000006/2014

Comodoro Rivadavia, de abril de 2014.

**VISTOS Y CONSIDERANDO**:

Estos autos caratulados: **"V., N. E. y otra s/ A., S. G. y otra s/ SUMARIO", Expte N° 6/14,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia Civil y Comercial N° 2, Secretaría N° 3 (Expte. N° 210/2012).

Llegan los autos a esta Alzada por haber interpuesto la actora a fs.397 recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria N° 63/2013 de fs.389/393.

**I.-** A fs.418/423vta. se agravia porque considera que lo decidido por el juez no resulta derivación del derecho vigente, con particular adecuación a la posición asumida por su parte en la demanda y subsiguiente planteo de inconstitucionalidad del art. 1078 del C.C.- Luego de relatar los antecedentes del reclamo, afirma la legitimación de los padres y hermano menor de edad, de la niña que padece una parálisis cerebral no evolutiva (daño neurológico irreversible), para que reciba una indemnización por el concreto e incontestable daño moral que se les ha irrogado como seres humanos. Sostiene la inconstitucionalidad con base en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires y la expresa previsión del actual proyecto de ley de reforma del Código Civil, que reconoce. Señala que en forma prematura resolvió el planteo de inconstitucionalidad del art. 1078 del C.C. de modo abstracto y sin posibilidad de rendir prueba afectando el derecho de defensa garantizado por el art. 18 de la C.N.- Agrega que no se tuvo en cuenta el interés superior del niño garantizado por la Constitución Nacional y la Convención de los Derechos del Niño y que no se le brindó ninguna oportunidad de probar la existencia del daño moral, ni a los padres ni

a su hermano. Finalmente se agravia porque se admite en forma parcial la excepción de falta de habilitación de la instancia. Argumenta que existe identidad entre los conceptos reclamados en el reclamo administrativo previo y el contenido de la pretensión de la demanda. Resulta contradictorio sostener que se viola el principio de congruencia, por el monto del proceso. Manifiesta que ese es un dato contingente cuya determinación en definitiva corresponde al juez, no puede afirmarse que se colocó a la provincia del Chubut en estado de indefensión. Continúa diciendo que la provincia tuvo conocimiento de los motivos del reclamo y de los conceptos, los que sustancialmente coinciden, porque como resuelve el fallo la exigencia de correlación no puede ser planteada en términos de identidad absoluta. Asevera que la diferencia de montos frente a la afirmada identidad de los conceptos reclamados en sede administrativa y judicial, no colocó en situación de indefensión a la Provincia, constituyendo ello una afirmación dogmática y contradictoria con los considerandos del fallo y la propia conducta de la administración que pudiendo defenderse guardó silencio. Mantiene reserva del caso federal.

Corrido traslado, la demandada, Provincia del Chubut, contesta a fs.425/431, solicita el rechazo de los agravios con imposición de costas.

A fs.436 y vta. contesta vista la Asesora Civil de Familia e Incapaces y a fs.438 el Ministerio Público Fiscal.

**II.-** De las constancias de autos surge que a fs.42/67 la parte actora inició demanda de daños y perjuicios por mala praxis médica – daño neurológico irreversible contra la Dra. S. G. A. y la Provincia del Chubut. Solicita se condene a ambos a pagar una indemnización reparatoria por daño emergente,

incapacidad sobreviniente y daño moral, con mas sus intereses a la tasa activa mensual del Banco de la Nación Argentina desde el 06 de mayo de 2004, fecha de nacimiento en que se consumó el daño neurológico irreversible, total y permanente de la niña I.C.V., hasta su total cancelación. Relata los antecedentes del caso y ofrece prueba.

En el punto III.- Hechos 4. Responsabilidad de la Provincia del Chubut consigna que formularon reclamo administrativo previo, denunciaron la mora de la administración en su resolución y en tiempo propio promueven la presente demanda interruptiva de prescripción. A fs.34 adjunta escrito con denuncia por mora, conforme Ley I N° 18, Expte. N° 9556/2011, Ministerio de Salud.

