En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de noviembre del año dos mil dieciocho, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de V. y Dr. Julián E. JALIL para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"F. E. R. A. y otro c/ G. N. y otros s/ Daños y Perjuicios" (Expte. N°6 - Año 2018)**, venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte.N°146/11), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** Satisface el recurso de TPC Compañía de Seguros S.A. los recaudos del art. 268 del CPCC?; **SEGUNDA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **TERCERA:** ¿Son justos los honorarios regulados? **CUARTA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 1062.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL dijo:

1.- Antecedentes del caso. A fs. 873/898 se dictó Sentencia Definitiva la que fue apelada a fs. 905 por la parte actora (recurso concedido libremente a fs. 906), a fs. 907 por la codemandada "S. M. S.A." (recurso concedido libremente a fs. 909, 1° párrf.), a fs. 910 por la codemandada "Asociación de Obras Sociales de Trelew-A. Trelew-" (recurso concedido libremente a fs. 916, 1° párrf.), a fs. 911 por la codemandada N. J. G. y el Ab. L. A. N. (recurso concedido libremente a fs. 916, 2° párrf. y fs. 968/969), a fs. 915 por la codemandada "SMG Compañía Argentina de Seguros S.A." (recurso concedido libremente a fs. 916, 6° párrf.) y a fs. 927 por la codemandada "TPC Compañía de Seguros S.A." (recurso concedido libremente a fs. 968/969)

A fs. 908 el ab. P. C. M. apela por altos los honorarios que le fueran regulados, recurso concedido a fs. 909, 2° párrf.

A fs. 912 la codemandada N. J. G. apela por altos la totalidad de los honorarios regulados, recurso concedido a fs. 916, 3° párrf. y 968/969.

A fs. 913 el Ab. L. A. N. apela por bajos los honorarios que le fueran regulados, recurso concedido a fs. 916, 4° párrf.

A fs. 914 el Ab. L. A. P. apela por bajos los honorarios que le fueran regulados, recurso concedido a fs. 916, 5° párrf.

2.- La sentencia puesta en crisis. La sentencia de grado dictada a fs. 873/898, admitió parcialmente la demanda entablada por R. A. F. E., I. V. R. y J. L. V., contra N. J. G., ASOCIACIÓN DE OBRAS SOCIALES TRELEW (ADOST) y S. M. SA. Y condenó a estos últimos y sus aseguradoras TPC COMPAÑÍA DE S. SA Y SMG COMPAÑÍA ARGENTINA DE S. SA, en el límite de cobertura concertado, al pago al Sr. V., de la suma de $ 270.000 (Doscientos Setenta Mil Pesos), en concepto de Pérdida de Chance y Daño Moral derivados de la muerte de su hijo por nacer, al Sr. F. E., de la suma de $ 50.000 (Cincuenta Mil Pesos) en concepto de Daño Moral por muerte del nieto por nacer y a la Sra. R. de la suma de $ 50.000 (Cincuenta Mil Pesos) en concepto de Daño Moral por muerte del nieto por nacer, con más los intereses señalados en los considerandos anteriores, las que deberán abonarse dentro del plazo de diez (10) días de quedar firme este pronunciamiento.

Impuso las costas a los codemandados y sus aseguradoras, en el límite de cobertura establecido en los contratos respectivos. Los correspondientes a la representación de los terceros SEP SRL y R. la impuso a cargo de S. M. SA.

Reguló los honorarios profesionales del abog. J. J. O., letrado apoderado de la parte actora en el 18 %, los del abog. G. H. U., letrado apoderado de la

ASOCIACIÓN DE OBRAS SOCIALES TRELEW, en el 7,84 %, los del abog. P. G. C. M., letrado apoderado de S. M. SA, en el 7, 84 %, los ese mismo letrado en su carácter de apoderado de SMG COMPAÑIA ARGENTINA DE S. SA, en el 7,84 %, los del abog. L. A. N., letrado apoderado de N. J. G., en el 7,84 %, los del abog. L. A. N., letrado apoderado de TPC COMPAÑÍA DE S. SA, en el 7,84 %, los de los abogs. R. A. S., R. J. M. C. y L. G. G., letrados apoderados de SEP SRL en el 15,4% , en conjunto y proporción de ley, los de los abogs. M. H. S. y L. A. P., letrados patrocinantes de G. A. R., en el 11 %, en conjunto y proporción de ley, los del perito médico G. G. en el 5 % y los del perito contador D. A. J. en el 5 %, todos del monto resultante.

3.- La fundamentación de los agravios.

3.1.- Los agravios vertidos por la demandada S. M. S.A y SMG C. DE S. S.A. A fs. 478/498 las partes demandadas S. M. S.A Y SMG C. DE S. S.A expresan agravios. En dicho libelo manifiestan que el presente caso debe juzgarse conforme al Código Civil por tratarse de un hecho anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

Afirma que la Sra. Jueza de grado ha omitido aplicar el dispositivo previsto en el art. 1103 del Código Civil con respecto a la muerte de la persona por nacer, aunque sí lo hizo con relación a la muerte de la Sra. B. d. C. F..

Explica que el Juez penal ha exculpado a la Dra. G. y al Dr. R. de cualquier tipo de responsabilidad en el luctuoso hecho de *litis*, por lo que la Sra. Jueza civil debió aplicar los efectos del art. 1103 del CC.

Se agravia asimismo en considerar dogmática la postulación del inferior en el sentido de que habría existido un mal arte médico basándose, -en forma reduccionista-, en la pericial médica llevada a cabo en sede penal y ciertos testimonios para concluir que habría existido un demora en la toma de

decisión para llevar a cabo la cesárea del paciente.

Expone que la sentenciante ha seleccionado cierto material pericial para sentenciar y ha desechado en forma arbitraria y sin dar mayores fundamentos, la fundada pericia de obstetricia realizada por el galeno G. G. a fs. 685 y siguientes.

Hace referencia a las conclusiones de la experticia sosteniendo que la judicante de grado ha omitido arbitrariamente tenerlas en consideración y solo ha contemplado el dictamen médico de sede penal.

Fundamenta los motivos por los cuales entiende que el acto jurisdiccional resulta arbitrario. Explica que el inferior ha elegido para sentenciar una pericia (la efectuada en sede penal) descartando otra (la obstetricia) que por su especialidad debía prevalecer.

Afirma que la resolución en crisis es inconstitucional toda vez que no ha considerado las defensas efectuadas. Entiende que dicho acto jurisdiccional carece de motivación resultando nula y arbitraria.

Sostiene que lo agravia el hecho de que se haya condenado a S. M. S.A. en su calidad de empresa de medicina prepaga, imponiendo a su cargo el cumplimiento de una pretendida obligación tácita de seguridad y la supuesta demora en abordar la cesárea de la referida paciente.

Afirma que debe acreditarse la culpa del sujeto delegado o contratado para brindar asistencia al interesado, en el caso, Clínica y Maternidad Santa María y la Dra. G..

Explica que la mencionada galena y el centro médico no han incurrido en ningún tipo de falencia en punto a su estructura, ni en cuanto calidad y eficacia de los elementos materiales y humanos puestos a disposición de la paciente y su hijo, ni menos aún en relación a la correcta atención médica que se les dispensara.

Afirma que la obligación principal de S. M. S. A. sigue siendo de medios porque también es de medios la obligación a cargo del centro médico y de la médica actuante en la emergencia. Explica que nunca podría comprometer al organizador una obligación de resultados en el campo de la medicina.

Se agravia asimismo en la perdida de la *chance* o frustración de ayuda futura otorgada por la judicante de grado y la cuantía de la misma. Sostiene que el fallo parte del presupuesto de que el daño habría existido alterando el *onus probando* desplazándolo ilegalmente hacia los condenados que deben probar que el actor no sufrió ese perjuicio.

Expone que el inferior no demuestra como en el futuro podría el *nacitrus* haberle suministrado algún tipo de aporte o sostén económico, por lo que la judicante ha conjeturado sobre una supuesta ayuda de la persona por nacer.

Se agravia asimismo en que la Sra. Jueza de grado no aplicó una tasa de descuento al monto objeto de condena, ni a los gastos normales y corrientes que hubiese tenido la persona por nacer en el supuesto de ser viable.

Expone que conforme el art. 1078 del Cod. Civil. solo los herederos forzosos gozan de legitimación para reclamar el daño moral, por lo tanto los abuelos de la víctima resultan ser desplazados en el orden sucesorio por el padre de la víctima.

Indica que en el supuesto de que sea admitida la legitimación la Sra. Jueza de grado debió haber hecho alusión al material fáctico y probatorio in extenso que eventualmente sustentara la concesión del rubro. Entiende que se lesiona el derecho de defensa en virtud de la falta de exteriorización de los supuestos elementos tenidos a la vista sobre los cuales y por los cuales el inferior admitió esa injusta partida.

Afirma que la Sra. Magistrada de grado partió de un presupuesto de que el menoscabo existía, independientemente que esté o no probado o, -por lo menos-, el interesado intente ejercitar dicha actividad probatoria, lo que trasgrede la carga del art. 381 del CPCC. Solicita la eliminación o la disminución del rubro.

Se agravia en que la sentencia resulta *extra petitia* y arbitraria pues los actores nunca reclamaron el reconocimiento de intereses sobre las partidas. Advierte que al reconocerse el rubro se lesiona el derecho de propiedad (art. 17 de la CN) y el principio de que nadie esta obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que no prohíbe (art. 19 de la CN).

Se agravia asimismo en los intereses impuestos en la sentencia entendiendo que corresponde aplicarse la tasa pura de interés, puesto que las partidas en condena fueron expresadas a valores actuales, por lo que admitir lo contrario importaría un enriquecimiento sin causa. Se agravia asimismo en que la tasa se compute desde el momento del evento de *litis.*

Explica que la tasa de interés aplicada en la sentencia sustentada en el acuerdo plenario Nª 4400/16 STJCH se aplica al cobro de la tasa de justicia, supuesto que no es el presente caso donde se ventila un supuesto reclamo de responsabilidad civil por un hipotético mal arte médico.

Mantiene el caso federal.

3.2.- Los agravios de la médica N. J. G.. A fs. 999/1001 y vta. la galena N. J. G. expresa agravios. Manifiesta que la Sra. Jueza de grado le atribuyó total responsabilidad a la profesional de la medicina.

Indica que la *a quo* entendió que el momento en el cual se realiza la cesárea es la causa del nacimiento sin vida del feto, pero dicha conclusión no posee

prueba objetiva que loa avale. No se encuentra probado durante el proceso que de haberse realizado la cesárea en el límite de los 30 minutos de ocurrido el paro cardiorrespiratorio de la paciente, o incluso antes-, la sobrevida del feto se encontraba asegurada.

Sostiene que la realización de la cesárea no se llevó a cabo a las 14 hs. según lo deduce la *a quo* a partir de una evaluación particular de las declaraciones vertidas por los médicos en Sede Penal sino a las 13: 45 hs. como quedó la constancia en la hoja de evolución, control de enfermería y parte quirúrgico, instrumentos que integran la historia clínica correspondiente a la paciente fallecida.

Destaca que consta en esa hoja de evolución que a las 14 hs se suspendieron las maniobras de resucitación, significando ello que realizada la cesárea las maniobras de RCP continuaron hasta esa hora lo que se consigan en el informe perical médico al dar respuesta al punto de pericia 16 propuesto por S. M. S.A.

Expone que no se encuentra probado cuando se produce la perdida de vida del feto, si ocurrió antes de los 30 minutos impuestos en la sentencia como límite de la maniobra de resucitación de la paciente, o bien después de pasado ese tiempo, en el lapso que transcurre hasta que se lleva a cabo su extracción.

Advierte que nada hace presumir que de haberse adoptado la decisión de realizar la cesárea antes de las 13: 45 o antes de las 13: 30 hs. partiendo desde las 13 hs. en que la paciente ingresa al paro cardiorrespiratorio, el feto habría nacido con vida. Hace referencia al informe pericial de fs. 685/695 vta.

Considera que la ausencia de una relación de causalidad entre el momento en el cual se realiza la cesárea y la extracción sin vida del feto, impide,

contrariamente a lo decidido que pueda atribuirse responsabilidad al obrar de la demandada o a alguno de los profesionales médicos.

Precisa que no se ha acreditado en el proceso que la conducta médica seguida haya sido la que provocó la muerte del feto y agrega que la decisión de realizar la cesárea a los 45 minutos de haber ingresado en paro cardiorrespiratorio la paciente, no constituye una decisión tardía como interpreta la *a quo*, ya que no existe una norma que imponga un límite máximo de 30 minutos para la realización de maniobras de reanimación cardiopulmonar (RCP) como contrariamente consigna en la sentencia.

Expone que la Sra. Jueza de grado refiere a normas internacionales sin especificar cuáles. Advierte que sustenta su conclusión en la pericia de practicada en sede penal, pero que existe una diferencia entre lo que indica dicha pericia y la afirmación contenida en la sentencia en cuanto a que las maniobras de RCP no pueden extenderse por más de 30 minutos.

Cita informe del Cuerpo Médico Forense de la ciudad de Puerto Madryn, e indica que la realización de la cesárea a los 45 minutos de producido el paro cardiorrespiratorio en la paciente no constituyó por lo tanto una decisión que contravenga una norma internacional, ya que la única norma internacional que se ha citado permite suspender las maniobras de RCP cuando la asistolia persiste por más de 30 minutos. Debe pasarse el umbral de los 30 minutos, sin que, como informa el Cuerpo Médico Forense de ésta ciudad, exista un plazo regulado.

Expone que la *a quo* debió tener en cuenta los dichos del testigo R. que al responder la primera pregunta sostuvo que los profesionales que intervinieron priorizaron a la madre.

Con referencia a la declaración del testigo W. prestada en Sede Penal en cuanto a que a los 20 minutos de iniciadas las maniobras de RCP se dispuso

la realización de la cesárea sostiene que ninguna prueba avala que a ese momento el feto se encontrara con vida y que en el control de enfermería se dejó constancia que las maniobras de RCP se iniciaron a las 13 hs. sin que conste que se dejaron de llevar a cabo a las 13: 20 hs., sino que a las 13 45 hs. se suspenden las mismas, siendo ese momento en el que se

lleva a cabo la cesárea.

Se agravia asimismo en colocar en calidad de única autora del hecho que se dice productor del daño que se condena a reparar a la profesional demandada, siendo que otros profesionales de la medicina participaron en las maniobras de RCP conforme consta en la hoja de control de enfermería.

Expone que se verifica una responsabilidad colectiva de los profesionales que integraron el equipo médico que asistió a la paciente. Expone que la pretensión resarcitoria debió por lo tanto extenderse contra todos los integrantes del equipo médico quienes resultaban legitimados pasivos y no solo contra la demandada.

Deja planteado el caso federal.

3.3.- Los agravios de la ASOCIACIÓN DE OBRAS SOCIALES DE TRELEW. A fs. 1005/1009 la ASOCIACIÓN DE OBRAS SOCIALES DE TRELEW expresa agravios. En ese libelo expone que merced a una interpretación sesgada de la prueba y apartándose de las conclusiones de la pericia médica practicada por el medico G. cuyo informe obra a fs. 685/695, la Sra. Jueza de grado determina la responsabilidad de las galenos intervinientes por el fallecimiento del nonato, y consecuentemente la de la ASOCIACIÓN DE OBRAS SOCIALES DE TRELEW.

Centra su agravio en el injustificado apartamiento de las conclusiones de la pericia médica, lo que constituye una cuestión esencial que resulta

necesaria para la correcta solución del pleito.

Expresa que la judicante ha omitido las conclusiones elaboradas por el perito G. frente a las circunstancias particulares del caso, las condiciones del lugar en donde debió practicarse la cesárea, las condiciones adversas propias de un prematuro de 23/33 semanas de gestación, y las que resultan del deceso materno por un shock tóxico estreptocócico, la consecuente hipoxemia y el daño fetal resultantes de ese cuadro.

Expone que la Sra. Jueza de grado basándose en especulaciones respecto de las declaraciones de los testigos W., R. y F. VAI referentes del horario del inicio de las maniobras de RCP sobre la extinta Sra. F. y del horario de inicio de la cesárea. Concluye que las maniobras de resucitación se extendieron en el tiempo más de lo debido, y que la cesárea se inició pasadas las 14 horas de ese fatídico día pero omite considerar que las menciones de la historia clínica y del reporte de enfermería, además del testimonio de los demás involucrados, dan cuenta del paro cardiorrespiratorio e inicio de las maniobras de RCP a las 13 horas, y de la realización de la cesárea a las 13: 45 hs.

Expone que no existe ninguna comprobación que permita tener por acreditado que el nonato tuviera signos vitales luego del paro cardiorrespiratorio de la madre, ni tampoco que la extracción del mismo en tiempo anterior hubiera evitado la muerte.

Explica que la consecuencia falta que se le asigna a la supuesta demora en la realización de la cesárea, no se encuentra probada, por lo que la sentenciante incurre en una evidente contradicción al endilgarle la responsabilidad por la muerte del neonato a la médica G. y consecuentemente a la clínica.

Indica que según la pericia el shock tóxico estreptocócico padecido por la madre comprometía la vitalidad del feto, del mismo modo que el paro

cardiorrespiratorio materno, y que no existe ningún elemento que permita concluir que una cesárea realizada antes de las 13: 30 hs. hubiera asegurado la supervivencia del bebé, por lo que no existe nexo causal.

Afirma que las conclusiones de la *a quo* se apartan injustificadamente de la pericia médica que obra a fs. 685/695, con el fútil fundamento de las supuestas normas internacionales según las cuales las maniobras de reanimación en paro no pueden extenderse por más de 30 minutos, cumplido aquel lapso, debería realizarse sin más la cesárea a los fines de preservar la vida del bebé.

