------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut a los 23 días del mes de agosto de dos mil dieciocho, reunida en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia, bajo la presidencia del Dr. Alejandro J. Panizzi y asistencia del doctor Mario Luis Vivas, para dictar sentencia en los autos caratulados **“V., J. R. y otra c/ W., S. G. s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)" expte. N° 245/16** (Expte. N° 24.670-V-2017). Teniendo en cuenta el sorteo practicado a fs. 1113 y de conformidad con el Acuerdo Plenario N° 4499/17, encontrándose en uso de licencia el doctor Raúl Adrián Vergara, la presente se emite con dos votos: doctores Vivas y Panizzi----------

------ Acto seguido se resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones. **PRIMERA**: ¿Es procedente el recurso de apelación? Y **SEGUNDA**: ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------ A la primera el **Dr. Mario Luis Vivas**, dijo: ----------

--- I.- **ANTECEDENTES.------ La demanda:**

------ A fs. 08/22 se presentaron J. R. V. y V. B. S., por derecho propio y representando a sus hijos R. Y., L. J., A. M. y C. B., para demandar por daños y perjuicios a la Provincia del Chubut y a los doctores S. G. W., R. P. de L., C. L. por la suma de pesos novecientos mil ($ 900.000), o lo que en más o en menos resultara de las pruebas de autos por los rubros daño moral, pérdida de chance y daño psicológico derivados del fallecimiento de J. M. V. hijo y hermano de los presentantes, respectivamente. El reclamo se fundó en la mala praxis que achacaron a los médicos intervinientes conforme se desprendía de lo actuado en la

historia clínica del menor, sumado a la falta de traslado en tiempo oportuno para su atención en un centro de mayor complejidad. Remarcaron que medió un grosero error de diagnóstico y tratamiento.-

------ **2.- Las contestaciones de demanda**:

------ **2.a.-** El Dr. R. L. P. de L. contestó demanda a fs. 71/79 y solicitó el rechazo del reclamo en todas sus partes. Citó en garantía a F. P. S. S. A. por contar con la cobertura de dicha aseguradora. Luego formuló las negaciones a los hechos denunciados por la parte actora. En su defensa señaló que no se había dado cumplimiento a la carga procesal al no definirse concretamente los hechos en los que se apoyó la pretensión. Refirió no haber atendido a J. M. a su ingreso en el mes de junio de 2004 ni haberle practicado ningún estudio. Tampoco lo diagnosticó por lo que desconocía la intención de la parte actora al demandarlo. Por tal motivo consideró que no mediaba relación causal entre su actuar y el hecho dañoso invocado. Ofreció prueba y formuló reserva del caso federal.----------

------ **2.b.-** El codemandado S. G. W. presentó su conteste a fs. 93/105. Además de efectuar las negaciones a los hechos relatados en demanda, cuestionó la cuantía de los montos reclamados y los calificó de desmedidos en todos los rubros. Afirmó que el tratamiento recibido por el menor fue el adecuado y que el traslado a un centro de mayor complejidad no se llevó a cabo por falta de camas, circunstancia que no se podía atribuir a los médicos del Hospital Regional. Agregó que la causa penal se archivó y que no medió en dichas actuaciones ninguna condena por actuar negligente. Dijo también que en autos no se logró

acreditar el nexo causal entre el accionar profesional y los daños reclamados.----------

----- A fs. 146/148 y vta. se presentó F. P. S. SA y manifestó que los doctores W. y P. de L. estaban cubiertos por una póliza de mala praxis. Rechazó la demanda y cada uno de los rubros reclamados ya que consideró que no hubo mala ni deficiente atención profesional por parte de dichos galenos que pudiera atribuirles algún tipo de responsabilidad por su accionar.----------

------ **2.c.-** A fs. 178/188 se presentó la Provincia del Chubut y contestó el traslado de la acción. Después de negar los hechos como fueron dichos en el escrito de inicio sostuvo que no medió responsabilidad médica de quienes atendieron al menor. Relató que el niño había nacido con muy poco peso y que el resultado que arrojó el electrocardiograma obrante en la historia clínica era normal.----------

------ Narró los hechos haciendo hincapié en que la atención recibida por J. M. respetó en todo momento el procedimiento recomendado para el diagnóstico de "arritmia cardíaca asintomática" detectada al momento de practicarle la cirugía por la quebradura que sufrió mientras se encontraba en la escuela. Señaló que fueron muchos los intentos de trasladar del menor a un centro de mayor complejidad, pero que no pudo concretarse por carencia de camas disponibles. Coincidió con los codemandados en que no se probó el nexo causal entre la actividad desarrollada por los médicos y el fallecimiento del menor. También objetó el monto de los rubros reclamados. Solicitó en definitiva el rechazo de la demanda, ofreció prueba y formuló reserva del caso federal.----------

------- **3.- Sentencia de Primera Instancia:**

------ Concluida la causa para definitiva el juez dictó sentencia a fs. 938/948 y rechazó la demanda en todas su partes. Impuso las costas a la actora vencida. En su pronunciamiento el magistrado analizó la situación respecto de cada demandado y analizó los presupuestos de la responsabilidad médica y, asimismo, sus eximentes. Luego examinó las pruebas producidas de las cuales consideró de sumo valor el dictamen médico de fs. 689 y vta. para tener por cierto que el tratamiento de la arritmia detectada en J. M. fue oportuno ya que la permanencia de esta patología podía derivar en una mala función ventricular, como luego aconteció.----------