En el punto IV discrimina la indemnización reclamada (conceptos y montos) (fs. 54 y ss.). 1.- Daño emergente. **1.1** Gastos farmacéuticos: $150.000, sin perjuicio de la prueba pericial técnica que se ofrece rendir. **1.2** Gastos de enfermera especializada en cuidado de persona discapacitada: $360.000. **1.3** Gastos terapéuticos futuros: 1.3.1 Gastos terapéuticos por discapacidad: $48.000 (provisional). 1.3.2 Gastos terapéuticos de atención del grupo familiar: $57.000. **1.4** Gastos de traslado y movilidad: $211.200. **1.5** Costo de adaptación de vehículo nacional para traslado de persona discapacitada: $ 125.000. **1.6** Costo de adaptación de vivienda familiar para persona gravemente discapacitada: $80.000 (sin perjuicio de la prueba pericial que se rinda). 2.- Incapacidad sobreviniente: $2.564.978. 3.- Daño moral: $500.000. Total: $4.096.178

A fs.69 amplía la pretensión, y solicita se condene a los demandados a indemnizar a los padres de la niña que sufrió parálisis cerebral, el gravísimo daño moral que se le ocasionó y la continua secuela de

padecimientos sufridos, como se afirmó en la demanda y así surge especialmente de la prueba pericial rendida en sede penal. Reclama por este concepto y a favor de cada uno de los progenitores la suma de $250.000, desde el 06 de mayo de 2004 fecha en que se produjo el evento dañoso

También reclama una indemnización reparatoria del daño moral en beneficio del niño S.N.V., hermano menor de la niña, en atención de los padecimientos y trastornos vitales que ha sufrido como consecuencia directa y necesaria de la gravísima incapacidad que padece su hermana. Reclama por este concepto un monto de $100.000. Total: $600.000

A fs.81/91vta. contesta demanda, la codemandada Dra. A. y a fs.310/331 la Provincia del Chubut opone excepciones de previo y especial pronunciamiento: de prescripción y reclamo administrativo previo – falta de habilitación parcial de la vía judicial por modificación de la reclamación, subsidiariamente contesta demanda.

Respecto a éste último punto, señala que si bien el objeto de la demanda no ha cambiado, varió el contenido de la reclamación en cuanto a los rubros y montos reclamados, contrariando lo dispuesto en el art. 138 de la Ley I N° 18. Continúa diciendo que en el escrito de interposición de "Reclamo Administrativo Previo", en el capítulo 2) Objeto, textualmente expresan que el "monto del presente reclamo asciende a la suma de Pesos tres millones ($3.000.000)… en concepto de daño neurológico, daño físico, daño moral, daño psicológico, lucro cesante y daño emergente…".-

En tanto en el escrito de demanda, se agregaron los siguientes rubros: gastos farmacéuticos, gastos de enfermería, gastos terapéuticos futuros, gastos de atención del grupo familiar, gastos de traslado, costo de reparación del vehículo, costo de adaptación de

viviendas, incapacidad sobreviniente, daños moral de los padres.- Ascendiendo ahora el monto reclamado a la suma de $4.696.778, es decir, $1.696.778 pesos más que lo reclamado en sede administrativa.-

Corrido traslado, la actora a fs.359/361 contesta sobre la excepción previa de prescripción, a fs.371/374 sobre la falta de habilitación parcial de la vía judicial por modificación de la reclamación, solicita su rechazo con costas y a fs.381/383vta. contesta traslado respecto de la excepción de falta de legitimación activa, prescripción de la acción, puntos de pericia médica y su oposición y ratifica prueba ofrecida.

El juez a fs.389/392vta., hace lugar parcialmente a la excepción de falta de habilitación de instancia e impone las costas por su orden. Difiere la resolución de la excepción de prescripción opuesta por la codemandada Provincia del Chubut, para el momento de dictar sentencia definitiva en autos. Finalmente hace lugar a la falta de legitimación interpuesta por la Provincia del Chubut, para que los progenitores y hermano de la menor I. C. V., perciban reparación en concepto de daño moral, como consecuencia del supuesto evento daños, y asimismo, rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, impone las costas a los actores vencidos. Apelada por actora se eleva a la Alzada para resolver (sentencia interlocutoria N° 63/2013).-

**III.-** Los agravios planteados como dirimentes de la apelación son dos: falta de habilitación parcial de la instancia y falta de legitimación de los padres y del hermano de la niña I.C.V. para percibir la reparación en concepto de daño moral, como consecuencia del supuesto evento dañoso y rechazar el

planteo de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil.

