En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil dieciocho, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Silvia Noemí Alonso, y asistencia de los señores jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"V., N. E. y otra c/ A., S. G. y otra s/ SUMARIO", expte. nro. 451/17,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 210/12), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 1354), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dr. Fernando Nahuelanca y Dra. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 1246/1267? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia condenatoria de fs. 1246/1267 es apelada por la codemandada S. G. A. a fs. 1270, a la que se le declara desierto el recurso (fs. 1330 ratificado a fs. 1341); por la codemandada Provincia del Chubut a fs. 1271, conforme lo expuesto a fs. 1302/1314 lo que fue rebatido por la actora a fs. 1343/1347vta. y a fs. 1272 considerando altos los honorarios regulados a los letrados de la actora; por la accionante a fs. 1273 conforme escrito de fs. 1315/1320vta., el que es contestado por aquella última a fs. 1335/1340; por el perito psicólogo a fs.

1277/1279vta. por considerar bajos los honorarios que se le regularon, fundando su pretensión y por último contesta la vista ordenada a fs. 1348 la asesora de Familia a fs. 1350/1351.

Tras la lectura de la sentencia y del contenido de los memoriales de expresión de agravios, entiendo que han superado los requisitos formales del art. 268 CPr/DJ. Que inicialmente, cabe poner de relieve que el tribunal no se encuentra obligado a seguir al apelante en toda y cada una de las cuestiones o argumentos que propone a consideración de la alzada, sino tan solo de aquellas que son conducentes para decidir el caso y que bastan para dar sustento a un pronunciamiento válido (*cf*. CS Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 278:271; 291:290, entre muchos).

Así, cabe considerar en primer lugar la propuesta de la demandada Provincia del Chubut insistiendo en cuanto a la prescripción de la acción, contrariando los argumentos que obran en los considerandos, denegando la excepción oportunamente opuesta.

Que los accionantes por derecho propio y en representación de sus hijos menores, promueven demanda por daños y perjuicios contra la médica ginecóloga S. G. A. y contra la Provincia del Chubut, por los daños ocasionados a la fecha de su nacimiento y en ocasión de este a I. C., fundando sus pretensiones.

Argumentan a fs. 48 que la relación hospital, médico y paciente se ubica en el ámbito de la responsabilidad contractual, tal como lo ha sostenido esta Sala en la causa que se señala (SI n° 180/2009), postura admitida por las demandadas en oportunidad de oponer la excepción de prescripción, ya que no alcanza al reclamo de la víctima, sino a la de los presuntos terceros, esto es padres e hijo (fs. 89, p. V.2 y fs. 314, p. III), ya que

tratándose de un reclamo por responsabilidad extracontractual es de aplicación el art. 4037 CCiv. -que rige el caso-. En réplica, los excepcionados oponen la suspensión del plazo de prescripción contemplada que emerge por interpretación del art. 3982 bis, quedando incumplido el plazo de la liberación prescriptiva intentada (fs. 359/361).

Esta cuestión y conforme el régimen legal aplicable al caso puede analizarse tomando el cuenta la postura inicial asumida por la accionante a fs. 48 y que obtuvo su réplica por parte de la recurrente al momento del planteo de la defensa liberatoria parcial a fs. 314 p. III, previo planteo subsidiario y genérico de la profesional codemandada a fs 89vta. p. V.2 y de haber mantenido la demandante, la discusión acerca de la interpretación aplicación del art. 3982 bis carecería de interés, ya que el fundamento de esta última está en considerar la relación de los padres y hermano de la victima dentro de la órbita de las obligaciones extracontractuales.

Nada se opone a tal análisis, ya que como bien se ha dicho que aunque el juez no puede declarar de oficio la prescripción (art. 3964 del CCiv.), una vez opuesta esta como defensa, a él le corresponde determinar cuál es la naturaleza de la relación jurídica y cuál es el plazo aplicable, aun frente al error en que hubieran incurrido las partes, por lo que no existe óbice para que el tribunal se pronuncie sobre la cuestión.

Siguiendo con el tema desde este punto de vista y sin descuidar las facultades que me asisten, tras analizar las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales de la época, me inclino por aquella que con claros y sobrados fundamentos señalaba: "… cuando el reclamo judicial es canalizado por los herederos del

paciente, victima fatal o no de un acto médico eventualmente deficitario, por los daños y perjuicios alegados como padecidos *iure proprio*, es preciso agudizar el análisis de las circunstancias del caso para determinar el encuadre normativo conforme el cual se efectivizaran los servicios profesionales por parte de la mentada institución o del galeno, de cuya supuesta insatisfactoria prestación derivara el resultado dañoso.

”Así, cuando como en el caso, es el padre quien, en ejercicio de la patria potestad y dando satisfacción a uno de los derechos deberes más trascendentes a la misma (como es el brindar asistencia a la salud del menor), contrata con una clínica, sanatorio o centro asistencial privado el servicio de atención médica de su hijo impúber de seis años (incluyéndose todas las prestaciones que involucran y envuelven el acto médico en sí: asistencia médica pura y total, diagnóstico, clínica, quirúrgica, posquirúrgica, medicamentos, hotelería, prestaciones paramédicas, etc.), no es posible reducir la participación paterna al mero ejercicio de la representación legal (resultando el hijo parte sustancial del contrato y el padre en tanto representante la parte formal), pues ello importaría prescindir de los plurales intereses, derechos y conductas en juego; por el contrario, en tales casos, si bien el padre contrata tales servicios en el interés del menor, también lo hace en interés y en nombre propio, en cumplimiento del derecho-deber que le impone la patria potestad (arts. 264, 265, 267, 1137 y concs., Cód. Civil).