Afirma que para la Sra. Jueza de grado el momento en el cual se realiza la cesárea es la causa del fallecimiento del nonato.

Entiende que las conclusiones a las que arriba el perito G. no pueden válidamente sustituirse por las manifestaciones de los testigos R., F. VAI y W., que no son coincidentes

entre sí, y que tampoco guardan coincidencia con las constancias de la

historia clínica y el reporte de enfermería.

Ante el posible rechazo de la queja anterior, se agravia asimismo en la distribución e imposición de costas por considerar que existe un vencimiento parcial y mutuo, pues la demanda ha sido mayormente rechazada y solo ha prosperado en menor medida con relación a la muerte del bebé.

Afirma que se desestimaron todos los rubros reclamados en la demanda derivados del fallecimiento de quien en vida fuera B. F.. Solicita la aplicación del art. 72 del CPCC.

3.4.- Los agravios de TPC COMPAÑÍA DE S. S.A. A fs. 1010/ expresa agravios TPC COMPAÑÍA DE S. S.A. En ese libelo expone que que según el

Juzgador la determinación de la responsabilidad de la Sra. G. se debe a los dichos de los testigos.

Referencia que contrariamente a los sostenido las declaraciones de los testigos P., W., F. VAI, como asimismo la pericia del médico G. dan cuenta de lo contrario. Describe la parte pertinente de dichas declaraciones y pericial.

Afirma que tanto la médica G. como el equipo médico actuante efectuaron las medidas necesarias para salvar la vida del niño por nacer.

Expone que de lo manifestado por el Cuerpo Médico Forense las maniobras de RCP, en todos los casos deben realizarse entre 20 y 30 minutos, y esto fue lo que se efectuó, previamente a la cesárea.

Afirma que nadie niega que exista un daño moral o una pérdida de la chance por parte de los familiares, pero ello no cuenta con relación causal en base al accionar médico cumplido por los profesionales.

Explica que el médico asume obligaciones de medios dado que juega allí su obligación deontológica y legal de preservar la salud e integridad de la víctima. Entiende que la necesidad terapéutica bonifica la actuación del médico y puede hacerlo irresponsable aún en supuestos en que no ha obtenido los resultados prometidos, siempre que su actuación haya sido diligente.

Hacer reserva del caso federal.

3.5.- Los agravios de las partes actoras R. A. F. E., I. V. R. y J. L. V.. A fs. 1014/ 1027 y vta. las partes actoras expresan agravios. Se agravian concretamente en que el fallo de grado considere que el hecho penal no existió y que la imputada penal G. no fue su autor o porque no hay relación causal.

Manifiesta que el fallo del STJCH absuelve a la médica G. por interpretar expresamente que no existe adecuación típica a la figura penal de garante.

Expone que la autoría, la participación y su vinculación causal con el resultado están acreditados, dándose una absolución en base a una estricta apreciación jurídica de culpabilidad penal que no se extiende a la responsabilidad civil. Agrega que G. participó de los hechos, decidiendo el tratamiento por teléfono con R., y esa conducta así como su deber de actuar es analizada en el fallo, concluyendo que a pesar de que exista el deber de actuar G. no era garante, es decir no cumplía con el tipo objetivo, si en cambio R..

Indica que la sentencia del STJCH aclaró que siendo el fallo materia de recurso extraordinario sólo puede tratar supuestos de interpretación de derecho y no los hechos que ya están fijados.

Concluye que el juicio de culpabilidad de G. por no adecuarse al tipo objetivo no obsta al análisis de culpabilidad civil, principalmente porque es de otro orden.

En su segundo agravio sostiene que la Sra. Jueza de grado trasladó el principio *indubio pro reo* al análisis de la culpabilidad civil. Afirma que en materia probatoria civil nos e requiere relación e causalidad sin duda alguna, solo basta que el servicio médico haya sido deficiente, o ausente en este caso-, más una relación probabilística de éste con el resultado obviamente mayor al 50 % pero ciertamente nunca rayano a la certeza.

Expresa que la posición de garante que le atribuyó el STJCH al Sr. R. se funda en que el incumplimiento de su obligación como garante aumentó el riesgo de vida de la paciente y que se concretó con el fallecimiento.

Indica que el STJCH dijo que el Sr. R. era el garante por la salud de la paciente y que debió conjugar el riesgo de la vida que la condicionaba, omitiendo realizar las acciones concretas en el centro de salud ya mencionado.

Expresa que si el Sr. R. hubiera asumido su rol de garante siendo responsable por la paciente como lo expresa el STJCH las probabilidades de sobrevida de B. F. hubieran aumentado significativamente. Agrega que ello está probado, y así el incumplimiento contractual de colocar los recursos a disposición de la paciente, como obligación de medios.

Como tercer agravio indica que el fallo escinda ilícitamente la integridad de la cosa juzgada penal a conveniencia para utilizar solo porciones que favorezcan antojadizamente el voluntarista decisorio. Dice que se determinó como hecho de la causa de la muerte como shock séptico expresándose inequívocamente que R. debía actuar como garante en lugar de la médica G..

Expresa que los hechos son los mismos en todas la sentencias (dolor de vientre, dificultad para respirar, sarpullido catarro, fiebre, etc.) la existencia del deber de actuar de los médicos, la necesidad de dar un tratamiento en base a la internación, aplicación de antibiótico, etc.

Manifiesta que la Sra. Jueza de grado hizo un ejercicio absolutamente arbitrario y carente de san crítica judicial al parcializarse a favor de R. y de los demás médicos que responden a su mandante la Clínica Santa María, mediante la validación integra del propio testimonio de R., R. y R..

Como cuarto agravio indica que la Sra. Jueza de grado no analizó correctamente la relación causal civil entre el actuar de los médicos y la muerte de B. F.. Cita el voto del Juez REBAGLIATI RUSEL del STJCH, y concluye que la ausencia de la médica G. expuso a la víctima a un riesgo de que el galeno R. debía conjurar y subsiguientemente a D. que ocupó el turno de R..

Afirma que COGLIANDRO fue citado como tercero y R. fue descontextualizado en su declaración.

Cita los votos de los Jueces PFLEGER y PANIZZI y expone que ambos colocan en posición de garante al Sr. R..

Se agravia en la consideración de la *a quo* en torno a que la rápida evolución del cuadro determinó en inevitable el desenlace, presumiendo sin fundamentos que se trató de un shock tóxico. Manifiesta que la Sra. Jueza de grado ha fallado *extra petita* ya que la medica G. alega como fundamento de su defensa que los responsables de la paciente eran R. y los médicos de la clínica, debido a que según dice recién llegó a la clínica a las 11 hs y a su vez R. y la Clínica alegan inversamente que la responsable por la paciente era aquella.

Afirma que nada dice la sentencia sobre la falta de antibióticos o hidratación y solo cita la pericia de G. como opinión sin constatar y sin expedirse sobre su autenticidad.

Expone que según la perica practicada por las expertas M. y L. a las 4.40 hs. del día de los hechos la víctima ya tenía síntomas de padecer la infección y que debió ser tratada con antibióticos lo que probablemente hubiese salvado su vida.

Expone que quedó demostrado que la causa del deceso fue un shock séptico por ausencia de una prestación médica adecuada a las circunstancias, principalmente la no aplicación de antibiótico, internación, observación de la paciente, hidratación etc.

Bajo esas circunstancias el STJCH valoró que R. era garante y responsable penal por la paciente, que no debía escatimar recursos disponibles frente al cuadro que presentaba. Es decir, internar a la paciente a las 4 hs cuando llegó a la clínica, conforme dictaminan concordantemente, seis médicos expertos en el presente caso (E., A., B., N., M. y L.).

Expresa que contrariamente, no solo no se suministró antibiótico a la víctima, el médico de guardia se negó a atenderla, demorándose al menos 45 minutos en recibirla, enviándola a la casa en decisión adoptada con G..

Se queja en que la pericia hecha por el galeno G. es parcial y que no contrastó su pericia con la pericia penal.

Se agravia asimismo en que la Sra. Jueza de grado siguiendo la pericia tiene por probada la muerte por shock tóxico con síntomas y datos falsos del perito G. cuando dice que B. F. no tenía otros síntomas más que fiebre. Entiende que en el hecho penal quedó determinado en la cosa juzgada penal que dice que la muerte se produjo por shock séptico por desarrollo natural de la enfermedad sin tratar y que la paciente evidenció claros síntomas desde el día anterior (dolor agudo, salpullido en la piel, dificultad para respirar, fiebre, tensión normal, etc), ese es el cuadro que presentaba la paciente y que R. debía dedicar todos los recursos disponibles para conjurar. Indica que lo agravia muy especialmente que la falsedad ideológica de la pericia relativa a los síntomas de la Sra. F. y a los datos objetivos de la causa, ya advertida en la impugnación de la pericia médica y reiterada en los alegatos, nunca fuera resuelta por la Jueza de grado.

Entiende que la Sra. Jueza de grado no analizó la impugnación de la pericia en cuanto relata un hecho falso, que B. estaba hipotensa y sin otros síntomas ya demostrados como tos, catarro, dolor agudo, etc). Agrega que según la H.C la occisa estaba normotensa durante los plazos indicados. Circunstancia que aclara el perito B..

Refuta la aseveración de la médica G. en torno a la ausencia de síntomas y su conclusión acerca de que no internaría a la paciente por tener solo fiebre. Cita los testimonios de D. y L., como asimismo los de C., D., G., A. Y M.. Referencia la pericia de M. y L. Afirma que seis peritos y expertos forenses entendieron que las circunstancias ameritaban la internación, ellos son M., L., A., N., B. Y E..

Considera que G. ha sido influenciado por ser dependiente de las codemandadas S. M. y CLINICA S. M..

Concluye aseverando que la falta de atenciones o comprobaciones que configuran un claro incumplimiento de la obligación de medios de G. y la Clínica se han acreditado holagadamente. Cita los testimonios de C., G., D., R., P., la pericia de N. y las manifestaciones del experto B..

5.- Suficiencia técnica de los recursos incoados.

5.1.- El recurso de TPC COMPAÑÍA DE S. S.A. He de precisar que el art. 268 del Código Procesal Civil y Comercial de Chubut expresa que "el escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas".

El memorial, para que cumpla con su finalidad, debe constituir una exposición jurídica que contenga un análisis serio, razonado y crítico de la sentencia apelada, para demostrar que es errónea, injusta o contraria a derecho. Debe precisarse, pues, punto por punto, los errores, las omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo.

Las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general no reúnen los requisitos mínimos indispensables para mantener el recurso. No constituye, así, una verdadera expresión de agravios el escrito que sólo contiene afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica. (FASSI, Santiago. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado*. 3ª. ed., Tomo 2. Ed. Astrea. Buenso Aires. Pág. 473/474. PALACIO, Lino E. *Derecho Procesal Civil*. Tomo V. Ed. Lexis Nexis. Buenos Aires. Pág. 267; FENOCHIETTO, Eduardo - ARAZI, Roland. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Concordado*". Tomo 1. Ed. Astrea. Pág. 836/837. FALCÓN, Enrique - COLERIO, J.. *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo VIII. Ed. Astra. Buenos Aires. Pág. 239/240.

Como explica FENOCHIETTO, la "**crítica concreta"** se refiere a la precisión de la impugnación, señalándose el agravio, y la "**critica razonada**" alude a

los fundamentos, bases y sustanciaciones del recurso. Queda claro así, que debe tratarse de un razonamiento coherente que demuestre, a la vez, el desacierto lógico contenido en la sentencia que se impugna. (FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado, Anotado y Concordado.* Tomo 2. Ed. Astrea. Pág. 98), pues, como aduna GOZAÍNI, la argumentación no puede transitar los carriles del mero inconformismo. (GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado*. Tomo II. Ed. La ley. Buenos Aires. Pág. 74. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 25/09/2014, Z O M y otros c. L S.A. y otros s/ desalojo: otras causales - ordinario, La Ley Online, AR/JUR/54310/2014).

Es decir, el mero hecho de disentir con la interpretación dada por el Juez, sin suministrar bases fácticas y jurídicas del distinto punto de vista, no es suficiente para sostener un recurso de apelación.

Y aún cuando participe del criterio de observar una consideración amplia para juzgar la suficiencia de una expresión de agravios, -por cuanto tal temperamento es el que mejor se adecua a un riguroso respeto del derecho de defensa-, ello no puede conducir al extremo que implique en los hechos derogar la funcionalidad jurídica del art. 268 del CPCC, que impone la carga específica concerniente a la suficiencia y aptitud de fundamentación que debe contener la expresión de agravios.

En ese sentido las afirmaciones acerca de que la responsabilidad de la Sra. G. se basa en dichos de testigos y que la médica efectuó las medidas necesarias para salvar la vida del niño carecen de contenido argumentativo. Lo mismo ocurre con las declaraciones testimoniales que se citan, pues no se indica cual fue el error de valoración de la *a quo*. La apelante no le da contenido a la falta de relación causal que alega ni explica el obrar diligente

de la galena en contraposición al razonamiento de la Sra. Jueza desplegado en la sentencia en crisis.

En este sentido, entiendo que los agravios vertidos por la apelante no constituyen una crítica concreta y razonada del fallo de Primera Instancia, pues se limitan a expresar opiniones personales de manera dogmática, que no logran ni siquiera mínimamente conmover el decisorio en crisis.

En consecuencia, -de conformidad con lo dispuesto en el art. 269 del Código Procesal Civil y Comercial de Chubut-, corresponde declarar desierto el recurso de apelación deducido por TPC COMPAÑÍA DE S. S.A., en tanto no constituye una crítica razonada y concreta del decisorio que pretende poner en crisis.

5**.2.- La imposición de costas y la regulación de honorarios del recurso de TPC COMPAÑÍA DE S. S.A**. En cuanto a la imposición de costas, de conformidad al modo en que se resuelve, las mismas se imponen a la apelante fallida (Conf. art. 69 del CPCC). Por su parte, en razón de la deserción del recurso y conforme criterio de este Tribunal, no corresponde la regulación de honorarios profesionales de la abog. D. P..

A LA PRIMERA CUESTION, El Sr. Juez de Cámara Julián Emil JALIL vota por la **NEGATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTIÓN: la Sra. Jueza de Cámara María Inés de V. dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por los apelantes, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones siguientes.

2.

Ingreso al tratamiento de la primera cuestión propuesta al Acuerdo, memorando que este Tribunal siempre se ha guiado con un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 268 de la ley adjetiva, por entender que esa amplitud de criterio es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la norma legal antes citada, con la garantía de la defensa en juicio de raigambre constitucional (art. 18 CN).

De allí, entonces, que el criterio de apreciación a este respecto debe ser necesariamente amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulas estrictas, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen, en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error que se atribuye a la sentencia y al mismo tiempo se refuten las consideraciones o fundamentos en que aquella fue sustentada para descalificarla como acto jurisdiccional.

Sin perjuicio de lo anterior, también hemos señalado que existe un mínimo por debajo del cual, las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como “agravios” en el sentido que exige la ley de forma, tal como

ocurre en el caso, en donde la apelante no plantea otra cosa que una mera disconformidad con lo decidido en la anterior instancia.

Si la parte cuestiona el criterio judicial que da sustento a la sentencia, debe necesariamente apoyarse en una base jurídica idónea, indicando de modo concreto dónde existe el error invocado y cuáles son los hechos y circunstancias acreditados con virtualidad en el proceso para destruir los argumentos desarrollados por el juzgador (CNCiv, Sala C, 11.07.67, La Ley, 128, pág. 447).

Desde esta perspectiva, sostener que la responsabilidad que se le reprocha a la médica Gambandé se basa en las declaraciones testimoniales como afirmar que la médica tomó las decisiones adecuadas y necesarias para salvar la vida del bebé, no tienen entidad para refutar las conclusiones sentenciales que le enrostran la responsabilidad a la médica.

La sentencia ha sido explícita en el punto y toma como base para su fundamentación los informes periciales cumplidos en sede judicial, sin que logre el apelante mostrar cuál ha sido el error de hecho que conmueva las conclusiones de la magistrada. Esto es, no aporta elemento idóneo para refutar los argumentos de hecho y de derecho en los que se apoya la resolución recurrida, resultando el agravio así estructurado una expresión de disconformidad con la decisión adoptada y con ello no se reúnen los requisitos de suficiencia técnica necesarios para permitir la revisión de la sentencia apelada en esta instancia.

Luego de ello *"Frente a una expresión de agravios insuficiente, el tribunal debe declarar desierto el recurso, pues no se trata de un obrar que quede al capricho o discreción del órgano jurisdiccional, sino del acatamiento de expresas normas"(SCBA 12/8/97) he de proponer al Acuerdo la deserción del recurso de apelación (art. 269 del CPCC), con costas al apelante* (art. 69 CPCC).

Conforme ya es criterio de esta Cámara (entre otras SDL Nº 03/10, SDL Nº 06/10 SDL Nº 16/10) y a los efectos de la regulación de honorarios profesionales, no devenga honorarios el escrito de expresión de agravios que es tenido por insuficiente considerándose su actividad inoficiosa. **VOTO** a la primera cuestión por la **NEGATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Julián Emil JALIL dijo:

5.3.- Los recursos de la parte actora y las demandadas S. M. S.A y SMG C. DE S. S.A., N. J. G., ASOCIACIÓN DE OBRAS SOCIALES DE TRELEW. Los agravios vertidos por la parte actora y las demandadas S. M. S.A y SMG C. DE S. S.A., N. J. G., ASOCIACIÓN DE OBRAS SOCIALES DE TRELEW indican la sección del fallo que ponen en crisis, y señalan los errores de la judicante de grado que consideran como causa eficiente de sus agravios.

En este marco, constituyen una crítica suficiente, concreta y razonada de la sentencia de grado, en los términos del art. 268 del CPCC lo que amerita su tratamiento.