**a)** Habilitación parcial de la instancia por haberse modificado el monto que se incluyó en el reclamo previo, incorporándose en la demanda un nuevo monto.

Es un hecho no controvertido, que la actora cumplió con la etapa administrativa previa.

En anteriores pronunciamientos éste Tribunal sostuvo un criterio de flexibilización de los requisitos para habilitar la instancia judicial en casos como los que nos ocupan, enmarcándose en las pautas que ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "L. C." del 15 de mayo de 2008, por el cual se permite en mayor medida el acceso a la vía judicial para demandar a los entes estatales (cfr. Armando N. Canosa, los denominados pactos internacionales y su influencia sobre la habilitación de la instancia en el derecho nacional, (http://www.cpcen.org.ar/Pdf/cursos/28sep2010/-) (Cfme. S.I. N°. 14/2010 y 21/2012).

Esta postura, ante la inexistencia del reclamo, ya adelanta nuestro criterio sobre la valoración del principio de congruencia.-

Nuestro Máximo Tribunal, en el precedente "M. CA., E. y Otra c/ Provincia del Chubut y Otro s/ Sumario (Daños y Perjuicios)" (Expte. 18.689-M-2002), Sentencia Definitiva N° 09 de fecha 26 de agosto de 2003, que citan ambas partes, (parte codemandada –fs.317- y parte actora -fs. 372vta.-) tiene dicho, en el voto del Dr. Pasutti: "Este principio de congruencia, que determina que entre la reclamación administrativa previa y la demanda no puede variar ni el objeto, ni el contenido de las pretensiones, es una exigencia común al reclamo previo a las acciones de

derecho común...” “...Tengo para mí entonces, como primera conclusión, que esta regla inserta en el art. 145 del Dto. Ley N° 920, no puede enunciarse rígidamente y aplicarse automáticamente como presupuesto procesal, sino analizarse en cada caso particular, teniendo en cuenta sus circunstancias (conf. SD N° 8/SRE/96)...”.

Y en el voto del Dr. Royer: “...Lo importante -decía- es que la reclamación debe cumplir la específica finalidad para la cual se ha prevenido: permitir el restablecimiento por la administración pública, del orden jurídico que su actividad pueda haber vulnerado con el consiguiente ahorro de jurisdicción...”. “...Lo correcto, lo que la jurisprudencia enseña, es la admisión parcial de la pretensión hasta el límite de la congruencia. Bien lo había establecido la Cámara de Apelaciones de Trelew -voto del Dr. Manino- en autos "G., Ca. L.” SD N° 08/00 - revisado por este Tribunal en la SD N° 8/SRE/01 y confirmado en cuanto a la pretensión de uno de los litisconsortes: "Corresponde...sujetar los alcances del presente a la limitación del contenido, pues de eso se trata, dispuesta en el aludido art. 145 de la Ley 920".

Asimismo ha dicho que la correlación no debe ser planteada en términos de identidad absoluta, sino de conformidad sustancial, y el requisito debe considerarse cumplido, cuando ésta es sustancialmente conforme con la demanda judicial formulada, sin que de éstas surjan cuestiones distintas ni desconectadas de la reclamación gubernativa, de tal modo que no pueda suponerse indefensión de la Administración en el sentido que fuera demandado sobre materias que la sorprendieran lesionando sus derechos o que hicieran inútil el pleito.-

En orden a la congruencia, si bien no es aplicable como he dicho el art. 143 de Ley I N° 18 - Sección I, se encuentra razonablemente comprendida -no de un modo rígido sino amplio a examinarse en cada caso- en la exigencia de reclamación previa.-

En consecuencia no puede pretenderse al amparo de una pretendida violación del principio de congruencia aniquilar el acceso pleno a la jurisdicción. Máxime teniendo presente que el Superior Tribunal de Justicia lo interpretó en forma diametralmente opuesta al que hizo el juez de grado.