”El padre contrata en interés y nombre propio y también en interés del hijo, que está bajo su autoridad y cuidado. Y para ello, con medios económicos propios amén de los que puedan provenir de los bienes de los hijos o de su usufructo, ejerce la indelegable función

paterna de procurar la curación de su hijo enfermo sin necesitar en absoluto previa autorización judicial ni consentimiento alguno de funcionario o representante del ministerio pupilar (arts. 264, 265, 267 y concs., Cód. Civil).

”Es que cuando se trata de un vínculo contractual en que los progenitores participan a título personal para convenir lo necesario para la atención del hijo, por no ser ajenos los padres a la génesis del contrato, ni tampoco al desenvolvimiento de ese vínculo, las consecuencias que pudiesen derivarse del incumplimiento por la supuesta mala praxis en el servicio de asistencia médica deben regirse por las normas que regulan la responsabilidad contractual (en el mismo sentido, C.N.Civ., sala F, causa R. N° 461.628, sent. del 8 XI 2006; ibídem causa "B., J. V. y otros c. Ciudad de Buenos Aires", sent. del 29 II 2008, "La Ley", 11 VII 2008, pág. 7). Por lo dicho, es dable concluir que la vinculación entre el centro médico privado y los particulares no cede en su naturaleza contractual porque el beneficiario haya sido el hijo menor de seis años de éstos, desde que no sólo se estableció una estipulación de esa índole a su favor o interés, sino que el mentado acuerdo importó el cumplimiento de derechos-deberes legales propios de los progenitores, ejercidos asimismo en su propio interés y título.

”Luego, el posible incumplimiento o el defectuoso cumplimiento de la prestación médica comprometida en que hubieren incurrido el instituto médico o los galenos contratados, y que derivara en el resultado fatal del deceso del menor, en tanto les fuera imputable, importa un debate acerca de la responsabilidad profesional de aquéllos en el marco del vínculo contractual previamente concertado, aún cuando la pretensión indemnizatoria

estuviere dirigida al resarcimiento de los daños presuntamente padecidos *iure proprio* por el padre, de modo que el plazo de la prescripción liberatoria aplicable al caso no podría ser otro que el previsto en la norma del art. 4023 del Código Civil".

"Así las cosas, siendo que al tiempo de promoverse la demanda no había transcurrido dicho término decenal, entiendo corresponde confirmar la sentencia del tribunal *a quo* en cuanto rechaza la defensa de prescripción opuesta por el demandado (arg. arts. 4023, Cód. Civil; 289, C.P.C.C.)" (ver SCBA 03/03/2010 en autos "C., O. I. contra Clínica Tristán Suárez S.A. Daños y perjuicios", ver en www.scba.gov.ar/falloscompl/SCBA/2010/03-03/c 79686.doc). Así, adecuando lo dicho al caso, debe desestimarse sin más la excepción propuesta al confundir la base legal que la sustenta.

Pero al no haberse mantenido firme en esa postura la demandante y haber opuesto la excepción contemplada en el art. 3982 bis, consintió de modo implícito la postura inicial de la excepcionante en cuanto al ámbito de la responsabilidad extracontractual, no obstante los precedentes de este tribunal lo benefician conforme la postura adoptada en caso análogo en la causa que cita: "L.,J.E. c/ Otamendi y Cía S.R.L. y otros s/ Sumario (Daños y Perjuicios)" SI n° 146/2010, conforme argumentos, doctrina y jurisprudencia citada a la que remito por razones de celeridad y economía procesal. Además, vale señalar que aquella postura a tenido amplia acogida, *v. gr.*, cita en "Código Civil Comentado" dirigido por Aída Kemelmajer de Carlucci, Claudio Kiper y Félix A. Trigo Represas, de ed. Rubinzal Culzoni 2006, T. Privilegios, Prescripción y Aplicación de la Leyes Civiles, Artículos 3875 a 4051, pág. 393 y sus citas), postura a la que adhiero y finalmente cabe recordar que

corresponde tener en cuenta, a la luz de fallos de la CSJN, que "…el derecho de los hijos menores está sujeto a un régimen especial vertebrado en la titularidad y ejercicio de la patria potestad por parte de sus progenitores derivado, fundamentalmente, de los preceptos contenidos en los artículos 57, 59 y 274 del Código Civil, cual es la representación necesaria, universal, indelegable e irrenunciable de sus hijos menores de edad, que se extiende a todos las actos en que los mismo estén interesados sean éstos, personales, patrimoniales, judiciales o extrajudiciales que a aquellos les cabe respetar, sino, además, los principios que dimanan de los diversos Tratados Internacionales, y, en los que aquí interesa poner de relieve, la Convención sobre los Derechos del Niño, de naturaleza federal y supralegal -que ha sido expresamente invocada por el aquí recurrente-, de donde se desprende que el niño tiene derecho a una protección especial, cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación jurídica, de modo que, ante un conflicto como ocurre en la especie, el interés moral y material de los niños debe tener una relevante prioridad sobre cualquier otra ponderación que implique de manera alguna conculcar el acceso a la jurisdicción por parte de aquéllos, toda vez que este es un deber que el Estado debe garantizar a través de sus órganos competentes -*cf*. artículo 12, punto 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño. En tal orden de ideas y sobre la base del interés superior de los niños y del familiar -conforme art. 264 *quater* del Código Civil-, como lo es en este caso el derecho a poder ejercer un reclamo indemnizatorio como consecuencia de la muerte de unos de sus hermanos menores derivado de un presunto hecho ilícito, estimo que el efecto suspensivo de los plazos de la prescripción alcanzado por la