------ Resaltó lo manifestado por la Sociedad Argentina de Cardiología y la Sociedad Argentina de Pediatría en punto a que la complejidad de la patología requería traslado a un centro de mayor complejidad cuando el paciente no respondía a la primera dosis de medicación; y que el tratamiento clínico y farmacológico fueron los correctos. Remarcó el juez a-quo que del informe de dicho organismo se desprendía, claramente, que el tratamiento seguido fue el indicado para estos casos.----------

------ El sentenciante señaló que similares apreciaciones se derivaban de las respuestas dadas por el perito forense Dr. Calixto González -que intervino asimismo en la investigación penal realizada-, al igual que los argumentos dados por los médicos que declararon en calidad de testigos en las distintas audiencias llevadas a cabo. Estos fundamentos condujeron al magistrado de grado a descartar toda responsabilidad en el ejecutar profesional de los galenos demandados. Entendió que no se

había acreditado el nexo causal entre el fallecimiento del menor y el accionar de los doctores que atendieron a J. M. V.. Concluyó que la miocardia dilatada grave que padecía el niño resultaba ser un acontecimiento en el cual un ataque cardíaco podía ocurrir en cualquier momento y que no era posible vaticinar. Por tal motivo rechazó la demanda en todos sus rubros y condenó en costas a la parte actora.----

------ **4.- Sentencia de Cámara**.----------

------ La vencida en primera instancia apeló el pronunciamiento de grado y expresó agravios a fs. 971/980 vta. La Cámara de Apelaciones, sala “B”, de Comodoro Rivadavia emitió su fallo a fs. 1009/1054.-----

------ El primer agravio, referido a la falta de consentimiento informado, fue rechazado por tratarse de un tema que no había sido introducido en demanda, circunstancia que invalidaba su tratamiento en esa instancia al afectar el derecho de defensa en juicio, además del de congruencia. Lo mismo se dijo respecto del segundo agravio, ya que invocaba como hecho grave la falta de realización de un electrocardiograma con carácter previo a la cirugía, circunstancia que no fue evocada en el escrito de inicio.----------

------ Si se admitió como queja atendible todo lo relacionado con la omisión de trasladar al menor en tiempo adecuado hacia otro centro de mayor complejidad dada la patología cardíaca que le fue diagnosticada.----------

------ El primer votante tuvo por cierto que al momento del ingreso del niño al Hospital Regional de Comodoro Rivadavia el nosocomio no

contaba con servicio de terapia intensiva infantil ni con médicos capacitados para atender la dolencia cardiológica de J. M.. Agregó que se lo operó aún sin haberle realizado un electrocardiograma y que como consecuencia de la advertencia del anestesista es que se recomienda el tratamiento cardiológico. Señaló también que la historia clínica presentaba anomalías y tachas sin salvar y que se solicitó su derivación por las complicaciones que surgieron, seis días después de ser operado.-

------ Teniendo en cuenta los informes actuados en la requisición fiscal y en el informe de fs. 609 tuvo por cierto que el traslado del niño se pidió en forma tardía y que debió requerirse apenas advertida la patología de corazón diagnosticada, pues ello definió la existencia de nexo causal suficiente especialmente para el cardiólogo interviniente. Consideró que medió culpa de los galenos por haber actuado con negligencia y, además, por no haber acreditado en autos lo contrario ya que incluso se decretó la negligencia de la pericial médica por ellos requerida.----------

------ Luego trató la responsabilidad de los restantes codemandados, a los que hizo extensiva la responsabilidad por culpa incluido el jefe de pediatría del Hospital Regional. En cuanto al Estado Provincial entendió que era innegablemente responsable como garante del derecho constitucional a la salud de sus habitantes.----------

------ Con respecto a la citada en garantía la hizo responsable según el marco y hasta el límite de su cobertura. Luego analizó los daños reclamados para establecer su procedencia y cuantía, para hacer lugar al reclamo por daño moral y lucro cesante y definir los montos de condena.----------

------ La segunda y tercer votantes coincidieron, en término generales, con lo dicho por el magistrado que votara en primer lugar para arribar al mismo pronunciamiento. Se diferenciaron y formaron mayoría en cuanto a la inclusión de los hermanos de J. M. en el reclamo del daño moral, al declarar de oficio la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil y en la fijación del monto de condena. Por lo que se revocó en todas sus partes, la sentencia de grado, se fijaron los importes por los rubros daño moral para toda la familia, pérdida de chance para los padres y los intereses aplicables desde la fecha del fallecimiento del niño.----------

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

------ **a.-** La Provincia del Chubut codemandada interpuso recurso de apelación ordinaria que fundó a fs. 1070/1092 vta. Su primer agravio se refiere a la falta de valoración de la pericial médica producida en autos. Su omisión deliberada acarrea, según remarca, la tacha de la sentencia por arbitrariedad. Afirma que los dichos del primer votante al referir que "… debido a una desidia de parte de los codemandados, se decretó la negligencia de la prueba pericial médica ofrecida…" es absolutamente falaz toda vez que fue la prueba médica ofrecida por la actora la que fue desistida por ésta última y no por su parte, de manera que ello evidencia una grave falta al no leer expediente como era su obligación para resolver el presente caso. Por el contrario el informe del perito médico Dr. Licciardi ofrecido por su parte, si se llevó a cabo tal como se acreditó con la agregación de su dictamen a fs. 689 y vta.-----

