En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil diecisiete, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. R. Rubén Enrique Hayes, y asistencia de las Sras. juezas de Cámara Dra. María Fernanda Zanatta y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"V., J. R. y otra c/ W., S. G. s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 245/16,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 231/06), y atento al resultado del sorteo establecido en el art.271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 995) y auto de fs. 1001, correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. R. Rubén Enrique Hayes, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. María Fernanda Zanatta.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 938/943? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento en virtud del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusiera la parte actora (fs. 950, agravios fs. 971/980). Corrido el traslado de ley, fue contestado por los codemandados (fs. 982/986 y fs. 987/990). I. Antecedentes:

En breve síntesis diré que los actores Sr. J. R. V. y Sra. V. B. S., por derecho propio y en representación de sus hijos R. Y. V., L. J. V., A. M. V. y C. B. V., promovieron formal demanda sumaria por daños y perjuicios contra el Sr. S. G. W., el Sr. R. P. de L., la Sra. C. L. y contra la Provincia del Chubut por la suma de pesos novecientos mil ($900.000) o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse en concepto de daño moral, pérdida de chance y daño

psicológico derivados del fallecimiento de su hijo menor J. M. V. acaecida el día 28 de junio de 2004, suma sobre la cual solicitaron actualización monetaria e intereses y/o con más intereses a la tasa activa que percibe el Banco del Chubut SA en sus operaciones de descuentos comerciales, con capitalización mensual, según resulte más beneficioso a los comparecientes al momento de su efectivo pago. Cuantificaron los rubros reclamados. Ofrecieron prueba. Corrido que fue el traslado de la acción, se presentó en tiempo oportuno el codemandado P. de L., Cumplió con el imperativo ritual negando hechos. Pidió se cite en garantía a la aseguradora Federación Patronal SA. Ofreció prueba. Reservó el caso federal. Pidió se rechace la demanda, con costas. A su turno se presentó el codemandado W., Cumplió con la carga procesal de negar los hechos. Pidió se cite en garantía a la aseguradora Federación Patronal SA. Ofreció su prueba. Reservó el caso federal. Solicitó el rechazo de la acción, con costas. Se presentó la citada en garantía. Negó hechos. Ofreció prueba. Hizo reserva del caso federal. Se presentó a contestar demanda la accionada Provincia del Chubut. Cumplió con el imperativo procesal negando hechos. Ofreció prueba. Pidió se rechace la acción impetrada en su contra, con costas. La codemandada L. fue declarada rebelde. Luego, y ante su comparecencia posterior, se la tuvo por presentada. Desistieron los actores de la acción y del derecho respecto de la demanda contra esta última. Se produjo la prueba. Hizo uso del derecho de alegar el actor. Pasaron los autos para resolver.

La sentencia de grado rechazó la demanda de daños y perjuicios por mala praxis interpuesta por J. R. V. y V. B. S. -por su propio derecho y en representación de sus hijos menores de edad A. M. V., R. J. V., L. J. V. y C. B. V.-, contra S. G. W., R. P. de L., C. L., Provincia del Chubut y la citada en garantía F. P. S. SA. Impuso las costas a la actora vencida de acuerdo al principio objetivo de la derrota. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. Análisis de los agravios:

Contra el decisorio se alzó la parte actora. Sus agravios se centraron en primer lugar en la errónea apreciación de la prueba, falta de valoración de la historia clínica y ausencia de estudio prequirúrgico; en segundo lugar en la nulidad del consentimiento informado y, en tercer lugar, en la ausencia de tratamiento en el fallo apelado de la responsabilidad de la provincia del Chubut por violación al deber de seguridad.

Es entonces que, adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, no resulta ocioso en el inicio recordar que no es preciso que el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Sostengo a la par que las limitaciones impuestas al juez, en cuanto a los hechos, no rigen tratándose del derecho, porque aunque las partes no lo invoquen o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación sustancial en litis y determinar la norma jurídica que rige. Así, "en virtud del principio *iura novit curia,* los jueces se encuentran facultados para calificar autónomamente los hechos de la causa y subsumirlos en las normas jurídicas que los rigen, con independencia de las alegaciones de las partes o del derecho por ellas invocado (CSJN, 4/5/93, Rep. ED, 28-459, n° 16; íd., 8/3/94, Rep. ED, 29-453, n° 20/21; CNCiv, Sala C, 12/6/01, ED 194-220; Incom, Sala B, 14/2/05, ED 212-107).

También he de formular una consideración previa más, ello en razón de la hora en que me toca expedirme en el presente y la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (CCyC). En el caso puntual, y en atención a la letra del artículo 7 del cuerpo normativo, resulta de aplicación la ley vigente al momento en que se constituyera la relación jurídica, esto es cuando acaeciera el acto ilícito del que derivara la acción cuya sentencia es aquí apelada, razón por la que corresponde sea juzgada a la luz de las disposiciones del anterior Código Civil.

Así, de la demanda impetrada surge que el menor J. M. V., de 12 años de edad, ingresó al Hospital Regional de esta ciudad el día 17 de junio de 2004 en razón de haberse fracturado la muñeca izquierda en una caída que sufriera en la escuela. El mismo día fue intervenido quirúrgicamente. A partir de allí, el niño transitó el post operatorio con varios días de internación, en los cuales dolencias de naturaleza cardíaca que se tradujeron en un empeoramiento paulatino de su estado de salud condujeron a su fallecimiento, acaecido el día 28 de junio del mismo año. La acción incoada procuró atribuir la culpa de tal desenlace a los profesionales médicos tratantes Dr. S. G. W. (cardiólogo), Dra. C. L. (cardióloga), la responsabilidad objetiva del Dr. R. P. de L. (jefe del Servicio de Pediatría del citado nosocomio) así como a la Provincia del Chubut, asimismo en virtud del factor de atribución objetivo que deriva en este caso de la obligación de seguridad en cabeza del Estado provincial del que depende el hospital público. El señor juez de grado interpretó que de las probanzas de autos no surgió que se configuraran tales conductas, razón por la que rechazó la demanda en su totalidad.

Contra esa decisión, sostuvo la apelante en sus agravios que no se valoró la historia clínica, la que constituye cuestión esencial. Dijo que de la planilla titulada “Observación de internación” (fs. 218 de la Historia Clínica) se observa que como estudio complementario solo se practicó al niño RX de muñeca

izquierda pero se omitió la realización de electrocardiograma, siendo este un estudio fundamental de una serie de exámenes complementarios dirigidos a tomar las medidas que puedan tener implicancia en el acto quirúrgico, en la anestesia y en los cuidados posquirúrgicos siendo obligatoria su realización, máxime cuando se registraba arritmia cardíaca previa a la cirugía.

Dijo que del análisis de la Historia Clínica surge que sometieron al niño a la intervención quirúrgica con un electrocardiograma del año 2001 es decir obsoleto por haber sido realizado tres años atrás, siendo que el tiempo de validez del ECG ha sido determinado en un año para niños sanos, sin afecciones del sistema cardiovascular.

Que dicha omisión no solo amerita un juicio de valor reprochable, sino que aparece nítida la relación causal entre el acto médico y el daño, ya que es un hecho grave y debió necesariamente ser valorado por el sentenciante, junto a la sucesión de demás actos médicos, para determinar la responsabilidad. Quizás, sostuvo la recurrente, de otro modo los doctores podrían haber determinado la necesidad de posponer la cirugía de muñeca o de modificar la estrategia elegida o incluso denegar la operación y derivarla a otro establecimiento de mayor complejidad con atención cardiológica infantil.

Que probado el acto médico (intervención quirúrgica), probado también el resultado (muerte), y probada la omisión de efectuar las diligencias debidas, los galenos generaron un riesgo injustificado en la salud de J. y por ello debe tenerse por acreditada la relación de causalidad, teniendo tales faltas entidad suficiente para generar la presunción judicial de culpa constituyendo una infracción al esquema de diligencia exigible –culpa prestable– (arts. 502, 902 y 909 del CC).

Por otra parte, dijo la apelante que con la información parcializada de las condiciones en que entraba el niño al quirófano, es decir, sin los estudios

de rutina previos obligatorios, se obtuvo de la madre el consentimiento informado para dicha práctica. De allí, sostuvo, surge evidente y palmaria la responsabilidad del equipo médico a cargo del servicio de pediatría, toda vez que la información está estrechamente ligada a la obtención del consentimiento, ya que es imposible obtenerlo de otra manera, por lo que peticionó su nulidad. Se explayó luego aún más sobre la omisión del estudio cardiológico previo. Formuló concreta referencia a la Ley 26529 y al art. 279 del Código Civil y Comercial.

Por último, volvió la recurrente en su agravio final sobre la cuestión vinculada a la falta de derivación oportuna del niño. Sumó en su crítica al Estado provincial en orden a la violación del deber de seguridad, del que dijo no fue tratado en el decisorio en crisis. Se quejó en razón de que no se haya derivado al niño a un centro de mayor complejidad con el agravante de conocerse que el Hospital no contaba ni con infraestructura (cuidados intensivos pediátricos) ni con personal (cardiólogo infantil), y aún así se aventuraran a operarlo.

Se agravió por cuando el juez *a quo* dijo en el decisorio que la derivación se requirió de inmediato, cuando de las pruebas producidas surge que varios días después de efectuada la internación se realizó la petición formal.

Dijo que a ello debe sumarse el apartamiento total y absoluto del protocolo de procedimiento en diagnóstico y terapéutica médica emanados de la entidad científica Sociedad Argentina de Cardiología para el tratamiento de las arritmias. Volvió allí una vez más sobre la cuestión vinculada a la necesidad del examen ECG previo y la medicación que fue administrada al menor durante los días de internación y hasta el fatal desenlace.

Refirió a la responsabilidad directa, solidaria que cabe a la provincia del Chubut, por ser el Estado provincial el prestador del servicio público de salud,

en el caso, a través del Hospital Regional de la ciudad (art. 1112 CC).

En concreto, sostuvo que si el pedido de derivación se hubiera efectuado oportuna e inmediatamente la situación hubiera sido diferente y seguramente el niño hubiese recibido anticipadamente un tratamiento de sostén de mayor complejidad y hubiese tenido oportunidad de vivir. Hizo referencia a normas constitucionales que se corresponden con tratados internacionales suscriptos por nuestro país y citó jurisprudencia coincidente con su posición, la que junto a demás argumentaciones que componen el recurso interpuesto y que se enmarcan en los puntos principales que he señalado, habré de tener presentes al momento de resolver.

En su responde a los agravios que expresara la parte actora, solicitaron en primer lugar los demandados que unificaran su representación –a excepción del Estado provincial cuya respuesta trataré luego– se decrete la deserción del recurso en virtud de su insuficiencia y debido a la introducción de nuevas cuestiones que violan el principio de congruencia. Luego, y sin perjuicio de tal postura, contestó los agravios en forma subsidiaria. En razón de lo que habré de resolver en torno a los dos primeros, no traeré ahora a colación sus argumentos. Mas si lo haré en relación con su contestación respecto del tercero, ello pues advierto que los codemandados efectúan una interpretación errada del planteo del apelante en el marco de aquel.

Es que la falta de derivación inmediata del niño, tal como surge del escrito de demanda (fs. 10) provoca asimismo se demande a la provincia del Chubut, pero no es esta la única. En efecto, la responsabilidad de esta se encuentra tratada recién a continuación del acápite V. d) titulado “Responsabilidad profesional de los médicos”. Y es importante se deje ello claro puesto que los codemandados eligen colocarse “al margen” del agravio sobre el particular como si ellos no estuvieran incluidos en el mismo (ver fs. 986), lo cual desde el

vamos -subrayo- no guarda en absoluto relación con la realidad (ver fs. 976 y ss.).

Ya atendiendo a la respuesta separada del Estado provincial, reitera esta idéntico cuestionamiento al efectuado por el resto de los codemandados respecto de los dos primeros agravios. Respecto del tercero, en escueta contestación hace apenas una referencia a la cantidad de pedidos de derivación, aunque nada dice en relación con lo que aquí importa, vale decir la oportunidad en que fueran solicitados.

Bien, en atención a lo que he expuesto hasta aquí, dejo claro antes de continuar –por si alguna duda aún pudiera caber- que nos enfrentamos a una realidad incontrastable: un niño de doce años ingresó al hospital público con diagnóstico de fractura de muñeca, fue intervenido quirúrgicamente, doce días después todavía internado en el mismo nosocomio, falleció. Luego, la cuestión a resolver trasunta el meridiano de la eventual responsabilidad, ya subjetiva ya objetiva, de quienes tuvieron parte en el proceso que culminó con la muerte de ese menor.

Así, y respecto de los agravios expresados por el apelante, los que ya he reseñado en los párrafos precedentes, he de destacar ante todo que tal como lo he venido sosteniendo invariablemente la apelación no es un nuevo juicio, sino que implica la revisión de la sentencia impugnada, con las limitaciones que ello impone, en resguardo del principio *tantum devolutum quantum appellatum.*

En tal contexto, sabido es que "mediante el recurso de apelación no pueden someterse a conocimiento de la alzada defensas o cuestiones que no fueron articuladas oportunamente. Y si el recurrente las introduce en la expresión de agravios, su tratamiento en la alzada importaría la violación de las normas procesales (arts. 34, inc. 4°, 163, inc. 6°, 266 y 272, CPCCN) (CCivCom Lomas de Zamora, Sala I, 27/2/03, Rep. LL, 2003-1796, n° 33, y LL BA, 2003-1167).

Es que constituyen capítulos sobre los que no puede pronunciarse el tribunal de alzada todas aquellas defensas que obsten la procedencia de la reclamación de la actora y requieran la alegación y prueba de hechos distintos de los alegados por aquella, cuando no han sido expresamente sometidos a decisión el juez de primera instancia, puesto que lo contrario atentaría flagrantemente contra el derecho de defensa en juicio.

Así, y so pena de pecar de reiterativo resalto que "La alzada solo puede juzgar aquellas cuestiones involucradas en los escritos constitutivos de la litis, porque el límite de los poderes del *ad quem*, está dado por los capítulos propuestos a la decisión el juez de primera instancia (C3° Civ.Com. Minas Paz y Trib., Mendoza, 9/9/02, Rep. LL, 2003-1978, n° 42,y LL Gran Cuyo, 2003-154).

Sobre ese piso de marcha, advierto que el planteo que hoy efectúa la apelante en relación con el denominado "consentimiento informado" y su eventual ausencia, no fue objeto de debate en la instancia de grado, desde que no resulta una cuestión que fuera introducida al incoar la acción por los demandantes, sino que se ha intentado ventilarla recién ante esta alzada. Y he de agregar que otro tanto ocurre con el segundo agravio, el que se vincula con la "falta de realización de electrocardiograma" como parte de los exámenes prequirúrgicos, y que tampoco fuera conformara el objeto de la demanda. En tal circunstancia, y más allá de la contundencia con que fueran expuestos en el recurso en análisis, dada la limitación que viene a condicionar el acotado marco en que cabe aquí expedirse, no corresponde sino decretar la deserción de tales agravios.

Ahora bien, en la queja se cuestiona finalmente la demora en la solicitud de derivación de J. a un centro de mayor complejidad para que recibiera adecuada atención.

