------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut a los 8 días del mes de agosto del año dos mil diecisiete, reunida en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia, bajo la Presidencia del doctor Mario Luis Vivas y la asistencia del señor Ministro Miguel Ángel Donnet para dictar sentencia en los autos caratulados: **"F., S. c/ Provincia del Chubut s/ Daños y Perjuicios - Beneficio de litigar sin gastos**" (Expte. Nº 24.521-F-2016) y teniendo en cuenta el sorteo practicado a fs. 714, correspondió el siguiente orden para la emisión de los votos: doctores Vivas y Donnet.----------

------ Acto seguido, se resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es procedente el Recurso de Apelación Ordinaria interpuesto? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------ A la primera cuestión el **doctor Mario Luis Vivas** dijo: ----------

------ **I.- Antecedentes**.----------

------ **1.- La demanda.**----------

------ A fs. 189/200 se presentó el señor S. F. y promovió demanda de daños y perjuicios contra la Provincia del Chubut en procura de obtener la suma de pesos trescientos mil pesos ($ 300.000) o lo que en más o en menos resultara de las pruebas de autos. Reclamó el pago de los

daños sufridos como consecuencia de la intervención quirúrgica a la que fuera sometido en el Hospital Dr. A. I. de Puerto Madryn.----------

------ Señaló que con fecha 23/04/2007 ingresó a dicho nosocomio por padecer fuertes dolores abdominales, oportunidad en la cual le diagnosticaron problemas en la vesícula que indicaban -como único tratamiento-, su extracción. Esta última se llevó a cabo a los 4 días de su internación. Agregó que padeciendo fuertes dolores después de ser operado volvió a ingresar una y otra vez al Hospital I. donde el médico tratante lo volvió a intervenir cinco veces más hasta que, dada su gravedad, se lo derivó de urgencia al Hospital Pedro Fiorito de Buenos Aires, donde se le practicaron otras dos intervenciones más.---

------ El actor señaló que estas sucesivas cirugías fueron el fruto de una evidente mala praxis ya que quedó comprometido su intestino delgado cuando no era un órgano afectado por la patología biliar de inicio. Esta circunstancia lo llevó a concluir que sus lesiones tuvieron lugar por la impericia de quienes practicaron la primer intervención en la cual fue dañado su intestino delgado ocasionando las secuelas que motivaron las sucesivas operaciones. Esto lo dedujo por razonamiento lógico y por lo observado en las historias clínicas, tanto del hospital local como del de Buenos Aires.----------

------ Reclamó entonces por los daños que sufrió a raíz de dicha mala praxis, puesto que le generó una incapacidad laboral al no poder realizar esfuerzos por padecer de una eventración mediana supra umbilical que ha limitado sus tareas hasta tanto se lo vuelva a intervenir

para reparar dicha patología. Estimó padecer una incapacidad laboral del 70%, para lo cual solicitó la aplicación de la fórmula Hunicken-Vazquez Vialard teniendo como base el salario mínimo provincial. Resumió las tareas que realizaba antes de la cirugía. También solicitó el pago que demandará una nueva intervención para atender a la eventración provocada por la mala praxis de los médicos del Hospital I..----------

------ **2.- La contestación de demanda**.----------

------ La Provincia del Chubut contestó demanda a fs. 355/360. Efectuó las negaciones genéricas, desconoció la documental agregada en demanda, y efectuó un rechazo pormenorizado de los hechos y consecuencias relatados por la parte actora. Así, afirmó que el paciente fue intervenido un día después del señalado en el escrito inicial y que su patología era de colestitis con trasvasamiento biliar, motivo por el cual debieron practicarse varias intervenciones. Remarcó que las lesiones del intestino no se relacionaban con la impericia médica de los facultativos del Hospital I. ya que la operación se practicó a cielo abierto circunstancia que disminuía cualquier posibilidad de error.-----

------ La accionada refirió asimismo, que de la historia clínica se desprendía que el actor no había respetado las indicaciones médicas ya que se extubó por su cuenta y de esa manera, interrumpió el nexo causal. Cuestionó las sumas reclamadas a las que calificó de improcedentes y requirió el rechazo de la demanda.---------- **3.- Sentencia de Primera Instancia.**----------