querella criminal incoada oportunamente por el padre de los menores en los términos del artículo 3982 bis de la norma de fondo quien cabe presumir, aunque no lo diga expresamente- ejercía la acción, dado su condición de responsable de la patria potestad de los niños, también en su representación - debe hacerse extensiva a favor de esto últimos" (ver "Q. Milton Julio y otros c/ Caporaletti, Juan y otros" - Cita: MJ-JU-M-3041-AR - MJJ3041 - MJJ3041).

Ahora sí, y en base a lo discutido y propuesto no cabe duda que debe mantenerse firme el fallo en cuanto al rechazo de la defensa opuesta al progreso de la acción de los padres y hermano de la víctima y así lo propongo al acuerdo.

Resulta manifiesto el error del *iudex a quo* al no haber dado satisfacción al planteo de inconstitucionalidad del actor y conglobar la legitimidad de los padres y hermano respecto al reclamo por daño moral como si ambas demandas hubiesen articulado la respectiva excepción. De allí que debe modificarse la fórmula utilizada en el p. 2 del fallo, aclarando su alcance.

Ampliando: quien plantea en tiempo y forma la excepción de falta de legitimación activa respecto al reclamo de daño moral pretendido por los padres y hermanos de la víctima fue la profesional médica imputada en la presente causa, a la que le quedó firme el rechazo de tal defensa por deserción de su recurso. La recurrente no lo planteó y tan solo se limita a argumentar en contra de tal pretensión la aplicación del art. 1078 CCiv., oponiéndose a su declaración de inconstitucionalidad (fs. 329 p. D), en consecuencia, trataré la cuestión conforme las limitaciones que impone tal controversia.

Y es que al fundar las razones por las que no se hacía lugar a la falta de legitimación opuesta por quien no la había opuesto, pero sí correspondía resolverla aún de oficio, brinda las razones por las cuales la norma genera un agravio constitucional, conteste doctrina y jurisprudencia al respecto, por lo que lo dicho alcanza de modo implícito a lo requerido formalmente por el actor. Esto es desestimar el alcance injusto de la norma en cuestión.

La teoría procesal de las llamadas "resoluciones implícitas inferidas de lo decidido para otras cuestiones" se caracteriza por asignar un valor de decisión implícita a todo aquello que, aun cuando no se haya manifestado en forma expresa por el juzgador, posea el carácter de presupuesto lógico insoslayable de lo resuelto de modo explícito (ver ST Corrientes, julio 30997, LL Litoral, 1997-897), así lo entiendo y en consecuencia corresponde salvar la omisión formal del fallo y declara la inconstitucionalidad del art. 1078 CCiv. y legitimar a algunos de los requirentes de conformidad con lo establecida en la reforma en el art. 1741 CCyC. Y que por razones de economía procesal y celeridad remito al comentario y fundamentos que se dan en su comentario en el Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, ed. Rubinzal Culzoni 2015, t. VIII, págs. 498 y ss., no existiendo oposición manifiesta en cuanto a poner en igual condición al hermano de la víctima tal como se advierte a fs. 329/329vta. (ver "Código Civil Comentado – Responsabilidad Civil" dirigido por Iturraspe y Piedecasas de ed. Rubinzal Culzoni 2003, pág. 117 ps. 4 y 5 y "Código Civil y Leyes Complementarias" de Belluscio y Zannoni ed. Astrea 1984, t. 5, pág. 115 y ss. parág. 5).

Propuesta la desestimación de los agravios de la vencida, sin perjuicio de las reformas que deben formularse en el decisorio, corresponde ahora tratar los de la accionante.

Así, el memorial gira en torno a la cuantificación del rubro incapacidad sobreviniente y el tipo de tasa de interés que conforma la condena, mereciendo una extensa réplica por parte de la representación de la codemandada Provincia del Chubut.

Con base en las pautas establecidas en el régimen anterior, se advierte en los considerandos que, al cuantificar los daños sufridos por el menor, se han tenido en cuenta las pautas genéricas a que aluden doctrina y jurisprudencia y las particulares del caso inclinándose por el salario mínimo y un plus por "pérdida de chance", tiempo de vida hasta el logro del beneficio jubilatorio, siempre teniendo en cuenta una incapacidad total y absoluta del 100%, con su debido respaldo probatorio.

Así, y por las particularidades de la víctima y el mal sufrido, se han multiplicado las soluciones que mejor contemplen la reparación integral, ante un futuro absolutamente incierto, de allí que la cuestión merezca un trato especial y distinto que escapa a cualquier precedente.