------ Sostiene también que dicho informe médico en sede civil, constituyó prueba de la que no se podía prescindir al menos no sin la

debida fundamentación, cosa que ocurrió en la sentencia de la Cámara de Apelaciones pues ni se lo menciona ni mucho menos considera, puesto que de haberlo hecho el resultado hubiese sido diferente. Es más, remarca el recurrente que tanto las respuestas dadas por el dictamen del Dr. Licciardi como las dadas por el perito forense, Dr. Calixto González, fueron omitidas a lo largo del pronunciamiento recurrido. Afirma que el único que la consideró fue el magistrado de grado, quien además, ponderó su valor probatorio por que no mediaron oposiciones ni ningún tipo de impugnación a su respecto.----------

------ El Estado Provincial recurrente sostiene también que de las pruebas de autos no surge que los profesionales hubieran actuado en forma negligente o que fuera tardía la derivación del paciente a un centro de mayor especialización. Entre dichas probanzas transcribe algunos párrafos del informe dado por la Sociedad Argentina de Pediatría y de la Sociedad Argentina de Cardiología remarcando las afirmaciones que entiende adecuadas y que apoyan su postura. Por tal motivo entiende que la Alzada, al tener en cuenta solo algunos parámetros dados en el informe obrante en sede penal, y seleccionar unas pocas respuestas dadas por determinados testigos, actuó de manera a todas luces arbitraria.----------

------ En su agravio expresa también, que se ha violado la garantía del debido proceso ya que tras señalar que los dos primeros agravios de la actora serían omitidos por tratarse de cuestiones novedosas introducidas en la alzada por primera vez, luego se atribuye la responsabilidad de los médicos por su actuar con culpa, echando mano a dichos agravios. Ello también, según opinión de la apelante, tacha de arbitraria la sentencia recurrida.----------

------ **b.**- Su segunda queja se relaciona con la declaración de inconstitucionalidad respecto del art. 1078 del Código Civil. Afirma que la Cámara se excedió en lo peticionado por la actora ya que de la demanda surge una muy genérica y precaria labor argumental para fundar la legitimación del reclamo por daño moral. Ello altera, según la recurrente, el principio de congruencia y del debido proceso.--------

------ **c.**- En tercer lugar ataca la cuantificación del daño moral al que considera desmedido. Remarca que al decidir así se ha apartado no solamente de las sumas peticionadas por la accionante sino también, de lo decidido por la misma Sala en casos similares cuatro años antes, en los cuales se fijó la suma de pesos diez mil ($ 10.000) como indemnización a favor de cada progenitor por la muerte de su hijo. Refiere haber verificado la cuantificación en otros Tribunales del país y en ningún caso constató que se fallaran sumas tan altas como las determinadas en estos autos. Citando un precedente de este Alto Cuerpo considera razonable un monto de pesos ciento cincuenta mil ($ 150.000) para cada padre.----------

------ **d.**- Su cuarto agravio se relaciona con el cómputo de los intereses. Sostiene que el mismo debe efectuarse desde el dictado de la sentencia de primera instancia como lo sostuvo el primer votante y conforme los valores que tuvo en cuenta, a saber, los derivados de tomar como base un salario mínimo vital y móvil a dicha fecha.----------

------ Al decidirse con el voto mayoritario de las restantes magistradas que la suma de daño material ascendía a la suma de pesos cien mil ($ 100.000) evidencia una determinación arbitraria que no tuvo en cuenta

los valores del año 2004, sino, por el contrario, se aplicó más del doble de los importes vigentes en el año 2016. Calcular de otro modo distorsiona el fundamento del rubro resarcido, según su opinión. Formula reserva del caso federal.----------

------ **II. 1**.- A fs. 1093 se corrió traslado del memorial a la contraparte. La actora lo contesta a fs. 1095/1100 vta. Al hacerlo afirma que los Dres. W. y P. de L. han consentido la sentencia por lo que ha quedado firme para ellos, de manera que no resulta legítimo que la Provincia la descalifique.----------

------ Agrega que los agravios vertidos respecto de la falta de estudio pre quirúrgico, no tratado por la Cámara de Apelaciones por ser un argumento nuevo, no conmueve la contundencia de la historia clínica que sí fue agregada como documental de autos y es prueba firme para las partes. Sostiene que las probanzas valoradas en sede penal coinciden en sus respuestas con las producidas en sede civil por lo que no hubo omisión de los magistrados en su valoración.----------

------ Entiende que los análisis que efectúa la recurrente al sacar partes de cada pronunciamiento para criticarlos, lo hace fuera de contexto y ello desvirtúa la fundamentación de las conclusiones a las que arriba en su memorial.----------

------ Con respecto al agravio donde la Provincia ataca la inconstitucionalidad del art. 1078, sostiene que en la demanda los padres se presentaron por derecho propio y en representación de sus hijos menores por lo que el reclamo, según sus términos, seguía un

criterio amplio referido a los herederos forzosos además de aplicar la doctrina de la Corte Suprema.----------

------ Con respecto al tercer y cuarto agravio, la actora afirma que no se efectúa un cuestionamiento serio respecto de la tasa de interés aplicable conforme el fallo, ni tampoco respecto de las fechas desde las cuales deben calcularse los intereses. Por lo que solicita el rechazo del memorial en todas sus partes.----------

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

------ A fs. 1103/1104 obra el dictamen del señor Procurador General quien considera admisible el recurso. Luego inicia el tratamiento de los agravios de la Provincia demandada y señala que el primero de ellos, referido a la falta de toda consideración de la pericia médica por parte de la Cámara, consiste en un análisis fragmentado de las afirmaciones del experto.----------