6.- Cuestión preliminar. Principio de irretroactividad de la ley. Normativa aplicable. Tratándose de una cuestión que debe resolverse mediante la legislación civil y estando en vigencia el Código Civil y Comercial (Ley 26.994) al momento de suscripción del presente acto jurisdiccional, corresponde precisar que si bien la normativa de ese cuerpo establece la regla de aplicación inmediata del nuevo ordenamiento, a su vez instala, -al

igual que lo hacía el art. 3 del Código derogado-, un límite a su aplicación retroactiva.

En este sentido, la novel codificación rige para los hechos posteriores o aquellos que se encuentren en curso de ejecución. Las consecuencias de hechos pasados constitutivos de relaciones o situaciones jurídicas, como el que se analiza en este caso, quedan sujetos a la ley anterior (Ley 340), pues se trata de una situación jurídica consumada. (Ver: mis trabajos: JALIL, Julián Emil. "*La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Desentrañando los enigmas de la implementación del art. 7 del Código Civil y Comercial*", Ed. La Ley, RCyS 2015XI, 22 AR/DOC/3240/2015. Y Asimismo: JALIL, Julián Emil, "*La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil*", Ed. La Ley, RCCyC, 2015 (octubre), 151, AR/DOC/3019/2015).

No obstante lo expuesto, corresponde precisar que el Código Civil y Comercial sirve de pauta doctrinal, toda vez que ha sido redactado por la doctrina más calificada de nuestro país.

7.- Metodología empleada para el tratamiento de los agravios. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que a los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p.

617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p. 1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414, AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, "Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, María M", 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

Teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V - Nº 108), el presente acto jurisdiccional se redactará de la forma más clara y comprensible para sus destinatarios, intentando emplear una sintaxis y estructura sencilla, sin perjuicio del rigor técnico que sea necesario. En base a lo expuesto, separaré las cuestiones por títulos y daré contenido descriptivo a cada uno de ellos.

Desde una perspectiva metodológica analizaré los agravios en el siguiente orden:

- los agravios de la parte actora;
- los de S. M. S.A y SMG C. DE S. S.A.,
- los de N. J. G., y por último
- los de la ASOCIACIÓN DE OBRAS SOCIALES DE TRELEW.

8. Los agravios de las partes actoras. Analizaré los agravios desde dos perspectivas específicas, la imputación de responsabilidad de la médica N. G. y la imputación de responsabilidad del médico G. R..

8.1.- La imputación de responsabilidad de la médica G.. Afirma el apelante que el fallo del STJCH absuelve a la médica G. por interpretar expresamente que no existe adecuación típica a la figura penal de garante.

Expone que la autoría, la participación y su vinculación causal con el resultado están acreditadas, dándose una absolución en base a una estricta apreciación jurídica de culpabilidad penal que no se extiende a la responsabilidad civil.

El art. 1103 del Cód. Civil establece que después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución.

Dicho precepto quiere únicamente asegurar preeminencia de la justicia penal sobre la civil respecto de la decisión del hecho principal que tuvo en examen siempre que tal decisión se haya dictado con carácter definitivo según las reglas y procedimiento que la condicionan.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, de aplicación doctrinal al caso-, en su artículo 1777 dice que si la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, estas circunstancias no pueden ser discutidas en el proceso civil. Si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil.

Es decir, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil, aunque la materialidad del hecho en relación a las circunstancias de persona, tiempo y lugar tenidas por ciertas en la sentencia penal, condicionan al Juez civil, dejando sus manos libres en relación a las consecuencias jurídicas civiles del mismo.

Sabido es que la culpa civil consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. (Conf. art. 512 del CC).

Desde esta arista, la sentencia del STJ caratulada "R. V. I s/ denuncia s/ impugnación", Reg. Nª 23/2014 resulta contundente al decretar la absolución definitiva de N. J. G. en orden al delito de homicidio culposo (art. 84 del CP), lo que presupone que en el hecho principal la aquí demandada no actuó con negligencia, imprudencia o impericia alguna.

Esa concreta decisión impide a este Tribunal volver a analizar la conducta de la galena, pues esa circunstancia de hecho ya ha quedado atrapada en la sentencia definitiva precitada.

En este orden, no existiendo con relación a la médica una imputación de índole objetiva, y considerando que en el fallo del STJ no se determinó ninguna conducta que pudiera representar una desidia o desinterés atribuible a la galena, la acción civil debe correr la misma suerte, toda vez que admitir el criterio contrario violaría las reglas elementales de la lógica jurisdiccional y generaría un escándalo jurídico por sentencias que lesionan el principio lógico de no contradicción.

Dicho apotegma indica que una cosa no puede **ser y no ser al mismo tiempo**. Ello es así porque no se puede predicar en sede penal que la demandada N. G. en el hecho no ha sido ni negligente, ni imprudente ni imperita y en Sede Civil señalar que sí lo fue.

En este sentido, se ha dicho que el principio de no contradicción, o a veces llamado principio de contradicción, es un principio clásico de la lógica y la filosofía, según el cual una proposición y su negación no pueden ser ambas verdaderas al mismo tiempo y en el mismo sentido. (ROBERT Audi, ed., *Principle of contradiction*, *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. 2nd edition.

Cambridge University Press). El axioma también tiene una versión ontológica: nada puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido; y una versión doxástica: **nadie puede creer al mismo tiempo y en el mismo sentido una proposición y su negación**. (GOTTLIEB, Paula, *Aristotle on Non-contradiction*, en ZALTA, STANFORD, Edward N. *Encyclopedia of Philosophy*. Fall 2008, Edition).

Como corolario de lo expuesto, entiendo que al tratarse de una imputación subjetiva la que se pretende en autos con relación a la médica G. (arts. 1109 y 512 del Cód. Civil), el análisis de los hechos en Sede Penal determina que no existió omisión alguna que sea imputable a la demandada (Conf. art. 184 del CP), por lo tanto los agravios no pueden prosperar en este sentido.

8.2.- La imputación de responsabilidad del médico G. R.. Como consideración preliminar debo precisar que no es posible forzar al actor a dirigir la acción contra quien no quiere, pues resulta un acto volitivo del accionante decidir contra quien o quienes interpone la demanda, y como surge de fs. 06 ese acto procesal tuvo como destinatarios a la médica N. G., la C. M. S. M. y S. M. S.A.

Hecha esta salvedad, -previo al estudio de los elementos que esboza el apelante como fundamento de la imputación de responsabilidad civil del galeno G. R. y como recaudo insoslayable destinado a ese fin-, resulta necesario analizar la situación procesal que ocupa el mencionado profesional en los presentes actuados.

Se colige que la intervención del Sr. G. R. resulta consecuencia de la citación como tercero en los términos del art. 95 del CPCC que hiciera S. M. S.A (ver fs. 62 vta), de lo cual se deduce que su participación en el proceso no es en carácter de demandado, sino de tercero en los términos del artículo ya referenciado del Código de rito.

Cuando se admite esa citación dicho tercero, -en principio y salvo supuestos especiales-, no es un nuevo demandado. Su intervención coactiva tiende a evitar que en un futuro proceso que a su vez pueda entablarse contra él, el accionado condenado pueda argüir la excepción de negligente defensa.

En este marco, la regla del art. 97 del CPCC según la cual la sentencia afecta al tercero como a los litigantes principales, no significa que pueda recaer condena contra el citado, sino que en caso de pronunciamiento condenatorio, éste constituye un antecedente favorable a la fundabilidad del regreso que se interponga frente al tercero citado, pero el fallo no puede ejecutarse frente a este último.

Desde esta perspectiva, el deslinde de responsabilidad que propugna el apelante resulta una cuestión ajena a los límites de la citación del tercero.

Ello es así, pues el fin perseguido por el art. 95 del CPCC, es evitar que quien intervenga en el proceso en carácter de tercero haga valer la excepción de negligente defensa en un proceso ulterior incoado por quien resultara condenado en dichos autos (Ver: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, López, Adrián Alfredo y otros c. Geomatter S.A. y otros, 01/07/2008, RCyS 2008, 1133, JA 2008-IV, 633, AR/JUR/8369/2008. Ver También: CNCiv, sala M, "Guerra, Raúl Alfredo y otro c. Costilla, Francisco Enrique y otro", 13/11/2007, DJ 14/05/2008, 114 - DJ 2008-II, 114; sala K, "R. de G., S. R. y otros c. C., A. L.", 07/08/2002, DJ 2002-3, 188; sala H, "S., J. B. c. Espejar S. A.", 29/05/1997, LA LEY 1999-C, 722 - DJ 1998-2, 200. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, Yachuk, María C. y otros c. González, Roberto E. y/u otros, 01/04/2003, LLLitoral 2004 (junio), 549, AR/JUR/5589/2003. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala II, Padilla Rojas, Mariela Patricia c. Servicios Médicos de Sanchez Sierra Dagoberto s/

incidente de apelación, 03/04/2012, LLPatagonia 2012 (agosto), 431, AR/JUR/21315/2012. Igual Sentido ver: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, "Yachuk, María C. y otros c. González, Roberto E. y/u otros", 01/04/2003, LLLitoral 2004 (junio), 549, AR/JUR/5589/2003. Entre otros. Ver asimismo: GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "Los terceros en el proceso", LA LEY 29/02/2012, 10, LA LEY 2012-B, 10; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "El proceso entre partes y los terceros", Sup. Doctrina Judicial Procesal 2010 (julio), 49; MONASTERIO, Rodrigo, "La intervención de terceros en el proceso", LLNOA 2010 (mayo), 341, entre otros), pero no la condena en sí misma del tercero tal como lo pretende el apelante.

La ausencia de relación procesal actor-demandado deja sin sustento la crítica esbozada en el escrito de agravios lo que determina su suerte adversa, toda vez que la intervención como tercero no habilita la condena del citado, pues solo admite la "afectación jurídica" de la condena ajena. (Conf. art. 97 del CPCC).

8.3.- Conclusión. En razón de lo expuesto corresponde rechazar el recurso planteado por la parte actora y confirmar la sentencia en lo que fuera materia de agravios.

8. 4.- La imposición de costas y regulación de honorarios profesionales.

En razón del resultado del recurso corresponde imponer las costas a la apelante perdidosa (Conf. art. 69 del CPCC) y regular los honorarios profesionales, en base al mérito, fundamentación y alcance de las presentaciones, del abog. L. P. en el 32 %, del abog. L. N. en el 30 %; y los del abog. J. J. O. en el 25 %, del monto que les correspondiera en la Instancia anterior, siempre que el importe resultante supere el mínimo previsto en la

Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria). Todo ello, con más el IVA, si correspondiere.

9.- Los agravios vertidos por la demandada S. M. S.A y SMG C. DE S. S.A.

9. 1.- La aplicación el Código Civil y Comercial. Considera el apelante que el presente caso debe juzgarse conforme al Código Civil por tratarse de un hecho anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

Si bien es cierto lo que afirma el apelante en torno a que la cuestión quedó atrapada en el Código Civil, debo señalar que el Código Civil y Comercial interactúa con el Código Civil, -aun cuando sea de aplicación éste último-, por el carácter doctrinal del mismo.

Dicho aspecto doctrinal resulta notorio y evidente puesto que ese cuerpo normativo ha contado con la autoría, aporte y colaboración de la doctrina más calificada de nuestro país. (Profs. LORENZETTI, Ricardo, HIGHTON DE NOLASCO, Elena KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, DE LORENZO Miguel Federico, ABREUT DE BEGHER, Liliana E; ALEGRIA, Héctor ALFERILLO, Pascual E; ALTERINI, Atilio A. AMEAL, Oscar J. BARBIER, Eduardo BASSET, Úrsula C. BELLUSCIO, Augusto C. BERGEL, Salvador D. BERTOLDI DE FOURCADE, María V. BORDA, Alejandro. BUERES, Alberto J. CAFFERATTA, Néstor A. CHECHILE, Ana M. CHYRIKINS, COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. CÓRDOBA, Marcos D'ALESSIO, Carlos M. ETCHEVERRY, Raúl A. FARGOSI, FLAH, Lily GALDÓS, Jorge M. GROSMAN, Cecilia. HERRERA, Marisa. IÑIGUEZ, Marcelo. KIPER, Claudio M. KRAUT, Alfredo J. LAMM, Eleonora LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P. LLOVERAS, Nora. MARIANI DE VIDAL, M. MÁRQUEZ, J. Fernando

Martín, LIBER MARTORELL, MEDINA, Graciela. MESSINA, Graciela. MAYO, Jorge A. MINYERSKY, Nelly. MOLINA DE JUAN, Mariel. Molina Quiroga, Eduardo. MOSSET ITURRASPE, Jorge. MÜLLER, Enrique C. NICOLAU, Noemí L. NISSEN, Ricardo. PARELLADA, Carlos A. PICASSO, Sebastián. PIZARRO, Ramón D. RIVERA, Julio César ROITMAN, H.. SAGARNA, Fernando Alfredo. SAUX, Edgardo I. SEGUÍ, Adela Silvestre. SOZZO, Gonzalo. STIGLITZ, G. A. STIGLITZ, R. S. TANZI, Silvia Y. TOBÍAS, J. W. VALLESPINOS, G.. VERGARA, Leandro. VÍTOLO, D. R. WAYAR, Ernesto. WIERZBA, Sandra M., Entre otros).

Desde esta perspectiva el valor doctrinal del Código Civil y Comercial (Ley 26.994) resulta insoslayable en cualquier decisión que se tome luego de su sanción definitiva, pues en ella descansa la opinión de los juristas más calificados de nuestro país, y constituye una pauta de perspectiva teleológica de la ley aplicable (en este caso Código Civil) en la medida que no sea contraria a su descripción positiva. (Ver mi criterio en CAPM, en autos: "S. L. H. c/ A. L. R. y/u otros s/ daños y perjuicios", Expte. Nª 244/2017, sent. de fecha 24/07/2018, Reg. Nª 26/2018 SD, voto en disidencia).

9.2.- El art. 1103 del Código Civil. Entiende el apelante que la Sra. Jueza de grado ha omitido aplicar el dispositivo previsto en el art. 1103 del Código Civil con respecto a la muerte de la persona por nacer, aunque sí lo hizo con relación a la muerte de la Sra. B. del C. F.. Explica que el Juez penal ha exculpado a la Dra. G. y al Dr. R. de cualquier tipo de responsabilidad en el luctuoso hecho de *litis,* por lo que la Sra. Jueza civil debió aplicar los efectos del art. 1103 del CC.

Tal como explique oportunamente-, las circunstancias fácticas que han quedado subsumidas en el plano penal no pueden volver a analizarse o reditarse en sede civil. No obstante ello, debo precisar que la sentencia penal

Reg. Nª 92/11 (Vid. fs. 156/180 de los autos caratulados: "R. V. I. s/ Denuncia Carp. 2.188, Leg. 13710-PM" (que tengo a la vista) por el cual se absuelve a N. J. G. por la muerte persona por nacer, tiene como fundamento que el hecho no se adecua a una figura penal, lo cual permite analizar la culpabilidad en Sede Civil tal como lo hiciera la Sra. judicante de grado.

9.3.- La pericial médica. El apelante considera dogmática la postulación del inferior en el sentido de que habría existido un mal arte médico basándose, -en forma reduccionista-, en la pericial médica llevada a cabo en sede penal y ciertos testimonios para concluir que habría existido un demora en la toma de decisión para llevar a cabo la cesárea del paciente.

Debo precisar que cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos objetivos e inobjetables, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones periciales de aquél.

En este orden ha señalado la Sala E de la CNCiv, que aun cuando las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, si el informe comporta la apreciación específica en el campo del saber del perito, conocimiento éste ajeno al hombre de derecho, para desvirtuarlo es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiese hecho de sus conocimientos técnicos o científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, Gómez, Pereyra C. c. Dota S.A. de Transporte Automotor Línea 91 y otro, 19/03/2008, La Ley Online, AR/JUR/515/2008).

Tanto de las pericias realizada por L. y M. desarrolladas en Sede Penal, que tengo a la vista, como de la respuesta a la medida para mejor proveer del

médico forense D. CARDARILLI, surge con claridad meridiana que el tiempo durante el cual deben mantenerse las maniobras de RCP es de no más de 30 minutos. (Vid. fs. 849). Dichas periciales incorporan en autos un elemento técnico objetivo, del cual deriva el tiempo dentro del cual debió hacerse la cesárea, conforme la *lex artis*.

La *lex artis* constituye aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina - ciencia o arte médico que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados, y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado). (Ver Tribunal Supremo de España, sent. del 11 de marzo de 1991).

Es decir, la *lex artis* es el conjunto de prácticas médicas aceptadas en un momento determinado como adecuadas para tratar a una persona o ejecutar determinados actos médicos en el momento que las circunstancias clínicas lo requieren.

La Sra. Jueza de grado cotejó la apreciación técnica temporal derivada de las periciales (*lex artis*) con la descripción fáctica que emerge de la historia clínica, de la cual surge que el paro cardiorespiratorio de la Sra. F. se produjo a las 13 hs., que la cesárea se realizó a las 13: 45 hs. y que a las 14 hs. se suspendieron las maniobras de resucitación del feto. (fs. 03 de la historia clínica). Asimismo ha robustecido esta consideración con las testimoniales de P., R. y F. VAI.

De lo expuesto surge que el cotejo de la pericial con las constancias de autos han dado sustento argumentativo a la lógica del acto jurisdiccional de fs. 873/898.

9.4.- La prevalencia de una pericia sobre otra en la valoración de la prueba. Expone el apelante que la sentenciante ha seleccionado cierto material pericial para sentenciar y ha desechado en forma arbitraria y sin dar mayores fundamentos, la fundada pericia de obstetricia realizada por el galeno G. G. a fs. 685 y siguientes.