Y es que más que incapacidad sobreviniente en el caso debemos indagar la chance pérdida y dentro de los límites a que autoriza el daño permanente e irreversible sufrido. En tal sentido se ha dicho cabe aclarar que la chance "es la posibilidad de un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor existe. Privar de esa esperanza al sujeto conlleva un daño, cuya estimación resulta dificultosa porque lo frustrado, en realidad es la chance y no el

beneficio esperado como tal. Es decir, que lo que debe indemnizarse es el perjuicio que se proyecta al futuro o que necesariamente se producirá, pero en el daño meramente posible" (Zannoni Eduardo, cit. por Fernández Sessarego en "Daño Moral y Daño al Proyecto de Vida", pub. en "Revista de Derecho de Daños"; Vol. 6; Ed. Rubinzal-Culzoni, 1.999, pág. 42). Es por ello, que cuando se habla de daño futuro, la certeza es siempre relativa, correspondiendo al juez basarse en la posibilidad de un conocimiento imperfecto, de lo que aún no existe, coexistiendo en -la pérdida de una chance- un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Por lo tanto, el análisis de este rubro conlleva la evaluación de la "predecibilidad" -por lo razonable-, de la expectativa de contar con determinada utilidad. En la especie, se advierte que no existen dudas respecto del perjuicio patrimonial y económico que traería aparejado para la víctima la incapacidad sobreviniente, que comprometerían su desempeño en el ejercicio de su labor profesional y su vida de relación en general. Ello, por cuanto la posibilidad frustrada de una ganancia imputable a otro -sea para las actividades laborales o de otra índole-, tiene en sí misma un valor indemnizable, que debe ser resarcido, aunque la víctima no haya dejado de "ganar". De otro lado, siguiendo para ello al doctrinario Jorge Mosset Iturraspe: "La guerra de etiquetas o debate acerca de la denominación que corresponde dar a tales o cuales daños, así como la guerra de las autonomías o debate sobre si esos daños integran la categoría de los morales o patrimoniales o, por el contrario, si tienen autonomía o forman una categoría propia, distinta, es un quehacer menor, que no hace al fondo de la cuestión y en el cual se pierde muchas veces la contemplación del tema central" ("Daños a las personas", tomo 1, ed. Rubinzal-

Culzoni, pág. 39). Es decir, el mandato legal es la reparación integral de los daños causados, por lo cual deberá admitirse la indemnización de los mismos, ya sea subsumiéndolos bajo un mismo concepto o concediéndolos en forma diferenciada, pero sin caer en una superposición de condenas.

En consecuencia, siendo la invalidez el basamento del daño resarcible, sea bajo el concepto de lucro cesante *strictu sensu* o como pérdida de chance -o como incapacidad sobreviniente en caso de ser la misma total y permanente-, el agravio en estudio no merece recibo, ya que fijar un monto por cada rubro reclamado lucro cesante, incapacidad sobreviniente y pérdida de chance-, como si se trataran de ítems desvinculados totalmente entre sí, implicaría conceder indemnizaciones superpuestas, sin razón alguna que sustente su procedencia en forma simultánea" (S.T.J., sent. del 13/03/07, en autos: "Saavedra, Luis Alberto c/ Gobierno de la Provincia s/ Daños y Perjuicios - Casación Civil"). Llevados estos pensamientos al caso al haber subsumido bajo el ítem daño patrimonial los rubros reclamados como perjuicio material y daño futuro cierto o pérdida de chance, no incurrió en una violación al principio de congruencia, en tanto el pronunciamiento es adecuado y acorde a las pretensiones deducidas en juicio, y no se configura una injustificada duplicidad resarcitoria, más allá del rótulo o "nomen iuris" con el que fuera solicitado el rubro indemnizatorio.

En conclusión, la sentencia cuenta con fundamentos suficientes para avalar el criterio sustentado en la misma y para ponerla al abrigo de la tacha de arbitrariedad insinuada.

Conforme lo expuesto, entiendo que al haberse considerado adecuado el SMVM y no otro elegida a

conveniencia de la parte sin fundamento sólido, dado el caso, y otorgarse un plus para establecer un base salarial que atienda a los principios de reparación integral y justa, sin mediar abuso, el decisorio cumple con la exigencia del actual art. 3 del CCyC, por lo que se impone confirmar el mismo (ver en la misma línea STJ Santiago del Estero, Sala Civil y Comercial, 15/02/2010 en "J. R. J. y otra c/ B. R. y/u otros s/ daños y perjuicios por mala praxis médica - casación civil" - Cita: MJ-JU-M-54091-AR - MJJ54091 - MJJ54091).

En el fallo se recepciona la tasa de interés pretendida por la accionante es su discurso inicial (ver fs. 42vta. y fs. 1266 p. 13) sin oposición fundada de la codemandada Provincia del Chubut y consentida por la profesional médica involucrada. En consecuencia, no existe agravio atendible al respecto. Por lo que propongo el rechazo del recurso intentado por la accionante y así lo propongo al acuerdo.

Todo lo hasta aquí expuesto alcanza a la pretensión por adhesión formulada la asesora de Familia de fs. 1350/1351.

En cuanto al recurso intentado por el perito actuante de fs. 1277/1279vta., estimo que de ningún modo la regulación se basó en mera numeración de los artículos que rigen el caso, sino que se presume analizadas y confrontadas con la experticia las pautas que anuncia al comienzo de su decisorio, no obstante considero que debe, por idénticas razones, elevarse a un 4%.

Por todo ello, corresponde desestimar en lo sustancial los recursos de las partes, debiendo soportar las costas de la alzada por el orden causado y acoger el del Licenciado J. M. F. M.. Se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo y se tiene presente la

introducción de la cuestión federal de fs. 1320 y 1347, propuesto por las partes.

A la segunda cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

1) Rechazar en lo sustancial los recursos de apelación intentados por las partes salvo en cuanto a la revocatoria parcial del p. 2 del decisorio, rechazando la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada y declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 CCiv., de conformidad a los considerandos pertinentes.

