En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil veinte, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, y asistencia de la señora jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"N. C., D. H. y Otros c/ S., O. E. y Otros s/ Sumario (Daños y Perjuicios)", Expte. Nro. 429/2019,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (Expte. nro. 406/2015), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 1029), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 935/974vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusieran el codemandado O. E. S. y la citada en garantía SMG C. A. de Seguros SA (fs. 976, agravios 1008/1016). Corrido el traslado de ley, fue constado por la parte actora (fs. 1020/1023).

I. Antecedentes.

En breve síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que el Sr. D. H. N. C. por sí y en representación de sus hijos menores de edad D. F. N. N., E. H. N. N.; y la Sra. T. C. L., interpusieron demanda por daños y perjuicios contra el Sr. O. E. S., y/o el Sr. S. E. L., y/o la Sra. M. A. R., y/o contra la Provincia del Chubut responsable del Hospital Regional dependiente del Ministerio de Salud, y/o contra quien resulte responsable del fallecimiento de la Sra. R. L. N. L. por la suma de $5.100.000 o lo que en más o en menos resulte de las pericias a desarrollarse en autos, ello con más intereses a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación A. para sus operaciones de descuento a 30 días y costas, desde la producción del evento dañoso y hasta su efectivo pago. Relataron los hechos. Hicieron mención a la causa penal. Se expidieron respecto a la legitimación tanto activa como pasiva y sobre la responsabilidad. Plantearon la inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil. Efectuaron consideraciones respecto al daño. Estimaron las partidas indemnizatorias peticionadas. Sostuvieron la inaplicabilidad e inconstitucionalidad de la prohibición de indexación. Ofrecieron prueba.

Tomó participación en representación complementaria del joven D. F. N. N. la Sra. Asesora de Familia Carolina N. García.

En oportunidad, contestó demanda la Provincia del Chubut solicitando el rechazo de la acción. Opuso excepción de falta de legitimación activa de la Sra. C. L. para reclamar por daño moral. Negó los hechos en forma general y en particular, y desconoció la documental aportada. Brindó su versión de los hechos.

Se expidió sobre los daños reclamados. Ofreció prueba. Pidió se rechace la demanda, con costas.

Contestó demanda la Sra. M. A. R., peticionando su rechazo. Negó en general los hechos y luego en particular. Opuso excepción previa de falta de legitimación pasiva. Brindó su versión de los hechos. Solicitó la citación en garantía de F. P. Seguros SA. Ofreció prueba. Solicitó el rechazo de la acción.

Contestó demanda el Sr. O. E. S., solicitando su rechazo. Peticionó la citación en garantía de SMG C. A. de S. SA. Negó los hechos. Denunció pluspetición inexcusable. Impugnó la pretensión económica y la procedencia de la tasa de interés peticionada. Negó la responsabilidad que se le atribuye. Efectuó consideraciones en cuanto a los daños reclamados. Ofreció prueba. Solicitó el rechazo de la acción.

Contestó demanda el Sr. S. E. L.. Negó los hechos. Peticionó la citación en garantía de F. P. Seguros SA. Proporcionó su versión de los hechos. Se expidió sobre la valoración de las actuaciones producidas en sede penal. Ofreció prueba. Peticionó el rechazo de la demanda.

Se presentó F. P. Seguros a efectos de contestar la citación en garantía. Reconoció la vigencia de la cobertura respecto de la Sra. M.
A. R.. Hizo alusión a la franquicia pactada. Negó los hechos en general y en particular. Describió su versión de los hechos. Ofreció prueba.

Contestó la citada SMG C. A. de S. SA. Negó los hechos. Denunció pluspetición inexcusable. Impugno la pretensión económica y la procedencia de la tasa de interés peticionada. Negó la responsabilidad que se

le atribuye al codemandado O. E. S.. Efectuó consideraciones en cuanto a los daños reclamados. Ofreció prueba.

Contestó la citada en garantía F. P. Seguros SA. Reconoció la vigencia de la cobertura en favor del Sr. S. E. L.. Hizo referencia a la franquicia pactada. Negó los hechos en general y particular. Brindó su versión de los hechos. Ofreció prueba. Pidió sea rechazada la acción impetrada. Producida que fue la prueba pertinente, pasaron los autos a despacho para resolver.

La sentencia dictada en la instancia de grado hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil efectuado por la parte actora y, en consecuencia, rechazó la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la codemandada Provincia del Chubut respecto a la coactora T. C. L.. Rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la codemandada M. A. R.. Rechazó el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 y la pretensión de actualización monetaria de la parte actora. Hizo lugar parcialmente a la demanda, declarando civilmente responsables a O. E. S., S. E. L., M. A. R. y a la Provincia del Chubut de la muerte de R. L. N. L. ocurrida el día 12 de abril de 2013 y, en consecuencia, condenó a abonar en el plazo de diez (10) días de quedar firme la presente, a R. H. N. N., la suma de PESOS UN MILLON CIEN MIL QUINIENTOS VEINTICINCO CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS ($1.100.525,87), a D. F. N. N. la suma de PESOS UN MILLON DOSCIENTOS TREINTA Y UN MIL SEISCIENTOS SESENTA

Y CUATRO CON OCHO CENTAVOS ($1.231.664,08), y a T. C. L., la suma de PESOS UN MILLON ($1.000.000), más los intereses correspondientes a la tasa activa para operaciones de descuento de documentos comerciales del Banco de la Nación A., liquidados a partir del 12 de abril de 2013. Dispuso que la sentencia tenga para SMG C. A. de S. S.A., citada en garantía por el codemandado O. E. S. y para F. P. Seguros S.A., citada en garantía por los médicos S. E. L. y M. A. R., idénticos efectos que para estos codemandados, en el marco del contrato, conforme el art. 118 de la Ley de Seguros. Impuso las costas por la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la Provincia del Chubut, a esta codemandada, en virtud del principio genérico de la derrota contenido en el art. 69 CPCCCH. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes en el derrotero de la excepción opuesta en la contestación de la provincia demandada. Impuso las costas por la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por M. A. R., a esta codemandada, en virtud del principio genérico de la derrota contenido en el art. 69 CPCCCH. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes en el derrotero de la excepción opuesta por la codemandada perdidosa. Impuso las costas por la acción principal a los demandados vencidos. Reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

II. Análisis de los agravios.

Contra el decisorio se alzaron el codemandado O. E. S. y la citada en garantía SMG C. de S. SA. Cuestionaron la responsabilidad atribuida al Sr. S., y

subsidiariamente para el caso de no prosperar su primer agravio las partidas indemnizatorias acordadas.

La provincia del Chubut (fs. 989), el codemandado S. E. L. (fs. 990), la codemandada M. A. R. (fs.991) interpusieron recursos de apelación cuyo rechazo por extemporáneos obra a fs. 992 y vta.

Por su parte a fs. 1005 la parte actora desistió del recurso de apelación interpuesto a fs. 983 y que fuera concedido a fs. 984, teniéndose por desistidos a los Sres. D. N. C., R. H. N. N. y D. F. N. N. a fs. 1006.

En el abordaje de las cuestiones sometidas al juzgamiento de esta Alzada, diré ante todo que, tal como lo tiene dicho nuestro máximo tribunal, "los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las constancias de la causa, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos, 311:571) y para la correcta solución del litigio (311:836), y tampoco están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes ni analizar los argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (301:970 y 311:1191)".

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

razón por la que corresponde sea juzgada a la luz de las disposiciones del anterior Código Civil.

Entonces, y en acotado relato, diré que al promover demanda, los actores dijeron que la Sra. R. L. N. L. falleció de un shock hipovolémico el día 12 de abril del año 2013 en el Hospital Regional de esta ciudad. Explicaron que falleció desangrada dentro del nosocomio y producto de una intervención quirúrgica allí practicada.

Relataron que ingresó a operarse el día 11/04/2013 a efectos de extraerse un fibroma en el útero por indicación del Dr. O. S., su ginecólogo, en una operación programada: histerectomía subtotal simple por miomatosis uterina.

Sostuvieron que R. gozaba de plena salud, distribuyendo su día entre sus dos hijos menores, los quehaceres del hogar y su trabajo. Expusieron que hasta el día anterior a la operación trabajó, lo que evidenciaba su buen estado de salud general.

Refirieron que entró a quirófano a las 10:30 hs. del 11/04/2013 donde fue intervenida por el Dr. S., y luego llevada a una habitación común una hora más tarde. Mencionaron que el día previo a la operación el Dr. S. le había manifestado que no tendía anestesia general por lo que el mismo día se podía ir a la casa quedando en observación algunas horas.

Manifestaron que a las 14:00 hs. del día de la cirugía comenzó a sentirse mal, sintiendo calor, sed y comenzando a desvanecerse. Rememoraron que por ello los familiares llamaron a la enfermera, quien les manifestó que el Dr. L. (encargado de sala) dijo que “es normal y levante los pies”.

Afirmaron que varias veces se pidió a las enfermeras que llevaran un médico, manifestando -las que atendían el cuarto-, que no era posible porque ellas llamaban al médico pero éste no venía (el encargado de sala era el Dr. L. señalaron).

Describieron que a las 18 h su respiración era corta y dificultosa y ella misma manifestaba que le costaba respirar, que los familiares volvieron a insistir y rogar por un médico viendo que R. se desmayaba. Sostuvieron que R. estaba haciendo un paro cardiorrespiratorio.

Manifestaron que seis horas después de la operación llegó por primera vez un médico a verla, el Dr. M. R., quien luego firmó el certificado de defunción.

Aseveraron que R. fue intervenida quirúrgicamente por el Dr. S., vuelta a una sala común con puérperas y bebes recién nacidos cuyo contralor estaba a cargo del Dr. L., y que fue abandonada a su suerte mientras se desangraba.

Rememoraron que el Dr. R. ordenó de inmediato desalojar al resto de las pacientes internadas de la habitación; y que manifestó que R. estaba teniendo un paro cardíaco, que tenía muerte súbita y que era una hemorragia. Ordenó su inmediata suba a quirófano.

Expusieron que en el quirófano fue intervenida por la Dra. C. H. quien una vez finalizada su faena dijo a los familiares que había logrado establecer el pulso y la presión con transfusiones para reponer la sangre perdida. Recordaron que les dijeron que debían juntar varios familiares para donar sangre porque

había utilizado mucha sangre del banco del hospital. Refirieron que al salir del quirófano la Dra. H. se sentó junto a familiares y amigas de R. y les manifestó "me encontré con un lago… y no pude hacer mucho".

Expusieron que posteriormente el Dr. R. informó a la familia que el cuadro era irreversible por la sangre que había perdido y minutos más tarde directamente les hizo entrega del certificado de defunción manifestando textualmente que "esto se podría haber evitado, se desangró, tienen todo el derecho de averiguar que pasó. Si fuera familiar mío lo haría".

Hicieron alusión a la Historia Clínica de la paciente que el Dr. L. completó y firmó con fecha 11/04/2013 a las 14, 16:30 y 18 h manifestando que en dichos horarios R. había presentado "abdomen blando y depresible, levemente doloroso a la palpación profunda, sin defensa", señalando con énfasis que dicho profesional no se presentó nunca personalmente en la sala para efectuar dicha palpación ni ningún otro control. Alegaron que con esa conducta además incurrió en el delito de falsedad ideológica, que alcanza en su imputación a la Dra. A. R., médica residente que firmó junto al Dr. L. debajo de dicha información aseverando que la palpación se efectuó cuando en realidad nunca sucedió. Hicieron mención a la causa penal considerando probados con ésta lo expuesto.

Afirmaron que los demandados deberán responder por la muerte de R. de 33 años de edad, madre de dos menores, causada por la impericia, negligencia,

ignorancia y abandono inexcusable de los galenos señalados (invocaron el art. 110 del Código de Ética de la Confederación Médica A.).

Remarcaron que desde que fue intervenida hasta que hizo un paro cardiorrespiratorio en la sala común, ningún médico se presentó jamás a ejercer sobre ella ningún tipo de cuidado o control postquirúrgico, ni el Dr. S. que la operó, ni el Dr. L. que tenía el control de la sala.

Señalaron que previo a la interposición de la demanda se agotó la vía administrativa presentándose el reclamo administrativo previo el 10 de junio de 2014 ante el Ministro de Salud de la Provincia del Chubut, requiriéndose pronto despacho el 10 de Octubre del mismo año sin respuesta del Estado Provincial.

Señalaron que los hechos relatados motivaron que se interpusiera la correspondiente denuncia ante la fiscalía local que dio origen a los autos "N. C., D. H. s/ Denuncia presunta mala praxis Rv. R. N." Nro. de Carpeta Judicial 6210 Legajo Fiscal 52.500.

En cuanto a la legitimación activa, sostuvieron que la víctima convivía desde hacía varios años con el Sr. D. H. N. C., padre de sus hijos R. H. N. N. y D. F. N. N.. A su vez señalaron que R. era hija de T. N..

En relación a la legitimación pasiva de los demandados alegaron que el Dr. S. operó a la paciente y algo no resultó como debía, lo que hizo que R. se fuera desangrando lentamente. Reiteraron que el Dr. S. jamás concurrió a controlar el resultado de su intervención, ni volvió a visitar a la paciente.

En cuanto al Dr. L., afirmaron que tenía a su cargo el control de la sala, que incumplió también su

deber de cuidado, omitiendo aunque sea la visita a la sala que tenía bajo su contralor, falsificando la historia clínica juntamente con la Dra. R. vertiendo hechos que jamás ocurrieron.

En cuanto a la Provincia del Chubut sostuvieron que ambos galenos se desempeñaban como dependientes o contratados del Hospital Regional quien debe responder en los términos del art. 1113 CC.

Se expidieron respecto a los presupuestos de la responsabilidad civil, exponiendo sobre la autoría, el daño, la antijuridicidad, los factores de atribución y la relación de causalidad adecuada.

En el acápite daño, expusieron que la muerte de R. fue producto de la cirugía y posterior desidia producida por un shock hipovolémico, definiendo este como: un estado circulatorio insuficiente que lleva a una perfusión tisular inadecuada. Se explayaron al respecto. Señalaron que R. estuvo demasiado tiempo con falta de sangre y por ello fue que pese a la cantidad de unidades de sangre que le introdujo la Dra. C. H., habiendo los órganos sufrido daños irreparables, nada pudo hacerse.

Señalaron que R. a las 14 h comenzó a sentirse mal y que el Dr. L. recién a las 20 h pidió al Dr. R. que concurra a la sala. Remitieron al testimonio de la Jefa de Enfermeros obrante a fs. 23 del Legajo Penal y a lo expuesto por el Dr. M. R. a fs. 21 del mismo. Asimismo hicieron mención a lo expuesto por la Dra. C. H. a fs. 27 respecto a las prácticas que debió llevar a cabo en la segunda operación. Destacaron como fundamental además el testimonio prestado por la Sra.

Carolina Salomón que se encontraba internada en la misma sala que la Sra. N..

Hicieron alusión a doctrina médica y jurisprudencia a efectos de apoyar su postura respecto de la responsabilidad atribuida.

Seguidamente cuantificaron las partidas indemnizatorias peticionadas. En cuanto al valor vida, lo estimaron en $2.100.000 en favor de los dos hijos de la Sra. N., R. H. N. N. y D. F. N. N., correspondiéndole $1.050.000 para cada uno (fs. 171). Cuantificaron el daño moral en la suma de $1.000.000 para cada uno de los hijos y $ 1.000.000 para la madre de R.. Peticionaron la inaplicabilidad e inconstitucionalidad de la prohibición de indexación.

El codemandado Sr. O. E. S., y la citada por él en garantía SMG C. A. de S. SA, negaron la procedencia de la suma de $5.100.000 reclamada por la parte accionante alegando la existencia de pluspetición inexcusable por estar desprovista de todo fundamento lógico y parámetros cuantificantes objetivos. Impugnaron la pretensión económica, los intereses y desvalorización monetaria por excesiva, improcedente y desafortunada. Justificaron su oposición en que los valores que ella traduce se apartan notable e injustificadamente de precedentes de esta jurisdicción, además de carecer su argumentación de toda pauta sólida. Se opusieron a la aplicación de la tasa activa requerida en entendimiento que sólo los bancos se manejan con tasas activas.

En cuanto al relato de los hechos, reconocieron que la Sra. R. de L. falleció con fecha 12 de abril

de 2013 en el Hospital Regional de Comodoro Rivadavia alegando que la causa de su fallecimiento quedó debidamente establecida en la causa "N. C., D. H. s/ Investigación pta. mala praxis" Leg. Inv. 52500 N° Carp. Of. Jud. 6210. Expusieron que en dicho expediente el Fiscal Marcelo Cretton desistió de la acusación pidiendo el sobreseimiento del Dr. S. por entender que no hubo delito y que su proceder se adecuó a la práctica médica exigible. Refirieron a la obligación impuesta al galeno como una obligación de medios. Afirmaron que el deceso de R. no se debió a la práctica negligente, imprudente y menos aún actuación imperita del Dr. O. S., razón por la cual sostuvieron que no debe responder por el óbito.

En cuanto a la responsabilidad atribuida al Dr. S. reconocieron que operó a R., más no que algo salió mal y que por ello se desangró. Afirmaron que conforme quedó demostrado en el decurso del proceso penal oral, las obligaciones inherentes a la práctica cumplidas por el Sr. S. fueron adecuada y suficientemente realizadas. Sostuvieron que en la prestación médica enderezada a asistir al paciente no se garantiza la recuperación del asistido, sino el adecuado tratamiento. Sostuvieron que la carga de la prueba recae sobre la parte actora quien debe acreditar la culpa del deudor que no puso de su parte los medios razonablemente exigibles para el normal cumplimiento de la obligación principal, y que debe acreditar la relación de causalidad adecuada jurídicamente relevante entre la existencia del daño y al antecedente que lo produce.