------ El señor Procurador General tiene por probado que no se cumplió con la *"lex artis"* por lo que cabe la responsabilidad de los médicos tratantes y, la del Hospital Regional en la medida que las omisiones en las que se incurrió (carencia de cardiólogo infantil, e imprevisión de derivación inmediata a un centro especializado) configuraron el desenlace que llevó al fallecimiento de J. M. V..----------

------ En cuanto a la queja vinculada al monto y a las personas legitimadas para reclamar el daño moral, el señor Procurador General

entiende que no hubo una crítica adecuada para conmover lo decidido, por lo que propicia la confirmación, en todas sus partes, de la sentencia recurrida.----------

------ **IV.- ANÁLISIS**:

------ **1.-** Del resumen de los hechos este Tribunal debe resolver los agravios planteados por la codemandada, Provincia del Chubut, contra la sentencia dictada por la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, al revocar la sentencia de grado que rechazó la acción incoada en reclamo de daño moral y pérdida de chance como consecuencia del fallecimiento de J. M. V..----------

------ Antes de analizar el memorial es menester revisar el cumplimiento de los recaudos que establece la normativa vigente respecto de la necesaria constatación de las cuestiones formales legalmente establecidas para este tipo de recurso. Estamos frente a una sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones que pone fin al proceso y que involucra un valor económico por lo que *"prima facie"* encuentro reunidos los recaudos que tornan admisible el recurso para su revisión por ante este Superior Tribunal.----------

------ **2.-** Dicho esto y ya entrando en el análisis del primero de los agravios, advierto que se invoca la falta de valoración de la prueba pericial médica producida en sede civil por lo que la recurrente califica de arbitrario al pronunciamiento dictado. Afirma que el apartamiento de lo dictaminado por el Dr. Liciardi -que sí fue tenido debidamente en cuenta en la sentencia de grado-, no fue siquiera considerado, situación desacertada sobre todo si se tiene en cuenta que no habían mediado

objeciones a su respecto. Agrega que se equivoca la Cámara al señalar que hubo desidia de su parte respecto a la falta de producción de la pericia médica ofrecida, ya que la que ofreció se llevó a cabo y es la que acaba de señalar. En cambio, quien no produjo la prueba pericial médica con la especialidad requerida en cardiología infantil fue la actora, quien además, la desistió a fs. 588. Por lo tanto no pudo probar el nexo causal como era su carga en este proceso, más allá que no corresponde achacar la negligencia de su producción a la codemandada que como se dijera, si la produjo.----------

------ Si bien la recurrente señala la falta de valoración de las pruebas de autos, no resulta ocioso señalar que los Magistrados no están obligados a atender respecto de la totalidad de las pruebas producidas en autos sino solo aquellas que son atendibles o relevantes, tal como lo ha expresado nuestro Cimero Tribunal al sostener que "…No procede invalidar la sentencia con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias si lo expresado por la recurrente traduce un simple desacuerdo con el criterio de selección y valoración de la prueba realizada por el tribunal *"a quo"* que -además de ser ajeno a la jurisdicción extraordinaria de la Corte Suprema- es insuficiente por sí solo para descalificar al pronunciamiento impugnado, aun cuando los jueces hayan prescindido de alguna de las pruebas aportadas…" (San J. SA (TF 29974-I) c/ DGI s/S. 306. XLIX. REX27/10/2015; Fallos: 338:1156I). Es decir, el criterio seguido por los sentenciantes en el análisis de los dictámenes no constituye por sí, causal de arbitrariedad.

------ Dicho esto corresponde analizar si de las pruebas producidas y evaluadas por los sentenciantes se pudo establecer la configuración de responsabilidad médica en el caso de autos, ya que este es el agravio

central. Para tal fin es menester señalar que para que proceda el resarcimiento de los perjuicios sufridos, debe acreditarse no sólo que estos han existido, sino, asimismo, la relación de causalidad entre el obrar negligente de aquel a quien se imputa su producción y tales perjuicios (Fallos: 310:2467; 315:2397; 325:798, entre otros).----------

------ **3.**- En las presentes actuaciones encuentro dos realidades que considero relevantes para definir la suerte de este agravio. La primera de ellas se relaciona con la gravísima omisión de efectuar un electro cardiograma con carácter previo a la cirugía del menor, circunstancia que apenas se la menciona en el memorial. Es más, sólo se hace referencia a esta obligación cuando se achaca a la actora haber expresado agravios contra la sentencia de grado introduciéndolo como una cuestión nueva en el proceso, cosa que la Cámara de Apelaciones advirtió y por ende rechazó, precisamente, por referirse a una cuestión no invocada en demanda. Ahora bien, más allá de que se lo plantee como un tema que debió ser fundado en el inicio como argumento específico para respetar el principio de defensa en juicio, su tratamiento posterior no resulta contradictorio como pretende la demandada recurrente ni mucho menos resulta ajeno al caso en el marco del análisis de las constancias de la Historia Clínica de J. M.. Es que este legajo médico constituye prueba documental suficiente que fue ofrecida y agregada a autos y que no fue refutada por ninguna de las partes del proceso; de modo tal que hacen plena prueba para ambas.----------

------ Dicho esto observo que la Cámara señala que la omisión del electro cardiograma denotó un actuar negligente como paso previo a la cirugía en un paciente cuyo ingreso anterior fue volcado en su legajo

médico y de donde surge que ocurrió tres años atrás. Es decir, debían actualizarse sus estudios clínicos, sobre todo el pre quirúrgico. Esta constancia del legajo del menor, reitero, no fue ni cuestionado ni mucho menos rebatido por la recurrente en su memorial. Por ende, no advierto ninguna apreciación en el fallo que resulte lesiva del derecho de defensa en juicio como se señala.----------

------ Es más, estas constancias debían ser insoslayablemente evaluadas por los señores camaristas al momento de pronunciarse por lo que en modo alguno puede afirmarse que era un tema vedado a la revisión por falta de introducción oportuna. Es que la historia clínica es la "relación de los datos con significación médica referentes a un enfermo, al tratamiento a que se le somete y a la evolución de su enfermedad", conforme lo define la Real Academia Española y, a su vez, permite valorar la conducta del médico ya que la constancia documental que emana de ella es una prueba sustancial en los casos de mala praxis médica, que la convierte en un instrumento de decisiva relevancia para la solución del litigio (Confr. Horacio G. López Miró, "Causales para demandar por responsabilidad civil médica – Pautas jurisprudenciales mayoritarias", Ed. Astrea, Año 2014, pág. 18). De lo dicho se desprende que los errores que se observen en ella, perjudican al médico que intervino sobre quien recae la obligación de acreditar su actuar diligente.----------

------ Si tenemos en cuenta entonces esta realidad y constatada la ausencia de un electrocardiograma antes de operar al niño y, aunque en el informe obrante en la investigación fiscal se lo consideró como una práctica discrecional no obligatoria (fs. 130 del Caso 2948 del Ministerio Público Fiscal agregado en fotocopia como documental de

autos), era indispensable su práctica para este caso en particular. Ello hubiera permitido a los facultativos que intervinieron evaluar si era la mejor solución, o si era menester corregir la arritmia antes de operar la quebradura de muñeca, o derivarlo a un centro de mayor complejidad antes de llevarla a cabo. Lo cierto es que la cirugía tuvo lugar y la condición cardíaca que ya tenía J. M. se agravó a partir de aquel momento.----------

------ Es que tratándose de la responsabilidad de los médicos deben probarse no solo los daños sino también la relación de causalidad entre el obrar negligente de aquellos a quienes se atribuye su producción y tales perjuicios (Confr.: CSJN, Fallos, 310:2467; 312:2527 con disidencia del juez Fayt; 315:2397, 325:798, entre otros). En consecuencia, tengo por acreditada en el sublite la relación de causalidad que liga la culpa en el accionar médico, de los Dres. W. y P. de L., como médico cardiólogo y Jefe del servicio de pediatría del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia, respectivamente, quienes no demostraron haber actuado conforme las reglas del arte de curar. Por este motivo deben responder.----------

------ **4.-** El segundo elemento que considero relevante para tener por acreditado el nexo causal entre el obrar médico y el hecho dañoso que se reclama en autos, es la falta de derivación del menor de manera inmediata hacia un centro de mayor complejidad que pudiera asistirlo frente a la dolencia cardiológica que padecía. Y sostengo esto ya que la cronología de los acontecimientos así lo impone. El día 17 de junio de 2004 J. M. V. ingresó al Hospital Regional de la ciudad de Comodoro Rivadavia tras haberse quebrado la muñeca de la mano izquierda a raíz de un accidente que sufrió mientras se encontraba en la escuela. Dicha

lesión motivó la intervención quirúrgica que derivó en una serie de complicaciones a partir de aquel momento por la condición cardíaca del niño que concluyó en su fallecimiento apenas once días después.-------

------ Ahora bien, ante la arritmia que se desencadenó a partir de la intervención se le diagnosticó un cuadro de miocardia dilatada grave y en vez de ordenar su traslado de inmediato, se lo retuvo en el hospital y se lo medicó de acuerdo al criterio médico de los galenos intervinientes, en el caso del médico cardiólogo de adultos Dr. W.. La falta de mejoría impulsó activar su traslado, que pese a ser urgente se efectivizó, al menos el primer contacto telefónico así lo indica, casi siete días más tarde.----------

------ Dicho esto queda claro que para evadir toda responsabilidad en el desarrollo de los acontecimientos que desencadenaron el deceso de J. M. debió demostrarse inequívoca y contundentemente, que el accionar médico fue diligente, cosa que como vengo de reseñar, no sucedió. La obligación de los médicos que atendieron al menor debió priorizar el máximo de cuidado, diligencia y previsión para evitar, precisamente, dañar al paciente. Por ello concuerdo con la conclusión alcanzada por los señores Camaristas en punto a que no se cumplieron las reglas del arte de curar insoslayables para atender al niño. Obsérvese que los accionados no demostraron el quiebre del nexo causal ni tampoco pudieron demostrar que el deceso se hubiera producido de todas maneras y solo por la condición de salud del menor, más allá de la cirugía practicada.----------

------ En el sentido expuesto para que proceda el resarcimiento de los perjuicios sufridos, respecto de la responsabilidad civil por hechos de

mala praxis, debe acreditarse la relación de causalidad entre el obrar negligente de aquél a quien se imputa su producción y tales perjuicios (Confr. CSJN, Fallos, 325:2356) cosa que quedó acreditada en la medida que ninguno de los demandados pudo demostrar lo contrario.--

------ La desidia en la demora del traslado de J. M. frente a la sabida carencia de un servicio pediátrico o cardiológico acorde a la gravedad del caso en el Hospital Regional, evidenció la responsabilidad de los médicos y más allá de no haber recurrido el decisorio que les resultó adverso, su tratamiento es menester por constituir el agravio central del Estado Provincial recurrente que busca eludir la responsabilidad que le compete en el presente juicio. Esta última surge en la medida que tiene a su cargo la obligación de prestar un servicio de asistencia a la salud el que debe llevarlo a cabo en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido, cuando ello no sucede es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Confr.: CSJN, Fallos, 306:2030; 307:821; 312:343). Escapa a toda lógica posible el solo hecho de pensar que no hubo negligencia cuando un niño como J. M. ingresa a un hospital para atender una simple quebradura, y diez días más tarde fallece.----------

------ A mayor abundamiento es dable recordar que: "… el adecuado funcionamiento del sistema médico asistencial no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto en cualquiera de sus partes, sea en lo que hace a la faz de la prestación médica en sí como a la faz

sanitaria, sea en el control de una y otra, en la medida en que pudiera incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso, más doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su control…" (Confr.: CSJN, Fallos: 306:178; 317:1921; y 322:1393).----------

------ Por los fundamentos que anteceden propicio al Acuerdo rechazar el presente agravio en todas sus partes**. ASÍ LO VOTO**.----------

------ **5.-** En la segunda queja la recurrente cuestiona la declaración de inconstitucional efectuada por la alzada respecto del art. 1078 del código de fondo a la que califica de *"extra petita"*. De la lectura del agravio observo una mera discrepancia con lo decidido por la alzada que no alcanza a conmover sus fundamentos. Digo esto porque al leer el escrito inicial en el punto II se plantea la legitimación activa donde la parte actora dice que actúa en su carácter de padres y hermanos de J. M. V., cuyos nombres completos obran a fs. 39 (la primera de la demanda). Es decir, lejos de significar una mera enunciación como dice el recurrente, se trata de una individualización expresa de quiénes demandan y en qué carácter. Lo mismo sucede en el punto 48 de la demanda (fs. 46).----------

------ Por otra parte, la decisión de incluir a los familiares que convivían con el menor, en referencia a sus hermanos, ha sido la que se impuso en la sentencia de grado más allá de la declaración de oficio respecto de la inconstitucionalidad de la norma. Por lo que la Provincia recurrente debió atacar los fundamentos sostenidos por la segunda y tercera votante para no excluir a los hermanos en este rubro, cosa que

no hace por lo que su pretensión no resulta atendible. Es que no hay incongruencia en la medida que con ambos votos se define la suerte de dicho rubro por lo que la arbitrariedad alegada carece de toda fundamentación. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ **6.-** La tercer queja se refiere a la cuantificación del daño moral, el cual plantea como subsidiario ante el eventual progreso del reclamo. Califica a la suma de condena como "excesiva, desproporcionada y violatoria de los precedentes jurisprudenciales". Para ello compara lo resuelto en otros antecedentes de la misma Cámara de Apelaciones e incluso de este Tribunal con anterior composición. Lo cierto es que no se advierte una crítica certera ni mucho menos fundada, sino tan solo una mera manifestación de disconformidad con la decisión de la sentencia de Cámara, por lo que tampoco hallará andamiaje en esta instancia revisora. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ **7.-** En cuanto al agravio vinculado al momento del cálculo de los intereses, se busca aplicar una fórmula que obedece a una elaboración unilateral del recurrente que en modo alguno ataca los fundamentos del decisorio en forma puntual, sino que lo hace a través de una interpretación de lo decido por el primer votante al emitir su voto. Así pretende que dicho cálculo comience desde la sentencia de primera instancia y no desde que el hecho dañoso tuvo lugar, como lo decidieron las dos votantes que conformaron la mayoría. Esta pretensión tampoco es atendible, en tanto la doctrina y jurisprudencia son pacíficas y contestes al sostener que su cómputo comienza a partir del acaecimiento del hecho dañoso. "… la fecha inicial de los intereses se define en función del momento en que surgió y debió satisfacerse el derecho resarcitorio de la víctima por el perjuicio principal, y no por la

fecha de la condena o de su cumplimiento…" (Confr.: Matilde Zabala de González, "Resarcimiento de daños", Ed. Hammurabi, año 2005, pág. 334; TS Córdoba, Sala Penal, LLC, 1996-586). Por otra parte no se dan sólidos fundamentos que permitan modificar lo decidido, por lo que propongo al acuerdo el rechazo de esta queja. **ASÍ LO VOTO**.----

------ Por los fundamentos expuestos supra y toda vez que no se aportan elementos de peso que permitan revertir lo decidido por la instancia anterior, propicio al Acuerdo el rechazo de la apelación ordinaria articulada por la Provincia del Chubut, demandada en autos, en todas sus partes. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ A la primera cuestión el **doctor Alejandro J. Panizzi** dijo: ------ **a.-** 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 en reclamo del daño moral y la pérdida de chance reclamadas por los padres y hermanos de J. M. V. contra los médicos que lo atendieron en el Hospital Regional y contra la Provincia del Chubut.----------

------ **b.-** Encontrándose cumplidos los requisitos que habilitan la tramitación de la presente vía se constata que la queja central de la apelante consiste en afirmar que la Cámara de Apelaciones hizo caso omiso respecto de prueba relevante, específicamente, del informe médico del Dr. Licciardi obrante a fs. 689 y vta. En su agravio hace hincapié, asimismo, en lo sesgado del análisis del fallo respecto de los dichos de los galenos que declararon como testigos, puesto que se tomaron -según sus términos-, aspectos aislados de dichos testimonios

e informes, los que, sacados de contexto, ofrecen respuestas incompletas y por ende, parciales.----------