2) Las costas de la alzada se les imponen por el orden causado y se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo, teniéndose presente la introducción de la cuestión federal.

3) Se revoca parcialmente el punto 3 del decisorio de fs. 1246/1267 elevando el porcentual asignado como honorarios del licenciado J. M. F. M. al 4%.

A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 1246/1267, por la que se hace lugar parcialmente a la demanda interpuesta por N. E. V. y M. Á. G. contra S. G. A. y la Provincia del Chubut, a) en representación de su hija I. C. V., por indemnización por incapacidad sobreviniente por la suma de $611.000, daño moral $500.000, gastos farmacéuticos $150.000, gastos de enfermería especializada $200.000, gastos terapéuticos futuros $48.000, por atención de familiar $57.000, gastos de traslado y movilidad $100.000, costo de adaptación del vehículo para personas discapacitadas $70.000, costo de adaptación de vivienda $80.000. Total $1.666.000; b) en representación de Santiago V., la suma de $100.000; a favor de N. V., por daño moral la suma de $250.000 y d) para M. Á. G., la suma de $250.000. 2) Rechaza la excepción de prescripción y la falta de legitimación interpuesta por la demandada,

con costas. 3) Impone las costas a las demandadas vencidas y regula los honorarios de los profesionales intervinientes.

Por la Provincia del Chubut, bajo apoderamiento se interpone apelación a fs. 1271; en propio derecho la Dra. I. Amalia M. apela por bajos los honorarios, fs. 1272; bajo apoderamiento letrado apela la parte actora a fs. 1273 y los recursos resultan concedidos a fs. 1274. A fs. 1277/1279vta. apela en propio derecho el Dr. J. M. F. M., honorarios y funda por bajos los el recurso. Se concede a fs. 1280.

La Provincia de Chubut por su apoderada expone los agravios a fs. 1302/1314. Trae los fundamentos del fallo del apartado 8) de los considerandos, donde señala que la demandada opone la excepción de prescripción planteada, por el transcurso de más de dos años desde el ocurrimiento del hecho dañoso; que los padres y hermanos de I. son terceros, extraños a la relación contractual que existió entre el Hospital y los profesionales que asistieron al menor y que en la causa penal los padres no se presentaron como querellantes; trae asimismo la afirmación de la actora sobre los efectos suspensivos de la querella penal a quienes comprende, querellado y responsable civil y que es el criterio de la CSJN., que en consecuencia la querella por M. Á. G. y N. V., suspendió los plazos no solo por el menor, sino también de sus padres por derecho propio. Extrae conceptos de fallo de la CSJN respecto a la interpretación de las normas, que no se pueden interpretar aisladas, que entiende entonces lógico que la norma suspensa la acción en beneficio de la víctima o del responsable del daño, pero no ve motivo de la extensión de la suspensión cuando se querella contra el causante del daño en torno a la interpretación del art. 3982. Opone la crítica a fs.

135vta., que no puede sostenerse que la víctima no estaba en condiciones de demandar aun pendiente el proceso penal, dada la independencia de ambas acciones; que ningún impedimento tenía la actora para iniciar una demanda contra la Provincia. Se explaya sobre el punto. Sostiene que la solución la otorga el CC, se está ante una causal de suspensión de la prescripción y el beneficio que otorga solo puede estar respecto a las personas concretamente querelladas. Que el juez de grado se aparta de la doctrina de la CSJN. Cita la doctrina de Trigo Represas, T.IV, pág. 596. Cita jurisprudencia en cuanto no se pueden extender los efectos de la suspensión de la acción civil que establece el art. 3982 CC (L.L. 2004C,512). Afirma que las razones de practicidad y/o dificultades que se podrían presentar, no justifican que por vía interpretativa se propaguen los efectos de la suspensión, supuestos no contemplados ni en el contenido ni en la letra de la ley. Por lo que solicita se modifique el fallo y se haga lugar a la prescripción., todo con costas.

Segunda crítica:

Que se equivoca el fallo en el ap. 9 cuando se refiere a la falta de legitimación de los padres. Transcribe el ap. 9 en cuanto la Provincia del Chubut sostiene que los padres de la menor y su hermano conforme con el art. 1078 CC., carecen de legitimación activa para reclamar por daño moral. Frente al rechazo de la excepción, expone la crítica a fs. 1311. Que no obstante las extensiones de los precedentes jurisprudenciales que demostraron la necesidad de ampliar el campo de legitimados, sostiene que subsiste el criterio que habilita a reclamar daño moral solo al damnificado inmediato y excepcionalmente a los indirectos. Cita la doctrina de la Dra. Kemelmajer de Carlucci sobre el

ajuste a las reglas de derecho. Sostiene en consecuencia conforme al art. 1078 CC, que la obligación de reparar el daño causados por los actos ilícitos, no comprende a los accionantes en calidad de padres, madre, hermano de la víctima, ya que no resultan legitimados para reclamar daño moral. Amplía conceptos sobre el punto y señala que debe tener presente la doctrina de la CSJN sobre el derecho de igualdad, para concederse a todos las mismas prerrogativas. Peticiona en definitiva se haga lugar a la excepción interpuesta, todo con costas. La tercera crítica la opone en cuanto a la parte dispositiva del pronunciamiento, peticionando por contrario imperio se rechace la demanda en todos sus términos contra su parte y con las costas en cuanto al progreso de la excepción de prescripción y de falta de legitimación activa.

Agravios de la parte actora (fs. 1315/1320vta.).

Postula la revocatoria del inc. 1 del fallo, en cuanto establece para la niña I. C. V. la suma de $611.000, pretendiendo una condena de $2.564,978, en tanto como se probó la mala praxis médica, sufre desde el nacimiento una parálisis cerebral total e irreversible. En segundo término, peticiona la aplicación del art. 1746 CCyC conforme a la jurisprudencia del caso “Urra” de esta Cámara. 3) Modifique la tasa de interés establecida por la tasa activa del Banco Chubut para préstamos personales (inc.1.d).

A fs. 1335/1340, la demandada Provincia de Chubut contesta los agravios de la parte actora.

A fs. 1343/1347, la parte actora contesta los agravios de la codemandada Provincia de Chubut.

Tratamiento de los agravios. Los interpuestos por la demandada Provincia del Chubut:

La primera crítica de esta parte, se inicia en concisa frase donde señala que la primera divergencia es la excepción de prescripción, se expide de inmediato con la transcripción del apartado 8 de la sentencia, la que extiende a partir de fs. 1302 hasta parte de la foja 1305vta. A continuación, vierte la recurrente su propio desarrollo sobre la controversia, sin ocuparse de los textos transcriptos de la sentencia, ello, las partes del fallo que resulten erróneas o equivocadas. Son las exigencias de los arts. 268 y 269 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico.

Sí se advierte una fundada exposición de la recurrente que elabora otra línea jurisprudencial por la negativa, incluso cita el fallo Plenario "Maciel",pero no controvierte específicamente la amplia fundamentación de los textos transcriptos de la sentencia, con hitos que resultan fundamentales, nada menos se trata de la jurisprudencia vigente en esta jurisdicción con los autos "López Esteban c/ Otamendi y Cía. SRL s/ sumario", expte. N° 297/2010, con criterio a favor de la interpretación amplia del art. 3982bis y normas concordantes del C.C.

Precisamente la sentencia rechaza la tesis de la excepcionante, sentando los fundamentos que los padres y hermanos de I. no son terceros extraños a la relación contractual que existió entre el Hospital y los profesionales que asistieron a la niña. Construye el peso decisorio en la causa señalada "López c/ Otamendi", con lo que la constitución en parte querellante de M. Á. G. y N. V. en fecha 15/3/2006, en representación de su hija I. C. V., en la causa caratulada con los patronímicos de los nombrados sobre "denuncia mala praxis" - Legajo de investigación N° 1998, suspendió el curso de la prescripción y benefició a todos los damnificados por el

hecho ilícito de la mala praxis. De remate expone el fallo: "La Cámara de Apelaciones adoptó la tesis amplia y abarca a todos los actores".

En la "crítica" que formula la Provincia del Chubut al fallo a partir de fs. 1305vta., luego de la extensa transcripción de los fundamentos de la sentencia sobre la prescripción, formula escasas consideraciones que rozan algunos tópicos de "López", como cuando la Provincia demandada sostiene que no había ningún impedimento para que la actora le inicI. la demanda dentro de los dos años del hecho dañoso, pero sin referirse a la premisa del fallo que se expedía sobre el punto. En "López c/ Otamendi" se deja expuesto que la postura amplia permite que el damnificado no se vea compelido a promover la demanda civil para interrumpir el curso de la prescripción, obligándola a accionar aunque no esté determinado en sede penal el carácter ilícito del hecho atribuido a los querellados, lo que podría ocasionarle una eventual imposición de costas; que ello justificaba la extensión y porque los arts. 1101 y 1102 del Código Civil como el art. 3982, tienen como misión proteger el interés jurídico de la víctima en sentido amplio.

Esta misión adquiere resalto en la presente causa por la presencia de los niños damnificados, con sus derechos representados por los padres en ejercicio de la patria potestad, cuya protección a través de las normas locales del Código Civil y de la Ley de Protección Integral de la Niñez (Ley III N° 21 del Digesto Jurídico), transcienden a los derechos que dimanan de la Convención de los Derechos del Niño (art. 3: "En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas

de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño").

Devienen por lo tanto incólumes las razones del fallo. La Provincia sigue otra corriente doctrinaria determinante de postura limitativa, pero ajena a la receptada en la jurisdicción. Lo señala el fallo ya cerrando los fundamentos, citando el antecedente del S.T.J. ("Rondini c/ E. Delgado", Sent. Def. 04/2007), refiriendo que también allí ambas partes pugnaban por sus respectivas posturas. Así, dijo que la línea divisoria jurisprudencial fue minuciosamente analizada en el campo doctrinario y citó los distinguidos tratadistas como el Dr. Alberto Bueres y coordinada por la Dra. Elena I. Highton en el año 2001 ("Código Civil y normas complementarias", T.6-B, págs. 661 y ss.), la Dra. Highton, que ya se había expedido como integrante de la Sala F. de la Cámara Nacional Civil en los autos: "Franco Palomo, Sara c/ Valentín, Carlos Alberto y otro s/ daños y perjuicios", por la línea amplia y que mantuvo en el plenario del año 2004 (se refiere al plenario "Maciel, Marcos c/ Barry,
Federico y otros s/ daños y perjuicios", de fecha 1|8/2/2004, donde la Dra. Highton voto en disidencias.

Por todo lo expuesto, se rechaza el agravio.

Segunda crítica:

Sostiene el agravio que equivoca el fallo como resuelve el cuestionamiento sobre la falta de legitimación de los padres para ser resarcidos por daño moral, conforme con el art. 1078 CC, en tanto la parte actora aboga por la inconstitucionalidad de la norma.

La recurrente reconoce por una parte que doctrina y jurisprudencia demostraban la necesidad de ampliar el campo de los legitimados y que la nueva norma 1741 del

CCyC, puso un manto de claridad sobre los puntos oscuros, justificando la ampliación en la necesidad de no frustrar la finalidad de la norma, pero con cita de la doctrina de la Dra. Kemelmajer de Carlucci y el texto de la norma, afirma que no corresponde habilitar a los accionantes, en calidad de padre, madre y hermanos de la víctima.

Sin perjuicio que el manto de claridad del art. 1741 CCyC fluye hacia la pretensión extensiva de las accionantes, ya que la ampliación del campo de los legitimados, no solo contemplan el daño de muerte de la víctima, sino que sufra gran discapacidad, con lo que legitima a ascendientes, descendientes, cónyuge y quienes convivían con aquella recibiendo trato familiar ostensible. Señala Alberto J. Bueres que esta ampliación es bien recibida, ya que plasma en la ley, la jurisprudencia que acogiendo la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia, venía haciéndose paso al respecto; asimismo explica que la gran discapacidad es la que padecen aquello sujetos que sin la asistencia de otra persona no pueden realizar los actos más básicos y necesarios para la subsistencia (*v.gr.*, cuadripléjicos, personas en estado vegetativo, etc.). Es la incapacidad física y/o psíquica por la cual la persona pierde su autonomía personal, un destierro en vida. El trato familiar que alude la norma, se manifiesta por la exteriorización de un vínculo afectivo, que motiva la constitución de un vínculo análogo o idéntico al de la familia.

Es lo comentado al art. 1741 CCyC por el Dr. Bueres, en su obra "Código Civil y Comercial de la Nación – analizado, comparado y concordado", ed. Hammurabi, año 2014; E.cedor comentario a la norma, que con solo

suprimir el número de artículo, conforma a la razón por la que rigiendo el art. 1078 C.C., la misma visión constitucional del acceso a la reparación y a la protección de la familiar, abrió el camino a la inconstitucionalidad del art. 1078 cit., peticionado en autos y como señala en su voto el Dr. Alexandre, el juez no dio satisfacción al planteo de inconstitucionalidad.

Aún pretende la demandada el ajuste ritual a la norma, con olvido del grave hecho que motiva el juicio, la mala praxis al nacimiento de la hija I. C. V., con tiempo prolongado de sufrimiento fetal y secuelas de lesión neurológica irreversible, discapacidad que requiere medicación, atención especializada y asistencia personal en forma permanente, por no poder valerse por sí misma para realizar los actos de la vida diaria. La gravedad de la discapacidad prevista en el nuevo Código, la pérdida de la autonomía personal y económica. En "Código Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", T.I, pág.8, los autores Morello - Sosa - Berizonce, citan el Congreso Internacional de Bélgica del año 1977, sobre los fines del derecho procesal, "...alcanzar un nuevo punto de equilibrio en las cosas de la justicia, un "derecho menos formalista y más sustancial, que no se sienta ligado tanto a las formas y palabras como a las esencias". Citan los autores numerosos fallos de la CSJN, con lo que subrayan que en el ejercicio de función judicial no cabe prescindir de la preocupación por la justicia, "toda vez que es deber de los magistrados asegurar la necesaria primacía de la verdad jurídica objetiva", la verdad en sustancia ıpor encima de los excesos rituales (Fallos 284:375; 238:550; 254:311; 268:71; 271:278; entre otros).

La gran discapacidad sufrida por la niña I., pone en evidencia la repercusión moral en el grupo familiar cuyo resarcimiento se demanda, que reconoce la recurrente, los precedentes jurisprudenciales destacaron la necesidad de ampliar el campo de legitimados, justificando la ampliación en la necesidad de no frustrar la finalidad de la norma. Si por ocurrimiento del hecho ha quedado regido por el art. 1078 del Código Civil anterior, la declaración de inconstitucionalidad en cuanto por su letra no ampara la ampliación, surge nítida.

Se rechaza en consecuencia la presente segunda crítica.

Tercera crítica:

Desde que parte de los términos del resolutorio del fallo cuya revocación pretendía y se han rechazado los respectivos agravios, queda sin sustancia la presente crítica e importa su rechazo.

Los agravios de la parte actora de fs. 1315/1320vta.

Se agravia por la estimación para la determinación de la indemnización establecida en el fallo, reiterando fundamentos expuestos al demandar, estima que no es razonable adoptar la pauta del salario mínimo vital y móvil, con lo que aboga por la remuneración mensual promedio del CCT 130/70 para Empleados de Comercio. Cuestiona el monto como que desatiende la finalidad indemnizatoria integral en los términos señalados por la Corte Suprema, daño neurológico, estético, psiquiátrico, psicológico y pérdida de chance.

La sentencia a fs. 1263vta., punto 11, considera la reclamación de la demanda, rechaza las objeciones de la parte contraria afirma que la niña ha obtenido certificado de discapacidad en los términos de la Ley

22431, con cobertura asistencial en los términos de la Ley 24901, sosteniendo que la totalidad de sus necesidades estaban cubiertas por el Estado, meritua la prueba pericial neurológica con diagnóstico de encefalopatía crónica no evolutiva secundaria e hipoxia perinatal, cuadriparesia espástica severa, retardo mental severo, apilepsia refractaria, alergia al látex y que concuerda con el dictamen de la junta médica de fecha 23/8/2006, que el daño es compatible con lesiones difusas causa hipóxico isquemica, en estadio subagudo y son perfectamente compatibles con secuelas de un sufrimiento hipóxico perinatal; concuerdan también que las lesiones fueron causadas por sufrimiento fetal agudo y las lesiones neurológica son de carácter irreversible, todo lo que requiere un cuidador ininterrumpido durante las 24 h del día, con lo que la niña padece una incapacidad total mental y motora del 100%. Cita el art. 1738 CCyC cuando se refiere a los daños indemnizables, que toma parte del modo reclamado, 611 períodos mensuales, pero considerando como módulo el salario vital mínimo y móvil del mes de mayo de 2004, de $450 mensuales, más un plus de 550 pesos por pérdida de chance, con lo que determina un monto indemnizatorio incapacidad en la suma de $611.000.

La recurrente sostiene afectado el principio de congruencia frente al petición de su parte y que el juez debió explicitar los fundamentos para apartarse de la misma.

No existe afectación del principio de congruencia por parte del magistrado, pues ejerce su facultad de jurisdicción frente a las posturas contrarias de las partes, no se funda en hechos diversos a los de la Litis ni contiene afirmaciones que se contradigan entre sí, por lo demás la razón del apartamiento la expone en el

mismo párrafo, la ocupación efectiva como empleada de comercio es una chance, no un dato cierto y concreto, solo una probabilidad y agrega, pudo ser una ama de casa y no trabajar.

En los autos caratulados "Ramírez, Celia Haydee y otros c/ Migliora, Cristina s/ daños y perjuicios – Resp. Prof. Médicos y Aux – 60684/2010 – Juzg. n' 99, Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal – fecha 21 marzo del año 2017, dicta como se advierte un reciente fallo de gran similitud con la presente causa, responsabilidad médica por mala praxis en el parto, sufre el niño bradicardia y nace con depresión grave neonatal, producto de sufrimiento fetal agudo, con secuelas microcefalia, encefalopatía isquémica y otras afecciones, incapacidad total y permanente, con necesidad de asistencia permanente de terceros. Se controvierte por excesiva la suma indemnizatoria de $500.000. La Sala H (Dres. Claudio M. Kiper, José Benito Fajre y Dra. Liliana E.
Abreut de Begher) la confirman, por ser valoración en otra causa similar, que el monto fijado por el juez *a quo* es razonable y guardaba armonía con la cifra que se había aceptado en mayo de 2010.

La jurisprudencia comparativa y muy actualizada para caso similar por incapacidad total, determinan la justeza –aún mayor la de autos– de la establecida por incapacidad sobreviniente por mala praxis médica y aventan los menoscabos endilgados por la recurrente. Se confirma la sentencia y se rechaza el agravio.

Tercer agravio:

Impugna la tasa de interés activa mensual del Banco de la Nación Argentina establecida en la sentencia, pretendiendo se aplique la tasa activa para préstamos personales del Banco del Chubut, por ser la establecida

por esta Cámara en la materia, vigente el Código Civil y Comercial del país.

Si bien en determinados casos de controversia sobre la tasa de interés se resuelve aplicando la tasa propugnada, es lógico porque resulta de la trama litigiosa. Pero no es el caso de autos, donde la tasa peticionada al demandar careció de oposición, se estableció la peticionada con lo que el agravio carece de sustento.

Recurso del perito actuante:

El Sr. juez estableció los honorarios del perito J. M. F. M. en el 3% del resultado del juicio.

La recurrente objeta la regulación "por la falta de fundamentación" y calificar de bajos los honorarios.

Atendiendo a las circunstancias del presente juicio, donde la evaluación pericial fue de cuatro personas y más un informe ambiental, que obligaron al traslado del perito a la ciudad de Buenos Aires, amerita la elevación de la regulación practicada que se establece en el 4%.

Por todo lo expuesto y oída la asesora de Familia a fs. 1350/1351, considerando el resultado de los recursos, las costas de la alzada se imponen por su orden. La regulación de honorarios de los profesionales actuantes se regirá por la Ley XIII N° 4 del Digesto Jurídico, los arts. 5, 6, 8, 9, 13 y concords. a regular en el momento del pronunciamiento.

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

Atento a los resultados del acuerdo corresponde el pronunciamiento propuesto por el Dr. Alexandre en todas sus partes.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por

mayoría, por lo que la Dra. Alonso no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Rechazar en lo sustancial los recursos de apelación intentados por las partes salvo en cuanto a la revocatoria parcial del p. 2 del decisorio de fs. 1246/1267, rechazando la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada y declarando la inconstitucionalidad del art. 1078 CCiv., de conformidad a los considerandos pertinentes.

2) Revocar parcialmente el punto 3 del decisorio de fs. 1246/1267 elevando el porcentual asignado como honorarios del licenciado J. M. F. M. al cuatro por ciento (4%) del monto de condena, con más el IVA si correspondiera.

3) Costas de la alzada por el orden causado.

4) Regular los honorarios profesionales de la Dra. I. M. en el veinticinco por ciento (25%) y de los Dres. E. de V. y M. C. M., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

5) Tener presente la introducción de la cuestión federal.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

FERNANDO NAHUELANCA
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2018

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CYC"

INDIANA L. MARINI Secretaria de Cámara