------ Una vez finalizada la etapa de prueba y concluido el caso para definitiva, el juez de refuerzo dictó sentencia a fs. 630/637 vta. En su pronunciamiento hizo lugar al reclamo del actor con fundamento principal en la prueba pericial médica llevada a cabo en autos. Entendió que, si bien el dictamen no era vinculante para el magistrado, la fuerza de sus conclusiones derivaba de la apreciación técnica específica ajena al conocimiento del juez; de la aptitud e idoneidad del experto; los principios científicos en los que se fundó, entre otros. Agregó que no había constatado ninguna refutación atendible capaz de poner en duda dichas conclusiones técnicas.----------

------ Lo mismo entendió el sentenciante respecto de la pericial psicológica puesto que al no ser observada por ninguno de los litigantes, no existían motivos suficientes para apartarse de sus conclusiones. Por lo que cuantificó el daño patrimonial en la suma de $ 331.714,51, aplicando el cálculo matemático seguido por la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones de Trelew. Tuvo por cierta la incapacidad laboral del actor en un 35,72% de la total obrera y aplicó el salario mínimo, vital y móvil como base de cálculo numérico para arribar a la suma final de condena.----------

------ Para afrontar el tratamiento psicológico recomendado al actor, estimó la suma de $ 3420 y por gastos terapéuticos (farmacéuticos, médicos y transporte) fijó la suma de $ 5000. En cuanto al daño moral sostuvo que el actor resultó damnificado en su integridad física, lo que disminuyó su capacidad vital sobre todo teniendo en cuenta la edad del señor F. cuando ésta se produjo. Siguiendo también jurisprudencia local en casos análogos al de autos, estableció el monto resarcible en la suma de $ 117.000, el que incluyó el daño estético. Impuso las costas a la

provincia demandada.----------
-- **4.- Sentencia de Cámara**.----------

------ Apelada la sentencia de grado, la Alzada emitió su pronunciamiento a fs. 675/689 vta.----------

------ En el tratamiento del primer agravio los señores Camaristas consideraron que el juez de grado no había vulnerado el límite del art 143 de la Ley I N° 18. Tuvieron en cuenta para ello que la diferencia de importes entre lo peticionado en sede administrativa y judicial, no vulneraba el principio de congruencia ya que había coincidencia de objeto y contenido de las pretensiones. Citaron jurisprudencia de este Cuerpo para afirmar que cada caso debía ser analizado según sus circunstancias especiales y que el fin de la norma era el de prevenir a la Administración para examinar la naturaleza y justicia de su decisión para evitar el pleito si ello fuera procedente.----------

------ Por ello, la alzada consideró que tampoco era viable reducir el monto de la indemnización por incapacidad fijada por el juez de grado porque dicho porcentaje no fue antojadizo sino que, por el contrario, derivó de la prueba de autos.----------

----- En cuanto al momento tomado para establecer la base de cálculo (salario mínimo, vital y móvil), se estableció que no había doble actualización porque el ajuste del capital al tiempo de la sentencia no tenía nada que ver con los intereses. Estos últimos se pagaban por separado y con sustento en la mora del pago de la deuda, en el caso, computables a partir del acaecimiento del evento dañoso. El monto de

la liquidación se estimó razonable tal como lo evaluó el juez de grado a la fecha de la sentencia. Es más, la alzada entendió que el cálculo del salario mínimo, vital y móvil, si se hubiera efectuado al momento del dictado del fallo como pretendía la recurrente, hubiera resultado mayor a la suma de $ 4.716, por lo que ésta última no resultaba desmedida en modo alguno. Tampoco se estimó desacertado que su cómputo se efectuara en dicha oportunidad. Así, en el fallo se rechazó el agravio que pretendía deducirlo a la fecha del hecho dañoso.----------

------ En cuanto al daño moral la alzada calificó de genérica la crítica del recurrente que no atacó debidamente los argumentos del juzgador de grado para revertir el decisorio, así, el agravio quedó desierto por insuficiencia técnica. Entendieron, además, que no se había producido la incongruencia señalada por la demandada.----------

------ Por último, con respecto a cuál de las dos tasas activas se debía aplicar, ambos magistrados coincidieron en que era discrecional del juez su fijación por lo que rechazaron el agravio sobre este tema ya que tampoco resultaba excesivamente gravosa ni se había justificado por que debía ser modificada.----------

------ Con la mayoría de sus miembros la Alzada confirmó la sentencia de grado e impuso las costas de dicha instancia a la demandada vencida.----------

------ **II.- EL RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIA**.----------

------ La demandada interpuso Recurso de Apelación Ordinaria a fs. 694 y lo fundó a fs. 701/709. Su primer agravio se refiere a que resultan

erróneos tanto el monto de condena como la tasa de interés fijada. El primero de ellos por vulnerar el límite impuesto por el reclamo administrativo previo. Afirma que además, se liquidaron las sumas en dicha sede conforme una incapacidad del 70% que luego se redujo al 35,72%.----------

------ En segundo lugar considera que se ha vulnerado lo previsto por la Ley 23.928. Afirma que es un error calcular el salario mínimo vital y móvil al momento de la sentencia ya que debió calculárselo al momento de la interposición de demanda. Afirma que el "reajuste" dispuesto sobre dicha base de cálculo configura una auténtica actualización monetaria además de un grave perjuicio para su parte.----

------ Agrega que resulta arbitrario el monto ya que no se declaró la inconstitucionalidad de la Ley 23.928.----------

------ Su tercer agravio se refiere a la cuantificación del daño moral al que define como excesivo por superar los criterios vigentes en el foro, además de no guardar ninguna relación con el porcentaje de incapacidad de la actora. Insiste en que hubo un avasallamiento de los límites cuantitativos impuestos por el reclamo administrativo previo.--
-

------ Su cuarta queja la plantea respecto de la tasa de interés aplicable por ser más gravosa que la peticionada por la parte en su primera actuación ante la autoridad administrativa y en la propia demanda. Ello, según sus términos, vulnera el principio de congruencia.----------

------ A fs. 705 se corrió traslado a la actora quien lo contestó a fs. 707/709. Afirma la actora que la expresión de agravios no constituye una crítica concreta y razonada del fallo por lo que lo califica de insuficiente para modificarlo, y sostienen en términos generales, los fundamentos del fallo recurrido.----------

------ III.- DICTAMEN DEL SEÑOR PROCURADOR GENERAL.----------

------ A fs. 711/712 obra el dictamen del señor Procurador General quien propicia la confirmación de la sentencia de Cámara. Sostiene que el primer agravio referido al monto de condena, además de reiterar las quejas dadas a la sentencia de grado, no constituye una crítica concreta capaz de revertir el decisorio de la alzada.----------

------ En cuanto al segundo de los agravios coincide con lo resuelto por la instancia anterior. Lo mismo opina respecto de la queja por el monto del daño moral ya que califica de insuficiente los argumentos vertidos en el memorial, por lo que propone la deserción del recurso.----------

----- **IV.- ANÁLISIS**: ----------

------ **a.** Vienen los presentes autos a conocimiento de esta Sala por vía del Recurso de Apelación Ordinaria que la actora dedujo a fs. 694 contra la Sentencia Definitiva Nº 15/2016 dictada por la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Trelew y que fundó a fs. 701/704 vta.------

------ Tal como lo dispone el art. 32, inc. 6 de la Ley V N° III, consideraré, en primer término la admisibilidad formal del recurso. Así, advierto que se encuentran reunidos los recaudos para la viabilidad del carril ordinario de apelación que se intenta, toda vez que la sentencia recurrida reviste el carácter de definitiva; ha emanado de la Cámara de Apelaciones; una de las partes involucradas es el Estado Provincial y existe, además, un evidente "valor económico" en juego.--