------ Esta forma de ver o mejor, de evaluar las constancias de la causa tal como lo diseña la demandada, no resulta suficiente para tachar el decisorio de injusto puesto que no advierto que se logre desvirtuar los pilares sobre los que se sustentaron los considerandos de los señores camaristas. Es que los achaques que se formulan respecto de la ponderación de las pruebas efectuadas por los jueces de la causa o la omisión de considerar determinada prueba, no configura agravio atendible si el fallo pondera y decide aspectos singulares de la cuestión y la resuelve con otros elementos de juicio (Confr.: CSJN, Fallos: 329:2206).----------

------ En el sentido expuesto se queja el Estado provincial porque la Cámara rechazó pese a rechazar los dos agravios efectuados por la actora referidos a la falta de estudios pre quirúrgicos y la ausencia de consentimiento informado por su introducción novedosa en esa instancia, luego sí los tiene en cuenta para decidir la culpa en el accionar profesional. Pero lo que omite decir la recurrente es que la falta de estudios previos a la cirugía constituyó un dato que surgía de la Historia Clínica del menor, y como tal, firme su contenido por falta de impugnaciones, era prueba indubitada para ambas partes del proceso.----------

------ Adviértase que en dicho legajo médico se registraron todos los ingresos de J. M. al Hospital regional de Comodoro Rivadavia, donde se pueden leer los motivos por los cuales fue asistido en cada

oportunidad, el diagnóstico médico, estudios complementarios y medicación indicada en cada el caso. De allí se desprende que el último electro cardiograma que se le practicó al menor fue en el año 2001 cuando debió ser intervenido quirúrgicamente para extraerle las amígdalas.----------

------ Si la Historia Clínica refiere los antecedentes médicos del menor queda claro que los médicos debieron tener muy en cuenta lo volcado en sus páginas pues de haberlo hecho, probablemente no hubieran omitido un estudio tan importante cuando el último estudio similar se había practicado tres años antes y, precisamente, para practicar otra cirugía. Así tengo por incumplida la *"lex artis"* en la actuación profesional desplegada.----------

------ Es dable señalar que el legajo médico es la prueba más elocuente con la que cuenta todo médico demandado por mala praxis en la medida que de allí se vuelca el diagnóstico y tratamiento del paciente. El Diccionario terminológico de ciencias médicas lo define como "… la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales y familiares, como actuales, relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad actual…" (Cita del Dr. Roberto Vázquez Ferreyra en su obra "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina", Vol. 12, Ed. Hammurabi, año 2002, pág. 258) a la que debe agregarse, según dicho autor, la ficha de anamnesis, los estudios ordenados y realizados, el diagnóstico, la terapia o tratamientos a realizar, la evolución del paciente y los resultados logrados, la medicación suministrada. En caso de una cirugía, debe contener el protocolo respectivo, es decir, todos los datos

de una manera precisa y completa que detallen el servicio médico y auxiliar suministrado.----------

------ En base a dicho instrumento se pudo constatar cuál fue el accionar de los profesionales que actuaron en todo momento, en especial, durante y después de la cirugía que desencadenó el lamentable suceso que se ventila en autos. No solo se comprobó la omisión del electro cardiograma pre quirúrgico que hoy es una práctica de rutina frente a cualquier intervención por mínima que pudiere parecer, sino, asimismo, el tiempo que transcurrió entre que desmejoró la salud del niño y el pedido de traslado a un centro idóneo para su atención post quirúrgica.-

------ De lo que acabo de desarrollar surge que los camaristas evaluaron prueba firme y categórica para tener por acreditado el accionar negligente del médico cardiólogo tratante, Dr. W., cuya culpa resulta evidente puesto que no logró demostrar en la atapa probatoria pertinente, una adecuación entre la conducta debida y la obrada. También se demostró la falta de diligencia del Dr. P. de L., jefe de Pediatría quien debió accionar el traslado urgente del niño. Decir que fueron incesantes los intentos para su traslado y no demostrarlo luego, resulta insuficiente para evadir la responsabilidad que se le achaca.----

------ Concluyo entonces que de las constancias de autos tengo por cierto que los galenos accionados son responsables del fallecimiento de J. M.. Si bien no obra en autos la realización de la pericia médica que solicitó la parte actora y luego desistió, existen informes y testimonios que son elocuentes para entender que hubo la negligencia invocada en demanda. También resultaron sumamente eficaces el informe de la Sociedad Argentina de Cardiología que expresamente

señaló que la derivación del paciente con arritmia se imponía ante la falta de respuesta al tratamiento aplicado (respuesta dada la pregunta 6 de fs. 537); y el informe de la Sociedad Argentina de Cardiología (fs. 610) en tanto fueron coincidentes en sus afirmaciones respecto de los mismos interrogantes.----------

------ De esta manera, probada la culpa de los médicos demandados, queda configurado el nexo causal, no solamente porque los médicos demandados no apelaron el decisorio de la Cámara de Apelaciones, sino porque el Estado Provincial tampoco logró demostrar lo contrario en esta instancia revisora como era menester, por lo que le cabe responsabilidad en forma directa, puesto que "… la actividad de sus órganos realizada para el desenvolvimiento de sus fines ha de ser considerada propia de aquél, que debe responder por las consecuencias dañosas que son causadas por su actividad…" (Confr.: CSJN, Fallos, 306:2030; 317:1921 y 322:1393); puesto que: "… La actividad de los órganos del Estado realizada para el desenvolvimiento de sus fines ha de ser considerada propia de aquél, que debe responder de modo principal y directo por las condiciones dañosas que son causadas por su actividad…" (Confr.: CSJN, Fallos, 322:1393 ya citado).----------

------ En cuanto a la codemandada Provincia del Chubut, no resulta novedoso que quien contrae la obligación de prestar un servicio, en este caso, de asistencia a la salud, lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Confr.: CSJN, Fallos: 306:2030; 307:821; 312:343; 315:1892; 317:1921 y 322:1393).----------

------ En el mismo sentido "… el incumplimiento por parte del Estado provincial de prestar asistencia médica debida al paciente guarda un nexo etiológico material con el resultado dañoso que, por la naturaleza de la obligación de seguridad a su cargo, presupone la adecuación de las consecuencias en orden a la regularidad del curso de los hechos prevenida por el art. 901 del Código Civil…" (Confr.: CSJN, (Fallos: 317:1921).----------

----- Por los fundamentos que acabo de reseñar, corresponde rechazar el primer agravio en todas sus partes y así lo propicio al Acuerdo. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ **d.-** Su segundo agravio se centra en lo que la opinión de la recurrente señala como la inadecuada declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del código de fondo. Considera que el carácter de quienes están habilitados para acceder a su reclamo es restrictivo de manera que si no se efectuó su mención expresa, excluye, en el caso, que los hermanos perciban suma alguna en concepto de daño moral.----------

------ Esta afirmación no es tal puesto que del escrito de inicio se desprende que los hermanos de J. M. integraron la demanda representados por sus padres, precisamente, por ser menores de edad. Resulta falaz lo expresado por la recurrente al decir que no reclamaron en forma expresa y que simplemente lo enunciaron. En efecto todos ellos demandaron y su reclamo surge del punto 48 de la demanda (fs. 46).----------

------ Por otra parte, no efectúa una crítica atendible respecto de los fundamentos dados por la sentencia de la Alzada que incluyó a los consanguíneos, por lo que el agravio queda huérfano de todo sustento y será rechazado. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ **e.-** En cuanto a la objeción formulada respecto del *"quantum"* de lo establecido en concepto de daño moral debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro que en modo alguno debe guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (Fallos: 308:698; 318:1598; 321:1117; 326:847) y son los magistrados, en el caso, quienes lo ponderaron y fundaron. Por tal motivo corresponde rechazar las críticas referidas a la cuantificación de los daños si sólo traducen diferencias de criterio con el juzgador y no consiguen rebatir las consideraciones en que se apoya el pronunciamiento recurrido, máxime frente a la excepcionalidad del remedio que se intenta y tratándose en definitiva de asertos que no compete a la Corte revisar, ya que se encuentran vinculados a cuestiones de hecho, prueba y derecho común (Confr.: CSJN: Barral de Keller Sarmiento, Graciela Higinia c/ Guevara, J. Antonio y otros; B. 65. XXXIX, 28/09/2004). **ASÍ LO VOTO**.----------

------ **f**.- Lo mismo sucede con la fecha a partir de la cual se calcularon los intereses. La crítica en este rubro no es más que una apreciación unilateral exclusiva de la demandada que la formula y que no cuenta con demasiado respaldo, al menos no lo ha demostrado en su memorial. Además, es de práctica que su cálculo se efectúe a partir del momento en que tuvo lugar el hecho generador del daño (Confr.: CSJN, Fallos, 326:1269), por lo que no encuentro motivos atendibles para apartarme de lo resuelto por la Cámara de Apelaciones. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ Por los fundamentos que preceden propicio al Acuerdo el rechazo de la totalidad de los agravios formulados por la Provincia del Chubut. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ A la segunda cuestión el **doctor Vivas** dijo: ----------
---- Tal como voté la primera cuestión propongo al Acuerdo: 1°) Rechazar en todos sus términos el recurso de apelación ordinaria articulado por la Provincia del Chubut a fs. 1070/1092 vta., y confirmar en todas sus partes la Sentencia Nº 28/2017 dictada por la sala "B" de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia; 2°) Fijar las costas a la co demandada vencida (art. 69 del CPCC); 3°) Regular los honorarios de la Dra. A. S. P., teniendo en cuenta la complejidad del asunto, la calidad de las tareas desplegadas y el resultado obtenido, en el 35% de lo que le fuera regulado a su parte en la instancia de origen; y al Dr. R. J. A. T., siguiendo los mismos parámetros, en el 25 % de lo que le regularon a su parte en primera instancia (confr. Arts. 5, 7, 13, 18 y 46 de la Ley XIII N° 4). A las sumas resultantes se les aplicara el IVA si correspondiere.---------- A igual cuestión el **Juez Panizzi** 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°) **RECHAZAR** en todas sus partes el Recurso de Apelación Ordinaria fundado por la Provincia del Chubut, demandada en autos, a fs. 1081/1087; y por ende confirmar en todas sus partes la SD Nº 28/2017 dictada por la Sala “B” de Comodoro Rivadavia.----------

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

------ 3°) **REGULAR** los honorarios de la Dra. A. S. P. en el 35% de lo que le fuera regulado a su parte en la instancia de origen; y al Dr. R. J. A. T., en el 25 % de lo que le regularon a su parte en primera instancia (Confr.: Arts. 5, 7, 13, 18 y 46 de la Ley XIII N° 4). A las sumas resultantes se les aplicará el IVA si correspondiere.----------

------ **4°) REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase. ----------
Fdo.: Dr. Alejandro J. Panizzi – Dr. Mario Luis Vivas.----------

RECIBIDA EN SECRETARIA EL **24** DE **AGOSTO** DEL AÑO **2.018**
REGISTRADA BAJO S.D. N° **12** /S.R.O.E./2018 CONSTE