Respecto de ello, resulta oportuno efectuar una serie de consideraciones. En principio, ha quedado

probado en el proceso que al momento en que se sucedieron los hechos que finalizaron con la muerte del niño, el Hospital Regional de esta ciudad no contaba con una unidad de terapia intensiva infantil, ni con médicos que estuvieran capacitados, vale decir especializados en la atención de la dolencia que aquejaba al menor, cardiología infantil (reconocido en su responde por el codemandado W. a fs. 95 vta., citada en garantía, fs. 149, confesional codemandado W. respuesta a posición 9na. fs. 553, testimonial Dra. M. respuestas a preguntas 3ra., 4ta., 9na., 24ta. fs. 571/573; testimonial Dr. P. J. respuesta pregunta 19na. fs. 599, testimonial Dra. R. respuesta a pregunta 7ma. fs. 606 vta., testimonial Dr. C. respuesta preguntas 8va., 9na. fs. 628, testimonial Dr. M. respuesta a preguntas 2da., 3ra, 4ta. fs. 688). Existía una carencia total de infraestructura y personal, hecho cierto pese a que la codemandada provincia del Chubut evadiera adrede referirse al punto durante todo el transcurso del juicio, es más, evidenciara un reprochable proceder faltando a la verdad en la prueba confesional (ver respuestas a posiciones 6ta. y 7ma. fs. 885). En fin, con todo, y aún con los antecedentes que constan en su Historia Clínica (en adelante HC), se procedió a intervenirlo quirúrgicamente. No consta en la misma la realización de estudios prequirúrgicos de rutina (salvo una radiografía fs. 218vta. HC) ni foja quirúrgica, más allá de otras anomalías que advierto aquí (asientos ilegibles, falta de aclaración de firmas, correcciones sobrescritas y tachaduras sin salvar, etc., ver en especial fs. 218 a 282 HC). No debe perderse de vista que “En definitiva, la historia clínica, además de constituir un importante complemento del deber de informar, posee un indudable carácter instrumental respecto a la prestación de asistencia médica” (B., A. J. “Responsabilidad civil de los médicos”, t. 1 p. 162, ed. Hammurabi, 2ª ed., 1992). Ya en el tránsito de la cirugía se detectaron anomalías cardíacas que dieron lugar a la sugerencia por parte del anestesiólogo de

"interconsulta en forma perentoria con el cardiólogo" (sic) (fs. 296 HC), la que fue evacuada por un cardiólogo de adultos, Dr. W., Este último solicitó estudios complementarios y medicó al niño.

Surge de la Historia Clínica que frente a las complicaciones que enfrentó la salud del menor a partir de allí, por sugerencia del mencionado galeno, se solicitó la derivación del mismo. Informó la médica M. C. D. en la oportunidad "Se realizan papeles de derivación y se envían a Dirección" (sic) (fs. 240 HC). Esta primera expresión de la voluntad de derivar al niño a un centro de mayor complejidad se verificó el día 23 de junio de 2004, es decir seis días después de su internación. Sin embargo, la comunicación a tal fin con la autoridad provincial correspondiente se efectuó recién al día siguiente y allí el pedido mutaría a "derivación urgente", ante lo que se indicó la realización de los "trámites pertinentes" (fs. 244 HC). Destáquese lo expuesto, de una sugerencia de derivación a un pedido de derivación urgente en tan solo veinticuatro horas. Ante infructuosas tratativas posteriores de derivación que emanan de constancias obrantes en autos, aunque de modo alguno las mismas sean idóneas para demostrar que fueron las suficientes, el niño falleció cuatro días después.

Vuelvo sobre la fecha en que, según la Historia Clínica, se "sugirió" la derivación, 23 de junio. Frente a dicha realidad objetiva, dijo el señor juez de grado "que en el Hospital Regional no existía en el año 2004 una terapia intensiva pediátrica y que dado el cuadro clínico en que se encontraba, se requirió la derivación de inmediato a distintos centros médicos, no pudiendo efectivizarse la derivación por la inexistencia de camas" (sic) (fs. 946vta.). No sé que entendió como "inmediato" el sentenciante, pero si hay algo sobre lo que no puede caber duda alguna que aquí no existió de ninguna manera un pedido de derivación de tal naturaleza. El niño fue internado para una cirugía de muñeca el día 17 de junio, la comunicación efectuada

para solicitar su derivación data del día 24 de junio, una semana después. No percibo la inmediatez a la que se hace alusión en la sentencia. Por el contrario, se me representa como evidentemente tardía. Y ello no constituye un hecho menor, a punto que sellará la suerte de los codemandados.

En efecto, en las actuaciones que constituyeran el Legajo de Investigación Fiscal –Caso 2948- caratulados "Velázquez, J. – Sea V. s/ Muerte dudosa" y que tengo a la vista, se encuentra agregado a fs. 96/97 informe de la Sociedad Argentina de Cardiología suscripto por su Presidente Dr. D. J. P. y Secretario Dr. R. M., en el que constato: "Pregunta 6. Si, teniendo en cuenta la inexistencia de especialistas en cardiología infantil y terapista intensivo infantil, el paciente requería derivación urgente a un centro de mayor complejidad. Respuesta: Sí. Pregunta 7. En su caso si la necesidad de derivación debió haberse advertido inmediatamente de detectada la patología, o a partir de que momento. Respuesta: Sí… Pregunta 10. Si existen directrices o recomendaciones –protocolización de procedimientos en diagnóstico y terapéutica médica– emanados de la entidad científica que Ud. Preside o de otras entidades del ámbito nacional o internacional destinadas a mejorar la calidad y eficacia de la praxis médica en casos como el presente; en caso positivo identifique las mismas, señalando si han sido aplicadas y/o respetadas. Respuesta: Sí, existen en caso de arritmias. Pregunta 11: Cuáles resultaban las reglas de cuidado necesarias emergentes de la *lex artis* médica, para tratar el caso presentado en la situación concreta y efectuando una comparación con la acción ejercitada determine si hubo correspondencia entre ambas. Respuesta: El orden tendría que haber sido a) diagnóstico de arritmia previo a la cirugía, b) realizar un prequirúrgico con electrocardiograma completo, c) tratar la arritmia. Desarrollado el presente cuadro hubiera sido beneficioso: administración de dopamina, cardioversión y derivación urgente…".

En informe obrante a fs. 609/611 de autos, suscripto por su vicepresidente 2° Dr. C. B., la misma Sociedad Argentina de Cardiología da respuesta a la misma pregunta 6: "Si, teniendo en cuenta la inexistencia de especialistas en cardiología infantil y terapista intensivo infantil, el paciente requería derivación urgente a un centro de mayor complejidad. Respuesta: Sí, por la complejidad de la patología".

Los mentados informes, no observados, coinciden en que el niño requería en razón de la patología que lo aquejaba, derivación "urgente". Súmese a ello la contundente respuesta a la pregunta 17 que diera la testigo Dra. M.

Pues bien, ello no ocurrió. No fue sino hasta después de una semana de internación que consta la primera comunicación con tal fin. A partir de allí, la falta de camas, la carencia de lugar en los nosocomios consultados con la que se pretende justificar un accionar adecuado. Ha habido en las contestaciones de los demandados un intento por sostener el argumento de que fueron varios los pedidos de derivación. Pues en nada se corresponde ello con lo que aquí se discute. No interesa si fueron varios, interesa cuando se hicieron. Luego, aquel argumento resulta absolutamente estéril.

Es que de nada sirve la cantidad. El 24 de junio de 2004, como dije, se registró la primera comunicación "telefónica", el niño falleció apenas cuatro días después, el 28 de junio. Cualquier lógica indica que cada día que pasó fue determinante. Sin embargo, se desperdició una semana entera antes de decidir lo que debiera haberse decidido apenas advertida la patología. Esta conexión es suficiente para tener por conformado el nexo causal en su primera faceta (*imputatio facti*) que une la acción antijurídica con el resultado muerte. La demora fue, en el caso, fatal.

Ninguno de los responsables advirtió aquella "urgencia", en especial el cardiólogo, lo que constituye una típica conducta culpable. Ni aún con el resultado del estudio realizado al menor al día siguiente a la

intervención quirúrgica (ecocardiograma doppler). Y si aún persiste alguna duda, basta solo con detenerse en los registros dejados por los médicos, en la letra que da cuenta de cómo luchó por vivir el niño en esas horas nefastas, en medio de sucesivos paros cardíacos y reanimaciones. No hace falta más que recorrer esos tremendos párrafos de la Historia Clínica, como tampoco ha de desconocerse en esa senda que, paradójicamente, el mismo día en que el niño falleció se informó de la existencia de lugar para su derivación (ver fs. 11/12 informe Secretaría de Salud Provincia del Chubut).

La prueba que antes citara es contundente e idónea para demostrar la culpa en el resultado final, evidenciando claramente la relación de causalidad. Por su parte, bien pudieron los demandados, que sin lugar a duda alguna se encontraban en mejores condiciones de probar que no fue así, demostrarlo, mas su desidia llevó incluso a que se decretara la negligencia de la prueba pericial médica que ofrecieran (fs. 859).

En relación con la culpa médica, se ha dicho que el juez debe imaginar el tipo abstracto que le sirva de comparación, ello a los efectos de su determinación. Ese estándar será variable, flexible, fluido, y estará referido al obrar de un médico diligente –cuidadoso, prudente– de la categoría o clase en la cual quepa encuadrar la conducta del deudor. En tal dirección, se ha sostenido que “la diligencia exigible a un médico especialista es mayor que la correspondiente a un médico generalista, pero aquella es siempre la diligencia normal u ordinaria dentro de los especialistas.” (Orgaz, “La culpa (actos ilícitos)”, pág. 135; Santos Briz, “La
responsabilidad civil, Derecho sustantivo y derecho procesal”, 1970, pág. 633).

Como afirma mi querido maestro y amigo A. B., el establecimiento de clases o categorías variará de acuerdo con las mayores o menores aptitudes personales del profesional y con las demás circunstancias del caso –el médico diligente o prudente común, el especialista,

el prestigioso especialista, etc. (como mayor o menor ajuste)-. Es más, si se diera el caso infrecuente de que el paciente acudiera a un médico cuyas cualidades científicas no admiten parangón alguno en el medio en que actúa, en consideración con esas virtudes –por así llamarlas– el acento subjetivo cobraría más intensidad en la apreciación. Pero no porque tal apreciación se realice con el criterio *quam in suis* –si esto no fuera inviable, cosa que se discute-, sino en razón de que el modelo abstracto va a ser establecido sobre la base de la conducta que suele observar ese mismo médico elegido. Asimismo, el modelo abstracto reclama para su pergeño el examen de las circunstancias de tiempo y lugar, que son externas – amén de las disimilitudes en punto a la índole de cada deber asumido-. De donde, el subjetivismo del modelo no excluiría su abstracción (u objetivación) ni, por supuesto, los múltiples matices concretos (B., A. J., "Derecho de Daños", pág. 365).

Es decir, debe concluirse que de la conjunción de la conducta del médico diligente, prudente, tomado ello en relación con aquella debida en función de las características del profesional, y sumado a las circunstancias de tiempo y lugar –las que cobran a mi juicio vital connotación en el caso en análisis-, ha de determinarse en concreto la existencia de culpa (*imputatio iuris*), debiendo tenerse en cuenta claro, tal como ha sido sostenido unánimemente por la doctrina nacional, que la culpa profesional no es otra que la culpa común o corriente emanada, en lo esencial, de los arts. 512, 902 y 909 del Código Civil velezano.

No hace falta mucho para concluir que aquí la negligencia fue manifiesta, ello a punto tal que se cobró la vida de un niño. J. era un niño de doce años al que el obrar imprudente le sesgó la vida, que fue atendido deficientemente en un lugar inadecuado, sin la infraestructura necesaria, y por quien no tenía la idoneidad para hacerlo y que, con todo, no tomó la determinación inmediata – como mal lo señalara el juez de grado -, la decisión urgente de derivarlo al lugar

donde hubiera tenido oportunidad de recibir la vital atención que merecía. Todo conspira y se configura aquí, el obrar negligente y las circunstancias –fatales en el caso– de lugar y tiempo. Si J. hubiera tenido aquella oportunidad de vivir hoy sería un joven de veinticinco años.

Y en el medio de tamaña parafernalia, como integrante del Poder Judicial y en mi carácter de juez, no puedo sino hacer una referencia a la siempre procurada tutela judicial efectiva. Ello pues, se trata aquí de un niño que falleció en junio de 2004. En el año 2006 se impetró la demanda y hoy, once años después, la familia de J. aún no ha recibido una respuesta definitiva a su justo reclamo. Siempre viene a mi recuerdo aquella imagen incorporada a la conferencia de mi admirada Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, precisamente en orden al tema de la tutela judicial efectiva, y ese justiciable pretendiendo escalar un pico escarpado en cuya cima se muestra inmutable la estatua de la Justicia, metáfora palpable de una resolución que parece inalcanzable. Once años… y esto aún no ha terminado.

Luego, y determinada la culpa médica, factor de atribución subjetivo que hace nacer la responsabilidad civil y coloca en cabeza del cardiólogo interviniente la consecuente obligación de reparar el daño, debe analizarse la responsabilidad de los demás codemandados, jefe del servicio de pediatría del hospital público y Estado provincial, así como la extensión de la misma a la citada en garantía. Y es claro que estos no pueden quedar al margen en razón del factor de atribución objetivo, por el que deben igualmente responder.

Por un lado, el jefe de servicio de pediatría, a quien le incumbe responsabilidad en razón del deber de supervisión que le impone el cargo, no puede sino auditar la calidad de las prestaciones y controlar el funcionamiento de dicho servicio, funciones entre las que se encuentran las condiciones en que se ordena y mantiene la internación de los pacientes. Sin embargo,

y como queda registrado en la Historia Clínica, el jefe de servicio de pediatría, "se pone al tanto de la situación" el día 24 de junio, vale decir una semana después de que se produjera la internación y cirugía del niño. No se trata aquí de pretender evadir la responsabilidad que como jefe del Servicio le cabe con el argumento pueril de que los médicos dependientes no fueran demandados personalmente, que además eran residentes. La elección de quién es demandado es potestad del actor, mas eso no deslinda de la responsabilidad al galeno por lo que está sucediendo en el servicio que se encuentra a su cargo.

Y si del Estado provincial se trata, pues como principal, más esencialmente como garante del derecho a la salud de los habitantes, de rango constitucional, su responsabilidad es innegable. La obligación del Estado provincial de garantizar la salud de su población surge expresamente de su Constitución. El art. 18, incisos 1 y 2, como los arts. 72 y 73, así lo prescriben. La obligación primaria que implican estas disposiciones es la de garantizar la vida. Lo mínimo que puede exigírsele a un hospital público es que cuente con los medios técnicos necesarios para atender al ciudadano. Los impuestos se pagan con esa finalidad, y ningún destino puede ser más prioritario que el de preservar la vida de los habitantes de la provincia. La manda constitucional no puede convertirse en una mera declamación sin contenido de realidad.

Así, "Al hallarse comprometido el derecho a la salud, de raigambre constitucional, la carencia de medios y elementos no puede constituir una eximente de la responsabilidad del hospital en la que fue atendida la afectada" (CCC. Lomas de Zamora, sala 3, 02/03/2010, "C. R. V. c/ Hospital Interzonal Presidente Perón (Fiscalia de Estado) s/ Daños y perjuicios", JUBA SUM. B3750348)

"El nosocomio público se encuentra obligado constitucionalmente a organizar el servicio de salud y frente a un deficiente funcionamiento del mismo, el

Estado responde directa y objetivamente, pues hace a su propia función, y no a la actuación del profesional o dependiente. De tal modo, si el servicio no funcionó, funcionó mal o tardíamente, queda atrapada la responsabilidad del Estado, pues parte de una situación objetiva de falta o deficiencia del servicio que el Estado por mandato constitucional debe garantizar, pues justifican su propia existencia" (SCBA, 11/09/2013, "Z., A. y otros c/ UDEM, Municipalidad de Dolores y otro s/ Daños y perjuicios", JUBA SUM. B27620; y SCBA LP C 101447 S 02/07/2010, "C., S. E. c/ Hospital Interzonal de Agudos Dr. Pedro Fiorito y otro s/ Interrupción de la prescripción", JUBA SUM. B27620).

Es que, debe quedar claro que "La responsabilidad del Estado "puede ser originada tanto por su actividad como por su comportamiento omisivo: un 'no hacer'. En este último caso, lo que lo convierte en un ilícito sancionable es que el mismo constituya un deber jurídico que el sujeto debió cumplir. En el derecho público no existe un texto específico que contemple lo atinente a la obligación del Estado por las consecuencias de sus hechos o actos de abstención. El fundamento jurídico de esta especie de responsabilidad estadual hállase de acuerdo a la doctrina autoral en el art. 1074 del Código Civil" (CS, Santa Fe, 12/4/2011, "Álvarez, Élida Graciela por sí y por otro c/ Municipalidad de Santa Fe", Doctrina Judicial, Año XXVII, N° 41, 12 de octubre de 2011, La Ley, Buenos Aires, p.63, AR/JUR/15954/2011, voto del Dr. Netri)".

Por último, y en el caso de la compañía aseguradora citada en garantía, pues corresponderá responda en el marco y hasta el límite previsto en el seguro contratado.

Determinadas así las responsabilidades de los codemandados, corresponde adentrarse en el nudo de la reclamación resarcitoria, verbigracia rubros que la componen, ello a efectos de determinar su procedencia y cuantía. Aquí se ha pedido la reparación por el daño moral, la pérdida de chance y el daño psicológico.

Debe tenerse en cuenta a tal fin que "La afectación de la integridad física o psíquica que arroja una secuela que impide temporaria o definitivamente el restablecimiento del estado de cosas de que gozaba la persona con anterioridad al suceso dañoso, habrá de indemnizarse adecuadamente de acuerdo con las particulares circunstancias de cada caso"
(CCiv. y Com. Morón, Sala 2da, 23/10/84, JA, 1985I646).

Es por ello que la protección de la persona humana en toda su compleja dimensión vital, en su "mismidad" como solía decir el maestro Germán Bidart Campos, en opinión que comparto, debe constituir preocupación permanente del quehacer jurídico.

Por de pronto, destaco que la materia de daños no se presenta, sino con determinada complejidad, la que requiere un estudio más detenido de sus componentes so pena de incurrir en interpretaciones incorrectas. En materia de la teoría general del acto ilícito, la acción y la antijuridicidad de la misma, si es que se las quiere ver por separado, o bien la acción antijurídica, debe estar unida al daño en virtud de un nexo causal adecuado. Más aún así, ello no importa el automático nacimiento de la responsabilidad civil, por cuanto ha de haber un factor de atribución, bien subjetivo, bien objetivo, que habrá de colocar en cabeza del agente dañador el deber de resarcir, de reparar el daño causado. Aquí ya ello ha sido debidamente abordado en los párrafos precedentes.

Por ello resulta importante aquí, y en forma previa al abordaje de los rubros que conforman el objeto demandado, formular una aclaración. Es criterio pacífico y virtualmente unánime en la doctrina nacional y extranjera considerar la responsabilidad emergente de la relación médico-paciente como de naturaleza contractual, sea cual fuere la esencia que se asigne a dicha relación. Ahora bien, ello no obsta a que, en determinados casos, la responsabilidad médica pueda tener carácter extracontractual. Precisamente uno de estos supuestos se da en el caso en que el paciente

fallece como consecuencia de la atención médica y quienes reclaman son sus familiares. En tal caso el reclamo debe ir por la vía extracontractual.

Entonces, en lo que respecta al daño moral, he de recordar aquí sobre el mentado rubro que, además de estar receptado en los arts. 522 y 1078 del Cód. Civil, el daño o agravio moral ha adquirido rango constitucional a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, pues en los artículos 5 y 11 del Pacto de San Juan de Costa Rica (Ley 23054) encuentra recepción y tutela dicho bien jurídico (SCJBA, Ac. 57.531, 16-2-99, "Sffaeir, L. c/ Provincia de Buenos Aires -Ministerio de Salud y Acción Social s/ demanda contencioso administrativa").

Comparto en tal sentido, la corriente que sostiene que "Sabido es que el daño moral supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen valor principal en la vida del hombre, tales como son –entre otros- la paz, la tranquilidad, el espíritu, el honor, y los más sagrados afectos, etc. Es jurisprudencia consolidada de este tribunal que el daño moral tiene su carácter resarcitorio y no punitivo ni ejemplar, y su cuantía no debe guardar necesaria relación con el daño de carácter patrimonial. Así para su determinación debe partirse del propio afligido, ya que de lo que se trata es de paliar, por un medio inidóneo pero considerado subjetivamente eficaz por quien lo pide, un estado espiritual irreparable subjetivamente" (Cciv. y Com. San Isidro, Sala II, 30-11-98, "Velázquez c/ Ledesma s/ ds. y ps.)".

Pero aquí no puede tomarse como punto de partida al sujeto del daño, sino que corresponde sea la persona de los demandantes la que ocupará ese lugar. Debo destacar que luego de la reforma de la Ley 17711, el art. 1078 del Código Civil velezano dispuso en términos contundentes que "La acción por indemnización del daño moral sólo competerá al damnificado directo, si del hecho hubiese resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos." En

tal contexto, obsérvese que la demanda fue interpuesta por los padres del menor por derecho propio y asimismo en representación de los hermanos del fallecido. Los primeros revisten la calidad que les ha de conceder legitimación activa, más no ocurre lo mismo con los hermanos quienes no resultan herederos forzosos de aquel, quedando por tanto excluidos de la reparación pretendida.

Criticaba la Dra. M. Z. G. la irrazonabilidad de la solución legal, como también lo hacía gran parte la doctrina e incluso la jurisprudencia nacional, la que en oportunidad se inclinó por la declaración de inconstitucionalidad del artículo en cuestión (de la prestigiosa autora citada, "Resarcimiento de Daños", T.2-a. Daños a las Personas, pág. 642). También es cierto que, acogiendo dicha corriente de pensamiento y en determinados casos, admite el actual art. 1741 del Código Civil y Comercial (CCyC) una legitimación activa más amplia.

Empero, debe tenerse presente que, tal como lo destaqué en el inicio de mi voto, el presente ha de juzgarse bajo las normas del anterior Código Civil (art. 7 CCyC), por lo que la indemnización que he de otorgar reconocerá como destinatario exclusivo la víctima del daño moral, es decir los padres del niño. Aclarado ello, analizaré el monto que estableceré por dicho concepto.

Respeto distintas opiniones que puedan derivar en criterios disímiles a la hora de indemnizar el daño sufrido, más no dejaré por ello de expresar y aplicar la mía, la que tiene en miras esencialmente a la víctima de aquél por sobre otras consideraciones. Tengo dicho, y sostengo, que los jueces, a quienes la Constitución nos ha confiado la ardua tarea de impartir justicia -si es que ello es posible desde que como virtud cardinal se corresponde aquella con un valor absoluto, por tanto ajena al alcance de la natural condición humana-, más sí de aplicar la ley a través de las reglas de la sana crítica; debemos ser firmes.

Así, creo que no cabe duda de que la muerte de un hijo es el mayor dolor humano que es posible experimentar. No se puede describir con palabras el desgarrador sufrimiento, angustia y desolación que para los padres significa la pérdida del ser que un día trajeron al mundo. Por eso, siendo imposible fijar la indemnización sobre bases objetivas de ponderación, hay que cuidar que aquella, por lo ínfima, no implique un menosprecio del sufrimiento que se pretende paliar y que a la vez no signifique un motivo de enriquecimiento para los progenitores, equilibrio que es verdaderamente difícil lograr. Tengo dicho ya en anteriores votos que de nada vale fijar una indemnización si el monto resulta inidóneo para cumplir los fines a los cuales está destinada, ya que desde que entonces ofende aquél espíritu de justicia ínsito en la legítima expectativa del justiciable.

Es incuestionable la lesión de las legítimas afecciones y el consiguiente daño moral resarcible que deriva de la muerte abrupta de un hijo a raíz de un suceso como el que nos ocupa. Resulta inimaginable procurar la explicación de un padecimiento semejante quizás el más duro, como antes decía, que pueda enfrentarse- porque no hay palabras que sugieran siquiera la medida de ese dolor. La muerte de un hijo nunca se supera, sólo es posible convivir con ese dolor pero la tristeza nunca se va.

La naturaleza crea un entrañable nexo biológico y espiritual entre padres e hijos y es también conforme a aquella que éstos se encuentran destinados a sobrevivir a sus progenitores y, por tanto, a acompañarlos moral y materialmente hasta el fin de sus días. Depositarios de incontables afanes y desvelos los hijos constituyen una proyección espiritual de los padres, el centro de los más hondos afectos y lo mejor que uno puede dejar en esta tierra. Como dice Mosset Iturraspe: "La vida de los hijos representan para los padres, desde el ángulo de los sentimientos, un valor incomparable. El padre y la madre ven en sus hijos el

fruto de su amor, la continuación de sus vidas más allá de las propias, y esperan recibir de ellos buena parte al menos del cariño que han depositado, como consuelo y ayuda espiritual en los siguientes años de la vida ("El valor de la vida humana", pág. 137). En otros términos, la mutilación de las expectativas existenciales que el hijo tenía se convierte reflejamente en sufrimiento de los padres -se hace "carne propia", por aquello de que "los padres viven en sus hijos o a través de ellos"- fuera de los beneficios espirituales que implicaba el goce de la vida del hijo que ya no estará. Esto último tiene vigencia porque, si bien los hijos son para sí y no para sus padres, dentro de los regulares lazos de solidaridad familiar conforman pilares de apoyo y colaboración en múltiples ordenes de la vida (Cám. Primera de Apel., Sala 3era., La Plata, "Villalba J. Carlos c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios" (causa n° 242.365) y "Ferreyra Ana de los Angeles y otros c/ Vivas M. Hernán y otros s/ Daños y Perjuicios", c. n° 242.366)

La jurisprudencia se ha pronunciado sosteniendo: "… evaluar el daño moral significa medir el sufrimiento humano. Esto no solo es imposible de hacer en términos cuantitativamente exactos, sino que es una operación no susceptible de ser fijada en términos de validez general o explicada racionalmente. Cada juez pone en juego su personal sensibilidad para cuantificar la reparación, la cantidad de dinero necesaria para servir de compensación al daño. Es la que sugiere por caso su particular comprensión del dolor ajeno" (Tribunal Superior de Justicia Cba., Sentencia n° 30 del 10 de abril de 2001).

A la hora entonces de fijar el *quantum* indemnizatorio por la partida, tengo presente que los demandantes, más allá de haber estimado el monto, dejaron librado el mismo a lo que en más o en menos resulte de la prueba producirse (fs. 8). Más, como no es posible humanamente establecer una ecuación entre

dolor e indemnización, debe introducirse un tercer término: el valor de los bienes elegidos al efecto del consuelo. Estamos hablando de la tesis de los 'placeres compensatorios', de los que hablaba la autora que ya antes citara Matilde Zabala de González, y que conduce a la indagación de los 'bienes o servicios sustitutos del daño moral' con cuyo ingreso se procura causar una satisfacción que opere como una suerte de contrapeso por el menoscabo espiritual padecido" ("Cuanto por daño moral" La Ley, 1998-E, 1057). Es claro que, en atención a las circunstancias del caso en tratamiento, resulta particularmente difícil imaginar que bienes que puedan mitigar el dolor producido por el absurdo y fatal desenlace (compensarlo es imposible).

En concordancia, coincido con que "A los fines de la cuantificación del daño moral por la muerte de un hijo menor, deben ponderarse las amarguras, los sufrimientos por la desaparición irremediable, la desdicha por la muerte tan prematura, el dolor por la impotencia frente a la fría y cruel dinámica de los hechos, la frustración de su presencia diaria y la compañía insustituible que para los padres representan sus propios hijos (Cciv. y Com. Morón, Sala 2, 31/5/94, "Gutiérrez, Carlos A. c/ Marino, Jorge A. s/ Daños y perjuicios").

En tránsito a dar solución al reclamo por el rubro daño moral, y de acuerdo con los señalamientos y pautas antes expuestos, tengo presente que se trata de una familia humilde, numerosa, que ha debido sortear las idas y vueltas de un proceso incoado hace más de diez años. Ha peregrinado el grupo familiar un arduo camino en busca de una resolución que atienda su reclamo, y ello no debe perderse de vista, más aún teniendo en cuenta la gravedad del daño causado. Tengo también en cuenta el informe pericial psicológico obrante a fs. 780/785, el que no fuera objeto de impugnación ni de observación alguna por las partes. Es en tal contexto que lo evalúo, tomando asimismo como referencia otros

votos en los que he reflejado mi criterio y en los que me he extendido sobre lo que debe entenderse por tutela judicial efectiva al atender cuestiones vinculadas con los daños y perjuicios derivados del acto ilícito, Es así, que debo ser conteste con lo decidido en aquellas oportunidades, razón por la que estableceré en el caso particular un monto de pesos novecientos mil ($ 900.000) en concepto de daño moral a favor de los progenitores del menor.

Respecto ahora del rubro “pérdida de chance”. Se trata de un daño futuro cierto, vale decir la pérdida de una chance u oportunidad de que en el futuro, de vivir el occiso, en este caso el niño, se hubiera concretado la posibilidad de una ayuda o sostén económico para sus padres. Ello es lo que se debe indemnizar.

Así lo ha recogido la jurisprudencia afirmando que “Por el juego de los arts. 1084 y 1085 del C. Civil se admite que en caso de muerte de un menor, lo que debe resarcirse a los progenitores es el daño futuro cierto que corresponde a la esperanza, con final contenido económico resarcitorio, que constituye para una familia la vida de un hijo muerto a consecuencia de un ilícito; esa indemnización cabe, si no a título de lucro cesante, por lo menos como pérdida de una oportunidad de que en el futuro, de haber vivido el menor, se hubiera concretado la posibilidad de una ayuda o sostén económico para sus padres. Esa pérdida de posibilidad es un daño futuro que bien puede calificarse de cierto y no eventual, aunque para su cuantificación, deba merituarse que en el curso ordinario de las cosas, ese hijo hubiese a su vez constituido su propia familia a la que también le correspondía la carga jurídica y moral de sostener” (CCiv. y Com. 1, La Plata, Sala 2, 5/9/2000, “Visgarra, Imeldo c/ Rodríguez, Rodolfo s/ Daños y perjuicios”).

Recordando una vez más las enseñanzas de la querida M. Z. G., decía esta que desde una visión axiológica de lo que es o lo que debe ser una familia, los padres

tienen la expectativa de que los hijos sean en el futuro un sostén ante cualquier contingencia problemática, cuya posibilidad aumenta con el correr de los años. Este daño es resarcible no como daño consumado, sino como pérdida de una "chance". También señalaba la autora que la "chance" de ayuda futura es presumible en principio, cualquiera sea la condición económica de los padres. Pero dicha inferencia es especialmente fundada tratándose de familias humildes, porque en ellas suele ser casi de rigor la colaboración de los menores en el sostenimiento del hogar (Zavala de González; Matilde, "Daños a las personas", tomo 2-b, págs. 246 y siguientes). Sin embargo, como la "chance" no ostenta el mismo grado de certidumbre que el de un efectivo lucro cesante, el alcance de la indemnización a acordar por tal concepto es problemático (por serlo la realización de la "chance" misma) y al igual que en el caso del daño moral, entronca bastante con el prudente arbitrio judicial (ob. citada, pág. 274).

Entendiendo que tal arbitrio debe encausarse en pautas de la realidad, sin que ello signifique atenerse a fórmulas matemática estrictas, creo prudente practicar una serie de cálculos concretos que, junto a las reglas de la sana crítica, permitan a modo de guía aproximarse al monto a determinar. En esa inteligencia, tendré presente la edad del menor, como así también no habré de dejar de lado la composición del grupo familiar integrado asimismo por otros hermanos en condiciones de auxiliar a sus progenitores en el momento oportuno, tal como lo hubiera hecho J.. También ponderaré la edad en que los padres hubieran podido recibir la ayuda, y la posibilidad cierta de que J. hubiera podido constituir su propia familia. Con todo, estimaré que los padres podrían haber necesitado de su hijo una vez concluido su etapa activa laboral que, sin perjuicio de la diferencia existente entre la exigida al hombre y a la mujer en la legislación previsional, unificaré en los 65 años, y a partir de allí por un

lapso de 20 años. Teniendo en cuenta el salario mínimo vital y móvil vigente al momento de resolver de $7.560. (http://salariominimo2017.de/argentina/salario-minimovital-movil-2016/existente) multiplicado por 13 salarios al año y a su vez por 20 años se obtiene la suma de $1.965.600. Ahora bien, como antes sostuve, es necesario tener en cuenta otros parámetros. Sobre ese eje, no es propio pensar que el hijo hubiera aportado el total de sus ingresos a los padres, sino que con prudencia podría sostenerse que lo haría en un 25% de aquellos, lo que nos conduce a la suma de $491.250. Si a su vez ese monto se dividiera por los cinco hermanos se obtendría un monto de $98.250 que es el que considero justo en concepto del rubro en análisis, y redondearé en la suma de $100.000, correspondiendo $50.000 a cada progenitor.

En relación con el pedido de indemnización por el daño psicológico, he sostenido siempre y lo vuelvo a reiterar que aprendí hace muchos años de las enseñanzas del Dr. A. B. que el Código Civil de Vélez Sarsfield contemplaba dos categorías: el daño patrimonial y el daño moral. Al primero se refieren -o más bien se referían- los arts. 519, 1068 y 1069, en tanto que al segundo atañen los arts. 522 y 1078. Las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general -en sus bienes esenciales- no son daños, sino menoscabos de índole material, los cuales pueden ser F. de daños resarcibles (o injustos) si conculcan intereses económicos o espirituales. "El daño moral y el daño patrimonial constituyen las dos categorías de daño resarcible, sin que pueda hablarse de la existencia de un tercer género: sólo existe el daño patrimonial y el extrapatrimonial (moral) (*cf*. B., A. J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", Rev. de Der. Priv. y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992, N° 1, pág. 263; coinciden Iribarne, Héctor Pedro, "La cuantificación del daño moral", Rev. del Derecho de Daños n° 6, Rubinzal

Culzoni, 1999, pág. 187; Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños”, T. 2a – “Daños a las personas”, Hammurabi, Bs. As., 1993, pág. 33).

Si bien es cierto que algunos autores aislados han postulado la independencia del daño psicológico considerándolo un *tertium genus*, vale decir una tercera categoría autónoma del daño material y el daño moral, no cabe duda ya que tal corriente de pensamiento ha perdido fuerza en virtud de los sólidos argumentos sustentados por autorizada doctrina en la materia. Entonces, a la hora de indemnizar el daño moral, entiendo debe encontrarse comprendido el resarcimiento por el daño psicológico, sin que corresponda hacerlo por separado.

He de formular una consideración más, y se refiere a los intereses a aplicar sobre los montos determinados. La Sala que integro ha mantenido el criterio que sustento por el que los intereses se deben desde el evento dañoso, ello en concordancia con la opinión de autorizada jurisprudencia. Así, y solo a título de ejemplo “Constituye un principio común que, tratándose de hechos ilícitos, al monto de la condena deben añadirse los intereses, pues dicha obligación surge "ex lege", por la ilicitud del acto (art. 509 Cód. Civil). Y, en principio, deben liquidarse desde que se produjo el daño, pues tal criterio es el que mejor se compadece con el principio de que la reparación debe ser integral, y que inspira en esta materia a nuestra legislación civil (CCI Art. 509 CC0201 LP, B 75773 RSD-267-93 S 7-9-93, Juez SOSA (SD) “SCHACHTNER, María Isabel c/ CATRI, Marcos A. s/ Daños y perjuicios”, MAG. VOTANTES: SOSA-CRESPI). “Los intereses de la indemnización debida por un acto ilícito -delitos o cuasidelitos- deben liquidarse desde la fecha del evento dañoso, pues tal criterio es el que mejor se compadece con el principio de que la reparación debe ser integral, y que inspira en esta materia a nuestra legislación civil, sin que sea obstáculo para ello la falta de constitución en mora o la liquidez de la deuda. Y los intereses del

resarcimiento debido por daño moral también deben computarse a partir de la fecha del hecho ilícito y no desde la interposición de la demanda (CC0201 LP, B 83868 RSI-70-97 I 4-3-97, "GRANAVETTER, J. c/ MANSILLA, Hugo Omar s/ Daños y perjuicios", MAG. VOTANTES: CRESPI-SOSA). "Los aditamentos comienzan, en el caso de responsabilidad extracontractual, desde el momento en que se produjo el evento, aún cuando no se hicieren desembolsos al tratarse de un supuesto de mora *ex-re*, respetándose de esa manera el principio de reparación integral que nutre la materia (CC0001 QL 1553 RSD-24-98 S 4-6-98, Juez BUSTEROS (SD), "CÁCERES BENÍTEZ Mirta c/ ARCE Rubén A. y otros s/ Daños y Perjuicios", MAG. VOTANTES: BUSTEROS - CELESIA - SEÑARIS.), entre tantos otros. Luego, ese será el criterio respecto del monto de la condena por daño moral, el que generará intereses desde la fecha del fallecimiento del menor, 28 de junio de 2004. Pero es claro que no puede medirse con la misma vara la condena por la pérdida de chance, ello en virtud de su naturaleza propia y a la que ya me refiriera en extenso. Luego, en el caso de esta última el cálculo deberá efectuarse a partir de la fecha del dictado de la sentencia de primera instancia, 7 de abril de 2016. En todos los casos los intereses correrán hasta la fecha del efectivo pago. En cuanto a la tasa de interés, fijo la tasa activa que utiliza el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos a treinta días.

Resta resolver lo atinente a las costas, las que corresponde sean readecuadas (art. 282 CPCCCh). En consecuencia, las impondré en ambas instancias en forma concurrente a los codemandados vencidos, ello en razón del principio general de la derrota (art. 69 CPCCh). Difiero la regulación de honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de ser compartido mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, revocar el fallo de la instancia de grado en todas sus partes, haciendo lugar parcialmente a la demanda por daños y perjuicios y condenando en forma concurrente a los codemandados S. G. W., R. P. de L. y Provincia del Chubut a resarcir a los Sres. J. R. V. y V. B. S., la suma de pesos un millón ($1.000.000), correspondiendo pesos quinientos mil ($500.000) a cada uno, a la que habrán de adicionarse los intereses correspondientes según considerando respectivo, en concepto de daño moral y pérdida de chance derivada del fallecimiento de su hijo menor J. M. V..

2) Rechazar el recurso de apelación respecto a la demanda por daño moral interpuesta por los hermanos de J. M. V.

3) Disponer que la sentencia se hará extensiva a la citada en garantía Federación Patronal SA en la medida y hasta el límite del seguro contratado.

4) Imponer las costas de ambas instancias en forma concurrente a los codemandados, en virtud del principio general de la derrota (arts. 69 y 282 CPCCCh).

5) Diferir la regulación de los honorarios profesionales de ambas instancias para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

La Sentencia Definitiva nro. 10/2016 del Juzgado Civil nro. 2 de la jurisdicción dispuso rechazar la demanda de daños y perjuicios por mala praxis interpuesta por J. R. V. y V. B. S. -por su propio derecho y en representación de su hija menor de edad A. M. V.-, R. J. V., L. J. V. y
C. B. V., contra S. G.
W., R. P. de L., C. L., Provincia del Chubut y la citada en garantía F. P. S. SA.

Impuso las costas a la actora vencida de acuerdo al principio general de la derrota, a cuyo fin y teniendo en cuenta la labor profesional desarrollada, las etapas cumplidas, la trascendencia social, económica y

jurídica, reguló los honorarios profesionales (fs. 938/949).

Contra la misma se alzó la parte actora a fs. 950, presentando memorial de agravios a fs. 971/980, fueron contestados a fs. 982/986 y fs. 987/990.

Por tratarse mi voto del segundo en orden, observando que fue desarrollada la cuestión que constituye el objeto de tratamiento en esta alzada, por quien me precedió en la emisión del voto, por lo cual en el entendimiento que se encuentra cumplimentada la manda procedimental del art. 166 del Código ritual, en la convicción que la Constitución Provincial en su art. 169 no impone repeticiones innecesarias, sino las fundamentaciones y conclusiones a las que se arribe, tengo por satisfechas ambas exigencias.

Por ello iniciaré directamente el tratamiento del memorial de agravios de la parte actora apelante.

Análisis:

1. Al contestar agravios la parte demandada, Dr. W., y la tercera citada en garantía peticionan la declaración de deserción del recurso interpuesto por la actora.

He mantenido en el curso de los años en la magistratura en este cuerpo, un criterio de admisibilidad amplio y que conforme ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Montes de V.es, Vilma E. c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, 2606-1991, “incurre en un injustificado rigor formal incompatible con el derecho de defensa, la resolución que declaró desierto el recurso, basado en la omisión de una critica concreta y razonada, si el escrito contiene argumentos mínimos sobre el tema que pretende someter a conocimiento de la Alzada” (autos “Servicios Eléctricos del Gran Bs.As. c/ Municipalidad de Gral. Sarmiento”, CS2010-08-24 DJ rev. año XXVI-nro. 52-2912-2010).

2. Abordaré en primer término los agravios respecto a la imputabilidad de responsabilidad al Dr.

R. P. de L., que fuera rechazada en la demanda; a fs. 8 en el libelo de inicio promueven juicio sumario entre otros contra este médico. En el curso de su escrito de inicio nada dice para fundar la razón o motivo por el cual dirige la demanda, o sea por qué atribuye responsabilidad.

Este razonamiento fue incluido en el escrito de responde del Dr. P. de L. a fs. 71/78.

La petición, o sea lo que se reclama ante la justicia, puede resultar tanto de lo expuesto en el escrito de demanda, como en el petitorio final, ya que la ley procesal no determina un orden estrictamente formal, interesándole que se conozca con exactitud lo que la actora pretende. Cuando se recurre al órgano jurisdiccional a los fines de que se dirima un litigio y se reconozca así el derecho que se invocase, es necesario hacerlo conforme a las reglas primarias que las disposiciones del Código Procesal señalan (arts. 333 y sgtes.), no solo para posibilitar el arribo a una decisión adecuada, sino para asegurar al mismo tiempo el debido proceso que garantice básicamente el derecho de defensa (C. Civ., Sala D, JA 1980-1433), pero es suficiente la exposición del objeto de la demanda en forma sintética y clara (C. Civ., Sala C, JA 1981-11 sínt; JA 1981-III-818, n° 24). En el presente caso se demandó a tres personas físicas, y al Estado Provincial, en el relato efectuado referido al objeto de la contienda en nada involucró la parte actora al Dr. P. de L.

A la luz de la teoría de la sustanciación, se impone como técnica adecuada la exposición circunstanciada de los antecedentes fácticos que den cimiento a la pretensión ejercitada con la demanda. Ello es lo que dimana por el inciso 4 del artículo 333 del Código de rito, al disponer que la demanda ha de integrarse con la exposición de los hechos en que se funda, detallados claramente, pues con ellos se explicitan la razón o fundamento de la pretensión *causa petendi*- derivándose de tal carga de la afirmación significativas

implicancias, pues hace nacer la correlativa carga de reconocerlos o negarlos de modo categórico para el accionado (art. 360, inc. 1, CPr), delimitándose así el contorno litigioso y la pertinencia de la prueba en cuanto guarde correlación con los hechos debatidos (art. 362, Cód. cit.), todo lo cual, a la postre determinará el contenido de la sentencia, en tanto esta solo podrá considerar la situación fáctica planteada por las partes (arts. 165, inc. 3, 4 y 6, CPr), so riesgo de violar el principio de congruencia.

Al conjuro de tales argumentaciones, los hechos son los que fijan el “thema decidendum”, siendo las partes las que tienen el señorío exclusivo para aportar el material de conocimiento -principio dispositivo- quedando atrapado el órgano jurisdiccional por las alegaciones que aquellas introducen en los escritos constitutivos de la relación jurídico-procesal, debiéndose tener en cuenta que lo que se omitió manifestar en el inicio del juicio no será posible alcanzarlo luego por vía de interpretaciones o supuestos que se aparten del relato que cada parte esbozó para fundamentar su pretensión o el rechazo del adversario. (C2da. CCom, de La Plata, sala 1,21 -92000, "Romero, J. c/ Tomassoni s/ Daños y perjuicios").

El juego armónico de los principios dispositivo y de congruencia hace que el juez deba respetar el escenario litigioso propuesto por las partes a través de sus pretensiones y defensas, limitándose a fallar exclusivamente sobre los puntos sometidos a su decisión. Aun en caso de que pueda presumirse un excesivo celo por descubrir la verdad de los hechos, no le es dado al sentenciante trascender el marco de la contienda fallando más allá de las defensas opuestas, lo que importa violar el principio de congruencia citado (CCCom. de Mar del Plata, 22-5-2003, "Costa, Patricia Claudia c/ Alavi, Rubén y otros s/ Daños y perjuicios. Beneficio de litigar sin gastos"). Esta ausencia no puede ser suplida en el memorial presentando en la alzada, lo cual tampoco intentan los recurrentes, como

se advertirá del desarrollo del presente. Es recién en el memorial de agravios de los accionantes que surge que la demanda estaba dirigida a este profesional por ser el jefe de pediatría, cuestión no invocada al incoar demanda, lo que excluye el tratamiento de esta alzada.

Es por ello que confirmo en el punto la decisión del juez a quo de rechazar la demanda respecto del Dr. R. P. de L..

3. En cuanto al primer y segundo agravios, la ausencia de consentimiento informado y la falta del electrocardiograma en los estudios prequirúrgicos, no fueron temas introducidos en la instancia procesal oportuna, es decir al interponer la demanda. "Con fundamento en pacífica doctrina y jurisprudencia se ha dicho que el tribunal de alzada no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia porque el principio de congruencia que limitó la sentencia en aquella, limitará del mismo modo la de esta instancia. Aunque este principio reconoce algunas excepciones, por ejemplo hechos nuevos, la regla general que consagra la norma aludida es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, la cual no configura un nuevo juicio en el que, como tal, sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a que fueron objeto de debate en la instancia precedente. Por lo tanto el tribunal de alzada solo puede emitir pronunciamiento con respecto a aquellas cuestiones involucradas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado" (LLC 1997-1061 cita sent. def. 50/2002 Sala A esta Cámara de Apelaciones).

"La Corte nacional ha otorgado "carácter constitucional al principio de congruencia, en lo que hace a los límites de la jurisdicción de las Cámaras dado por el alcance de los recursos concedidos (CSJN LL1995-B-316) "Los tribunales de apelación no pueden fallar sobre punto o capítulos no propuestos a decisión del juez de primera instancia" (SCJBA) cita Fenochietto, C. "Cód. Proc…", t.2, Astrea). Por lo cual se rechazan dichas quejas.

4. Se entabló demanda contra la Dra. C. L., quien fue declarada rebelde en autos a fs. 85, a quien se le imputó un error de diagnóstico (fs. 15) cesando su estado procesal a fs. 587 ref., a fs. 732 ref. la parte actora desistió de la acción y el derecho contra esta codemandada, con lo cual no se dicta sentencia respecto de la misma.

5. Subsiste la queja de los actores respecto de la falta de derivación oportuna del niño J. M. V. a un centro de mayor complejidad, y la atención médica sin especialidad del Dr. W.

En síntesis quedó conformada la litis en esta alzada, contra el Dr. W. y el Estado provincial, con extensión a la tercera citada en garantía F. P. S. SA (fs. 146/151).

Respecto del primero por haber tratado al niño sin tener la especialidad en cardiología infantil y solicitar tardíamente la derivación a un centro de mayor complejidad.

Con relación a la provincia, por la falta de apropiado servicio, el incumplimiento del deber de seguridad. El estado provincial por ser garante del derecho a la salud.

Desde su ingreso al Hospital Regional se advirtió que el paciente padecía arritmia, efectúo esta afirmación de la valoración de los siguientes elementos probatorios, a saber:

Tengo en cuenta que, si bien la historia clínica es una documentación médica autocreada, que puede incorporar un elemento decisivo a la hora de comprobar si la conducta del médico fue correcta y diligente. No es un documento público aunque emane de un hospital público, y solo vuelca diagnósticos, estudios, tratamientos realizados de acuerdo a la pluma del médico que la confecciona.

La historia clínica revela las enfermedades de un paciente y desde esta óptica parece como que es de propiedad del mismo. Sin embargo, en realidad, la historia clínica puede

representar un instrumento común a médicos y pacientes que informan circunstancias aptas para evaluar la conducta médica seguida (ver Héctor Lavalle y L. Rodríguez Saiach, "Cálculo – Mala Práctica Médica, defensa médica –visión jurídica...", pág. 251, ed. Gowa-2006).

Sobre estas pautas, con dicha prueba afirmo que fueron detectadas por el anestesista "anomalías cardíacas" -fs. 296 y fs. 297 de la documentación reservada bajo el nro. 230/16 de esta Cámara-. Se sugirió en esa oportunidad consulta con un cardiólogo. Ello ocurrió el 17 de junio de 2009, es decir en oportunidad de su ingreso a cirugía en el Hospital Regional.

Pero no existía cardiólogo pediatra en el nosocomio demandado, aun así se procedió a la intervención quirúrgica. No cabe más que reiterar lo que surge palmario, se continuó con el procedimiento a sabiendas que en el hospital se carecía de terapia infantil, con el cabal conocimiento que no se contaría con posterioridad a la cirugía con medios adecuados para atender cualquier situación derivada de la operación, máximo considerando ya la advertencia del anestesista, agravando la posición de las demandadas, toda vez que teniendo tal dato sobre la dolencia de J. no efectuaron previo un electrocardiograma. Da cuenta de la inexistencia de terapia intensiva infantil el director Dr. C. en declaración testimonial de fs. 627 y de especialista en la materia.

La doctrina dijo que cuando se demanda por mala praxis hay que probar cuatro elementos de la responsabilidad. Es decir cuatro elementos a acreditar, un acto, un daño, la relación de causalidad con el acto y el daño y la culpa. En materia médica hay que probar los cuatro elementos citados. El acto médico o comportamiento humano es el más importante. Como lo que hay que probar es la imprudencia, negligencia o impericia se deben resaltar las omisiones, por defecto en la atención en su caso la omisión de conducta debida,

el acto precipitado (imprudencia) o el acto alejado de esas reglas de la *lex artis* (*imperito*) (Héctor Mario Lavalle, L. Rodríguez Saiach "Cálculo – Mala Práctica Médica, defensa médica –visión jurídica...", pág. 101, 199/200, ed. Gowa-2006).

Con lo señalado arribo a la conclusión de que se encuentra comprometida la responsabilidad de los demandados, pues el niño J. presentaba síntomas que imponían, mínimamente, una atención especializada, por lo tanto afirmo que existió un acto precipitado y negligente al intervenir quirúrgicamente a sabiendas de la dolencia previa del paciente, y un defecto por conocer los profesionales médicos la inexistencia de un respaldo adecuado para cumplir con la atención debida.

La falta de terapia intensiva infantil está probada en el expediente a fs. 95vta., fs. 149 entre otras constancias ya indicadas, que fueron también reseñadas por el Sr. camarista que me precedió. No obstante resultan concluyentes las que he señalado.

Ahora bien, posteriormente a la operación la salud de niño se agrava, con el desenlace fatal, cabe detallar que ocurrió; de la historia clínica surge que el cardiólogo sugiere derivación a un "centro de mayor complejidad" previamente había examinado, medicado por el Dr. W., pero ello ocurre días después de la intervención quirúrgica (fs. 240).

A modo esclarecedor, y en este momento del análisis he de puntualizar que el día 17 de junio de 2004 los padres prestan conformidad a la intervención quirúrgica, y para despejar cualquier duda sobre lo que pienso de dicha autorización he de indicar que la "simple autorización" no da fe alguna que haya sido brindada la información a los progenitores por parte de los profesionales médicos.

Un papelito abstracto y genérico carece de cualquier relevancia, toda vez que a continuación del mismo se asienta que el niño padecía de arritmia cardiaca, lo que se manifestó antes y durante la operación, no pudieron ignorarse por parte de los médicos

intervinientes los riesgos eventuales del procedimiento a realizarse, y a los padres, en otras palabras, puedo asegurar que no se le informó todo.

Continuando con la reseña, el 18 de junio un día después de la intervención quirúrgica presenta taquicardia (fs. 225 HC) detectada por el cardiólogo y sugiere medicación, el quinto día de internación con la irregularidad respiratoria presentada se ordena un electrocardiograma (fs. 237 HC), el 22 de junio informa el cardiólogo que presenta una leve mejoría y establece medicación, y el día 23/6/04 sugiere la derivación mencionada (fs. 240 HC), redactándose los papeles de derivación, iniciándose el trámite.

He de disentir del juez *a quo*, ya pedir la derivación fue tardío porque no podía haberse intervenido quirúrgicamente a alguien al que se había detectado un problema y a sabiendas que no se contaba con los medios de resguardo mínimos como ser un cardiólogo infantil, dejarse al niño en un lugar que no contaba tampoco con terapia intensiva para niños, y más grave aún formular el pedido de traslado una semana después, de la operación.

Para mayores precisiones me remito al informe de la Sociedad Argentina de Cardiología obrante en la investigación penal (fs. 96/97 causa nro. 2948) que en síntesis deja en claro que detectada la dolencia debió de medicarse de cierta forma y por un especialista, y de la misma manera conocer que era inmediata la derivación ante la ausencia de terapia intensiva infantil y cardiólogo infantil, en tal sentido se orientó el informe de fs. 609/611.

En síntesis el problema se detectó el 17 de junio, el momento de derivarlo no era una semana después, inmediato significa, urgente, en el momento ni siquiera que se materializara al siguiente, menos aun una semana después, ese retraso evidenció, e incluso agravó, las complicaciones de salud que tenía, y que eran conocidas previamente, cabe destacar la máxima latina que como principio ético “primun nom nocere” –ante todo no dañar-

, para ello se imponía la urgencia de la "inmediata derivación". La conclusión es que no actuaron con la diligencia debida. "Dice B.: "El cálculo ha de referirse a la previsión de un hombre medio, de aptitud inteligente, normal, etcétera". En el caso del médico, resulta aplicable en materia causal el artículo 902 del Código Civil que establece que cuanto mayor sea el poderío de previsión causal de un sujeto, mayor deber de previsión tiene. De modo que el juez debe evaluar este aspecto (LORENZETTI, R. L., "Responsabilidad Civil de los médicos", T.II, págs. 123 y 124).

De las actuaciones emerge que el Dr. W. asistió al niño medicándolo sin tener la especialidad, y recomendando la derivación recién el día 23 de junio, lo que lleva a concluir que efectivamente su accionar tardío, además de la medicación suministrada sin contar con la especialidad para un niño, provocó el daño. He de recordar la declaración testimonial de fs. 627 que detalla cuál es el procedimiento administrativo para la derivación, cuyo inicio está dado por el pedido del médico tratante.

Los recurrentes remiten al informe de la Sociedad Argentina de Cardiología obrante en las actuaciones penales (expte. nro. 98/04, fs. 96). Teniendo a la vista que dicha institución evacua las preguntas y si bien respecto de la pregunta sobre la medicación suministrada por el Dr. W. esa hipotética (fs. 97 nro. 9), lo cierto es que este profesional carecía de la especialidad para la atención de un niño, y no se cumplieron los pasos indicados previo a la intervención quirúrgica y que la entidad oficiada responde cuál habría sido la medicación correcta que no fue la suministrada en el Hospital Regional por el médico cardiólogo interviniente y dependiente de la Provincia.

"… respecto de la responsabilidad del médico demandado que atiende a un paciente en el marco de una institución hospitalaria, no celebra con él ningún contrato, razón por la cual su responsabilidad debe

enmarcarse en la órbita aquiliana" (Lorenzetti, La empresa médica, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998).

En los juicios en los que se imputa responsabilidad médica por mala praxis, la prueba debe versar sobre los actos u omisiones del médico que demuestren una actividad negligente o imprudente o "falta de la pericia necesaria.

Para que quede comprometida la responsabilidad de los médicos por los hechos cometidos en el ejercicio de su profesión, el paciente debe demostrar la culpa de la realización de la atención médica prestada, la existencia del daño que le hubiera sobrevenido a causa de ese hecho y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño experimentado. (Ver doctrina citada, pág. 101).

Solo podría excusarse probando que el daño se produjo por el hecho de la propia víctima, la culpa de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, extremos que no encuentro cumplidos (Bustamante Alsina, "Responsabilidad Civil de los médicos en el ejercicio de su profesión", LL, 1976-C, pág. 66/68).

Considero que en la especie la atención por un médico no especializado, el suministro de medicamentos tal y como surge de la historia clínica, llevan a la conclusión que no existen eximentes de su responsabilidad y que la especial predisposición del causante a sufrir ciertas complicaciones –atento a sus enfermedades preexistentes- no exime de responsabilidad al profesional y/o profesionales; por el contrario, implica que debieron tomar las precauciones que el caso ameritaba, evitando, en lo posible provocar un daño mayor como ocurrió con el deceso del niño; en síntesis hubo un accionar negligente. Entiendo que la falta de servicio especializado que era de conocimiento del Dr. W. del mentado nosocomio y la atención del paciente por carecer de la especialidad, y peticionar la derivación que debió ser con urgencia o inmediatez, redujo las probabilidades de que el paciente sobreviviese a dicha afección, más aún considero que fueron agravadas con la consecuencia fatal que produjo.

Forzoso resulta reconocer que no puede afirmarse, en forma inequívoca, que J. efectivamente hubiera salvado su vida de haber actuado los médicos del citado ente asistencial de manera diligente. Sin embargo, el reproche que aquí se realiza consiste en habérselo privado de la probabilidad de superar el cuadro por el que atravesaba, a partir de haber quedado patentizado en autos que no hubo atención médica apropiada(con especialistas en cardiología infantil y sala de terapia). Es decir, se trata de una atribución de responsabilidad que se funda en la ausencia de estudios, exámenes a lo que debió mínimamente ser sometido el niño en forma previa a la intervención quirúrgica para decidir la realización o no de la misma, y por ultimo la derivación en tiempo acorde con la urgencia requerida, privándoselo de la oportunidad de sortear diligentemente el cuadro grave que presentaba que fue agudizándose en el curso de los días que estuvo internado.

6. En cuanto a la provincia, al contestar la demanda no hace referencia a la falta de una sala de pediatría, no puedo dejar de mencionar lo dicho por la doctrina: ”la legislación procesal moderna aparece decididamente orientada en el sentido de instituir, con relación a las partes y sus representantes o asistentes, el deber de actuar en el proceso con lealtad y buena fe. Esa línea legislativa fue abierta por la Ordenanza Civil austriaca, proyectada por Franz Klein, cuyo parágrafo 178 establece, entre otras prescripciones, que las partes deben, en sus exposiciones, “alegar integra y detalladamente todas las circunstancias efectivas para fundar, en el caso concreto, sus pretensiones con arreglo a la verdad”” (cita Palacios, “Derecho procesal civil”, t.III, págs. 46/47, ed. Abeledo Perrot-1979).

La provincia accionada tiene a su cargo la responsabilidad en materia de salud hospitalaria por disposición constitucional y legal -art.75 incs. 19 y 23 de la Constitución Nacional y 21 y 22 y art.72 inc.1 y 2 de la Constitución Provincial-, y quien cumple con

la obligación de prestar un servicio de naturaleza pública lo debe realizar en condiciones adecuadas para lograr la finalidad que se persigue. En relación a estos y al tipo de responsabilidad que me ocupa en el *sublite*, tanto la doctrina judicial como la académica resultan contestes en señalar que la responsabilidad del Estado puede nacer –por el hecho de que es directa y también objetiva–, aún cuando no se pueda individualizar al funcionario público que ha actuado. Lo que importa en este caso -como presupuestos de la responsabilidad- son el daño, la imputabilidad orgánica, es decir en cabeza del Estado, y la relación de causalidad entre dicho daño y el ente o persona pública responsable del daño. Surge claramente de la demanda que se imputó responsabilidad al nosocomio provincial donde se atendió al menor.

Resulta claro que los actores pudieron demandar solo a la provincia y no a los médicos, porque el derecho vigente se lo permite, tal lo expuesto en los párrafos anteriores, mucho más en un caso como el de autos, donde la responsabilidad médica resulta una cuestión compleja y no resulta simple –para los actores que son profanos en materia médica- determinar cuál ha sido la conducta médica, entre los distintos profesionales que han intervenido en el íter médico, que produjo el daño, salvo el caso del Dr. W., los demás intervinientes no han podido determinarse, lo cierto fue la demora incurrida en efectuar el traslado que implicó a varios profesionales intervinientes.

Le basta a la parte actora probar la irregular prestación médica -a falta de especialistas, de sala de pediatría con cuidados intensivos o especiales, la demora en el traslado, el resultado dañoso sufrido por la misma y finalmente, la demora en la derivación- y la relación de causalidad entre una y otro. Esos extremos han sido acreditados holgadamente en la presente litis.

El alto tribunal de justicia provincial de Buenos Aires tiene dicho: “La interpretación funcional del art. 1112 del Código Civil determina que quien asume la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en

condiciones legítimas y es responsable por los perjuicios que cause su ejecución irregular” (SCBA, C 104.777, sentencia del 11 de marzo de 2013, Juez SORIA (OP); A 69.977, sentencia del 30 de noviembre de 2.011; A 70.322, sentencia del 21 de diciembre de 2.011; entre otras).

El máximo tribunal de la Nación en idéntico sentido, ha expresado que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y debe afrontar las consecuencias de su incumplimiento o ejecución irregular “(Fallos 306:2030; 312: 1656; 315:1892, 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329:3065).

Concurren en el presente caso los presupuestos fácticos y jurídicos que hacen viable la responsabilidad del Estado provincial demandado, delimitado en las consideraciones precedentes, la inexistencia, la falta de servicio, entendida como funcionamiento irregular o defectuoso del servicio público hospitalario por no cumplirse de manera regular las obligaciones emanadas de las normas jurídicas que lo establecen y reglamentan; que tiene por propósito asegurar la adecuada prestación del servicio de salud pública, en función del fin para el que ha sido establecido.

Es oportuno al caso recordar que el estado provincial debe acatar en lo pertinente, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, art.24 inc.1, y las Observaciones Generales del Comité de los derechos del niño.

En otros términos, su responsabilidad es directa, y descansa en la violación de una obligación de seguridad (art.504 C.C.; *cf*. Vázquez Ferreyra, Roberto, "Responsabilidad civil de los Responsabilidad civil de los sanatorios y culpa médica", LL, diario del 23/11/90)." (elDial.com - AA3418).

A todo lo dicho y

teniendo en cuenta que fue condenado un profesional, le cabe también responsabilidad por el accionar del dependiente.

Concluyo en consecuencia en receptar los agravios en forma parcial y responsabilizar al Dr. W. tal lo señalado en el considerando precedente y a la Provincia del Chubut.

7. Modificada la sentencia resta determinar las reclamaciones respecto del resarcimiento peticionado en la demanda a fs. 8 que establecieron los actores en la suma de $900.000 con más los intereses que resulten más beneficiosos por la muerte del hijo, detallando a fs. 15/18, pretenden por la muerte del hijo mayor y hermano, el concepto "daño moral", haciendo referencia al sufrimiento de padres, omitiendo cualquier detalle respecto de los hermanos.

Peticionan también "pérdida de chance" por las legítimas posibilidades de obtener ganancias que se vieron truncadas por la temprana muerte del hijo J. M. V..

Otro rubro pretendido es el "daño psicológico", mencionan genéricamente el daño producido por el fallecimiento de un hijo.

La carencia de referencia, de detalle en la demanda respecto de los daños reclamados es una deficiencia que afecta al momento de decidir porque si bien incluyó a los padres y a los hermanos del fallecido nada se dijo respecto de estos últimos.

No obstante esta advertencia, iniciaré el tratamiento de los reclamos por el daño psicológico:

Cabe diferenciar el bien jurídico que puede verse afectado, de sus consecuencias. Así, la integralidad psíquica forma parte de un derecho de la personalidad y es de carácter extrapatrimonial, pero si el desmedro sufrido produce efectos patrimoniales, como la incapacidad para la realización de tareas productivas o el costo del tratamiento necesario para la recuperación, genera daños patrimoniales indirectos. Por el contrario, si no los origina, se trata de un daño extrapatrimonial

que debe ser evaluado para la fijación del daño moral" (Carlos A.Ghersi, "Daño moral y psicológico" pág. 215/216, ed. Astra-2002).

Se cuenta en el expediente con el informe de la perito psicóloga a fs. 780/785 refoliada.

He resuelto en casos anteriores que el daño psicológico no es autónomo, o bien integra el daño material o moral, en la especie he de detallar lo dicho en el informe del peritaje, que los integrantes de la familia padecen un duelo "patológico" que puede agravarse, debe recordarse que la Corte Suprema ha dicho que "para la indemnización autónoma del daño psíquico respecto del moral, la incapacidad a resarcir es la permanente y no la transitoria, y debe producir una alteración a nivel psíquico que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso" (Fallos: 327:2722).