------ **b.-** Superado el análisis formal corresponde analizar y resolver los agravios materia del recurso articulado. Así, y ya entrando en el tratamiento del primero de ellos observo que, en un muy escueto desarrollo, la demandada sólo discrepa con lo decidido en la instancia anterior pero sin efectuar la correlativa fundamentación jurídica que sirva de base a sus afirmaciones.----------
-

------- Este Cuerpo, en anteriores composiciones ha sido claro al afirmar que disentir no es lo mismo que criticar. Nuestra legislación adjetiva impone en su artículo 268 que el memorial debe consistir en una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considerare erróneas, con la consiguiente sanción de determinar su deserción en los términos del art. 269 del mismo cuerpo legal si estas pautas fueren incumplidas (Confr.: SD N° 18/SROE/2011; 7 y 10/SROE/2015).----------

------ Esto es lo que se observa en el primer agravio. La sola mención que la sentencia es incongruente porque se apartó del monto reclamado en sede administrativa, sin otro aporte contundente que permita detectar sin hesitación el error de la alzada al decidir lo contrario, no

alcanza para revertir lo allí decidido. Adviértase que no se atacan los fundamentos del decisorio sino que solo no se está de acuerdo con él.-

------ Es que la alzada invocó jurisprudencia de este Alto Cuerpo y sostuvo que la congruencia debe ser entendida en sentido sustancial, es decir, lo que debe coincidir son el objeto y el contenido de las pretensiones y no la cantidad exacta ni la identidad absoluta. El reclamo previo tiene que ver con la posibilidad del Estado, en el caso Provincial, de revisar sus criterios y evitar el litigio, tal como lo señalaron los señores camaristas.----------

------ Esta premisa no fue rebatida adecuadamente por la demandada ya que solo se observa su disconformidad con lo decidido, pues persiste en sostener que la congruencia solo se relaciona con la diferencia de las cantidades reclamadas y del porcentaje de incapacidad de la actora planteados en forma previa a la acción judicial pero no explica luego el yerro del fallo al decidir como lo hizo.--------

------ **c.**- Lo que acabo de señalar se repite a lo largo de todo el memorial. Así, en la segunda de sus quejas, la recurrente cuestiona el momento a partir del cual debe computarse el monto del salario mínimo vital y móvil para efectuar luego el cálculo correspondiente por daño material. Afirma que la suma tomada por el juez de grado -confirmado por la Cámara de Apelaciones-, viola la ley 23.928 que prohíbe la actualización de deudas.----------
-

------ Pero sobre este tópico la alzada señaló que hay que distinguir entre estimación y ejecución, y que la primera es la que se define al

momento de la sentencia. Es más, señaló en el fallo que si se tomaba como base el salario mínimo vital y móvil al momento del hecho generador del reclamo, el importe resultante superaba en casi más de $ 1.500 a la suma que estimó el juez como más actual. Este fundamento no fue criticado por la apelante. Lo único que señaló es que no se había planteado la inconstitucionalidad de la ley 23.928 y que la actualización no debía llevarse a cabo. Queda claro que con estas afirmaciones sin la correlativa fundamentación, poco puede hacerse para modificar el criterio del pronunciamiento.----------

------- **d.-** Lo mismo puede decirse respecto de los intereses. No se demostró a lo largo del agravio cuál fue el error de la alzada al sostener que no era lo mismo actualizar que calcular interés por retardo o mora; y que éstos últimos se generaban para recomponer el capital adeudado, por lo que representan un rubro distinto que debe calcularse desde la fecha en que tuvo lugar el hecho dañoso.----------

------ Es decir, negar como válido el razonamiento que no se comparte no es criticar los fundamentos del pronunciamiento. Cualquier argumento que hoy se esgrima para considerar excesivos los montos indemnizatorios no puede prosperar sobre la base de echar por tierra un procedimiento judicial desarrollado conforme la normativa vigente.----------

------ **e.-** La Provincia recurrente se queja del monto establecido para cubrir el rubro daño moral. Afirma que la suma determinada por la alzada es excesiva por superar “holgadamente los criterios vigentes en

el foro". Pero luego insiste en que le causa agravio que la alzada se haya apartado de considerar el reclamo administrativo previo donde el monto peticionado por la actora en concepto de daño moral era menor.-
----