Por lo demás y fundamentalmente está aquí en juego el acceso a la justicia que integra la tutela judicial efectiva. Consecuentemente no puede ser interpretado con base en excesos rituales y formalistas y menos aún con criterios cuantitativos rígidos, conforme lo expuesto en párrafos anteriores.

Por ello se admite el agravio y se revoca el punto 1°) y 2°) de la sentencia.

**b)** En cuanto a la falta de legitimación de los progenitores y hermano de la niña I.C. para reclamar daño moral y el rechazo de planteo de inconstitucionalidad del art. 1078 del C.C., hemos de señalar que la decisión efectivamente es prematura.

La declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional, y la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa escapa al control de constitucionalidad pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador está sujeta a revisión judicial (CSJN,

Fallos: 333:447, 330:3853, 330:2981, 330:855, 330:685 entre otros); por ende y como contrapartida, reviste idéntica importancia todo pronunciamiento vinculado a establecer la constitucionalidad de una norma, por las implicancias que derivan del mismo.-

Ello, por sí solo, constituye razón suficiente para acoger los agravios de la apelante, que es de resaltar ofreció prueba pericial (apartado III fs.71vta./72) a fin de evaluar la salud psicofísica (que incluye el psicológico) del niño S.N.V.

Es que la inconstitucionalidad o no del art. 1078, párr. 2° del Código Civil, es una decisión que se debe adoptar ante un planteo particular y previa acreditación y prueba de los extremos que demuestran que su denegación viola los principios constituí-cionales: de reparación integral del daño causado, acceso a la justicia, igualdad ante la ley, protección integral de la familia, entre otros y pactos y tratados internacionales suscriptos por nuestro País. Con lo decidido por el juez se está vedando a los reclamantes su derecho a reclamar y probar el daño moral direc-tamente causado.

Por ello, cabe concluir que la legitimación de los progenitores y el niño (hermano) no puede ser resuelta con base en una norma tachada de inconstitucional sin darle la oportunidad de probar la afectación de sus derechos.

Tampoco este Tribunal puede es este estadio declarar su inconstitucionalidad, decisión que obviamente debe ser diferida para el momento del dictado de la sentencia.

Por las razones expuestas se revoca el punto 4°) y 5°) del decisorio de fs. 389/392vta.

**IV.-** Atento lo resuelto, costas y honorarios deben readecuarse, conforme lo prevee el art. 282 del C.Pr.-

Por el rechazo de la excepción de falta de habilitación de la instancia, se imponen las de primera instancia a la demandada vencida.- Respecto a la segunda cuestión, atento haberse diferido su tratamiento no corresponde imponer costas.

Las costas de la Alzada se imponen a la demandada vencida (arts. 69 y 70 del C.Pr.). La regulación de honorarios se efectuará teniendo presente lo normado por los arts. 5, 6, 7, 13, 32, 38 y 46 de la ley arancelaria)

Por ello, la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia:

**RESUELVE:**

**1.-** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora a fs.397 y revocar los puntos 1°), 2°), 4°) y 5°) de la sentencia de fs.389/392vta., que fuera motivo de agravio.

**2.-** Rechazar la excepción de falta de habilitación de la instancia, conforme el considerando respectivo.-

**3.-** Costas de Primera Instancia por el incidente precedente a la demandada vencida. Regular los honorarios profesionales de los Dres. E. d. V. y M. C. M., en el QUINCE (15%) POR CIENTO y los de la Dra. I. A. M. en el DIEZ (10%) POR CIENTO, de los que correspondiere regular en el proceso principal.-

**4.-** Diferir el tratamiento de la legitimación de los progenitores y del hermano de la niña I.C.V. para reclamar daño moral para el momento de dictar sentencia, por los fundamentos dados en el considerando respectivo.

**5.-** Costas de la Alzada a la demandada vencida. Regular los honorarios profesionales de los Dres. E. d. V. y M. C. M., en el TREINTA Y CINCO (35%) POR CIENTO y los de la Dra. I. A. M. en el VEINTICINCO (25%) POR CIENTO, de los regulados en la instancia de grado.

**6.-** Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre, y concordar en la solución del caso (Ley V N° 17 del DJPCh).

**REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2014**

**DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS**