el valor de los bienes elegidos al efecto del consuelo. Esa tesis sobre los p.c. conduce a la indagación de los b.o.s.s. del daño moral, que podrían adquirirse o gozarse con la indemnización". "Precisa con razón Iribarne que "es imposible sostener la demasía o la insuficiencia de una indemnización sin cotejarla con los valores de los bienes corrientes que permite adquirir, o sin evaluar su virtualidad como fuente generadora de rentas". Pero así como "el daño moral no se reduce al dolor sino que comprende todo desmedro existencial, la indemnización también debe cubrir una amplia función satisfactoria o compensatoria, no circunscripta a placeres en sentido hedonista o a satisfacciones sensuales. Existen muchos bienes y servicios para asistir y satisfacer intereses espirituales (salud, educación, recreación) que tienen valor de mercado, y no procuran lujos sino que cubren necesidades". ("La cuantificación de los daños en los supuestos de lesiones, incapacidad física, psíquica o muerte", Autor Werlen Cristian. Cita: RubinzalCulzoni D 119/2018 Tomo: 2017 3 Cuantificación del daño. Revista de Derecho de Daños).*

Ahora bien, no es fácil determinar el importe tendiente a resarcirlo porque - justamente- no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas del perjudicado, a los padecimientos que experimenta y a la incertidumbre sobre su restablecimiento, en síntesis, a los agravios que se configuran en el ámbito espiritual de la víctima, que no siempre resultan claramente

exteriorizados.

Su monto, así, queda librado a la interpretación que debe hacer el sentenciante a la luz de las constancias aportadas a la causa, tratando siempre de analizar, en cada caso, sus particularidades, teniendo siempre presente que su reparación no puede ser fuente de un beneficio inesperado o enriquecimiento injusto, pero que debe satisfacer, en la medida de lo posible, el demérito sufrido por el hecho, compensando y mitigando las afecciones espirituales sufridas.

Bajo tales pautas, y aun cuando no puede sostenerse válidamente que la muerte de la madre y cónyuge de los actores haya causado más -o menos- dolor a unos que a otros (no hay forma de establecer esa medida), al solo efecto de la reparación del perjuicio moral optaré por atender ciertas particularidades de los pretendientes, como así también la extensión de las consecuencias psicológicas que, para caso, resultan de la respectiva pericia (reiterándose que lo aquí se mensura es su implicancia extrapatrimonial).

Así, con relación a las hijas menores, Ana Gabriela Carrillo Barra y A.D.C.C., pondero que a la fecha del sorpresivo hecho luctuoso tenían apenas 13 y 4 años, respectivamente. No puede ponerse en duda que la muerte de una madre -con todo lo que simboliza como figura primaria de vínculo- es uno de los acontecimientos estresantes más intensos que puede padecer un niño o un adolescente. Y que, al margen de la aflicción misma que ello supone, acarrea inmediatos e indefectibles cambios en la vida diaria a la que deben adaptarse. La ausencia materna, en esa etapa de la vida, cobra una relevancia especial.

En el caso de ellas, el impacto emocional por la pérdida tomó un curso patológico e implicó -según lo descripto en la pericia psicológica- un trastorno ansioso-depresivo manifestado, entre otra sintomatología, por episodios de angustia, dificultad para el descanso (insomnio), como así también para concentrarse .

Con relación a la hija mayor, Liliana Esther Carrillo Chavarría (21 años cuando falleció su madre), también la pericia psicológica da cuenta de la fuerte repercusión que para ella tuvo la pérdida sufrida, con variada sintomatología que incluyó preocupación, miedo intenso, angustia generalizada, insomnio, emociones negativas, retraimiento social y episodios recurrentes de depresión. En suma, una disminución o deterioro que se proyectó en sus diferentes áreas subjetivas, con la intensidad y consecuencias que describió el Lic. Ramallo en su dictamen. Su rol de hija mayor -mujer-, también supone

una posición especial tras es el fallecimiento de su madre, al menos como figura femenina de cuidado y referencia para sus dos hermanas menores. Recuerdo ahora, que, al declarar en la causa penal, refirió con pesar las últimas palabras que le dijo su madre, antes de ser trasladada desde Catriel a Cipolletti: *“Te encargo a las nenas”*.

En cuanto a Juan Exequiel Carrillo Chavarría (20 años al momento del hecho), ponderaré especialmente que aún con las disfuncionalidades que refirió el perito a su respecto, presenta un cuadro menos intenso que su hermana mayor (moderado). De allí que habrá algún tipo de distingo al fijar la indemnización.

Finalmente, con respecto Exequiel Armando Carrillo Barra (58 años a la fecha del hecho), además de la implicancia del cuadro patológico que se le diagnosticó y el indiscutible dolor que supone la muerte de su compañera (por más de 30 años), tendré en cuenta la consiguiente desorganización -crisis- que implica en una familia como la del caso la muerte, nada menos, de la esposa y madre, y el inevitable cambio de roles que impone. Ese estado de viudez, aparte, se produjo cuando el nombrado estaba próximo a llegar a su sexta década de vida, lo que lógicamente incide a la hora de afrontar y proyectar su etapa final en esa nueva condición.

Basándome en todo ello (características propias de los legitimados y del grupo familiar, afectaciones puntuales, edades a la fecha de ocurrencia del hecho y la índole del mismo), y tratando de respetar cierta equivalencia con casos análogos resueltos por la Cámara de Apelaciones de esta ciudad (vgr. *“CURIHUINCA C/ MONTAÑO”*, Se. 56 de fecha 16/7/2020), sin prescindir en esa comparación de la pérdida de valor adquisitivo que viene experimentando nuestra moneda, fijo el resarcimiento por daño moral -conf. Art. 165 CPCC-, del siguiente modo: 1) para Ana Gabriela Carrillo Barra y A.D.C.B., en la suma de \$ 1.000.000 para cada una; 2) para Juan Exequiel Carrillo Chavarría, en la suma de \$ 800.000; 3) para Exequiel Armando Carrillo Barra y su hija Liliana Esther Carrillo Chavarría, en la suma de \$ 1.200.000 para cada uno de ellos.

Aun cuando tales sumas se determinan a valores actuales (deuda de valor), cobra especial relevancia en esta causa el prolongado tiempo hasta aquí transcurrido desde que la fecha del hecho luctuoso, por lo que no puede omitirse aplicar a tales importes una tasa de interés pura anual del 8 % desde que se produjo el perjuicio (04/01/2012) hasta la fecha del presente pronunciamiento.

Al respecto, el STJRN ha expuesto que *“Cuando las sumas de condena*

representan obligaciones de valor cuantificadas al momento de la sentencia, no existe ningún impedimento de aplicar a las mismas una tasa pura de interés, desde el momento en que el perjuicio se produjo y hasta la fecha de la sentencia de Primera Instancia; ya que la misma está destinada a retribuir el uso del capital. Así se ha sostenido que: Los intereses de una indemnización de daños deberán computarse desde la producción del perjuicio hasta el pronunciamiento apelado a una tasa del 8% anual, como tasa pura, dado que resulta suficientemente compensatoria ante una deuda de valor fijada a valores actuales..." (STJRN SC SE. 4/18. T., D. V. Y OTROS C/ M., J. O. Y OTROS S/ ORDINARIO S/ CASACION, EXPTE. N° 29518/18-STJ, 21-02-18).

En consecuencia, calculados y adicionándose tales intereses (8% anual), el resarcimiento por daño extrapatrimonial o moral queda reconocido, a esta fecha, en los siguientes montos: 1) para Ana Gabriela Carrillo Chavarría y A.D.C.C., en la suma de \$ **1.848.438.-** para cada una; 2) para Juan Exequiel Carrillo Chavarría, en la suma de \$ **1.478.750,43.-**; 3) para Exequiel Armando Carrillo Barra y su hija Liliana Esther Carrillo Chavarría, en la suma de \$ **2.218.125,65.-** para cada uno de ellos.-

Ello, sin perjuicio de los intereses que pudieran devengarse con posterioridad a la sentencia.

12.5.- Gastos de sepelio.

Por gastos de sepelio se reclamó para el accionante Exequiel Carrillo Barra una indemnización de \$ 12.000, más intereses.

El art. 1084 del CC establece la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del fallecido y la jurisprudencia es amplia en el reconocimiento del rubro, aún a falta o insuficiencia de la prueba, aclarando luego el art. 1085 del C.C que la indemnización compete a quien hubiera hecho los gastos.

En autos no se ha acompañado comprobante alguno por los gastos que el cónyuge dice haber afrontado, ni se ha rendido prueba al respecto.

Sin perjuicio de ello, como fue anticipado, no caben dudas que los mismos configuran un daño emergente que ha de resultar a consecuencias vinculadas al hecho lesivo. Y cabe presumir que tales gastos hechos en la asistencia de la fallecida y en su funeral han sido afrontados por sus parientes más cercanos, en el caso, el actor cónyuge de la extinta Elsa L. Chavarría.

Aun cuando lo anterior no conlleva a que sin más se deba receptar la cuantía pretendida, en este caso puntual -y aun en ausencia de toda prueba- la misma no parece en absoluto excesiva, sino que prudencialmente puede suponerse suficiente para costear un servicio funerario básico al tiempo del deceso (04/01/2012) (art. 165 CPCC).

En consecuencia, se admitirá tal importe, con más los intereses desde el momento del hecho hasta el dictado de la presente, según las tasas y respectivos períodos de vigencia establecidos por la Doctrina Legal obligatoria del STJRN ya referida: precedentes “LOZA LONGO” [Se. N° 43/10], “JEREZ” [Se. 105/15], “GUICHAQUEO” [Se. 76/16] y “FLEITAS” [Se. 62/2018].

Efectuada la respectiva liquidación hasta el momento de la presente sentencia (a través de la respectiva herramienta incorporada al sitio oficial de Internet del Poder Judicial), los intereses ascienden a la suma de \$ 50.419.-

Y adicionado ello al monto de capital histórico, se alcanza un importe total de \$ **62.419.-** que, a esta fecha, establezco como condena por el presente rubro (sin perjuicio de los intereses que se devenguen con posterioridad a esta sentencia).

13.- Monto total de condena.

En definitiva, la demanda prospera por los siguientes rubros e importes indemnizatorios, establecidos a esta fecha: a) Daño material - "valor vida": \$ 4.638.358,08.-; Daño psicológico: \$ 5.473.865,86.-, Gastos de tratamiento: \$ 778.585,91.-; Daño Moral: \$ 9.611.877,73.-; Gastos de sepelio: \$ 62.419.-. Lo que totaliza la cantidad de \$ **20.565.106,58.-**

Distribuidos del siguiente modo:

A EXEQUIEL ARMANDO CARRILLO BARRA corresponde: a) Daño material - "valor vida": \$ 1.159.589,52.- (25%); Daño psicológico: \$ 421.422,51.-, Gastos de tratamiento: \$ 222.453,10.-; Daño Moral: \$ 2.218.125,65.-; Gastos de sepelio: \$ 62.419.-. En total: \$ **4.084.009,78.-**

A la menor A.D.C.C. corresponde: a) Daño material - "valor vida": \$ 1.623.425,32.- (35%); Daño psicológico: \$ 1.479.798,01.-, Gastos de tratamiento: \$ 111.226,57.-; Daño Moral: \$ 1.848.438.-. En total: \$ **5.062.887,90.-**

A ANA GABRIELA CARRILLO CHAVARRIA corresponde: a) Daño material -

"valor vida": \$ 1.159.589,52.- (25%); Daño psicológico: \$ 1.054.657,26.-, Gastos de tratamiento: \$ 111.226,57.-; Daño Moral: \$ 1.848.438.-. En total: \$ **4.173.911,35.-**

A LILIANA ESTHER CARRILLO CHAVARRIA corresponde: a) Daño material - "valor vida": \$ 323.985,06.- (7%); Daño psicológico: \$ 1.771.898,09.-, Gastos de tratamiento: \$ 222.453,10.-; Daño Moral: \$ 2.218.125,65.-. En total: \$ **4.536.461,90.-**

Por último, a JUAN EXEQUIEL CARRILLO CHAVARRIA corresponde: a) Daño material - "valor vida": \$ 371.068,64.- (8%); Daño psicológico: \$ 746.089,99.-, Gastos de tratamiento: \$ 111.226,57.-; Daño Moral: \$ 1.478.750,43.-. En total: \$ **2.707.135,63.-**

14.- Costas.

Las costas serán impuestas a la PROVINCIA DE RÍO NEGRO por su condición objetiva de vencida (art. 68 CPCC).

Ello con excepción de los honorarios de los letrados/as del codemandado Javier D. Fontaine y de las citadas en garantía Federación Patronal Seguros S.A. y Horizonte Compañía General de Seguros Generales S.A., que deberán ser soportadas en el orden causado.

Pues si bien respecto de estas últimas partes los actores resultarían ser los vencidos, y ellas las vencedoras, es sabido es que el principio general de imposición de costas establecido en el art. 68 del CPCC, no es absoluto. Así se desprende del segundo párrafo de la misma norma que –como excepción- faculta al juez a eximir al perdedor de la condena en costas, total o parcialmente, cuando existiera motivo para ello.