------ Es decir, lejos de fundar adecuadamente la arbitrariedad de la suma dispuesta por la instancia anterior, no desarrolla más que una reiteración de las quejas articuladas contra el pronunciamiento de grado, lo cual no sería un inconveniente para su tratamiento, pero no se observa ahora en este recurso ningún fundamento útil a los fines perseguidos.----------

----- **f.-** Por último, al cuestionar la tasa aplicada, la demandada recurrente se limita a señalar que la jurisprudencia de ambas salas de la Cámara de Trelew es pacífica al aplicar la tasa activa del Banco del Chubut para sus operaciones de descuento de documentos, pero no ataca luego el fundamento del pronunciamiento o el yerro de los magistrados al establecer una distinta. Es más, reedita sus dichos respecto de la falta de congruencia entre el reclamo administrativo previo y la demanda judicial posterior. De esta manera, queda claro que no alcanza para alterar la decisión de la Alzada, la manifestación de la mera discrepancia, o una opinión distinta, sino que deben darse razones concretas y serias que signifiquen un ataque directo, demostrativo de los errores de hecho y derecho que aquélla pudiera contener, el memorial así descripto por su deficiencia acarrea la deserción del recurso (confr.: SD N° 03/SROE/09; 5/SROE/ 2012, entre otras).----------

------ Por lo expuesto, habida cuenta el palmario incumplimiento de la manda del art. 268 del CPC, procede declarar la deserción del recurso, solución prevista en el art. 269 del mismo código. **ASÍ LO VOTO**.----

------ A la primera cuestión el **Dr. Miguel Ángel Donnet** dijo: ---------

------ Como se desprende de la reseña de los antecedentes del caso supra desarrolladas por el señor Ministro que me precediera en el voto, a las que me remito en aras a la brevedad, la recurrente busca revertir el decisorio de la Alzada que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios impetrada por el señor S. F.. Su reclamo se sustenta en lo que define como mala praxis médica tanto en la primera como en las restantes intervenciones quirúrgicas a las que debió someterse para corregir los errores que achaca a los médicos que lo atendieran en el Hospital I. de Puerto Madryn.----------

------ De la lectura del memorial advierto, no solo la repetición de planteos efectuados en la apelación contra la sentencia de grado sino que además, todas sus quejas se sustentan en la misma premisa: la falta de congruencia de ambos pronunciamientos al no tenerse en cuenta la diferencia de peticiones entre lo demandado en sede administrativa y la acción judicial.----------

------ Así ocurre, por ejemplo, cuando cuestiona el monto de condena. Considera excesivo el monto calculado por el juez a quo y confirmado por la alzada, pero siempre en relación y haciendo expresa referencia a la suma que fuera reclamada por el actor en sede administrativa. Lo mismo ocurre con la supuesta vulneración de lo previsto por la ley

23.928, la tasa de interés confirmada por la alzada y la cuantificación del daño moral.----------

------ Es decir, si bien se trata de cuatro agravios diferentes, se observa un denominador común en todos ellos cual es, la supuesta incongruencia entre lo peticionado por el actor en su primer reclamo en sede administrativa respecto de las sumas peticionadas y obtenidas en la presente acción. De esta manera, el pilar del pronunciamiento que debió atacar el recurrente fue el que señaló que la congruencia exigía una coincidencia de objeto y contenido de las pretensiones tal como lo desarrollaran ambos votantes de la alzada, invocando la doctrina de este Tribunal en autos “Galvan, Alberto c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa” (Expte. N° 21.518-G-2008). Allí se sostuvo que la identidad de reclamos debía ser sustancial pero no absoluta. Así, la falta de ataque a este fundamento y solo la manifestación de la disconformidad con la premisa, resulta a todas luces insuficiente para modificar el fallo recurrido.----------

------ Así cuando la demandada cuestiona que se ha vulnerado lo previsto en la ley 23.928, más allá que no lo demuestra, replantea que la suma de reclamo quedó definida -según sus términos- por el monto efectuado en la vía administrativa previa. Pero nada agrega que permita siquiera inferir que ha habido un yerro en el decisorio.----------

------ Lo mismo puede decirse de su queja respecto de la cuantificación del daño moral. Insiste en que la suma de condena se aparta de considerar el monto inicial de reclamo y dicho esto aduce que el fallo es arbitrario. Luego, en su cuarta queja sostiene que la tasa de interés aplicable es distinta de la establecida en el pronunciamiento ya que en

el reclamo original del actor no se peticionó sino la tasa que aplica el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento, como único fundamento para pretender contrarrestar lo decidido.----------

------ Es por lo expuesto y siguiendo la doctrina que ha sostenido este Tribunal en anteriores composiciones, respecto de la cual no se han aportado elementos de juicio suficientes que indiquen un apartamiento de sus postulados, que tengo por cierto que la presente expresión de agravios no constituye un cuestionamiento concreto y razonado de las partes que el apelante consideró erróneas (Confr.: SD N° 5/SROE/2014, 5/SROE/2015, entre otras).---------- ----- De esta manera queda claro que no basta a los efectos de conmover los fundamentos del decisorio que se ataca la mera disconformidad, sino que deben darse razones concretas y serias que signifiquen un verdadero ataque directo a la decisión, demostrativas de los errores de hecho y de derecho que la misma pudiere contener.----

------ Desde que el apelante no aporta ningún elemento de convicción que justifiquen una solución distinta a la adoptada por la Alzada el recurso articulado debe ser declarado desierto por no cumplir con los recaudos previstos por el art. 268 del CPCC. **ASÍ LO VOTO.**---------

------- A la segunda cuestión el **doctor Mario Luis Vivas** dijo: --------

--

------ Tal como voté la primera cuestión propongo al Acuerdo: 1°) Declarar desierto el Recurso de Apelación Ordinaria interpuesto por la Provincia del Chubut contra la Sentencia Definitiva N° 15/2016

dictada por la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de Trelew; 2°) En cuanto a las costas, corresponde imponerlas a la recurrente vencida (art. 69 del CPCC); 3°) Regular los honorarios del doctor J. E. F., letrado patrocinante de la parte actora, en un 30% de los regulados a su parte por lo actuado en primera instancia. En la regulación se ha considerado la extensión de las tareas, la complejidad del tema y el resultado obtenido (arts. 5, 6 bis, 7, 13, 18 y 46 de la Ley XIII N° 4°) A la suma resultante se le aplicará el IVA si correspondiere; 5°) No regular los honorarios profesionales de los letrados apoderados de la demandada recurrente dado que su actuación en esta instancia resultó inoficiosa.---------- ------ A igual cuestión el **doctor Miguel Angel Donnet** dijo: ----------

------ Atento a como he votado a la primera, acuerdo con la solución propuesta por el doctor Vivas a la segunda cuestión. ----------

------ Con lo que se dio por finalizado el acto quedando acordado dictar la siguiente: ----------

---------- **S E N T E N C I A** ----------

------ **1°) DECLARAR DESIERTO** el Recurso de Apelación Ordinaria interpuesto por la Provincia del Chubut contra la Sentencia Definitiva N° 16/2016 dictada por la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de Trelew a fs. 675/689 vta.----------

------ **2°) FIJAR LAS COSTAS** a la recurrente vencida (art. 69 del CPCC).----------

------ **3°) REGULAR** los honorarios del doctor J. E. F., letrado apoderado de la parte actora, en un 30% de los regulados a su parte por lo actuado en primera instancia (arts. 5, 6 bis, 7, 13, 18 y 46 de la Ley XIII N° 4), con más el IVA si correspondiere.----------

------ **4°) NO REGULAR** honorarios a los abogados de la Provincia del Chubut dado que su actuación en esta instancia resultó inoficiosa.------ **5°) REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase. ----------

Fdo. Dr. Miguel Ángel DONNET-Dr. Mario Luis VIVAS.----------

RECIBIDA EN SECRETARIA EL **09** DE **AGOSTO** DEL AÑO **2.017**

REGISTRADA BAJO S.D. N° **15** /S.R.O.E./2017 CONSTE