El embate del apelante en este sentido debe ser rechazado, toda vez que la Sra. Jueza de grado goza de facultades para hacer prevalecer una prueba sobre otras, siempre que la prevaleciente detente sustrato lógico con las constancias obrantes en la causa, tal como ocurre en este caso en base a los argumentos ya descriptos en el acápite anterior.

9.5.- La arbitrariedad de la sentencia y la nulidad. Afirma el quejoso que la resolución en crisis es inconstitucional toda vez que no ha considerado las defensas efectuadas. Entiende que dicho acto jurisdiccional carece de motivación resultando nula y arbitraria.

Resulta de particular relevancia analizar la cuestión pues la consecuencia de una sentencia arbitraria es la nulidad de ese acto procesal. En ese marco, corresponde precisar que una sentencia será arbitraria cuando no está razonablemente fundada, cuando carece de una fundamentación suficiente, o bien cuando posee omisiones y desaciertos de gravedad extrema que hacen que quede descalificado como acto jurisdiccional.

Ello puede ocurrir por omisión de cuestiones planteadas como pretensiones o defensas, omisión de pruebas decisivas, falta de consideración del texto

legal, ausencia de fundamentación, o fundamentación dogmática o aparente, carencia de derivación razonada del derecho vigente a los hechos de la causa, omisión de precedentes obligatorios (por ejemplo: apartamiento de la doctrina legal del STJ).

Nada de todo ello ha acontecido en autos pues, sin perjuicio de la discrepancia técnica del apelante, la Sra. Jueza de grado ha basado su fallo en las circunstancias fácticas derivadas de la traba de la *litis* y las constancias obrantes en el expediente, aplicando la ley al caso concreto, por lo que el acto jurisdiccional resulta plenamente válido.

9.6.- El carácter de la obligación de S. M. S.A. y el factor de atribución.

Sostiene que lo agravia el hecho de que se haya condenado a S. M. S.A. en su calidad de empresa de medicina prepaga,

imponiendo a su cargo el cumplimiento de una pretendida obligación tácita de seguridad y la supuesta demora en abordar la cesárea de la referida paciente. Afirma que debe acreditarse la culpa del sujeto delegado o contratado para brindar asistencia al interesado, en el caso, SANATORIO Y MATERNIDAD S. MARÍA y la Dra. G..

Explica que la mencionada galena y el centro médico no han incurrido en ningún tipo de falencia en punto a su estructura, ni en cuanto calidad y eficacia de los elementos materiales y humanos puestos a disposición de la paciente y su hijo, ni menos aún en relación a la correcta atención médica que se les dispensara.

Afirma que la obligación principal de S. M. S. A. sigue siendo de medios porque también es de medios la obligación a cargo del centro médico y de la médica actuante en la emergencia. Explica que nunca podría comprometer al organizador una obligación de resultados en el campo de la medicina.

Sin perjuicio de no desconocer que la postura del apelante tiene cierta recepción doctrinal y jurisprudencial (Ver Tribunal Supremo de España Sala I en lo Civil. 10/06/2004. D.T. B. c/ J. S. M. y Clínica Virgen del Consuelo. Publicado en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. 2004. IX. Pag. 165. Ver asimismo: GARAY Oscar. *Manual de Jurisprudencia. Responsabilidad del médico del establecimiento Asistencial y de las obras sociales*. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2006. Pag. 102. C. Nac. Civil y Comercial Federal Sala 2°. 23/5/2000. En autos Mezquiriz, Rodolfo R. c/ Hospital Italiano de Buenos Aires y otros sobre responsabilidad médica. Publicado en *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 2005- I. Pag. 605 CNCiv, Sala K, octubre 5-998. En autos C.T. de A.A.I. c/ Baini, Eduardo O y otros. *Revista La Ley*. Tomo 1999-B. Pag. 689 Cam. Nac. de Apelaciones en lo Civil. Sala D. 16/4/2001. F. A. c/ Centro Ortopedia traumatológica. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. 2002. Pag. 351. Siendo sostenida también por el Prof. BUERES. Ver: BUERES, Alberto. *Responsabilidad Civil de lo médicos*. Ed. Hamurabi. 1992. Pag. 356, en nota al pié), debo precisar que la doctrina y jurisprudencia prevaleciente transitan otras senda argumentativa a la cual he adherido desde antaño.

En ese orden analizaré la responsabilidad civil del SANATORIO Y MATERNIDAD S. MARÍA y la consecuente de S. M. S. A. derivada del entramado contractual, desde la relación obligacional existente entre el SANTORIO Y MATERNIDAD S. MARÍA, **S. M. S.A. y** las víctimas, la buena fe como deber tácito de seguridad, los alcances del principio de la buena fe, el carácter de la obligación asumida, y el factor de atribución de la responsabilidad.

9.7.- Análisis de la responsabilidad civil atribuida S. M. S.A. Encuadre legal de las relaciones jurídicas existentes: **el entramado contractual.** Considero atinado explicar cómo se enlazan las diferentes relaciones jurídicas que emergen del tribal existente entre clínica, obra social, médico

y paciente desde la perspectiva de la responsabilidad civil. (Ver: JALIL, Julián Emil. *Supuestos Especiales de Responsabilidad Civil Contractual.* Tomo II. Ed. Tahiel. Buenos Aires. 2012. IBSN N° 978-98728588-3-4).

La obra social es la persona jurídica que se obliga al servicio de salud. Dicha obligación puede ser cumplida de manera directa, es decir cuando la misma obra social presta la atención asistencial, o como ocurre en la mayoría de los casos de manera indirecta, cuando ésta encomienda dicha actividad a determinados entes.

En definitiva la Obra Social se obliga con relación al afiliado a prestarle la asistencia debida. Como explica VAZQUEZ FERREIRA quien promete en virtud de un contrato el servicio de salud, debe cumplirlo ya esté previsto que los haga por sí o por terceros contratados al efecto, lo que determina la consecuencia de que la obra social responda por los actos reprochablesdolosos y culposos- cometidos por el personal médico del sanatorio contratado. Adviértase que la forma en que se realizará la prestación obliga a la obra social por los hechos ilícitos cometidos por el sanatorio contratado

a través de su personal médico. (VAZQUEZ FERREIRA, Roberto A. "Valor vida y daño moral. Mala praxis y responsabilidad civil de las obras sociales", La Ley, 1994-E, Pag. 4).

Como ha dicho la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones si la obra social promete en un contrato el servicio de salud debe cumplirlo, sea que lo haga por si mismo o por terceros contratados al efecto (C.N.Com., Sala C. Agosto 20-993. *Revista La Ley*. Tomo 1994-E. Pag. 4). Vale agregar ese contrato es pluriforme porque involucra diferentes facetas y tipos contractuales.

Es por ello que, como enseña BUSTAMANTE ALSINA, desde que el paciente se somete a la prestación asistencial de la obra social, aquél como beneficiario resulta aceptante de la estipulación y puede exigir el cumplimiento de la obligación contractualmente asumida por los

promitentes (instituto asistencial o médico de su cuerpo profesional) quedando estos últimos civilmente responsables de lo que el afiliado pueda sufrir como consecuencia de la deficiente prestación o "mala praxis" médica. (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. "Responsabilidad civil de las obras sociales por mala praxis en la atención médica de un beneficiario". *Revista la Ley*. Tomo 1996-A. Pag. 406).

En este orden, la Obra Social **S. M. S.A** actúa como "**estipulante**", el Sanatorio y los médicos como "**promitentes**" y el paciente como "**tercero beneficiario**". En lo que respecta a los efectos de dicha calificación, en realidad no varían demasiado pues todos ellos quedan subsumidos en el entramado contractual por conexidad.

Cuando una persona exige la prestación del servicio médico en una determinada clínica, la relación que une al mismo con ella adquiere carácter contractual en los términos del artículo 1137 del Cod. Civil, pero como en el supuesto de análisis y en la mayoría de los casos, el paciente llega al ente asistencial porque el mismo se encontraba ofrecido por la Obra Social.

En definitiva, quien requiere del organismo de salud depende de relaciones contractuales foráneas que ha suscripto su obra social con determinados nosocomios pero queda entrelazado contractualmente con ambas en virtud del carácter conexo de los mencionados contratos y de los efectos que emanan del art. 504 del Cód. Civil. (Así lo he sostenido en mi obra: JALIL, Julián Emil. *Responsabilidad Civil del Médico*. Buenos Aires. 2012. IBSN N° 978-987-28717-3-4).

Es por ello que entiendo, siguiendo la postura de TRIGO REPRESAS, que todos los servicios, incluidos los medicales y paramedicales que se hallan comprendidos en el contrato marco que las obras sociales celebran con los prestadores, comprenden una estipulación a favor de terceros en los términos de lo dispuesto por el artículo 504 del Código Civil (Ver: TRIGO REPRESAS, Felix A. *Derecho de las obligaciones*. 3° Ed. Tomo 5. Buenos Aires. 1996. Pag. 646) revirtiendo un carácter contractual.

Como lo especifica la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones como **la responsabilidad contractual se aplica tanto a las partes entre sí como al beneficiario de la estipulación por otro que acepta el beneficio**, la responsabilidad del médico o del nosocomio en el supuesto de daños y perjuicios causados, es siempre de orden contractual. (Cámara Nacional de Apelaciones Sala C, 6/4/1976. Publicado en *Revista la Ley*. Tomo 1976-C. Pag. 67).

Del carácter contractual y la conexidad se deriva la trasgresión al deber implícito de seguridad derivado de la buena fe.

9.7.1.-. La buena fe como deber tácito de seguridad. Al respecto he de precisar que admitido el carácter contractual de la relación que une a las víctimas del daño con la Cínica y Obra Social imputadas, corresponde afirmar que el fundamento de dicha imputación se sustenta en **el incumplimiento de los deberes tácitos que emergen de la buena fe contractual**.

En este sentido, corresponde hacer algunas consideraciones del concepto de la buena fe como causa fuente de "obligaciones tácitas". Siguiendo las dicciones del maestro italiano BETTI, puede decirse que la actitud del que confiere una garantía, una seguridad, no supone una conducta controlable con la medida de diligencia, sino una actitud valorable con una medida de buena fe. Y es, en efecto la buena fe a la que hace referencia el Código, cuando regula el tratamiento, tanto de la interpretación del contrato concluido, como de su ejecución y del comportamiento que debe tener el deudor para cumplir la obligación. (BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. Trad. de J. L. de los Mozos. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1969. Pag. 70).

Como explica JOSSERAND los actos jurídicos provistos de todos sus elementos constitutivos pueden sin embargo, encontrarse contaminados y viciados por los móviles extrínsecos de que proceden, por el fin al que tienden en el pensamiento del autor. (JOSSERAND, Louis. *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*. Trad. de Eligio SANCHEZ LARIOS y J. M. CAJICA JR. Ed. J. M CAJICA JR. México. Pag. 219).

Dicho fin, que reposa en una idea de moralidad, incide cabalmente en el sostenimiento del acto jurídico, de tal manera que probado que el mismo sea contrario con el *standard* de moralidad al que hacía referencia precedentemente, perderá sustento deontológico y consecuentemente jurídico, con las consecuencias normativas que surgen del sistema.

He dicho en alguna publicación al analizar la morfología y lingüística de las dicciones "contrato" y "buena fe", que parecería redundante sostener que el primero debe gestarse teniendo en miras la segunda, porque el análisis de la estructura misma de un acuerdo contractual nos hace concluir que este debe celebrase en miras de la buena fe entre sus interlocutores. No obstante lo expuesto la cuestión es clara, ese dogma jurídico importa la existencia de deberes virtuales ineludibles que penetran el plano contractual, independientemente de la materia en la cual este se encuentre inserta. (Ver: JALIL, Julián Emil. "La buena fe como causa eficiente de deberes implícitos en las relaciones contractuales", LA LEY, RCyS 2010-IX, 241.

La buena fe contractual no se configura como un elemento estanco, sino que se aprecia en relación al dinamismo propio de los fenómenos económicos que se trasladan al ámbito jurídico, ésta constituye su mayor ventaja, al configurarse como dogma del cuál emanan deberes de conducta implícitos. La civilistica alemana, encausada por las ideas de ENNECCERUS y LEHMANN considera que la buena fe lleva a ampliar las obligaciones

contractuales ya existentes y tiende a integrarlas con obligaciones primarias y secundarias o mejor dicho instrumentales, con existencia propia o accesoria, obligaciones que en cuanto a su contenido son predominantemente de conservación y de respeto al derecho ajeno (ENNECCERUS, L.- LEHMANN, H. *Tratado de las obligaciones*. 3ra. Ed. Trad. PÉREZ GONZÁLEZ B. y ALGUER, J. Ed. Bosch. Barcelona 1966. BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. Trad. de J. L. de los Mozos. Ed. Revista de Derecho Privado. 1969. Madrid. Pag. 99).

Al devenir como principio jurídico, su campo de acción es hacendoso constituyendo un umbral insoslayable para todo tipo de acuerdos contractuales. Así saltea sigilosamente las vallas de las materias en las que se divide el derecho para penetrar en cada una de ellas con importante injerencia en torno a lo previsto por las partes contratantes. (Ver: JALIL, Julián Emil. El "dogma" de la buena fe y su escisión del "concepto" de la buena fe, publicado Publicado el 22/12/2011, en elDial.com - DC17A1).

Explicaba el Maestro PUIG PEÑA que el derecho patrimonial no es un conjunto de preceptos fríos estereotipados por el legislador para disciplinar las transacciones nacidas del más tosco materialismo. No hay en él, si cabe, más que en otra rama jurídica, un inestimable fondo de moral. Cierto que en los albores de la humanidad podrían existir múltiples casos de desconexión con los principios de la ética, pero también lo es que, a partir de la enorme influencia de la moral cristiana, aquella savia se infiltra en todos sus preceptos, hasta el extremo de que hoy en día se puede decir que el derecho de las obligaciones no es solo una rama jurídica asentada firmemente en la moral, sino (esto es lo más importante) afirmación de la moral misma. (PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo IV. Vol. I. Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid. Pag. 12/13).

En este orden de ideas, ha señalado la jurisprudencia que la regla moral que impone la buena fe en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos (art. 1198, Cód. Civil), es un principio que integra el orden público porque tiende a obtener o a mantener las condiciones de sustentación que se reputan indispensables para que el contrato funcione ordenadamente como instrumento de justicia. (Cámara 2a en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata, sala II, Dignani, Nazareno L. c. Consorcio Torre Moreno y otros, 26/09/1995, AR/JUR/3187/1995).

9.7.2.- La obligación de seguridad derivada del principio de la buena fe. Debe entenderse entonces que **la obligación de seguridad se desprende del principio de la buena fe**, **del cual derivan deberes accesorios implícitos**, entre los cuales se encuentra dicho "**deber de indemnidad"**, (Ver JALIL, Julián Emil. "La obligación de seguridad en el derecho de daños", Editorial La Ley, RCyS 2010-VI, 249 6. Como asimismo lo decidido en la Comisión II "Obligaciones de Seguridad" de las "XX Jornadas de Derecho Civil" celebradas en la UBA, del 22 al 24 de septiembre de 2005), que no es ni más ni menos que un deber de cooperación o de interés en la otra parte contratante, pues, tal como enseña BETTI en las relaciones obligacionales lo que se exige es una actitud positiva de cooperación, una actitud a favor del interés ajeno, y la *bona fides* consiste en un criterio de conducta inspirado e informado por el interés de la otra parte, conducta dirigida al cumplimiento positivo de la expectativa de cooperación de la contraparte. (BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. Trad. de J. L. de los Mozos. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1969. Pag. 86).

9.7.3.- El carácter de la obligación de seguridad y su incidencia en el factor de atribución. Desde el punto de vista conceptual, se puede definir a la "**obligación de seguridad"** como aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato, debiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato a través de su interpretación e integración en base al principio general de la buena fé. (VAZQUEZ FERREIRA, Roberto A. "Responsabilidad civil de los hospitales y clínicas por la negligencia médico sanitaria", Revista ZEUS Nro. 5375. Pag. 240).

Tal como lo he escrito en su oportunidad, el paciente que asiste a un establecimiento clínico y se interna busca, además de la atención por la cual acude al nosocomio, que se le brinden todas las seguridades que pongan a cubierto y resguardo las situaciones riesgosas que se puedan presentar durante la internación. (Ver: JALIL, Julián Emil "Responsabilidad por enfermedades intrahospitalarias". Publicado en Revista La Ley. Tomo V. Pag. 911, y en Diario La Ley. del día 27 de Octubre de 2008. Pag. 6/9).

Como dice BUERES el respeto a la persona humana y la necesidad de protección al consumidor (de asistencia galénica) que es el más débil (aspectos que también poseen connotaciones sociales) justifican la extensión que acordamos al deber jurídico tácito de seguridad. (BUERES, Alberto. *Responsabilidad Civil de los médicos*. Ed. Hamurabi. 2° Edición. Buenos Aires. 2006. Pag. 312).

Ese deber de seguridad representa, contrariamente a lo sostenido por el apelante, **una verdadera obligación de resultado** (Ver: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, González, Josué Emmanuel c. Pioneras

Producciones Sociedad Anónima y otros s/ daños y perjuicios, 03/10/2013, RCyS 2014-I , 105, DJ 09/04/2014, 89, LA LEY 12/05/2014, 9, AR/JUR/90941/2013,. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, Waibsnader, Eduardo Basilio c. Metrovías S.A. s/daños y perjuicios, 27/12/2012, RCyS 2013-VI, 121, AR/JUR/78063/2012. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, Morganti, Sebastián G. c. Club Atlético River Plate s/daños y perjuicios, 14/09/2012, RCyS 2013-II, 14, ED 15/01/2014, 1, AR/JUR/61040/2012. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, N., A. R. c. Akosli S.R.L. y otro, 16/09/2011, RCyS 2011-XII, 137, RCyS 2012-III, 197, DJ 21/03/2012, 88, AR/JUR/60731/2011. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, Valdez, María Angélica y otro c. Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros, 22/12/2010, LA LEY 18/03/2011, 6, LA LEY 2011-B, 237, AR/JUR/91574/2010. Ver asimismo: SANTOS BALLESTEROS, Jorge. "La responsabilidad civil médica en el derecho colombiano" En LOPEZ MESA, Marcelo. (Director). *Tratado de la Responsabilidad Médica.* Editorial Legis. Buenos Aires. 2007. Pag. 481) y tal como explica PICASSO la formulación del distingo entre obligaciones de

medios y de resultados desempeñada por DEMOGE que nació precisamente para responder a la cuestión de la carga de la prueba, y así fue trabajada durante mucho tiempo por la doctrina comparada, hoy ha perdido virtualidad, y su función principal radica, en constituir una verdadera divisoria de aguas en lo que hace al **factor de atribución de la responsabilidad aplicable**. (PICASSO, Sebastián. "La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios". *Revista La ley*. Tomo 2000C. Sección Doctrina. Buenos Aires. 2000. Pag. 995/6. Asimismo: JALIL, Julián Emil. "Cirugía plástica: ¿obligación de medios o de resultado?". Editorial LA LEY, RCyS 2011-IV; Ver asimismo arts. 774 y 1723 del CCyC, de aplicación doctrinal al caso).

En este sentido, si la obligación es de **medios**, el factor de atribución es **subjetivo**, mientras que si la obligación es de **resultados** el factor de atribución es **objetivo**.

Entonces, partiendo de un silogismo lógico se puede afirmar que:

1. la responsabilidad de la **C. Y MATERNIDAD S. MARÍA** y S. M. S.A. es de índole contractual por conexidad;

2. el fundamento de imputación reposa en el incumplimiento de un deber tácito o implícito que se deriva de la buena fe contractual: la obligación de seguridad;

3. el deber de indemnidad o seguridad constituye una verdadera obligación de resultado;

4. las obligaciones de resultado reposan en una imputación de tinte objetivo.

LORENZETTI estima que el deber de seguridad que nace de la buena fe contractual consiste en hacer todo lo posible para evitar daños al paciente. Se utiliza para imputar directamente al establecimiento responsabilidad por los daños causados por la acción de personas o cosas bajo el control del mismo o por la omisión de aportar los medios necesarios para atender la prestación. (LORENZETTI, Ricardo L., "La Empresa Médica" Ed. Rubinzal Culzoni. 1998. Pág. 350. MÜLLER, Enrique C. "La imputación objetiva en materia de responsabilidad médica". Publicado en: DJ 04/04/2012, 11. Criterio seguido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en autos "Marinaro, Hugo A. c. Fiameni, Amílcar s/daños y perjuicio", fallo del 2011-09-14).

Con similar tesitura explica MULLER que la obligación de seguridad que se encuentra en cabeza de la clínica, consistente en que el paciente no sufra

daños mientras permanezca en el establecimiento, es de resultado, ebiendo probar la causa ajena para eximirse de responsabilidad. (MÜLLER, Enrique C., "Responsabilidad de los establecimientos de salud", en la obra colectiva "Responsabilidad por daños en el tercer milenio - Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini". Ed. Abeledo-Perrot. 1997. Pág. 711).

Coincidiendo con este concepto de imputación objetiva explica BUSTAMANTE ALSINA que cuando la entidad se obliga a la prestación del servicio médico por medio de su cuerpo profesional, es responsable no solamente de que el servicio se preste sino también de que se preste en condiciones tales que el paciente no sufra daño por la deficiencia de la prestación prometida. (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. "Responsabilidad de las clínicas por mala praxis de su cuerpo médico". *Revista El Derecho*. Tomo 150. Pag. 116).

En igual sentido, LÓPEZ MESA afirma que los sanatorios responden por déficits prestacionales o de servicio, sin importar si ellos derivan de culpa o dolo de sus empleados. Lo único que debe analizarse es si el daño sufrido por el paciente está justificado o no, siendo en este último caso la responsabilidad de esencia objetiva y derivada del incumplimiento del deber de seguridad que lleva aparejado el contrato de prestación médica o sanitaria. (LOPEZ MESA, Marcelo. "Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado" En "Tratado de la Responsabilidad Médica". Ed. Legis. Bogotá. Pag. 230).

En base a estos argumentos, y los expuestos en el punto anterior, entiendo que la obligación de seguridad que pesa sobre la **C. Y MATERNIDAD S. MARÍA** atribuible por conexidad contractual a S. M. S.A. consistente, -en este caso-, en que el niño naciera sin dolencia o alteraciones en su salud, **es de resultado** lo que constriñe a la institución a responder por un **factor de**

atribución objetivo, y en estos casos, tal como explican los maestros franceses MAZEUAD y CHABAS, si el resultado no ha sido obtenido se debe probar que la inejecución proviene
de una causa que le es extraña. (MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, Francois. *Derecho Civil. Obligaciones.* Tomo I. Traducción de L. Adorno. Editorial Zavalia. 1997. Pags. 26). Por lo tanto, el ente asistencial debe acreditar, para eximirse de responsabilidad, la culpa de un tercero, la culpa de la propia víctima, el caso fortuito o la fuerza mayor.
Por último no puedo soslayar que aun cuando se aceptara la postura de considerar la culpabilidad de la galena, (responsabilidad refleja y no directa), se arribaría al mismo resultado pues como he explicitado oportunamente corresponde la condena de ésta última en este sentido. Por lo tanto, el agravio será rechazado.

9.8.- La pérdida de la *chance*. Se agravia asimismo en la perdida de la *chance* o frustración de ayuda futura otorgada por la judicante de grado y la cuantía de la misma. Sostiene que el fallo parte del presupuesto de que el daño habría existido alterando el *onus probando* desplazándolo ilegalmente hacia los condenados que deben probar que el actor no sufrió ese perjuicio.

Expone que el inferior no demuestra como en el futuro podría el *nacitrus* haberle suministrado algún tipo de aporte o sostén económico, por lo que la judicante ha conjeturado sobre una supuesta ayuda de la persona por nacer. Afirma que se lesiona el derecho de defensa en juicio.

Preliminarmente, es menester recordar que los requisitos del daño resarcible son:

a) que el daño sea **cierto**;

b) que se trate de un daño subsistente, es decir que no se haya ya reparado o haya desaparecido;

c) que se trate de un daño personal del damnificado;

d) que afecte un interés del damnificado;

e) que exista una relación causal adecuada entre el hecho dañoso y el daño causado.

De los requisitos expuestos, el que atañe al análisis de la pérdida de chance, es el primer nombrado que **el daño sea cierto**, entendiéndose por tal, que no sea hipotético ni conjetural, sino real.

Ello es así pues, la pérdida de chance es un daño actual y supone posibilidad concreta y real de obtener las ventajas esperadas o previstas o de evitar las pérdidas, mientras que los daños eventuales e hipotéticos sólo tienen lugar en la imaginación o creación de la persona que se dice afectada.

Este criterio ha sido esbozado de manera conteste por la jurisprudencia nacional. Así se ha señalado que a los fines de la reparación de la pérdida de chance, la posibilidad no debe ser simplemente una expectativa general o vaga, de acaecimiento eventual o hipotético de alguna ventaja, sino que la pérdida ha de tener suficiente fundamentación y entidad. (C. 2ª Civ. y Com. de Paraná, sala I, 28/07/2010, "Giacomini, Gladis M. E. c. Pereyra, Néstor J. y otra", LLLitoral 2010, 1257, AR/JUR/54188/2010. CNCom., sala A, 23/02/2010, "Staffa, Pablo c. HSBC Bank Argentina S.A.", La Ley Online; AR/JUR/6373/2010.C. Civ. y Com. de Rosario, sala I, 22/10/2010, "Mongelli, Mariel B. c. Banco Macro S.A.", La Ley Online; AR/JUR/70834/2010.CNCom., sala A, 28/12/2007, "Cusato, G. Alejandro c. Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A. y otro", LL Online; AR/JUR/11656/2007.

Entiendo, tal como lo precisa copiosa jurisprudencia, que el fallecimiento de un hijo es un daño que debe resarcirse como pérdida de una chance y no como daño consumado, pues lo que se frustra a los padres es la esperanza de ayuda y sostén en la vejez o en el momento de carencias existenciales. (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contenciosoadministrativo de 1a Nominación de Río Cuarto, Rivarola Adrián Miguel Ceferino y Aldana M. Fogonza c. Ángel Marcelino Aguirre, J. Andrés Allasia y "J. y M. Repuestos" Soc. de Hecho s/demanda ordinaria – (expte. N° 473436), 26/03/2012, LLC2012 (mayo), 453, AR/JUR/6001/2012)

No obstante lo expuesto, resarcir la pérdida de *chance* por la muerte de un hijo implica hacer un **juicio futuro que se sustente de modo suficiente en lo que la experiencia de vida indica que normalmente suele suceder**, es decir, lo que la víctima hubiera brindado a sus progenitores no sólo con ayuda patrimonial, sino también con la cooperación en las restantes necesidades que apareja la ancianidad.

La pérdida de "chance" que para los padres importa la muerte de un hijo se traduce exclusivamente en la falta de ayuda en la vejez o en la edad madura, **cuando las posibilidades de autoabastecimiento decrecen en los progenitores y los aportes económicos de los hijos devienen necesarios** (Ver: Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Fredes, G. R. y ot. c. Vela Martínez, L. Matías y ots., 24/05/2008, LLGran Cuyo 2008 (agosto), 682, AR/JUR/3354/2008. Ver También: Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 19/03/2008, "Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano", LLC 2008 (junio), 535; Juzgado Correccional y de Menores Nro. 1 de Posadas, 19/10/2007, "Maidana, Walter", LLLitoral 2008 (febrero), 107; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 21/09/2007, "Parfenchuk, Ricardo Nelson y

otro c. Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A.", La Ley Online; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala II, 07/07/2006, "Sena, Pedro H. y Otra c. Marastoni, Edgar A. y/u otros", LLLitoral 2006, 1464), resultando procedente en la medida que configure **un daño cierto y actual**, consistente en la frustración de la legítima esperanza de ayuda en el futuro, que encuentra sustento en los arts. 277, 367 y 372 del Cód. Civil.

Resulta conteste la jurisprudencia en considerar que es procedente suponer que la muerte de un hijo causa a sus progenitores **la pérdida de una "chance" de ayuda económica**, en especial durante la enfermedad y la vejez (Ver: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, D., J. L. y otro c. Rosso, Héctor B. y otro, 17/08/2000, LLLitoral 2001, 718, AR/JUR/3773/2000. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, C., P. y otro c. Clínica Mitre S. R. L. y otro, 16/11/2000, LLBA 2001, 340, JA 2001-IV, 611, AR/JUR/3868/2000. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, D., J. L. y otro c. Rosso, Héctor B. y otro, 17/08/2000, LLLitoral 2001, 718, AR/JUR/3773/2000. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, C., P. c. Gerace, Francisco y otros, 30/11/1999, LLBA 2000, 461, AR/JUR/284/1999. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, C., P. c. Gerace, Francisco y otros, 30/11/1999, LLBA 2000, 461, AR/JUR/284/1999, entre otros) sobre todo tratándose de familias de "escasos recursos". (Ver: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, Sandez, Emilio M. y otros c. Metrovías S.A. y otro, 07/03/2007, La Ley Online, AR/JUR/1732/2007).

Entiendo que lo que está en juego es la **probabilidad de contar con la colaboración más no la certeza**, y que aquella probabilidad puede deducirse de las características que presenta una persona que hubiera gozado de toda una vida por delante.

Tratándose de un beneficio de concreción futura y variable su apreciación se debe efectuar con un criterio **restrictivo** ya que se repara la pérdida de una oportunidad. En este orden, entiendo que la suma determinada por la Sra.

Jueza degrado responde al prudente arbitrio judicial y a las reglas de la sana crítica. (Ver mi criterio con Juez de grado en Juzgdo Civil y Comercial Nº 1 de Comodoro Rivadavia, en autos: "S., C. J. c/ M., L. O. y Otros s/ Sumario (Daños y Perjuicios)" Expte.: 379 Folio: 663 Año: 2008, Sec.: 1).

Con respecto a la afirmación en torno a que la Sra. Jueza de grado no aplicó una tasa de descuento al monto objeto de condena, ni a los gastos normales y corrientes que hubiese tenido la persona por nacer en el supuesto de ser viable, entiendo que carece de fundamento, toda vez que la *a quo* en su fundamentación explicitó que valora las particularidades del caso y la prueba incorporada, con lo cual ha tenido en cuenta esa circunstancia al momento de cuantificar la *perdida de la chance*.

En razón de lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia en este sentido.
9.9.- El carácter de herederos forzosos. Expone el apelante que conforme el art. 1078 del Cod. Civil. solo los herederos forzosos gozan de legitimación para reclamar el daño moral, por lo tanto los abuelos de la víctima resultan ser desplazados en el orden sucesorio por el padre de la víctima.

Indica que en el supuesto de que sea admitida la legitimación la Sra. Jueza de grado debió haber hecho alusión al material fáctico y probatorio in extenso que eventualmente sustentara la concesión del rubro.

Sin perjuicio de que dicha defensa no fue planteada al tiempo de contestar la demanda, teniendo en cuenta que sí fue introducida como defensa al solicitar el rechazo del rubro, corresponde ingresar al tratamiento de dicho agravio.

Para decidir si procede la legitimación de los abuelos, se debe en principio analizar la calidad de herederos forzosos. La duda se genera en cuanto a establecer si existe una necesidad de que el damnificado indirecto revistiera la referida calidad en "concreto" o si basta con la eventualidad de serlo.

La postura mayoritaria sostuvo que la norma se refiere a todos los que son potenciales legitimarios, con independencia de que de hecho queden o no desplazados por la existencia de herederos de mejor grado. (BELLUSCIO, Augusto C. Director. *Código Civil y Leyes Complementarias Comentado y Anotado*. T. V, Pag. 117. Ed. Astrea. Año 1984).

La CSJN propuso una solución al concluir que corresponde asignar una interpretación amplia a la mención "herederos forzosos" que hace el art. 1078 del Código Civil, de modo que alcance a todos aquellos que son legitimarios potenciales, aunque -de hecho- pudieran quedar desplazados de la sucesión por la concurrencia de otros herederos de mejor grado. (CSJN en autos: "Frida A. Gómez Orué de Gaete y Otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", del 16/06/1993).

La norma del art. 1078 no refleja una realidad latente, adolece de irrazonabilidad en tanto no incluye la posibilidad de reclamar el daño moral a los hermanos, parientes consanguíneos o convivientes ligados por estrechos vínculos afectivos, encontrándose este artículo en contradicción con la Constitución Nacional y derechos fundamentales que ella protege.

La restricción impuesta por el artículo 1078 del Cód. Civil se contradice con la amplitud de la legitimación activa para reclamar daño patrimonial dispuesta por el artículo 1079 del CC, que reconoce legitimación a toda persona que por el delito hubiese sufrido, aunque sea de manera indirecta; por lo que resulta irrazonable esta solución legal, aunque su sentido sea inequívoco. (RITTO, Graciela, "Declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil y legitimación activa de los hermanos para el daño moral", DJ 05/08/2009, 2143).

Similar tesitura ha sido admitida por la CNac. Civil en pleno, al considerar que cuando del hecho resulta la muerte de la víctima, los herederos forzosos

para reclamar la indemnización por daño moral según lo previsto en el art. 1078 C.C., no son solo los de grado preferente de acuerdo al orden sucesorio.

La cuestión -dice el plenario- se encuentra íntimamente vinculada a si el daño moral se ejerce *iure proprio* o *iure hereditatis*. La respuesta es clara y es indudable que la pretensión se ejerce *iure propio*. Es que no se trata de un daño moral sufrido por la víctima, sino del padecido por sus herederos a causa de la muerte de aquélla. La mención que hace el art. 1078 acerca del heredero forzoso, no tiene el sentido técnico que en el derecho sucesorio se le da, pues se trata de la reparación de un daño moral que se presume padecido y, a la vez, de establecer una limitación a la legitimación activa. (Ver CNCiv. en pleno, en autos: "R., N. y otros v. R., P. P.", de fecha 28/2/94, J.A.1994-II-678).

Este resulta ser incluso el criterio seguido por el art. 1741 del CCyC, de aplicación doctrinal al caso.

Por lo expuesto, y tal como lo he sostenido como judicante de grado, (Ver: Juzgado Civil y Comercial Nª 1 de CR, en autos: "S. C. J. c/ M. L. O. y Otros s/ Sumario (Daños y Perjuicios)" Expte.: 379 Folio: 663 Año: 2008 Sec.: 1), considero pertinente adoptar el criterio jurisprudencial amplio con respecto al art. 1078 que otorga el carácter de damnificados indirectos a los abuelos. En razón de ello, corresponde rechazar el agravio planteado a esos efectos.

9.10.- La falta de pretensión sobre los intereses. Se agravia en que la sentencia resulta *extra petitia* y arbitraria pues los actores nunca reclamaron el reconocimiento de intereses sobre las partidas. Advierte que al reconocerse el rubro se lesiona el derecho de propiedad (art. 17 de la CN) y el principio de que nadie esta obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que no prohíbe (art. 19 de la CN).

A poco que se analice puede advertirse que en el punto 7.4 del petitorio de la demanda, la parte actora solicita los "intereses activos aplicables", por lo que el agravio en este sentido debe ser rechazado.

9.11.- Los intereses previstos en la sentencia. Se agravia el apelante en los intereses impuestos en la sentencia entendiendo que corresponde aplicarse la tasa pura de interés, puesto que las partidas en condena fueron expresadas a valores actuales, por lo que admitir lo contrario importaría un enriquecimiento sin causa. Se agravia asimismo en que la tasa se compute desde el momento del evento de *litis.*

Explica que la tasa de interés aplicada en la sentencia sustentada en el acuerdo plenario Nª 4400/16 STJCH se aplica al cobro de la tasa de justicia, supuesto que no es el presente caso donde se ventila un supuesto reclamo de responsabilidad civil por un hipotético mal arte médico.

Con relación a la tasa de interés aplicable, y con base en el principio de la realidad económica, corresponde la imposición de la **tasa activa del Banco Chubut promedio mensual tal como lo ha establecido la Sra. Jueza de grado**, a los fines de no consagrar situaciones que conspiran contra la integridad de los créditos.

Asimismo, no caben dudas que deben ser liquidados desde el momento del hecho que constituye la causa fuente del deber resarcir, en este caso la fecha de la muerte, tal como lo instituyera la resolución en crisis.

9.12.- Conclusión. En razón de todo lo expuesto corresponde rechazar el recurso y confirmar la sentencia en lo que fuera materia de agravios.

9.13.- La imposición de costas por el presente recurso. En razón de las cuestiones traídas a análisis y el modo en que se resuelven los agravios corresponde imponerlas al apelante perdidoso. (Conf. Art. 69 del CPCC).

9. 14.- La regulación de honorarios profesionales. Teniendo en cuenta el destino del agravio y las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, corresponde regular los honorarios del abog. J. J. O. en el 32 %, del abog. P. C. M. en el 30% y los del abog. L. P. en el 25%, de lo que les correspondiera en la instancia anterior, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria). Todo ello, con más el IVA, si correspondiere.

10.- Los agravios de la médica N. J. G..

10. 1.- La pérdida de la *chance* derivada del hecho en sí mismo y como daño indemizable. Indica que la *a quo* entendió que el momento en el cual se realiza la cesárea es la causa del nacimiento sin vida del feto, pero dicha conclusión no posee prueba objetiva que lo avale.

No se encuentra probada durante el proceso que de haberse realizado la cesárea en el límite de los 30 minutos de ocurrido el paro cardiorrespiratorio de la paciente, o incluso antes, la sobrevida del feto se encontraba asegurada.

Estas aseveraciones resultan carentes de sustento argumentativo, toda vez que la Sra. Jueza de grado ha condenado a indemnizar la pérdida de la chance que debe ser analizada técnicamente desde dos aristas diferenciales: la posibilidad u oportunidad de nacer con vida (perdida de la chance derivada del hecho en sí mismo), y la oportunidad de ayuda futura (perdida

de la chance aplicable a la cuantificación del daño). Estas cuestiones ya han sido desarrolladas en el acápite 9.8.

En razón de lo expuesto en dicho punto y las razones adunadas en el presente corresponde el rechazo del agravio.

10.2.- El horario de la cesárea. Sostiene el apelante que la realización de la cesárea no se llevó a cabo a las 14 hs. según lo deduce la *a quo* a partir de una evaluación particular de las declaraciones vertidas por los médicos en Sede Penal sino a las 13: 45 hs. como quedó la constancia en la hoja de evolución, control de enfermería y parte quirúrgico, instrumentos que integran la historia clínica correspondiente a la paciente fallecida.

En la sentencia no se ha afirmado ello, por el contrario se dijo, siguiendo la Historia Clínica de la Sra. F., que a las 13 hs se produje el paro cardiaco y se inician tareas de resucitación. Luego consta que a las 13 45 hs se realiza la cesárea, sacando feto que se entrega a neonatólogo. Se realizan maniobras de reanimación y se constata muerte fetal. 14 hs se suspenden maniobras de rehabilitación. (Vid. fs. 888 y vta).

Circunstancia que se encuentra corroborada con la declaración de F. VAI audios Rack 02188 AD-11- (3) y R. Rack 02188 AD -11- (3).

10.3.- El tiempo de las maniobras de resucitación. Destaca el apelante que consta en la hoja de evolución que a las 14 hs se suspendieron las maniobras de resucitación, significando ello que realizada la cesárea las maniobras de RCP continuaron hasta esa hora lo que se consigan en el informe pericial médico al dar respuesta al punto de pericia 16 propuesto por S. MEDCIAL S.A.

Estas cuestión no está en discusión ya que eso mismo ha considerado la *a quo*.

10.4.- El tiempo de muerte del feto. Expone que no se encuentra probado cuando se produce la perdida de vida del feto, si ocurrió antes de los 30 minutos impuestos en la sentencia como límite de la maniobra de resucitación de la paciente, o bien después de pasado ese tiempo, en el lapso que transcurre hasta que se lleva a cabo su extracción.

Esta cuestión será abordada conjuntamente con el análisis de la relación causal.

105.- El daño como la pérdida de la *chance* de sobrevida. Advierte que nada hace presumir que de haberse adoptado la decisión de realizar la cesárea antes de las 13: 45 o antes de las 13: 30 hs. partiendo desde las 13 hs. en que la paciente ingresa al paro cardiorrespiratorio, el feto habría nacido con vida. Hace referencia al informe pericial de fs. 685/695 vta.

Como fuera explicado en los acápites 9.8 y 10.1 lo que se encuentra en análisis es la pérdida de la *chance* de vida, éste configura el daño resarcible, por lo tanto lo que se indemniza es la pérdida de la oportunidad de sobrevida

10.6.- La relación causal. Considera que la ausencia de una relación de causalidad entre el momento en el cuales se realiza la cesárea y la extracción sin vida del feto, impide, contrariamente a lo decidido que pueda atribuirse responsabilidad al obrar de la demandada, o a alguno de los profesionales médicos.

La conexión causal apunta al enlace material entre un hecho antecedente y un hecho consecuente y supone establecer el ligamen existente entre un acto y sus consecuencias. Se trata de un elemento autónomo del supuesto de hecho que genera la responsabilidad que está llamado a aprehender

jurídicamente el encadenamiento que existe entre una situación antecedente (acción u omisión), y su resultado: el daño.

La cualidad jurídica no es adyacente a la causalidad material, pues si bien en cierto campo se superponen, en otro no son coincidentes, pues la primera resulta más comprimida que la segunda.

La causalidad física o material exige una depuración para obtener así la "causalidad jurídica", porque el derecho no es una física de las acciones humanas, el crudo materialismo de la causalidad física es depurado, refinado, sometido a un proceso mental, que descansa sobre la existencia de topes, límites o techos de imputación.

A través de los conceptos de normalidad, de previsibilidad y de imputación, y aplicando las normas vigentes, la causalidad física es recortada, para hacer que finalmente el proceso de asignación causal, que se apoya en la previsibilidad del resultado dañoso al momento de actuar, produzca que la ley sólo haga responsable al agente o sujeto dañador hasta donde llegue el poder de su voluntad: es que si el daño era previsible, la conducta dañosa implica una aceptación, al menos mediata, de ese daño como voluntario y por eso se considera que existe adecuación causal de esa conducta del dañador o de su ausencia de cumplimiento del deber de garantizar la inocuidad de la cosa o servicio que de él depende, al resultado dañoso. (JALIL, Julián Emil, "La relación de causalidad en el código civil y comercial", Publicado en: LA LEY, 11/12/2015, 6, LA LEY 2015-F , 454).

La determinación del nexo causal, permite determinar cuál es el hecho al que pude imputarse la consecuencia o el daño. En las presentes actuaciones dicho marco fáctico está determinado por la *omisión* de la galena de cumplir con la *lex artis* en cuanto al tiempo que de ella se deriva para llevar a cabo la cesárea en las circunstancias de hecho que dieron origen a las

presentes actuaciones y el desenlace o resultado que surge: *la pérdida de la oportunidad de sobrevida*.

10.7.- El lapso de 30 minutos como elemento derivado de la *lex artis*.

Precisa la apelante que no se ha acreditado en el proceso que la conducta médica seguida haya sido la que provocó la muerte del feto y agrega que la decisión de realizar la cesárea a los 45 minutos de haber ingresado en paro cardiorrespiratorio la paciente, no constituye una decisión tardía como interpreta la *a quo*, ya que no existe una norma que imponga un límite máximo de 30 minutos para la realización de maniobras de reanimación cardiopulmonar (RCP) como contrariamente consigna en la sentencia.

Expone que la Sra. Jueza de grado refiere a normas internacionales sin especificar cuáles. Advierte que sustenta su conclusión en la pericia de practicada en sede penal, pero que existe una diferencia entre lo que indica dicha pericia y la afirmación contenida en la sentencia en cuanto a que las maniobras de RCP no pueden extenderse por más de 30 minutos.

Cita informe del Cuerpo Médico Forense de la ciudad de Puerto Madryn, e indica que la realización dela cesárea a los 45 minutos de producido el paro cardiorrespiratorio en la paciente no constituyó por lo tanto una decisión que contravenga una norma internacional, ya que la única norma internacional que se ha citado permite suspender las maniobras de RCP cuando la asistolia persiste por más de 30 minutos. Debe pasarse el umbral de los 30 minutos, sin que, como informa el Cuerpo Médico Forense de ésta ciudad, exista un plazo regulado.

Sin perjuicio de la referencia hecha por la *a quo* sobre las normas internacionales, debo precisar que ellas derivan de los informes periciales, por lo tanto el sustento de la Jueza de grado esta dado en el valor probatorio

que gozan las pericias técnicas, el cual ya ha sido puesto de manifiesto oportunamente (vid. acápites 9.3 y 9.4).

En este marco, y tal como lo señalé con anterioridad, tanto de las pericias realizada por L. y M. desarrolladas en Sede Penal como la respuesta a la medida para mejor proveer del médico forense D. C. surge con claridad meridiana que el tiempo durante el cual deben mantenerse las maniobras de RCP es de no más de 30 minutos. (Vid. fs. 849). Dichas periciales determinan en autos un elemento técnico objetivo, del cual deriva el tiempo dentro del cual debió hacerse la cesárea, conforme la *lex artis*.

La Sra. Jueza de grado cotejó esa apreciación técnica temporal con la descripción fáctica derivada de la historia clínica de la cual surge que el para cardiorespiratorio de la Sra. F. se produjo a las 13 hs. y que la cesárea se realizó a las 13: 45 hs. y que a las 14 hs. se suspendieron las maniobras de resucitación del feto. (fs. 03 de la historia clínica).

Asimismo ha robustecido esta consideración con las testimoniales de P., W., R. y F. VAI,

En este marco, la queja del apelante debe ser desestimada pues las conclusiones de la Sra. Jueza de grado están basadas en las constancias de autos.

10.8.- La testimoniales de R. y W.. Expone que la *a quo* debió tener en cuenta los dichos del testigo R. que al responder la primera pregunta sostuvo que los profesionales que intervinieron priorizaron la madre.

Dicha testimonial nada aporta en cuanto a la cuestión medular, pues esa circunstancia referenciada no se encuentra en debate.

Con referencia a la declaración del testigo W. prestada en Sede Penal en cuanto a que a los 20 minutos de iniciadas las maniobras de RCP se dispuso

la realización de la cesárea sostiene que ninguna prueba avala que a ese momento el feto se encontrara con vida y que en el control de enfermería se dejó constancia que las maniobras de RCP se iniciaron a las 13 hs. sin que conste que se dejaron de llevar a cabo a las 13: 20 hs., sino que a las 13 45 hs. se suspenden las mismas, siendo ese momento en el que se lleva a cabo la cesárea.

Con relación a esta aseveración debo decir que, sin perjuicio de la fundada consideración del apelante, la prueba en ese sentido reposaba en las demandadas, pues ha de presumirse que el niño se encontraba con vida dentro del seno de su madre y que su deceso resulta consecuencia del parocardiorespiratorio de la madre, pues ello es lo que suele suceder conforme el curso normal y ordinario de los acontecimientos. (conf. arts. 901 y 903 del Cód. Civil).

La alegación sobre la preexistencia de la muerte importa modificar el juicio de previsibilidad y el principio de normalidad propios de la cadena causal, o bien incorporar otra causa diferente. Cualquiera de estos casos debieron ser acreditados por las demandadas, pues importan modificar el apotegma de la normalidad.

10.9.- La responsabilidad individual y colectiva. Se agravia asimismo en colocar en calidad de única autora del hecho que se dice productor del daño que se condena a reparar a la profesional demandada, siendo que otros profesionales de la medicina participaron en las maniobras de RCP conforme consta en la hoja de control de enfermería.

Expone que se verifica una responsabilidad colectiva de los profesionales que integraron el equipo médico que asistió a la paciente. Entiende que la pretensión resarcitoria debió por lo tanto extenderse contra todos los

integrantes del equipo médico quienes resultaban legitimados pasivos y no solo contra la demandada.

Sobre estas consideración solo he de señalar que la actora goza de la potestad de dirigir la acción contra quienes entienda propicio, y por su parte la configuración de la responsabilidad individual o colectiva a la que refiere el apelante le resulta indistinta pues en ambos casos de responsabilidad debería responder jurídicamente.

10.10.- Conclusión. En razón de todo lo expuesto corresponde rechazar el recurso y confirmar la sentencia en lo que fuera materia de agravios.

10.11.- La imposición de costas por el presente recurso. En razón de las cuestiones traídas a análisis y el modo en que se resuelven los agravios corresponde imponerlas al apelante perdidoso. (Conf. Art. 69 del CPCC).

10. 12.- La regulación de honorarios profesionales. Teniendo en cuenta el destino del agravio y las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, corresponde regular los honorarios del abog. J. J. O. en el 32 %, y del abog. L. A. N. en el 30 % de lo que le correspondiera en la instancia anterior, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria). Todo ello, con más el IVA, si correspondiere.

11.- Los agravios de la ASOCIACIÓN DE OBRAS SOCIALES DE TRELEW.

11. 1.- La pericia médica y las conclusiones del galeno G. de fs. 685/695. Sostiene el apelante que mediante una interpretación sesgada de la prueba y apartándose de las conclusiones de la pericia médica practicada por el medico G. cuyo informe obra a fs. 685/695, la Sra. Jueza de grado determina la responsabilidad de las galenos intervinientes por el fallecimiento del nonato, y consecuentemente la de la ASOCIACIÓN DE OBRAS SOCIALES DE TRELEW.

Esta cuestión ha sido tratada en el acápite 9.4, al cual me remito en honor a la síntesis y brevedad. No obstante, corresponde recalcar que la *a quo* extrajo de la pericial un elemento técnico objetivo que se encuentra en concordancia con las testimoniales a las que ya me he referido.

Ese aporte técnico no resulta refutado por la pericia del médico G., quien emite su punto de vista sobre cuestiones particulares de la causa. La judicante de grado ha dado fundamentos claros de los motivos en los cuales ha apoyado su posición en las otras periciales, por lo tanto los fundamentos vertidos por el apelante en este sentido deben ser descartados.

11.2.- Las maniobras de resucitación y el tiempo de la cesárea. Expone que la Jueza entendió que se extendieron en el tiempo más de lo debido, y que la cesárea se inició pasadas las 14 horas de ese fatídico día pero omite considerar que las menciones de la historia clínica y del reporte de enfermería, además del testimonio de los demás involucrados, dan cuenta del paro cardiorrespiratorio e inicio de las maniobras de RCP a las 13 horas, y de la realización de la cesárea a las 13: 45 hs.

La cuestión ha sido tratada en el acápite 10.2., pero debo señalar que la Sra. Jueza de grado no ha omitido la consideración que referencia el apelante, todo lo contrario, pues ha basado su fallo en los datos que derivan de la

historia clínica.

11.3.- La falta de signos vitales. Expone el apelante que no existe ninguna comprobación que permita tener por acreditado que el nonato tuviera signos vitales luego del paro cardiorrespiratorio de la madre, ni tampoco que la extracción del mismo en tiempo anterior hubiera evitado la muerte.

Como expliqué oportunamente (ver acápites 10.5, 10.1 y 9.8) lo que se ha resarcido en autos es el daño como *pérdida de la chance de sobrevida* y no el valor vida en sí mismo, lo resarcible en el caso es la pérdida de la oportunidad de vida.

11.4.- La falta en la realización de la cesárea. Explica que la falta que se le asigna a la supuesta demora en la realización de la cesárea, no se encuentra probada, por lo que la sentenciante incurre en una evidente contradicción al endilgarle la responsabilidad por la muerte del neonato a la médica G. y consecuentemente a la clínica.

Tal como mencioné en otros estadios de este acto jurisdiccional, ambas responsabilidades transitan por carriles divergentes, por un lado la responsabilidad de la médica G. ha quedado acreditada en la medida que su omisión de realizar la cesárea dentro del tiempo que deriva de la *lex artis*, ha sido causa eficiente de la perdida de oportunidad de sobrevida del bebé. (Conf. arts. 512, 1109, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 1066, 1067, 1068 y cc del Cód. Civil).

Por otro lado la responsabilidad del nosocomio y consecuentemente de la obra social obtiene su fundamento en el incumplimiento de la obligación de seguridad como deber tácito de fuente contractual. (art. 1198 del Cod.

Civil).

11.5.- La relación de causalidad y la muerte. Expone que según la pericia el shock tóxico estreptocócico padecido por la madre comprometía la vitalidad del feto del mismo modo que el paro cardiorrespiratorio materno, y que no existe ningún elemento que permita concluir que una cesárea realizada antes de las 13:30 hs. hubiera asegurado la supervivencia del bebé, por lo que no existe nexo causal.

Esta consideración ha sido analizada y resuelta en el acápite 10.6.

11.6. La pericia del médico G. y las declaraciones testimoniales. Entiende que las conclusiones a las que arriba el perito G. no pueden válidamente sustituirse por las manifestaciones de los testigos R., F. VAI y W., que no son coincidentes entre sí, y que tampoco guardan coincidencia con las constancias de la historia clínica y el reporte de enfermería.

La afirmación resulta inexacta, pues la Sra. Jueza de grado ha robustecido las pericias de L. y M. desarrolladas en Sede Penal y la del médico forense C. con las testimoniales de P., R., F. VAI y W. tal como fue explicado en el acápite 9.3. Además ese espectro probatorio goza de apoyatura documental en la historia clínica lo cual nutre de lógica argumental a la sentencia de grado.

11.7.- La imposición de costas. Ante el posible rechazo de la queja anterior, se agravia asimismo la distribución e imposición de costas por considerar que existe un vencimiento parcial y mutuo, pues la demanda ha sido mayormente rechazada y solo ha prosperado en menor medida con relación a la muerte del bebé.

Afirma que se desestimaron todos los rubros reclamados en la demanda derivados del fallecimiento de quien en vida fuera B. F.. Solicita la aplicación del art. 72 del CPCC.

La imposición de estas a la vencida forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario. (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Dunas y Mar S.A. c. Tejerina J. y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. deverific. por: AFIP -DGI", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Novoa, Nelly Alejandra y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010). Ello por cuanto, quien resulta vencido en cualquiera de las Instancias debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho.

En este marco, no caben dudas que el apelante resulta ser perdidoso en la contienda aun cuando no han prosperado en su totalidad los rubros solicitados.

11.8.- Conclusión. En razón de todo lo expuesto corresponde rechazar el recurso y confirmar la sentencia en lo que fuera materia de agravios.

11.9.- La imposición de costas por el presente recurso. En razón de las cuestiones traídas a análisis y el modo en que se resuelven los agravios corresponde imponerlas al apelante perdidoso. (Conf. Art. 69 del CPCC).

10.10.- La regulación de honorarios profesionales. Teniendo en cuenta el destino del agravio y las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, corresponde regular los honorarios del abog. J. J. O. en el 30 %, y del abog. G. H. U. en el 28 % de lo que le correspondiera en la instancia anterior, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria). Todo ello, con más el IVA, si correspondiere.

A LA SEGUNDA CUESTION el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota por la **POR LA AFIRMATIVA A LA SEGUNDA CUESTION**, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de V., dijo:

1. Corresponde abordar en esta cuestión el tratamiento de los restantes recursos de apelación y lo haré en el mismo orden que propone el Dr. Julián E. Jalil.

a) Tratamiento del recurso deducido por los actores R. A. F. E., I. V. R. y J. L. V.

a) Tal como ha reseñado el magistrado que me antecede en el voto, los actores vienen a cuestionar el alcance que se le ha dado en la sentencia a la absolución en sede penal de la médica Gambandé por interpretar expresamente que no existe adecuación típica a la figura penal del garante.

Conforme el art. 1103 del Cód. Civil, luego de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución.

Es decir, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil, aunque la materialidad del hecho en relación a las circunstancias de persona, tiempo y lugar tenidas por ciertas

en la sentencia penal, condicionan al Juez civil, dejando sus manos libres en relación a las consecuencias jurídicas civiles del mismo.

Desde esa perspectiva, la sentencia dictada por el STJ "R. V. I. s/ denuncia s/ impugnación", Sala Penal Reg. N° 23/2014 del 28 de mayo de 2014 decretó la absolución definitiva de N. J. G. en orden al delito de homicidio culposo (art. 84 del CP), lo que presupone que en el hecho principal la aquí demandada no actuó con negligencia, imprudencia o impericia alguna.

Lo así resuelto importó tanto para la magistrada de grado como lo será para esta Cámara revisar la conducta médica, desde que en los términos de la misma no existió conducta que pudiera representar responsabilidad a título de culpa de Gambandé desde que -insisto-, se determinó que no existe nexo causal entre la conducta desplegada por la médica y la muerte de B. F.. En definitiva cuando la absolución se funda en la inexistencia del hecho (delito penal) o en la ausencia de autoría sobre el mismo (que es otra manera de no existir el hecho con respecto al autor), ese pronunciamiento no puede ser revisado en sede civil. *"Sin embargo, cuando hay absolución del acusado (art. 1103 del Cód.) la jurisprudencia y la doctrina destacan algunas particularidades. Así, respecto a la materialidad del hecho, se entiende por tal el hecho sustancial que se atribuye al demandado. Comprende - como señala Llambías - las circunstancias que se estiman esenciales para resolver la cuestión. Así, p. ej., si el juez penal ha absuelto al maquinista de un tren por considerar que las barreras estaban cerradas, no puede el juez civil estimar que estaban abiertas. Es decir, el juez civil debe atenerse a los datos fácticos que dio por verificados el magistrado penal. En tal sentido se ha resuelto que: "absuelto el acusado en la jurisdicción criminal por no haberse acreditado la existencia del hecho que se le imputa, no puede ser objeto de un nuevo juicio civil, fundándose en que cometió el hecho, porque sería volver sobre la cosa juzgada y exponer al escándalo jurídico de dos decisiones contrarias. La falta de*

tipicidad penal del acto no incide en la responsabilidad civil, pues ya se ha dicho que el Código Civil se contenta con una antijuricidad genérica. Por eso puede ocurrir que el juez penal absuelva por no existir delito penal y el civil acoja la demanda porque el hecho es un cuasidelito civil o, aunque no lo sea, ha dado origen a una obligación de restituir o indemnizar (Belluscio - Zannoni, ob. cit. T.5, ps.311, 312).

(STJ DE RIO NEGRO: Sentencia 5/05 "J., A. M. c/EL CONDOR ETSA y Otros s/SUMARIO s/CASACION" (Expte. N* 19339/04 - STJ), (04-02-05). Base elDial.com - AX2104)

Concluyo en el rechazo de este aspecto de la queja, siendo innecesario ingresar en el resto de los argumentos recursivos.

En otro aspecto de la queja, los actores cuestionan que no se condenara civilmente al Dr. Ruiz.

En el desarrollo del agravio se prescinde de la fundamentación de la magistrada que, en los términos del art. 1103 CC señaló que la absolución dictada en sede penal (SD N° 05/2012) obsta analizar la responsabilidad del médico en tanto y en cuanto se estableció la inexistencia de conexión causal entre la actividad profesional y el fallecimiento de B. F.. *"Sólo cuando la absolución del acusado se funda en la inexistencia del hecho que se le imputa -o en su ausencia de autoría sobre el mismo, que es otra manera de no existir el hecho con respecto a él- ese pronunciamiento no puede ser revisado en sede civil; dicha solución debe admitirse con respecto al sobreseimiento, el que no puede nunca hacer cosa juzgada si se funda en la falta de responsabilidad criminal del imputado y no en la inexistencia del hecho.* ("Torres, G. Adrián y otro c/ María, L. Miguel s/ Daños y perjuicios" - CC0101 - MP 82022 RSD-38193 S - 19-10-1993 Base elDial.com - W812B).

La absolución en sede penal adquirió firmeza, por lo que tal límite no puede correrse por mayor vehemencia puesta por el apelante.

Concluyo desestimando los agravios de los actores.

b) <u>Los agravios de la co-demandada S. M. S.A y SMG C. DE S. S.A.</u>

A la cuestión normativa preliminar solo diré que la señora magistrada de grado, desde el inicio deja planteado que la demanda será resuelta en los términos del Código Civil, por lo que no advierto que deba ingresar a la cuestión.

b.a) En la queja, sostendrá que del mismo modo en que se aplicó el art. 1103 del C.C en relación a la muerte de B. F. debió la magistrada de grado aplicarlo con relación a la muerte de la persona por nacer desde que los jueces penales han exculpado a la Dra. G. y al Dr. R. de cualquier tipo de responsabilidad en el hecho que aquí se discute.

Sin perjuicio de ello y en los términos en que se dictó la sentencia penal Reg N° 92/11 (v. fs. 156/180 de los autos caratulados: "R. V. I. s/ Denuncia Carpeta 2.188, Leg. 13710-PM"que tengo a la vista para este acto) se absuelve a N. J. G. por la muerte del bebé, con el fundamento en que el hecho no se adecuaba a una figura penal, por lo que bien pudo la magistrada de grado analizar la responsabilidad civil de la Dra. Gambandé en relación a la reprochada realización tardía de la cesárea. Por lo que este aspecto de la queja debe desestimarse.

Luego de ello dirá que la condena es arbitraria en tanto se basa en la pericia cumplida en sede penal y ciertos testimonios para concluir que existió una demora en la toma de decisión de llevar adelante la práctica de la cesárea.

Sentencia arbitraria es aquella en la que el juez, sin dar razones y basado en su sola opinión personal se aparta de los extremos fácticos y legales del caso, llegando a una conclusión jurídicamente inadmisible y dejando en evidencia

la valoración absurda de los hechos por el juzgador que la convierten en un acto de mera voluntad.

No advierto que en el caso exista una palmaria falla en el proceso de raciocinio o una grosera desinterpretación del material probatorio que autorice a la parte a calificar la sentencia en esos términos.

Véase que la magistrada de grado ha valorado los informes periciales realizados por las Médicas Graciela Lewis y Stella Manzano cumplidas en sede penal a requerimiento de la Fiscalía como el que emitió -ya como medida para mejor proveer- el Dr. D. Cardarilli del CMF de nuestra circunscripción. De los mismos surge sin duda alguna que el tiempo durante el cual deben mantenerse las maniobras de RCP es de no más de 30 minutos y que la cesárea debía practicarse inmediatamente cumplido el lapso de maniobras de reanimación.

Luego se ocupó de cotejar las declaraciones testimoniales de los médicos P., R. y F. V. con los datos objetivos que surgen de la H°C° y definió que el paro cardio- respiratorio de B. F. se produjo a las 13 hs. y se inician las maniobras de resucitación. A las 13,45 hs se realiza la cesárea, se realizan las maniobras de animación, constatándose muerte fetal, suspendiéndose a las 14 hs. las maniobras de resucitación del bebé (v. fs. 03 vta. de la H°C° de la Clínica Santa María que tengo a la vista para este acto).

En cuanto a la queja que formula respecto el material escogido para fundar la sentencia, debo señalar que la magistrada de grado ha valorado el informe pericial del médico Greco y por mayor vehemencia que intente volcar en sus argumentos recursivos, lo cierto es que prescinde que "*El Juez de grado es libre a la hora de valorar la prueba pudiendo elegir entre aquellas que mayor convicción le produzcan por lo que para conmoverla, se requiere algo más serio y atendible que la mera apreciación subjetiva ya en sus pareceres o preferencias. Deberá el apelante*

demostrar lógicamente que la selección y apreciación probatoria del juez de grado es caprichosa, antojadiza, indefendible incurriendo en notoria injusticia o arbitrariedad."(CAPM entre otras, SDL N° 28/10; SDL 32/10).

De modo que aun cuando no ha podido demostrar con sus argumentos la sinrazón de la apreciación de la prueba, tengo en claro que lo resuelto en el punto es ajustado al razonable cotejo de las conclusiones periciales con las restantes constancias de la causa, con las reglas del correcto entendimiento judicial, las máximas de la experiencia y la lógica, tal como he puesto en evidencia supra.

b.b) En el marco del identificado segundo agravio, se queja de la indebida extensión de la responsabilidad a S. M. S.A. en su calidad de empresa de Medicina Prepaga, imponiendo a su cargo un incumplimiento de una obligación tácita de seguridad como así también en relación a una supuesta demora en abordar la cesárea de la referida paciente.

La empresa de medicina prepaga es deudora de una obligación asistencial asumida frente al afiliado a través de un vínculo de naturaleza contractual. Y quien promete en virtud de un contrato el servicio de salud debe cumplirlo, ya esté previsto que lo haga por sí o por terceros.

Su responsabilidad respecto de los afiliados que utilizan los servicios médicos que brinda no surge de la violación de un deber genérico de no dañar, sino del incumplimiento de obligaciones preexistentes, específicas y determinadas, consistentes no sólo en proporcionar asistencia médica, mediante los profesionales correspondientes y de conformidad con las normas que regulan la relación entre los afiliados y la prepaga, sino que el servicio se preste en condiciones tales, en cuanto a la intervención del profesional y servicios auxiliares, que el paciente no sufra daños por deficiencia de la prestación prometida.

Esto es, existe una obligación tácita de seguridad por parte de S. M. S.A. por la eficiencia de los servicios médicos contratados, y ellos deben contar con todos los medios humanos y técnicos-científicos que le permitan prestar adecuadamente las prestaciones concernientes a la salud de sus afiliados. *"El deber de la obra social de prestar a sus adherentes cobertura médica, lleva implícita una obligación tácita de seguridad, que funciona como un deber de garantía y con carácter accesorio de la obligación principal de prestar asistencia médica por intermedio de los facultativos y establecimientos que contrata -o con los suyos propios-. Y de acuerdo con caracterizada doctrina la obra social asume una obligación tácita de seguridad (garantía) por la eficacia del servicio de salud: garantiza no sólo que el servicio se preste, sino que se preste en condiciones tales que el paciente no sufra daño por deficiencias en la prestación prometida. Es que la salud es cuestión de auténtico interés social que trasciende el ámbito privado y se proyecta en la satisfacción de necesidades comunitarias que comprometen el orden público y social. Por ello en la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14, Constitución Nacional, confiere un carácter integral."* (CNCiv. Com. Fed. Sala II; 16/06/2005 in re Díaz, J. Buenaventura y otro vs. Obra Social de Los Madereros s. Daños y perjuicios" Secretaría de Jurisprudencia de la CNCiv. Com. Fed.; 9014/1999; RC J 6598/10).

Por lo brevemente expuesto, esta parcela del agravio debe rechazarse.

b.c) En el tercer agravio se queja por la incorrecta admisión de la pérdida de chance o de frustración de ayuda económica y adicionalmente por el monto de condena.

La pérdida de chance, es siempre un daño actual. Lo que se perdió es una oportunidad futura, que por tal siempre será hipotética.

Cuáles son las oportunidades futuras que deben resarcirse y cuáles no, es una cuestión que bien puede sostenerse con aquella máxima según la cual "la pérdida de chance es más que una posibilidad y menos que una certeza". No tengo duda que en el caso del fallecimiento de un hijo menor de edad, al igual que en el caso de un hijo por nacer, a la par del dolor que portan los progenitores, lo que debe resarcirse es el daño futuro cierto, que corresponde a la esperanza con contenido económico que constituye para una familia, la vida de un hijo muerto a consecuencia de un hecho ilícito.

Tal resarcimiento cabe, si no a título de lucro cesante, por lo menos como una pérdida de una chance u oportunidad de que, en el futuro, de vivir el menor, se hubiera concretado la posibilidad de una ayuda o sostén económica para sus padres.

Luego de ello, voy a desestimar la crítica al monto de condena, pues a mi criterio no es más que una discrepancia sin otra base que el enojo por el reconocimiento del rubro, el que también se refleja cuando afirma que la Jueza no aplicó una tasa de descuento al monto objeto de condena, ni a los gastos normales y corrientes que hubiese tenido la persona por nacer en el supuesto de ser viable.

Tengo para mí que la magistrada de grado ha brindado más que fundadas razones para graduar el monto y no puedo soslayar que los factores de ponderación que introduce en el agravio no fueron materia de introducción en la oportunidad procesal de contestar demanda, donde se apontocó en negar la pertinencia del ítem.

b.d) En el cuarto agravio dice que se concedió incorrectamente la partida por daño moral y eventualmente de reconocerse su pertinencia, apela el monto.

Dirá que conforme el art. 1078 del Cod. Civil. solo los herederos forzosos gozan de legitimación para reclamar el daño moral, por lo tanto los abuelos

de la víctima resultan ser desplazados en el orden sucesorio por el padre del bebé fallecido.

La falta de legitimación de los abuelos para reclamar la indemnización por el daño moral que les ha provocado la muerte de su nieto no puede prosperar.

En principio porque no fue una defensa planteada al tiempo de contestar la demanda, pero en atención a que solicitó se desestime el rubro y en salvaguarda del derecho de defensa en juicio, ingreso al agravio.

La posición de la apelante se basa en una interpretación restrictiva del art. 1078 del C. Civil pero esa interpretación hoy parece ampliamente superada por la doctrina y la jurisprudencia que mayoritariamente destaca que quien reclama la reparación del daño moral por el fallecimiento de un pariente próximo (como son todos aquellos a los que la ley les asigna el carácter de herederos forzosos) reclama como damnificado indirecto pero a título propio.

La ley presume que, por el vínculo afectivo que existe entre la víctima y determinados parientes -entre los que se cuentan los abuelos- el fallecimiento provoca independientemente en cada uno de ellos un sufrimiento digno de ser resarcido y no hay razón alguna para condicionar ese resarcimiento al hecho de que no concurra otro heredero preferente. "*Adscribe a la postura amplia, es decir aquélla que sostiene que la locución "herederos forzosos" que hace el art. 1078 del Código Civil, alude a los legitimados potenciales o en abstracto que invistieren tal carácter según la ley, con prescindencia del hecho de que en el caso concreto fueren desplazados por la existencia de otros herederos de mejor derecho (para el caso de legitimación de madre y la abuela). Y ello en tanto no se trata de una cuestión hereditaria, sino de derecho indemnizatorio pues la acción de daños y perjuicios se otorga al llamado damnificado indirecto iure*

propio, no iure hereditatis." (Voto Dr. Hitters de adhesión a la doctrina legal de la Suprema Corte en autos "Mercado, Adriana y otros vs. Falcón, L. Orlando y otro s. Daños y perjuicios - Sucesores de R. d. A., E. y otra vs. Falcón, L. Orlando y otros s. Daños y perjuicios". SCJ, Buenos Aires; 05/12/2012; Boletín de Jurisprudencia de la SCJ de Buenos Aires (Dr. Jorge M. Galdós); Ac. 107608; RC J 8012/13) **b.e)** Cuestiona que en la sentencia se falló *extra petita* en tanto nunca se reclamaron intereses.

El agravio es improcedente a poco que nos remitamos al Petitorio de la demanda (fs. 14 vta.) donde expresamente dice en el punto 7.4 *"Dicte sentencia haciendo lugar a la demanda en todas sus partes con los intereses activos aplicables y costas legales desde el momento de los hechos"*.

b.f) Se agravia el apelante en los intereses impuestos en la sentencia entendiendo que corresponde aplicarse la tasa pura de interés, puesto que las partidas en condena fueron expresadas a valores actuales, por lo que admitir lo contrario importaría un enriquecimiento sin causa. Se agravia asimismo en que la tasa se compute desde el momento del evento de *litis.*

Explica que la tasa de interés aplicada en la sentencia sustentada en el acuerdo plenario Nª 4400/16 STJCH se aplica al cobro de la tasa de justicia, supuesto que no es el presente caso donde se ventila un supuesto reclamo de responsabilidad civil por un hipotético mal arte médico.

Al tiempo de promover la demanda, la parte actora reclamó los intereses activos, debiendo interpretarse que ello se corresponde con la tasa activa de interés y no mereció contradictorio (v. lo dicho para el agravio anterior).

Luego, la tasa que establece la magistrada es la que se ajusta al criterio de esta Cámara. A partir del caso Scali (SDL N° 69/16) hemos dicho que a los fines de determinar la tasa aplicable, tendremos en cuenta que por Ac. Plenario 4400/16, el STJCH entendió, que en el caso del deudor moroso del

tributo judicial la tasa de interés activa promedio mensual que informa el Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuentos de documentos comerciales, resultaba la más ajustada para indemnizar el daño moratorio ya que, dicha tasa se encuentra en consonancia con el mercado local de capitales y con lo dispuesto por el art. 768 del Código Civil y Comercial.

Tal criterio no es refutado por el apelante por lo que no existe mérito para apartarme del mismo, como que es claro que los intereses corren desde el momento del hecho generador del daño.

b.g) Por lo expuesto, concluyo desestimando el recurso de apelación de S. M. S.A. y SMG C. DE S. S.A.

c. <u>Tratamiento de los agravios de la médica N. J.</u>

<u>G.</u>.

En los términos del recurso debo identificar como un primer aspecto de la queja aquel fundamento que refiere que la médica es responsable de la tardía cesárea a B. F., atribuyendo con ello el fallecimiento del bebé y luego que se haya determinado la exclusiva responsabilidad de la que se hace derivar el daño por la que impone la obligación de resarcir.

Para la primera crítica debo decir que los argumentos recursivos no se ajustan ni a lo resuelto ni al relato cronológico sobre el suceso que trató la sentencia.

Voy a repetir aquí lo ya sostenido para el recurso de los actores.

Conforme los datos objetivos que surgen de la H°C°, el paro cardiorrespiratorio de B. F. se produjo a las 13 hs. y se inician las maniobras de resucitación. A las 13,45 hs se realiza la cesárea, se realizan las maniobras de animación, constatándose muerte fetal, suspendiéndose a las 14 hs. Por lo que la interpretación de la parte se aleja de las constancias médicas que incluso están firmadas por la Dra. Gambandé.

No surge de la sentencia la afirmación que -de haberse realizado la cesárea en el límite de los 30 minutos de ocurrido el paro cardiorrespiratorio de la paciente o incluso antes-, la sobrevida del feto se encontraba asegurada.

Lo que se señaló en la sentencia con base en la pericial médica producida en sede penal y realizada por las Dras. Graciela Allin Lewis y Stella M. Manzano y luego el informe del CMF de esta ciudad, es que el paro cardíaco de la madre debió activar el equipo quirúrgico para una eventual cesárea destinada a salvar la vida fetal, y que -conforme las manifestaciones de los testigos citados-, no puede sostenerse que existió un obrar médico prudente y diligente en el caso. Ante la falta de respuesta de la madre se debió considerar la realización de la cesárea de urgencia y *si bien es cierto, que por el cuadro que aquella atravesaba, no puede afirmarse que la extracción del bebe hubiera evitado su muerte,* también lo es que los médicos intervinientes debían arbitrar todos los medios posibles para asegurar la sobrevida fetal.

De modo que lo que juzgó la magistrada de grado en orden a las pericias cumplidas, es que Gambandé no obró con la diligencia que le era exigible. Esto es, se perdió la oportunidad de supervivencia del bebé y por mayor vehemencia puesta en la expresión de agravios, no logra conmover esa conclusión.

Los argumentos con los que procura cuestionar la relación causal, entre la conducta de Gambandé y el daño, han sido claramente individualizadas en la sentencia y reitero, está acreditado en el expediente con los informes periciales que la omisión de N. Gambandé de resolver prontamente la cesárea en las circunstancias de urgencia que se han descripto, tuvo vinculación causal con el resultado que tal como vengo afirmando, fue la pérdida de la oportunidad de sobrevida de la criatura.

Por su lado y en relación a que la médica Gambandé no fue la única persona involucrada y la pretensión que la condena alcance al resto de los profesionales que participaron en las maniobras de RCP, no fue materia introducida por la parte al tiempo de contestar la demanda por lo que en los términos del art. 280 del CPCC, no ingresaré a su consideración. Propicio que se desestimen los agravios de la médica N. Gambandé.

d. <u>Tratamiento de los agravios de la ASOCIACIÓN DE OBRAS SOCIALES DE TRELEW.</u>

d.a) El único agravio de la parte es que merced a una interpretación sesgada de la prueba y apartándose de las conclusiones de la pericia médica practicada por el Medico Greco, la Sra. Jueza de grado determina la responsabilidad de las galenos intervinientes por el fallecimiento del nonato, y consecuentemente la de la ASOCIACIÓN DE OBRAS SOCIALES DE TRELEW.

Sin perjuicio de ello, y a poco que se cotejen las quejas con las de la médica Gambandé y la codemandada S. M. S.A. se puede advertir la identidad de algunos planteos, por lo que necesariamente mis argumentos para responder, serán los mismos.

Ya he referido que la magistrada de grado no soslaya el informe de Greco sin más, lo hace en base a otros informes periciales que con base objetiva han dado fundamento a sus argumentos sentenciales, como también he señalado los reportes que dan cuenta de los horarios en que se sucedieron los acontecimientos y que constan en la H°C° a fs. 3 vta. y la incidencia en la cuestión que se ha resuelto.

Luego la línea argumental de la parte luce confusa y desordenada sin

perjuicio de lo cual diré que en la sentencia de grado, se tuvo acreditada la relación de causalidad entre la conducta de Gambandé y el daño, estando acreditado con los informes periciales que la omisión de N. Gambandé de resolver prontamente la cesárea en las circunstancias de urgencia que se han descripto, tuvo vinculación causal con el resultado que, tal como vengo afirmando y reitero aquí, fue la pérdida de la oportunidad de sobrevida de la criatura.

Para llegar a esas conclusiones, la magistrada de grado se valió de los informes periciales cumplidos en sede penal, las declaraciones de los médicos que participaron en los actos médicos previos y finalmente el informe pericial del médico del CMF, por lo que las quejas son ineficaces.

Tengo para mi que tal como he señalado a lo largo de mi voto y reitero para esta apelación, los esfuerzos interpretativos del apelante han procurado subsumir los hechos y la prueba conforme una visión sesgada de lo que acontenció, sin lograr demostrar acabadamente en qué consiste el error interpretativo de la sentencia de grado por lo que el resto de los argumentos que intentan cuestionar la sentencia de grado, deben desestimarse.

b) En cuanto al planteo eventual respecto de la imposición de las costas conforme el vencimiento parcial y mutuo diré que esta Cámara de Apelaciones en autos "P., N. M. c/F., V. A. y otro s/ DAÑOS Y PERJUICIOS" SDC N°18/11, formó criterio al que luego adherí (SDC N°57/11) por el cual en los procesos por daños y perjuicios las costas, dada su naturaleza resarcitoria deben ser impuestas a la vencida aunque la demanda no prospere íntegramente, ya que la condena en costas forma parte de la indemnización.

Es que el responsable del daño experimentado, quién no asumió o dio cumplimiento a su obligación resarcitoria, es el que ha dado lugar a la

promoción del juicio y por lo tanto, los gastos efectuados por la víctima para obtener el reconocimiento de su derecho deben recaer sobre el autor de la conducta ilícita, de lo contrario el resarcimiento concedido, que tiene como finalidad producir el equilibrio patrimonial, no dará satisfacción a él, sino que se verá disminuido en la medida de las costas y será en tal proporción que la reparación no será integral. *"Aunque no se haya declarado la procedencia de todos los rubros indemnizatorios reclamados en la demanda, ello no obsta a que las costas de primera instancia se impongan a la accionada. Ello, toda vez que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, ya que aunque la suma reclamada no fuera acogida en su totalidad, la litis resultó igualmente necesaria para el progreso de la acción y las indemnizaciones que correspondiere otorgar."*(Gorocito, Jorge Marcelo vs. Alderete, Javier Ignacio s. Daños y perjuicios. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial 1ª Nominación, Santiago del Estero, Santiago del Estero; 30-04-2010; Rubinzal on line; RC J 14921/10).

No está de más señalar que el fundamento de la institución de las costas y su principio esencial es el hecho objetivo de la derrota en la contienda judicial y actúa como un medio de obtener que el derecho controvertido sea reconocido en su integridad y con la finalidad de que el vencedor obtenga un cabal resarcimiento de los gastos que le ocasionó el litigio, o lo que es lo mismo, que el derecho salga incólume del pleito.

La noción de vencido no puede ser fijada por un análisis aritmético de las pretensiones deducidas y sus resultados, máxime cuando como en el caso, la determinación definitiva del importe quedó librada al prudente arbitrio del juzgador. "Aunque la sentencia haga lugar parcialmente a la pretensión, de igual manera el demandado no pierde su condición de vencido a los

efectos de la distribución de las costas, porque si la acción prosperó siquiera en una parte, ya indica que hubo razón para litigar, obligándolo al acreedor a pedir en justicia el reconocimiento de sus derechos.

Además, en los procesos de daños y perjuicios, las costas se consideran parte integrante de la indemnización debida a quien ha sufrido el daño, aunque la indemnización no sea acogida en su plenitud. ("Espinosa, Carlos Alberto vs. Vera, María Graciela s. Daños y perjuicios "Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería Sala 1, San J., San J.; 03-06-2010; Rubinzal on line; RC J 14612/10).

Por ello el agravio debe rechazarse.

2.

Luego de los argumentos que expuse, desestimados los recursos de los actores R. A. F. E., I. V. R. y J. L. V., de S. M.. S.A. y SMG C. DE S. S.A., de N. J. Gambandé y de Asociación de Obras Sociales de Trelew, la sentencia de primera instancia debe confirmase en todo lo que ha sido materia de agravios.

3. <u>Las costas:</u>

En atención a como se resuelven los recursos impetrados, soy del criterio que la determinación de las costas y honorarios en esta sede deben desdoblarse de la siguiente manera:

a) Para el recurso rechazado a la actora, las costas se imponen a la apelante perdidosa (art. 69 del CPCC) y los honorarios profesionales propuestos por el Dr. Jalil se ajustan a la actividad cumplida conforme mérito y resultado obtenido sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 7, 13 y cctes de la ley arancelaria).

b) Por el recurso rechazado de S. M. S.A. de S. M.. S.A. y SMG C. DE S. S.A., las costas se imponen a los apelantes vencidos en el recurso y los honorarios profesionales propuestos por el Dr. Jalil se ajustan a la actividad cumplida conforme mérito y resultado obtenido sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 7, 13 y cctes de la ley arancelaria).

c) Por el recurso desestimado de N. J. Gambandé corresponde se impongan las costas al apelante vencido. (art. 69 del CPCC) y los honorarios profesionales propuestos por el Dr. Jalil se ajustan a la actividad cumplida conforme mérito y resultado obtenido sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 7, 13 y cctes de la ley arancelaria).

d) Por el recurso rechazado a la ASOCIACIÓN DE OBRAS SOCIALES DE TRELEW, las costas se imponen al apelante vencido. (art. 69 del CPCC) y los honorarios profesionales propuestos por el Dr. Jalil se ajustan a la actividad cumplida conforme mérito y resultado obtenido sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 7, 13 y cctes de la ley arancelaria).

Voto a la segunda cuestión por la **POR LA AFIRMATIVA**.

A LA TERCERA CUESTION, el Señor Juez Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

1.- El agravio relativo a los honorarios profesionales. A fs. 908 el ab. P. C. M. apela por altos los honorarios que le fueran regulados, recurso concedido a fs. 909, 2° párrf. A fs. 912 la codemandada N. J. G. apela por altos la totalidad de los honorarios regulados, recurso concedido a fs. 916, 3° párrf. y 968/969. A fs. 913 el Ab. L. A. N. apela por bajos los honorarios que le fueran regulados, recurso concedido a fs. 916, 4° párrf. A fs. 914 el

Ab. L. A. P. apela por bajos los honorarios que le fueran regulados, recurso concedido a fs. 916, 5° párrf.

A los fines de analizar la regulación de honorarios por los trabajos realizados en la Primera Instancia por los letrados de la parte actora se debe tener en cuenta el principio de indivisibilidad de la acción, la labor desarrollada, la naturaleza del proceso, las etapas laboradas, el éxito obtenido, como asimismo las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. En este marco, analizadas que fuera la labor de los profesionales bajo los parámetros señalados precedentemente considero que el porcentual instituido por la *a quo* se ajusta a derecho, por lo corresponde confirmar el decisorio de grado en este punto. (Conf. arts. 5, 6, 8, 9, 38, 46 y 49 de la ley XIII N° 4).

A LA TERCERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota por la **POR LA AFIRMATIVA** **A la TERCERA CUESTIÓN**, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de V. dijo:

A fs. 908 el ab. P. C. M. apela por altos los honorarios que le fueran regulados.

A fs. 912 la codemandada N. J. G. apela por altos la totalidad de los honorarios regulados.

A fs. 913 el Ab. L. A. N. apela por bajos los honorarios que le fueran regulados.

A fs. 914 el Ab. L. A. P. apela por bajos los honorarios que le fueran regulados.

A su respecto diré que la ley arancelaria prevé un conjunto de pautas que pueden ser evaluadas por los jueces con un razonable margen de discrecionalidad, entre las que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, el mérito de la causa, la calidad, eficacia y extensión del trabajo, la incidencia del dictamen pericial en el proceso, entre otros aspectos.

Del mismo modo y en términos similares, se expide la Ley XIII N° 18 que regula el régimen arancelario para los servicios profesionales en Ciencias Económicas por su actividad judicial.

Por ello, considerando las mismas y reexaminada la actividad profesional cumplida por los letrados y peritos que intervinieron en la causa, los porcentajes establecidos a su favor en la sentencia de grado deben confirmarse.

Voto a la tercera cuestión **POR LA AFIRMATIVA**

A LA CUARTA CUESTION, el Señor Juez Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

Que de compartir mis distinguidos colegas el criterio que he propugnado en mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1. **DECLARAR DESIERTO** el recurso de apelación deducido por TPC COMPAÑÍA DE S. S.A. e **IMPONER** las costas al apelante. (Conf. art. 69 del CPCC). **SIN REGULAR** honorarios a la Ab. D. P..
2. **CONFIRMAR** la sentencia apelada en todo lo que fuera materia de agravios.
3. **IMPONER** las costas a los apelantes vencidos (Conf. art. 69 del CPCC).
4. **REGULAR** los honorarios profesionales por el recurso interpuesto por la parte actora del abog. L. P. en el 32 %, del abog. L. N. en el 30 % y los del abog. J. J. O. en el 25%, por el recruso interpuesto por S. M. S.A y SMG C. DE S. S.A del abog. J. J. O. en el 32 % y los del abog. P. C. M. en el 30% y los del abog. L. P. en el 25%, por el recurso de N. J. G. del abog. J. J. O. en el 32 %, y los del abog. L. A. N. en el 30%; y por el recruso interpuesto por la ASOCIACIÓN DE OBRAS SOCIALES DE TRELEW del abog. J. J. O. en el 30 %, y del abog. G. H. U. en el 28 %; todos ellos de lo que le correspondieran en la instancia anterior, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria). Todo ello, con más el IVA, si correspondiere.

5. **CONFIRMAR** los honorarios regulados en la instancia de grado.
6. **REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.**

Así lo voto.

A la CUARTA CUESTION, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de V. dijo:

Conforme el sentido de mi voto el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Julián E. Jalil.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de noviembre de 2018.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. **DECLARAR DESIERTO** el recurso de apelación deducido por TPC COMPAÑÍA DE S. S.A. e **IMPONER** las costas al apelante. (Conf. art. 69 del CPCC). **SIN REGULAR** honorarios a la Ab. D. P..
2. **CONFIRMAR** la sentencia apelada en todo lo que fuera materia de agravios.
3. **IMPONER** las costas a los apelantes vencidos (Conf. art. 69 del CPCC).
4. **REGULAR** los honorarios profesionales por el recurso interpuesto por la parte actora del abog. L. P. en el 32 %, del abog. L. N. en el 30 % y los del abog. J. J. O. en el 25%, por el recruso interpuesto por S. M. S.A y SMG C. DE

S. S.A del abog. J. J. O. en el 32 % y los del abog. P. C. M. en el 30% y los del abog. L. P. en el 25%, por el recurso de N. J. G. del abog. J. J. O. en el 32 %, y los del abog. L. A. N. en el 30%; y por el recruso interpuesto por la ASOCIACIÓN DE OBRAS SOCIALES DE TRELEW del abog. J. J. O. en el 30 %, y del abog. G. H. U. en el 28 %; todos ellos de lo que le correspondieran en la instancia anterior, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria). Todo ello, con más el IVA, si correspondiere.

5. **CONFIRMAR** los honorarios regulados en la instancia de grado.
6. **REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /18 SDC. CONSTE