En el caso de autos, ponderando sus particulares circunstancias, considero que - con relación a las partes mencionadas- corresponde variar dicho régimen que prioriza el vencimiento puro y simple, que en este supuesto se tornaría injusto. Pues aun cuando la negligencia y responsabilidad médica del Dr. Javier D. Fontaine quedó finalmente descartada, ello fue recién luego de un extenso proceso penal, en el cual incluso fue declarado culpable por la Cámara del Crimen de esta ciudad, y a la postre absuelto por el STJ.

Asimismo, el resultado al que ahora se arriba -a partir de una marcada incidencia de la sentencia penal-, ha implicado también en este fuero una contienda de mucha dificultad técnica que, en las concretas circunstancias que lo precedieron, sin duda

podieron llevar a los actores a la creencia fundada sobre la existencia de un error médico (quirúrgico) por parte del demandado Fontaine, y/o bien al reproche que efectuaron por su conducta profesional durante el proceso postoperatorio.

En definitiva, encuentro en todo ello suficiente mérito para apartarme del mentado principio general, con el alcance que adelanté (art. 68, último párrafo CPCC).

A los fines de la regulación de honorarios se estará en todos los casos al monto del proceso (art. 20 L.A.), determinado por la condena. Esto último siguiendo el criterio del STJ conforme al cual, aun cuando la demanda se desestima con relación a ciertos accionados, el monto base arancelario debe ser único (STJRN, Se 130/20 "Marín").

En el caso de los letrados que asistieron al codemandado Fontaine y a las citadas en garantías, se estará a la pauta del art. 12 de la L.A. en su máxima extensión (28 % a distribuir entre los diferentes profesionales en litisconsorcio), aunque aquí también cabe hacer una distinción. Pues, más allá de que obviamente tomaré en cuenta el mérito, extensión y calidad de la labor desempeñada, no puede obviarse que en el caso de las citadas, su "interés" como litisconsorte y defendido mediante el trabajo profesional de sus respectivos letrados, fue desde el comienzo limitado a la suma asegurada en las respectivas pólizas, sustancialmente menor al monto de la demanda (y aun actualizado a esta fecha, muy por debajo del monto de la condena). Por lo tanto, dejo fijado ya que el aludido porcentaje -28 %- se asignará del siguiente modo: 16 % para los letrados del codemandado Fontaine; 6 % para la letrada de Horizonte Seguros y 6 % para los letrados de Federación Patronal. En todos los casos, con la correspondiente deducción parcial que pudiera corresponder, según etapas efectivamente cumplidas en el proceso (art. 39 L.A.). Y la adición respectiva -40 %-en los supuestos de apoderamiento (art. 10 L.A.).

En atención al modo que se imponen las costas, no corresponde regular honorarios a los letrados intervinientes por la Provincia de Río Negro (art. 15 de la Ley K 88, texto reformado por art. 17 de la Ley 4739).

Por último, los honorarios de los letrados de la parte actora y de los peritos intervinientes, en caso que en conjunto sobrepasen el tope establecido por el art. 77 del CPCC. y art. 730 del Código Civil y Comercial de la Nación, serán reducidos a prorrata conforme doctrina del STJRN in re "MAZZUCHELLI" (Se. 26/16) y "PEROUENE" (Se 18/17).

Por todo lo expuesto, **RESUELVO:**

I.- Hacer lugar a la demanda promovida por EXEQUIEL ARMANDO CARRILLO BARRA (por sí y en representación de su hija menor A.D.C.C.), LILIANA ESTHER CARRILLO CHAVARRIA, JUAN EXEQUIEL CARRILLO CHAVARRÍA y ANA GABRIELA CARRILLO CHAVARRÍA contra la PROVINCIA DE RIO NEGRO y, en consecuencia, condenar a esta última a abonar a los actores -de conformidad con lo dispuesto en el art. 55 de la Constitución Provincial y art. 23 de la Ley 5106 (CPA)- la suma de PESOS VEINTE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CINCO MIL CIENTO SEIS CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS (\$ 20.565.106,58), en concepto de capital e intereses calculados hasta la fecha del presente pronunciamiento, que corresponderá distribuir en la forma determinada en los considerandos.

II.- Rechazar en su totalidad la demanda respecto del codemandado JAVIER DARÍO FONTAINE; quedando por lo tanto también liberadas de su –contingente- obligación de garantía las aseguradoras citadas FEDERACIÓN PATRONAL SEGUROS S.A. y HORIZONTE COMPAÑÍA GENERAL DE SEGUROS GENERALES S.A., según lo expuesto en los considerandos (punto 11).

III.- Imponer las costas a la PROVINCIA DE RIO NEGRO por su condición objetiva de vencida (art. 68 CPCC), con excepción de los honorarios de los letrados/as del codemandado Javier D. Fontaine y de las citadas en garantía, que deberán ser soportadas en el orden causado según lo indicado en el punto 14 de los considerandos (art. 68 últ. párr. CPCC).

IV.- Regular los honorarios profesionales de los letrados apoderados y patrocinantes de la parte actora, Dres. OSCAR RAÚL PANDOLFI y ARIEL RAUL BALLADINI, en conjunto, en la suma de PESOS TRES MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS (\$ 3.554.462) (MB x 16%, más 40 % por apoderamiento, reducidos a prorrata con honorarios de los peritos en un 22,84 %, cfr. art. 77 CPCC y art. 730 CCyC).

Los honorarios de los letrados patrocinantes del codemandado Javier D. Fontaine, Dres. RICARDO MENDAÑA y MARIANINA LOPEZ RAGGI, se fijan para ambos - en conjunto- y a cargo de su propio asistido, en la suma de PESOS DOS MILLONES CIENTO NOVENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS ONCE (\$ 2.193.611) (MB. x 16%

/3 etapas x 2 etapas).

Los honorarios de la Dra. LORENA R. YENSEN, por su actuación como apoderada y patrocinante de la citada en garantía Horizonte Compañía Argentina de Seguros Generales S.A., y a cargo de esta última, se regulan en la suma de PESOS UN MILLÓN SETECIENTOS VEINTISIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA (\$ 1.727.470) (MB x 6%, más 40 % por apoderamiento).

Los honorarios de los Dres. JOAQUIN NICOLÁS GARRO y JUSTO EMILIO EPIFANIO, por su actuación como apoderados y patrocinantes de la citada en garantía Federación Patronal Seguros S.A., y a cargo de esta última, se regulan -en forma conjunta- en la suma de PESOS UN MILLÓN CIENTO CINCUENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS (\$ 1.151.646) (MB. x 6% /3 etapas x 2 etapas, más 40 % por apoderamiento).

Por último, los honorarios de los peritos médico, Dr. CLAUDIO E. SCHOUA y psicólogo, Lic. LUIS ALEJANDRO RAMALLO, se fijan en la suma de PESOS SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CINCO (\$ 793.405), para cada uno de ellos (MB. x 5 %, reducido a prorrata con honorarios de letrados de la parte actora, en un 22,84 %, cfr. art. 77 CPCC y art. 730 CCyC).

Los estipendios fijados no incluyen la alícuota del I.V.A., que deberá adicionarse en el caso de los profesionales inscriptos en dicho tributo.

Para efectuar tales regulaciones se tuvo en consideración la naturaleza y monto del proceso (MB. \$ 20.565.106,58); y el mérito de la labor profesional apreciada por su calidad, extensión, eficacia y resultado obtenido (conf. arts. 6, 7, 8, 10, 11, 12, 20, 39 y ccds. de la L.A. N° 2212; art. 77 CPCC; art. 730 CCyC; y arts. 5 y 18 de la Ley Provincial N° 5069).

No incluyen la alícuota del I.V.A., que deberá adicionarse en el caso de los profesionales inscriptos en dicho tributo.

Cúmplase con la Ley 869.

V.- Disponer el levantamiento de las medidas cautelares que fueron trabadas durante la sustanciación del proceso contra el codemandado Javier Darío Fontaine. Firme que se encuentre la presente, líbrense los oficios de estilo a las oficinas, registros y/o dependencias que corresponda. Y en su oportunidad, previo cumplimiento de los

recaudos de ley, restitúyanse al nombrado las sumas de dinero que le fueron retenidas (embargo preventivo).

VI.- A sus efectos, dese vista a la Defensora de Menores interviniente.

VII.- REGÍSTRESE. La presente QUEDARÁ NOTIFICADA AUTOMÁTICAMENTE según lo dispuesto por Acordada 9/2022 STJ, Anexo I, ap. 9, inc. a); sin perjuicio de lo previsto en el art. 62 de la Ley de Aranceles 2212 (notificación al cliente).-

Diego De Vergilio

Juez