En síntesis arribo a la conclusión que el daño no es permanente, que existe la posibilidad de restablecimiento o agravamiento, lo que afectó además de la vida espiritual, la patrimonial de los integrantes, más aún la madre comenzó a trabajar con posterioridad al fallecimiento de su hijo, lo que me lleva a afirmar que es un sufrimiento de orden extrapatrimonial.

La psicóloga, advierte respecto "a eventuales tratamientos, duración y costos de los mismos podemos decir que, si bien nadie puede predecir con certeza cuando se curará una persona, o cuando la mejoría que ha obtenido ya es suficiente debido a que la dirección de la cura se encuentra afectada por múltiples factores; y en orden a ello sugiere tratamientos como recomendables para los mismos serian: J.: tratamiento psicoterapéutico con una frecuencia de dos sesiones semanales por el período de dos años, V.: tratamiento psicoterapéutico con una frecuencia semanal por el período de dos años, R.: tratamiento psicoterapéutico con una frecuencia semanal por el período de un año, L.: tratamiento psicoterapéutico con una frecuencia semanal por el período de un año, siempre y cuando se logre

revertir su conducta oposicionista, si no el mismo se deberá prolongar. A.: tratamiento psicoterapéutico con una frecuencia semanal por el período de dos años. C.: tratamiento psicoterapéutico con una frecuencia semanal por el período de un año.

E incluso La psicóloga ha efectuado los cálculos en forma individual y colectiva, que los apreciaré en oportunidad de expedirme sobre el daño moral, toda vez que como dije precedentemente considero que dicho rubro debe incluirse en un resarcimiento por su carácter extrapatrimonial.

Daño moral, hermanos de la victima:

El art. 1078 del Código Civil, exige la muerte de la víctima para habilitar el resarcimiento del daño moral a los herederos forzosos, vedando el reclamo del aquí pretensor. Resulta violatorio de los artículos 19 y 16 de la Constitución Nacional y, a través del artículo 75 inc. 22, de los Tratados Internacionales allí incorporados.

Tratándose en el presente caso de los hermanos, personas que sin alcanzar la calidad de sucesores han experimentado un daño patrimonial o espiritual grave, derivado de la muerte de otro, la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos se inclina por otorgar legitimación activa. Tal es el caso de los hermanos, a quienes permite considerarlos legitimados activamente para reclamar daño moral sin que ello obste, por cierto, a la exigencia de demostración del perjuicio por parte de aquellos.

La solución plasmada en el artículo 1078 del Código Civil, en cuanto entiende que solo de la pérdida del ser querido puede derivarse daño moral conculca el principio de igualdad de tratamiento jurídico entre damnificados directos e indirectos. Por otro lado, ninguna explicación convincente puede brindarse a propósito de la arbitraria discriminación entre damnificados en su existencia (art. 1078) y en su patrimonio, donde la legitimación es irrestricta (art.1079). Finalmente, resulta incoherente admitir la

Acción de ciertos damnificados indirectos en afrentas contra el honor (*v.gr.* art. 1080 del Cód. Civil) y no en otras que pueden ser más drásticas (v. en tal sentido: M. Z. G., "Resarcimiento de daños", cit., 2005, t. 5, pp. 215/220; y Ramón D. Pizarro y Carlos G. Vallespinos, "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", t. 4, pp. 339/348). Si bien el planteo de inconstitucionalidad no fue introducido por la parte actora en ocasión de la presentación de la demanda, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que los jueces están facultados para ejercer de oficio el control de constitucionalidad sin que ello atente contra el principio de división de poderes, pues siendo legítimo el control de constitucionalidad en sí mismo, carece de sentido sostener que no se produce un avance indebido del Poder Judicial cuando media petición de parte y sí cuando no la hay ("Mill de Pereyra, Rita y otros c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contencioso administrativa", del 27/09/2001, en Fallos: 324:3219; "Banco Comercial de Finanzas SA (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra", del 19/08/2004, en Fallos: 327:3117; "Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", del 27/11/2012, en Fallos: 335:2333; entre otros).

En consecuencia, a tenor los argumentos expuestos, que fueron detallados en la pericial psicológica (única prueba sobre el tema) que hizo expresa mención del dolor a nivel espiritual sufrido por los actores, entiendo que los hermanos de J. se encuentran legitimados para reclamar la reparación de la afección de esta naturaleza, que a partir de la demostración de un perjuicio cierto y la relación causal adecuada con el hecho lesivo, como acontece respecto a los hermanos que convivían con la víctima, conforme la facultad del art. 167 del C. Pr., se estima prudencialmente para R. que actualmente se encuentra en una unión convivencial en la suma de $20.000; L., $30.000, para A. $30.000, para C. la menor de los hijos y si bien fue la que quien

convivió menos tiempo con su hermano, tengo en cuenta que asiste al establecimiento escolar, que es la que menor angustia presente -según informe pericial de fs. 780-, la suma de $10.000.

Daño moral a los padres, V. y J.:

En el caso, la existencia del daño moral por la lesión a las legítimas afecciones de los padres actores, derivada del fallecimiento de su hijo, no puede discutirse pues resulta difícil concebir un padecimiento moral más hondo, considerando la corta edad de la menor (12 años a la fecha del hecho) y el enorme sufrimiento que sin duda causó en los progenitores su muerte, que altera el orden natural de la vida. Con referencia a lo peticionado en concepto de daño moral (art.1078 del Código Civil), cabe recordar que este perjuicio importa una lesión a los intereses extrapatrimoniales y a las afecciones legítimas, provocado por el ataque a los sentimientos por el sufrimiento padecido, vale decir, un detrimento de orden espiritual causado por las inquietudes, molestias, fobias o dolor (*cf*. Zannoni, E., "El daño en la responsabilidad civil", ed. Astrea, Buenos Aires, pág. 231; Belluscio - Zannoni, "Código Civil", ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, t. 5, p. 114). Como dije precedentemente, considero un dolor en un grado superlativo el sufrido por los padres del fallecido J.

Habida cuenta que la determinación de su cuantía se encuentra librada al prudente arbitrio judicial, no dependiendo de la existencia o extensión de los perjuicios patrimoniales, pues no media interdependencia entre tales rubros en tanto cada uno tiene su propia configuración. Por otra parte, cabe señalar que su procedencia no requiere más prueba que la del hecho principal habida cuenta que se trata de un daño "in re ipsa" (*cf*. Llambías, Jorge J., "Código Civil Anotado", T. II B, p. 329; CNCiv, Sala H, JA 1993 II 72).

Desde esa perspectiva, considero la suma de $900.000 para ambos progenitores en conjunto ($450.000 para cada uno).

Reclamaron los actores la pérdida de chance, "La expresión "pérdida de chance" comprende todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obtenido una ganancia o beneficio o evitar una pérdida, resultados que fueron impedidos por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, creando una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial (*cf*. LÓPEZ MESA, Marcelo, en TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, "Tratado de la responsabilidad civil", edit. La Ley, Buenos Aires, 2004, T I, p. 465; MAYO, Jorge, La pérdida de la "chance" como daño resarcible, en LL 1989-B-105; CAZEAUX, Pedro N., "Daño actual, daño futuro, daño eventual o hipotético. Pérdida de chance", en "Temas de responsabilidad civil. En honor del Dr. Augusto M. Morello", cit, p. 23, N° 10). La evaluación de chance indemnizables requiere una evaluación de probabilidades.

Afirmo que la parte actora apelante no individualizó el resarcimiento respecto de los progenitores y el correspondiente a los hermanos que solo mencionó como un deber alimentario respecto de estos últimos.

En este orden de ideas, considero que debo diferenciar las situaciones con respecto a los padres y con relación a los hermanos. Abordaré respecto de los progenitores en primer término.

La pérdida de la vida humana no puede indemnizarse como daño patrimonial, sino cuando y en la medida que represente un detrimento de esa clase para quien reclama la reparación (*cf*. Salas, Acdeel, "Determinación de daño causado a la persona por el hecho ilícito", Rev. Colegio de Abogados de La Plata, 1961, T. IV, núm. 7, p. 308).

En efecto, y como he sostenido en otras oportunidades anteriores, la muerte de un hijo es

indemnizable también como pérdida de la oportunidad de que, en un futuro mediato se hubiera concretado la posibilidad de una ayuda o sostén económico para sus progenitores en la vejez, cuando las posibilidades de autoabastecimiento de los padres decrecen y los aportes económicos de los hijos se hacen imprescindibles, e incluso de compañía y afecto.

En el caso, la víctima contaba con apenas 12 años al momento del fallecimiento, tenía cuatro hermanos y sus progenitores carecen de medios de fortuna motivos por los cuales atendieron en el Hospital Regional.

Al meritar el nivel socio económico de los actores y las circunstancias antes apuntadas, resulta razonable admitir que la pérdida de un hijo supone para los padres la frustración de la posibilidad de que en el futuro pudiera contribuir con sus aportes en el mantenimiento del hogar familiar o con sus cuidados en la atención de sus padres mayores, configurando, por ende, la frustración de una "chance" cierta, que constituye un daño indemnizable.

Para fijar la indemnización no puede incluirse todo lo que la víctima hubiera ganado en el transcurso de su vida probable, más aún en el caso que el niño requiere el auxilio económico de los padres para llegar a la adultez, y una vez en edad productiva, puesto es razonable presumir que una considerable parte de sus ingresos futuros sería consumida por sus propios gastos y de su propia familia nuclear, no pudiendo extenderse el sostén más allá de la razonable expectativa de vida de los propios demandantes, circunstancias que inciden en la determinación de su monto.

En este caso que se trata de un niño hay que considerar que para otorgar la indemnización por el rubro pérdida de chance de los padres, si no se acreditó por no existir aun, el ingreso del hijo, si la situación patrimonial actual de los actores, lo que permite mediante un "pronóstico póstumo" apreciar en perspectiva la entidad de esa frustración de apoyo material y espiritual (RC J 15024/13), se pueden extraer distintos

indicios de las causas, como la edad del hijo fallecido (12 años), la de los progenitores, que al momento del deceso de J. el padre J. R. tenia 34 años y la madre V. 30 años, según surge del informe del equipo técnico en los autos caratulados “”V., J. R. y otra c/ W., S. s/ Beneficio de litigar sin gastos”, expte. Nro. 232/2006 (fs. 91) agregado a esta causa. De ello que se infiere la juventud del hijo para -en la plenitud de su vida- afectar ingresos económicos a la atención de sus progenitores.

Los montos ha otorgarse, y -pese a que cuantificar la vida humana es una materia indócil por su naturaleza- (art. 167 C.Pr.) se ajustan al principio de la reparación plena o completa del daño, en base a los parámetros objetivos ya señalados y acudiendo a pautas de prudencia y experiencia, conforme lo que sucede de ordinario y según el curso natural de las cosas.

Sin perjuicio de que la víctima pudiera formar una nueva familia a la que debería sostener y tener cargas respecto de la misma como dije precedentemente. Agregando que los padres tienen otros cuatro hijos que en el marco de la hipótesis dentro del cual opera el análisis de la pérdida de chance, tienen la misma carga y posibilidades de brindarles ayuda alimentaria en caso de necesidad, disminuyendo así la chance de una privación alimentaria "real" en caso de necesidad en una edad avanzada por la mera pérdida de uno de sus cinco hijos.

Consecuentemente, ponderando las condiciones expuestas y la edad del menor, el tiempo probable para educarse, formarse en profesión u oficio para ingresar a una vida productiva económicamente activa, que contaba con cuatro hermanos por tratándose de un beneficio de concreción futura y variable su apreciación se debe efectuar con un criterio restrictivo ya que se repara la pérdida de una oportunidad, que al mismo debe deducirse o considerarse el monto necesario para la propia subsistencia del individuo, puesto que sería inocuo considerar que la totalidad de este sería

destinada a la asistencia de sus progenitores, las reglas de la sana crítica, la ponderación de todas las variables de incidencia y los parámetros rectores fijados por los principios derivados de la prudencia y equidad, estimo que la suma de $100.000 a favor de ambos progenitores que a modo de ver no resulta elevada ni reducida, es la cifra que estimo de $50.000 para J. y $50.000 para V..

Hay diferencia entre los coactores, la naturaleza y presupuestos para el derecho alimentario entre ascendientes y descendientes es totalmente distinto al previsto para colaterales, sobre todo si es en el marco de la hipótesis donde opera la chance.

Con relación a la situación de los hermanos, según el profesor B. al comentar los arts. 1084 y 1085 del CC dijo: "En ocasiones, ese vínculo es legal (familiares del extinto); en otras, es de hecho (alimentarios no parientes u otros supuestos resarcitorios en los que el accionante no contaba con un derecho subjetivo a exigir aquello de lo que el homicidio -en el caso la muerte- le ha privado). A veces, la sola prueba de un cierto vínculo legal autoriza a presumir el daño (hipótesis regulada por los arts. 1084 y 1085); en las restantes deben aportarse circunstancias adicionales (por ejemplo, el hermano tendrá que acreditar las contribuciones que recibía o estaba en condiciones de recibir del muerto) (B., A., "Código Civil…", t.3, A pág., 256, ed. Hammurabi).

En la especie observo que no emerge de autos factibilidad de aporte alguno del fallecido al sustento de sus hermanos.

Más aún, en el caso que aquí juzgo y según las constancias detalladas, ¿qué nivel de probabilidad tenían los hermanos de que quien ha fallecido tan joven los ayudara en su adultez? qué podía darles a sus hermanos desde el punto de vista económico? Interpreto a la luz de las probanzas de la causa que no existía probabilidad de que los hermanos fueron ayudados por el occiso y que concederles un resarcimiento bajo el ropaje

de pérdida de chance implicaría conceder un resarcimiento de equidad, sin norma que lo establezca, lo que manifiestamente no procede.

Ante lo expuesto, propongo se rechace este rubro, quedando delimitado a los padres de la víctima.

8. Los intereses los dispongo a partir del evento dañoso, del día 28 de junio de 2004 a la tasa activa del Banco Nación Argentina para operaciones de descuento.

9. Las costas de ambas instancias, siguiendo lo dispuesto en el art. 282 del ritual, se imponen a los perdidosos el Dr. S. G. W., a la aseguradora F. P. S. S.A. en los límites de la póliza, y a la provincia del Chubut (art. 69 CPr) conforme el principio general de la derrota, en el entendimiento que la demanda prosperó en lo sustancial. Las costas respecto de la demanda rechazada del Dr. P. de L. corresponden imponerse a los actores y del desistimiento respecto de la Dra. C. L., en el orden causado (*cf*. fs. 734).

Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias al momento del acuerdo, valorándose, el mérito de la labor profesional, la extensión, la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión, pautas contenidas entre otras en el art. 5 de la ley arancelaria XIII nro. 4. A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1) Receptar parcialmente los agravios de los actores, modificar parcialmente la sentencia, haciendo lugar parcialmente a la demanda y condenar al Dr. S. G. W., a la aseguradora F. P. S. SA, en los límites de la póliza, y a la Provincia del Chubut a pagar la suma total de $1.090.000 con más los intereses, discriminados de la siguiente forma: a J. R. V., $500.000 por daño moral y pérdida de chance; a V. B. S. por los mismos rubros, $500.000; a R. Y.,

$20.000; a L. J., $30.000; a A. M., $30.000; a C. B., $10.000, todos de apellido V. por daño moral, según considerandos respectivos.

2) Las costas de ambas instancias se imponen a los demandados Dr. S. G. W., a la aseguradora F. P. S. S.A., en los límites de la póliza, y a la Provincia del Chubut, según considerando respectivo.

3) Las costas respecto de la demanda rechazada del Dr. P. de L. corresponden imponerse a los actores y del desistimiento respecto de la Dra. C. L., en el orden causado (*cf*. fs. 734).

4) Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias al momento del acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La sentencia de fs. 938/948 rechazó la demanda interpuesta por J. R. V. y V. B. S. por su propio derecho y en representación de sus hijos entonces menores de edad, contra S. G. W., R. P. de L., C. L., la Provincia del Chubut y la citada en garantía F. P. S. S.A. Impuso costas a la actora y reguló honorarios.

A fs. 950, los actores, interpusieron recurso de apelación contra la sentencia.

Los agravios obran glosados a fs. 971/980 y fueron contestados por los codemandados W. y Federación Patronal a fs. 982/986 y a fs. 987/990 por la provincia del Chubut.

Quienes me precedieron en la emisión del voto, han reseñado suficientemente el contenido de los agravios, así como los antecedentes de la causa, razón que me exime de reiteraciones estériles.

Ambos votantes avalan la tesis sostenida por la actora recurrente en el sentido que existió responsabilidad médica por el diagnóstico tardío y erróneo y la falta de atención especializada que requería la dolencia del niño.

Y si bien ambos coinciden en hacer lugar parcialmente al recurso, subsiste la discordancia en cuanto a la procedencia de la acción contra el jefe del

Servicio de Pediatría Dr. P. de L., la legitimación activa de los hermanos de la víctima para reclamar la indemnización del daño moral y la fecha a partir de la cual deben correr los intereses en la condena determinada por la pérdida de chance de ayuda futura para los padres de la víctima.

Definido así el objeto de mi pronunciamiento me abocaré en primer término al tratamiento de la responsabilidad del jefe del servicio de Pediatría del hospital público:

El primer votante entendió que determinada la culpa médica en cabeza del cardiólogo interviniente, la responsabilidad de los demás codemandados surge en virtud del factor de atribución objetivo, por el que deben igualmente responder y en el caso del jefe de servicio de pediatría, le incumbe por el deber de supervisión que le impone el cargo, de auditar prestaciones y controlar el funcionamiento de dicho servicio, sin que resulte relevante que los médicos dependientes no hayan sido demandados.

La segunda votante, entendió que el jefe del servicio no había sido demandado, pues en el relato efectuado referido al objeto de la contienda no se involucró al médico.

Los demandantes afirmaron que la responsabilidad del médico cardiólogo y el jefe de Servicio de Pediatría del Hospital Regional resulta de los arts. 512, 902, 909 1109, 1112 y 1113 del CC por infracción del deber de cuidado objetivo en su actuación profesional, en su actuar negligente e imprudente (culpa grave o grosera) e inobservancia de las normas y procedimientos a su cargo.

El médico pediatra P. de L., al contestar la demanda a fs. 71/79, señaló que la pretensión era vaga y genérica, no explicaba concretamente cuál es el hecho en que funda su pretensión y ello tiene explicación porque no tuvo ninguna intervención personal como médico en el tratamiento del menor, nunca lo diagnosticó ni indicó tratamiento alguno. Estima relevante que no se

demandara a los pediatras integrantes del Servicio de Pediatría del Hospital Regional. Entonces afirma que fuera de controversia la conducta profesional de los nombrados, la demanda carece de fundamento legal en su contra.

Desde ya destaco que el Dr. P. de L., al contestar la demanda a fs. 77, reconoce expresamente que es jefe del Servicio de Pediatría del Hospital Regional de esta ciudad y que nunca diagnosticó ni indicó tratamiento alguno al niño J. M., quien fue atendido por los médicos integrantes del Servicio de Pediatría: jefe de residentes y demás médicos que nombra –y que son, agrego, quienes han firmado las constancias de la Historia Clínica-.

Sentado ello, cabe señalar, que actualmente la actividad desplegada en casi todas las ramas de la medicina se caracteriza por la intervención, simultánea o sucesiva, de varios profesionales que poseen distinta formación y cumplen –o deben cumplir-, de forma más o menos coordinada, diferentes funciones vinculadas con el tratamiento de los pacientes (Cesano, J. D., "La imputación en los casos de trabajo en equipo. El principio de confianza", publicado en: LA LEY 23/06/2015, 1 - LA LEY 2015-C, 1158).

Uno de los problemas centrales que resulta consustancial al trabajo en equipo consiste en determinar las normas de cuidado que le corresponde observar, conforme a las funciones que cumple, a cada integrante del grupo, para, de ese modo, poder constatar, por un lado, si fueron infringidas o no por el sujeto y, en caso afirmativo, si el resultado lesivo puede imputarse a ese comportamiento descuidado (*cf.* Hava Garcia Esther, "Responsabilidad penal por mala praxis médica", en "Revista de Derecho Penal. Delitos culposos", ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2002-1, p. 106).

A los efectos de realizar esta determinación, la doctrina acude a la distinción entre división horizontal y vertical de trabajo. La división horizontal es aquella

donde no existe una relación jerárquica de subordinación entre los diferentes miembros del equipo. A este tipo de división se corresponde el modelo de relación entre, por ejemplo, cirujano y anestesista. Varios profesionales atienden al mismo paciente de modo más o menos simultáneo, pero independientemente, cada uno es autónomo en el cumplimiento de las obligaciones que le competen, no se interfieren en sus competencias, sino que trabajan de amanera articulada, en colaboración y participando en la toma de decisiones más importantes desde su competencia especifica (*cf.* Sanchez Silvia, Jesús, cit. por. Cesano, *op. cit*.). Hay una relación igualitaria, en un plano de horizontalidad.

En cambio, existe "equipo médico" cuando al frente del grupo hay un jefe que orienta, supervisa y coordina la actividad, con la colaboración de otros profesionales, existe un orden jerárquico, donde el jefe se desempeña de manera similar a un capitán de un barco, o director de orquesta. Zavala de González tiene dicho que para que medie responsabilidad del jefe del equipo médico no basta que medie subordinación, ni que el daño se cause en ejercicio o en ocasión de las funciones propias del dependiente. Es menester, además, que esa función se despliegue en interés del comitente. El principal responde en cuanto tal, si los fines de la actividad se orientan hacia él (*cf*. Zavala de González, Matilde, "Responsabilidad del jefe de un equipo médico", L.L. 1996-B, 358)".

En el caso que nos ocupa, entiendo que entre el jefe del Servicio de Pediatría demandado y el cardiólogo demandado existió una actuación conjunta, en un plano de horizontalidad mientras que la relación que media entre el jefe del Servicio de Pediatría y los médicos residentes no demandados es de tipo vertical.

Digo esto porque, al momento del hecho, de las constancias de la causa surge que no existía –aun no existe- en el Hospital Regional especialista en cardiología pediátrica, de manera que frente al caso de un niño internado con una dolencia cardiaca es de toda

evidencia que ambos profesionales –cardiólogo y pediatra- debieron actuar en equipo.

De hecho, surge de la Historia Clínica y demás probanzas que los médicos que atendieron a J. M., fueron los residentes y el jefe de residentes, y jefe del Servicio de Pediatría en conjunto con los médicos cardiólogos.

Coadyuva a tal conclusión, la testimonial rendida por el director provincial del Área programática de esta ciudad y subrogando la dirección del Hospital Regional (fs. 268): surge que el mencionado Nosocomio carece de un servicio de terapia intensiva infantil y de especialistas en cardiología pediátrica y que frente a una patología cardiaca se consulta al especialista en cardiología. Y la declaración testimonial de la Dra. Mara Márquez a la respuesta a la pregunta 24° de fs. 573

Determinado ello, vale aclarar que no es objeto de discusión la responsabilidad refleja de P. de L. por la actuación de los residentes ni jefe de
residentes sino su responsabilidad directa como jefe del Servicio.

De la Historia Clínica del paciente, surge que recién al séptimo día de internación, el 24 de junio de 2004, “se realiza comunicación con Dr. P. quien se pone al tanto de la situación” (fs. 244 HC).

A esas alturas el niño había sido internado, intervenido quirúrgicamente por el Dr. A. el día 17/6/2004, momento en el que se advirtió que presentaba una extrasístole ventricular bigeminada y se llamó al pediatra (R. F.), se le explicó el cuadro y se sugirió interconsulta en forma perentoria con el cardiólogo (fs. 298 hoja de anestesia de la HC).

El cardiólogo interviniente (Dra. L.) registró arritmia ventricular compleja, taquicardia supraventilada con abenancia autolimitada (fs. 219 HC); el día 18/6/2004, el Dr. W. informó dilatación del ventrículo izquierdo con hiposinecia severa global; se efectuó ecocardiograma doppler color en el Centro Medico Penta (fs. 223HC) informado por el Dr. P. J. de severa

dilatación del ventrículo izquierdo, con deterioro de la función sistólica importante, acinesia lateral, hipocinesia septal y anteromedial, insuficiencias varias leves (mitral, tricúspidea); se medicó con amiodarona (fs. 225 HC).

Al segundo día de internación (19/6/2004) siguió igual (fs. 231 HC); al tercer día continuó el ritmo cardiaco variable y continúan realizándole ECG (fs 234 HC); al cuarto día (21/6/2004) permaneció la disfunción severa del VI, deterioro de la función sistólica, insuficiencia mitral, tricúspidea y pulmonar leve; al quinto día continuó el mismo diagnóstico, estable clínicamente (fs. 235 HC), pero el ritmo cardíaco seguía siendo irregular, se solicitó interconsulta con cardiología y realización de ECG (fs. 237 HC). Idénticas consideraciones se vuelcan para el sexto día de internación (fs. 238 HC) y se solicita derivación a centro de mayor complejidad.

Transcurre el séptimo día de internación en iguales condiciones hasta las 20:30 h que se da cuenta que el paciente comenzó con náuseas y vómitos (fs. 241/243 HC), no se pudo revertir la taquicardia ventricular, tampoco se pudo lograr el traslado a terapia intensiva pero el Dr. García (terapista) "accedió a préstamo del respirador". Es recién en este momento en que se puso al tanto de la situación al Dr. P. y se comunicó al Dr. M. (director de emergencias sanitarias) la necesidad de derivación urgente (fs. 244 HC día séptimo de internación 24/6/2004).

El día 25/6/2004 se deja constancia de su regular estado general, con ritmo irregular, sin poder efectuar la derivación a centro de mayor complejidad por falta de camas. A las 16:45 h el paciente convulsiona, está inconsciente, con cianosis facial marcada, se da apoyo con máscara de oxígeno, presenta relajación de esfínteres urinarios, alteración marcada del ritmo cardiaco y se constata paro cardiorrespiratorio. Comienzan las maniobras de reanimación. A las 18:00 h

se hace presente el jefe de servicio y solicita en forma inmediata y urgente a Rawson la derivación.

A las 18:30 h adaptado al respirador J. M., con arritmia persistente continuó en tal estado, se intenta colocar vía central para medicación recién a las 21 h.

El día 26, se realizaron nuevos controles de laboratorio a la madrugada y continuó en estado regular con iguales parámetros clínicos. Durante la guardia, el Dr. P. de L. actualizó el estado del paciente, sin mayores novedades (fs. 307) y envío fax solicitando derivación urgente (fs. 261vta. HC). Con posterioridad, ese mismo día, se da cuenta de "grave estado general". Y continúan los informes de los controles afirmando durante todo el día en su estado regular, que mejora su estado general.

El día 27 a las 13 h presentó episodio convulsivo, sin pulso sin ritmo cardiaco se reiniciaron las maniobras de reanimación; a las 14 h nuevamente arritmia cardíaca sin pulso seguido de paro cardiorrespiratorio, se coloca marcapasos, a las 17 h ya está muy grave (fs. 270 HC) inconsciente; a las 19:45 h vuelve a hacer paro cadiorrespiratorio, se continúan las maniobras de reanimación que se sucedieron hasta el momento del fallecimiento el día 28/6/2004 a las 16:30 h.

El relato efectuado demuestra que el jefe del Servicio de Pediatría tuvo dos intervenciones en el caso, al séptimo día de la internación –en que se puso al tanto- y al noveno día en que, actualizó el estado de J. M. y envió un fax para la derivación de urgencia al SAME.

Asimismo de la mentada testimonial del director, refiriéndose al caso, dijo "nos movilizó a todos por la patología y la edad de él y sabíamos que en Comodoro no lo podíamos asistir por falta de infraestructura"… "era un caso grave".

Dijo también que cada médico residente cumple diferentes tareas según la etapa de la residencia y la rotación que le toque, pero siempre subordinadas a otros

residentes más avanzados o al jefe de residentes y a su vez estos al médico de planta que es el responsable de la sala y quien toma las decisiones con respecto al tratamiento del paciente.

La carencia de infraestructura, también la señaló el jefe de residentes, Dr. M. en su declaración testimonial a fs. 23vta. del legajo de investigación fiscal Nro. 2948 que en copia autentica tengo a la vista. Y la pediatra Mara M. a fs. 571/572 del presente expediente.

Por otra parte y del informe brindado por el Hospital Regional a fs. 529 el jefe de residentes era M., S. pero no se informó de la existencia de médico de planta o responsable de sala, sino de jefe de servicio que reconoció su calidad de tal al contestar la demanda.

Reseñadas la historia clínica y las testimoniales referidas, en cuanto es relevante para la solución del caso, corresponde traer a colación el informe vertido por la Sociedad Argentina de Cardiología de fs. 610 teniendo en cuenta la inexistencia de especialistas en cardiología infantil y terapista intensivo infantil el paciente requería derivación urgente por la complejidad de la patología y el momento fue cuando no respondió a las primeras dosis de drogas antiarrítmicas –nótese que desde el día 18/6 se medicó con amiodarona y sin embargo su estado continuó.

Es conteste con ello también, el informe rendido por la Sociedad Argentina de Pediatría a fs. 537.

Se colige entonces, que la derivación se imponía al segundo o tercer día posterior a la cirugía, pues medicado con amiodarona no respondió satisfactoriamente, sin embargo el jefe de servicio tomó contacto con el paciente el día 26/6/2004 (fs. 261 HC).

Surge entonces que se han omitido realizar las diligencias necesarias que exigían la naturaleza de la obligación de los profesionales médicos, que se corresponden con las circunstancias que rodean a la obligación contractual, de la persona, es decir del profesional médico deudor de la obligación, del tiempo

oportuno en el cual debía cumplirse la prestación médica y del lugar de cumplimiento de la obligación (art. 512 del Cód. Civ.). Hubo culpa profesional médica y ese obrar está en relación de causalidad adecuada con el daño experimentado por el paciente.

Lógicamente se desconoce si trasladado a tiempo, se hubiera evitado el desenlace fatal, pero sí ha quedado probado que la decisión del traslado no fue tomada oportunamente. Y que no se agotaron todas las instancias para lograr la derivación en tiempo, aun a un instituto privado, pues dijo el Director subrogante que desde el año 2004 en que ingresó, no recuerda que se haya limitado una derivación porque se trate de un instituto privado (fs. 628vta.).

La deficiente prestación médica, consistió en no haber efectuado un adecuado control del niño internado en el servicio del cual es jefe durante al menos nueve días, y así adoptar las medidas de control y supervisión adecuadas y que aconsejan las reglas del arte médico, evaluadas y aceptadas por la ciencia médica actual, con el objeto de evitar o de minimizar el mal cuadro general que presentaba J. M., sobre todo teniendo en cuenta que desde el principio de su internación se advirtió una afección cardíaca que se agravó.

Esa oportuna y adecuada atención hubieran permitido la decisión de la derivación oportuna. No coadyuva a la postura sustentada por el demandado P. de L. el hecho de que no haya participado en la atención del menor, pues tratándose de un niño internado en el Hospital en el que era jefe del Servicio de Pediatría, resulta sorprendente que no haya participado de la atención del niño, máxime en la situación en la que se encontraba.

Tampoco surge que haya adoptado las medidas administrativas que como jefe de servicio le competían: la de impulsar con antelación la derivación y efectuar el seguimiento de la misma ante el responsable de la emergencia sanitaria (Dr. M., quien no fue demandado). Es que se trataba de un paciente pediátrico atendido por el servicio del que era jefe.

Entiendo en que la culpa del galeno (arts. 512, 902 y 909 del Cód. Civ.), se encuentra acreditada por un obrar negligente.

Las omisiones señaladas y la falta de las diligencias adecuadas fueron las causas idóneas para producir el resultado dañoso, la muerte del paciente, según el curso natural y ordinario de las cosas y la experiencia de la vida diaria (arts. 901 y 906 del Cód. Civ.).

En la especie, la asistencia médica prestada de modo o forma demorada -no prestada en tiempo oportuno, conforme lo prescribe legalmente el art. 512 del Cod.Civ. y/o brindada de modo inadecuado, configura la negligencia, caracterizada por hacer menos de lo debido, referente al ejercicio de una función determinada, profesión o arte, denominada como inobservancia de las "reglas del arte" o "mala praxis" o "mala práctica".

Es por ello que entiendo que el jefe del Servicio de Pediatría demandado es responsable solidariamente con el cardiólogo demandado y debe responder. De tal manera, aunque por estos fundamentos concuerdo, con el primer votante en el punto.

2. Legitimación de los hermanos para reclamar resarcimiento por daño moral.

La presente demanda fue interpuesta por J. R. V. y V. B. S. por su propio derecho como padres de J. M. y en representación de sus hijos, entonces menores R. Y. (13 años), L. J. (11 años), A. M. (8 años) y C. B. (7 años). Hoy todos ellos, han tomado participación por su propio derecho en la causa, en virtud de haber adquirido la mayoría de edad.

Quedó ya relatado suficientemente que J. M., de doce años de edad, mayor de cinco hermanos, el 17/06/2004 ingresó al hospital Regional a raíz de una fractura de su muñeca izquierda producto de una caída en la escuela. Que al momento de ser intervenido quirúrgicamente, se constató la existencia de una arritmia cardiaca asintomática y once días después falleció en el mencionado nosocomio.

Los actores: padres y hermanos reclamaron daño moral, "por los padecimientos y afecciones morales que tenemos que soportar a raíz de la muerte de nuestro hijo mayor y hermano" que estimaron en $600.000, también de las legítimas posibilidades de obtener ayuda futura que estimaron en $100.000 y daño psicológico por $200.000.

Se trata entonces de abordar el tema de la admisión de la reparación del daño moral hacia herederos no forzosos en caso de fallecimiento de la víctima, habida cuenta que, de acuerdo al Código Civil aplicable a los presentes en virtud del art.7 CCyC, los hermanos carecen de legitimación activa.

Y en tal sentido cabe distinguir entre la legitimación para reclamar el daño y la prueba de su existencia. Los damnificados indirectos para reclamar el daño moral por ilícitos extracontractuales como herederos forzosos al que los habilita la ley están alcanzados por una suerte de daño "in re ipsa", como por ejemplo el daño moral de los padres por el fallecimiento de los hijos, el más grave de todos los sufrimientos (SCBA Ac. 85129, 16/05/2007). En este supuesto la legitimación por daño moral viene acompañada de una especie de presunción de su existencia.

Tal equiparación entre daño y legitimación, influye sobre la admisión indiscriminada de los hermanos u otros legitimados activos, de allí que para algunos, habrá que probarse de modo cierto, claro e indubitado la existencia del daño para luego remover el obstáculo legal que limita la legitimación que es presupuesto previo.

En esa senda, Zabala de González señala que no se puede limitar el círculo de legitimados (herederos forzosos) *a priori* con independencia de circunstancias particulares que pueden poner de relieve una real conculcación de respetables afecciones de la persona que acciona. No propugna que el hermano u otro pariente sobreviviente pueda invocar un daño moral resarcible en cualquier hipótesis, pero sí de concurrir alguna positiva e íntima relación afectiva, con supeditación

al juicio del magistrado (“Resarcimiento de daños”, T.2-b: “Daños a las personas - pérdida de la vida humana”, ed. Hammurabi, Bs. As. 1993, pág. 385).

Cabe tener presente que la legitimación procesal es un problema constitucional (Bidart Campos, Germán J., “Formalismos rituales que han eludido la "verdad material" y "lo justo objetivo", L.L. 2001-B, 782).

También el principio de reparación plena que tiene su raíz en el art. 19 de la Constitución Nacional. Pues el principio general de no dañar tiene rango constitucional implícito en el art. 19 que interpretado a *contrario sensu* prohíbe las acciones que perjudican a terceros.

La Corte puntualizó que los arts. 1109 y 1113 consagran el principio general establecido en el art. 19 de la CN que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de terceros. El principio general tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el CC en cuanto a las personas y responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica (Günther). Sentó así las bases de la constitucionalización del principio general de no dañar que luego se ligaría el de la integralidad de la reparación (Aquino) y reiteró que el CC al regular la responsabilidad de derecho común reglamenta el principio general disposiciones trascienden el derecho privado y expresan un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.

Partiendo de tales premisas y con relación al art. 1078 del Código Civil, la doctrina ha llegado a afirmar que “La exclusión como titular de la pretensión resarcitoria por daño moral del damnificado directo si la víctima vive, y la limitación de los indirectos en caso de muerte, solo a los herederos forzosos, vulnera los principios de igualdad —art. 16, CN— de no dañar a otro, el de la indemnización plena e íntegra del daño injustamente sufrido —art. 19, CN— y discrimina a los

víctimas indirectas morales, a quienes —en comparación con las patrimoniales en los que la legitimación es muy amplia (art. 1079 CCiv.)— se les deniega igual tratamiento, apartándose de los principios generales del derecho y de la equidad. Ello se evidencia muy claramente, por ejemplo, en el caso de fallecimiento del conviviente o para los padres ante la gran discapacidad del hijo que sobrevive o por la afrenta al honor o a su integridad sexual. También, y por esa vía, se somete a diferente tratamiento a las víctimas de los daños morales contractuales, dado que el artículo 522, CCiv., no reitera la restricción que sí tiene el art. 1078 para los legitimados por daños extracontractuales" (*cf*. Galdós, Jorge Mario, "La legitimación de padres y hermanos por daño moral en importante precedente", RCyS 2014-V, 95).

Pues sabido es que "la tutela de la integridad psicofísica de la persona humana tiene jerarquía constitucional y está protegida por los tratados internacionales de idéntico linaje (art.75, inc. 22, CN y Convención Americana de Derechos Humanos) y las leyes reglamentarias no pueden alterar ni suprimir esos derechos (arts.14 y 28 CN) estableciendo diferenciaciones arbitrarias y restricciones injustas carentes de sustrato axiológico.

Pizarro sostiene que para valorar si la limitación contenida en el art. 1078 del CC en materia de legitimación activa resulta compatible con la Constitución Nacional, también debe considerarse la normativa vigente en el derecho supranacional, especialmente los tratados sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional: "Tratándose de personas que, sin alcanzar la calidad de sucesores, han experimentado un daño patrimonial o espiritual grave, derivado de la muerte de otra persona, la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos se inclina por otorgar legitimación activa. Tal es el caso de los hermanos, a quienes la jurisprudencia de la C.I.D.H, permite considerarlos legitimados activamente

para reclamar daño moral, sin que ello obste a la exigencia de demostración del daño por parte de aquellos. Una cosa es la legitimación activa para accionar y otra, la existencia y prueba del daño".

Desde esta óptica tampoco el mentado art. 1078 sortea el test de convencionalidad cuyo control oficioso ha impuesto la Corte Nacional en "Rodríguez Pereyra" (27/11/2012).

Es por ello, que en el caso, rechazar el reclamo de los hermanos hace que la reparación sea parcial, no solo porque no se atiende al daño moral de los hermanos, sino también porque desde la perspectiva del grupo familiar conviviente de la víctima, la ley no estaría protegiendo de igual modo -en la reparación de daños- a la familia que cohabita, cuando el gravamen generado es de igual naturaleza. Resulta violatorio de los preceptos de protección familiar como son los arts. 14 bis tercer párrafo de la Constitución Nacional; arts. 17, 27, 29 y conc. del Pacto de San J. de Costa Rica; arts.10 y 23 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos ellos de raigambre constitucional, así como también el precepto de igualdad ante la ley (*cf*. art.16 de la Constitución Nacional y la doctrina emanada del art.1079 del Código Civil).

Verificado lo anterior, y teniendo en cuenta que desde el año 2001 la Corte Suprema en la causa "Mill de Pereira, Rita Aurora y otros c. Estado de la Provincia de Corrientes" (27/9/01 Fallos 324:3219) habilitó la declaración de inconstitucionalidad de una norma sin requerimiento del litigante en momento idóneo y que luego, en el año 2004 en la causa "Banco Comercial de Finanzas" (19/8/2004 Fallos 327:3117) validó la posibilidad de decretar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, concluyo, aun cuando no ha sido expresamente peticionada por los actores, que el segundo párrafo del art. 1078 del Código Civil, resulta inconstitucional y violatorio de disposiciones

contenidas en el Preámbulo y en los arts. 14 bis, 16, 18, 19, 33 y 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional.

De allí que siendo la reparación integral del daño normativa constitucional, y habiéndose acreditado el daño cierto y grave me expido sobre la admisión de la legitimación y la procedencia de esta partida a favor de los hermanos.

A tales razones, que son suficientes, añado que según jurisprudencia del máximo tribunal nacional, las sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento del pronunciamiento, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir (*cf.* Fallos: 306:1160; 318:2438; 325:28 y 2275; 327:2476;331:2628; 333:1474; 335:905; causa CSJ 118/2013 (49-V)/CS1 "V., C. G. c/ I.A.P.O.S. y otros s/ amparo", sentencia del 27 de mayo de 2014, entre otros).

Ello así, no es posible soslayar para la correcta resolución del caso, la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial y el régimen del art. 1741 CCC, que legitima a título personal para reclamar el daño extrapatrimonial a los ascendientes, descendientes, cónyuge y quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible.

Indudablemente la expresión “quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible” incluye en el caso, a los hermanos actores, que por su edad convivían con J..

La entrada en vigencia de la norma, aun cuando no se aplique al caso directamente, no es neutra, ya que opera como la interpretación auténtica de la normativa vigente por parte del legislador. Si el legislador nacional en el art. 1741 CCC ha interpretado que los

convivientes y otros allegados que no son herederos forzosos están legitimados para reclamar daño moral por la muerte de su pareja o de su padre de crianza, por ejemplo, a partir de la vigencia de esa norma, la misma es elemento axial de interpretación de la normativa anterior, de similar alcance y constituiría una desigualdad manifiesta la aplicación ciega, irreflexiva de una norma restrictiva, en un contexto de reciente cambio legislativo, plasmando una dualidad de tratamiento que no se corresponde con diferencias esenciales de la condición de las personas (del voto del Dr. Lopez Mesa en "CARRIQUEO, Audelina Sandra y Otros c/ KANK y COSTILLA S.A. y Otro s/ Daños y Perjuicios" (expte. N° 459 -Año 2015 Cam. Apel Trelew).

Son todas estas razones que me convencen de adherir al criterio sustentado por la segunda votante, y admitir en el caso la legitimación de los hermanos para el reclamo del daño moral por muerte de J. M..

A los fines de determinar el monto que corresponde fijar por el daño moral, aun cuando estoy convencida, que conforme el orden natural de las cosas la muerte de un hermano genera una lesión a intereses extrapatrimoniales, en el caso, además no dejo de considerar que se trataba de niños que perdieron a su hermano mayor, en la edad en que normalmente se comparte la toda la vida con los hermanos, y que se quedaron con padres que han sufrido "el más grave de todos los sufrimientos", por ello es indiscutible la afrenta sufrida.

Y surge de la pericia psicológica obrante a fs. 782/785 el alto monto de la angustia no tramitado tanto de los padres como de los cuatro hermanos que aún, dice la experta, impide el relato fluido por llantos y sollozos. Las repercusiones que ha tenido en la escuela, que pueden agravarse e incluso desplazarse a otras esferas de su vida con repercusiones tanto en la personalidad como en los intereses de cada uno de los miembros de la familia.

A los fines de adherir a los montos propuestos por la colega preopinante tengo presente el carácter de damnificados indirectos de los reclamantes y el vínculo existente; la intensidad del dolor que conforme el curso natural y ordinario de las cosas genera la prematura muerte de un hermano; las características del hecho, los días de internación e incertidumbre frente el agravamiento del cuadro de J. M. y la permanencia de su madre en el Hospital conforme surge de la declaración testimonial que rindiera en sede penal (fs. 106 del legajo de investigación fiscal Nro. 2948 que en copias certificadas tengo a la vista –doc. res. Nro. 245/2016), la influencia del tiempo como factor coadyuvante para mitigar el dolor y los precedentes jurisprudenciales de esta Sala en materia de daño moral a favor de hermanos (SD nro. 23/15/CyC).

Por las razones dadas, propongo como montos indemnizatorios la suma de pesos treinta mil ($30.000) –a cada uno- para L. J. y A. M., quienes han sido los mas afectados, la suma de diez mil ($10.000) para C. y veinte mil ($20.000) para R..

En conclusión, coincido con la segunda votante en cuanto declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC y admitir la legitimación de los hermanos para reclamar la indemnización por daño moral por la muerte de su hermano conviviente y el monto por el que prospera la referida partida.

El último punto en disidencia refiere al cómputo de intereses para la partida fijada en concepto de pérdida de chance de ayuda futura a favor de los padres.

Es doctrina sentada que la tasa de interés debe computarse desde que se produce cada perjuicio objeto de la reparación, y hasta el cumplimiento de la sentencia.

Si profundizamos en el concepto de pérdida de chance advertimos que lo que se indemniza en estos casos es solo la posibilidad que los padres perdieron de que el hijo los ayudara en su edad madura. Tal pérdida de chance o de posibilidad, como tal, es una consecuencia

directa de la muerte del hijo. Es que no se indemniza la pérdida de ayuda, sino la chance que se perdió.

Y la chance en el caso, se perdió en el mismo momento de la muerte y como consecuencia directa de ese suceso. De tal manera, habiéndose producido el perjuicio, el daño en el momento de la muerte, a partir de allí deberán computarse los intereses a la tasa fijada y hasta su efectivo pago, solo así se efectivizara la integralidad y plenitud de la reparación.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Por los argumentos dados coincido con el primer votante en cuanto a la responsabilidad que le cabe al jefe de Pediatría Dr. R. P. de L. y con la segunda votante en relación a la inconstitucionalidad de la segunda parte del art. 1078 del CC y, en consecuencia, admitir la legitimación de los hermanos para reclamar el daño moral por la muerte de J. M. y por los montos sugeridos, así como la fecha a partir de la cual deben computarse los intereses por la pérdida de chance de ayuda futura a favor de los padres de J. M..

Atento a lo decidido y al principio general de la derrota, las costas de ambas instancias deben imponerse a la demandada vencida en forma solidaria. Difiero la regulación de honorarios para el momento del acuerdo (*cf*. arts. 5, 6, 7, 8, 9, 10, 18, 28 y 46 de la Ley XIII nros. 4 y 15)

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con las disidencias apuntadas, la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia de fs. 938/943 en todas sus partes, haciendo lugar a la demanda por daños y perjuicios y condenar en forma concurrente a los codemandados S. G. W., R. P. de L. y Provincia del Chubut a pagar la suma total de un millón noventa mil pesos

($1.090.000), discriminados de la siguiente forma: a J. R. V., quinientos mil pesos ($500.000) por daño moral y pérdida de chance; a V. B. S. por los mismos rubros, quinientos mil pesos ($500.000); a R. Y., veinte mil pesos ($20.000); a L. J., treinta mil pesos ($30.000); a A. M., treinta mil pesos ($30.000); a C. B., diez mil pesos ($10.000), todos de apellido V. y por daño moral, sumas a las que se aplicarán los intereses desde el evento dañoso a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos a treinta días.

2) Disponer que la condena se hará extensiva a la citada en garantía Federación Patronal SA en la medida y hasta el límite del seguro contratado.

3) Imponer las costas de ambas instancias en forma concurrente a los codemandados vencidos.

4) Costas respecto de la codemandada C. L. en el orden causado.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. J. F. F., A. D. F. y A. S. P., conjuntamente, en un diecisiete por ciento (17%); al Dr. E. J. de V. en un cinco coma cinco por ciento (5,5%) en representación del Sr. R. L. P. de L.; al Dr. M. C. A. en representación del Sr. R. L. P. de L. en un tres por ciento (3%); al Dr. M. C. A. en un nueve por ciento (9%) por su representación del Sr. S. G. W.; al Dr. V. M. C. A. en un nueve por ciento (9%) por su actuación en representación de la citada en garantía F. P. S. SA; a la Dra. I. A. M. en un nueve por ciento (9%) por su actuación en representación de Provincia del Chubut; al Dr. S. E. T. en la suma equivalente a ocho jus (8 JUS) por su actuación en representación de la Sra. C. L. y a la perita psicóloga M. V. en un uno por ciento (1%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a la Dra. A. S. P. en el treinta y cinco por ciento (35%), al Dr. V. M. C. A.

en el veinticinco por ciento (25%) y a las Dras. I. A. M. y M. S., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

R. RUBÉN ENRIQUE HAYES
Presidente

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2017 DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO Secretaria de Cámara