Negaron la existencia de nexo de causalidad adecuado entre los hechos y conductas relatados por el actor y la conducta diligente, profesional y suficiente del Dr. S.. Asimismo negaron que la intervención fuera deficiente, y que pueda atribuirse a S. la obligación de cuidado postquirúrgico, explicando que conforme la estructura y organigrama del nosocomio público está asignada dicha función a otras personas y funcionarios. Plantearon la imposibilidad de objetivar la responsabilidad médica.

Impugnaron la procedencia y la cuantificación de los montos reclamados. En cuanto al daño emergente sostuvo que la actora pretende que se indemnice el daño por la muerte como una especie de lucro cesante sui generis toda vez que habla de una relación de empleo no registrada y de valores que no se condicen con la realidad. Argumentó que más allá de la ausencia de responsabilidad del Sr. S., y para el caso que se admitiera el reclamo corresponde descontar del monto pretendido múltiples rubros y conceptos aceptados pacíficamente por la totalidad de la jurisprudencia del derecho de daños, los que detallan.

En relación al daño moral, impugnaron el monto que se reclama por improcedente, excesivo e infundado.

Bien, como antes señalé, de resultas con lo decidido en la sentencia de grado, la codemandada y citada en garantía, sostuvieron que no obstante el denodado esfuerzo de subsunción que realizó la jueza de grado no se ha satisfecho la exigencia de vinculación causal entre la conducta atribuida al Sr. O. E. S. y el óbito de R. L. N. L., circunstancia que, -a su entender- descalifica el decisorio por no

constituir una derivación razonada del derecho vigente con especial atención a los hechos probados de la causa.

Refirieron los recurrentes que la descripción del decurso penal es correcta pero peca de incompleta dado que omite indicar dos cuestiones que son dirimentes: por un lado que no hubo acusación del fiscal merced a la posición del Ministerio Público Fiscal ejercido por el Dr. Cretton quien consideró, en instancias investigatorias preliminares, que no existía delito en la conducta del Sr. S. y por ende no lo vinculó al proceso; y por otro lado, que el querellante omitió presentarse a la apertura del debate renunciando su asistencia letrada a continuar representándolo. Señalaron que ello, generó que el Juez Mariano Nicosia designara un querellante Ad Hoc para que continúe la misma, y que el funcionario designado, luego de estudiar el caso, concluyó que no existían elementos criminosos en la conducta del Sr. S. y por ello desistió de la querella.

Afirmaron con base en ello que, el desistimiento no fue una mera formalidad ni una desatención sino la veraz exposición de que la conducta criminosa no había existido, y por ende no podía sustanciarse el juicio oral respecto del Dr. S. concluyendo con la causa no por vencimiento de plazos, sino por inexistencia de conducta criminosa, ni pruebas que validan tal acusación esgrimida únicamente por la fallida querella.

Sostuvieron que esta conclusión -que la jueza de grado no advirtió- se agrava con la sesgada interpretación de la prueba que realizó y cuya

gravedad es suficiente para descalificar el decisorio como acto jurisdiccional válido.

Refutaron el razonamiento de la sentenciante respecto a la prueba rendida partiendo de las actuaciones cumplidas en sede penal que no cuestionadas por las partes -a su criterio- devienen valorables.

Señalaron que la autopsia realizada por la Dra. Eliana V. Bévolo fechada el 18 de abril de 2013, con ampliaciones datadas el 06 de junio de 2013 y 12 de junio de 2013, claramente concluye que el cuello uterino se advierte saturado y peritonizado; la sección bilateral a nivel de los ligamentos redondos trompas de Falopio y ligamentos útero ováricos están ligados y ambas arterias uterinas se encuentran seccionadas y saturadas bilateralmente.

Seguidamente expusieron que en el segundo informe se constata la ligadura de todos los vasos como de los pedúnculos vasculares y en el final indica que la práctica fue correcta (d) y la atención se encontró dentro de los lineamientos que debe tener un cuidado post quirúrgico sin complicaciones.

Aseveraron que, su testimonio en sede penal valida y ratifica sus conclusiones agregando que además de transcurrir más de diez horas entre la primera y segunda cirugía, el control en cuanto a hemorragia y eventuales infecciones corresponde al médico de guardia o a la guardia activa como cuerpo médico específico dentro del nosocomio.

Dijeron que, en cuanto a las indicaciones del postquirúrgico fueron correctas y el control de ellas

también corresponde al sector indicado reforzando el argumento que sostienen desde el inicio.

Según expusieron, desde la perspectiva médico quirúrgica, la tarea que le cupo a S. con exclusividad por su especialidad y función, fue eficiente e íntegramente cumplida con apego estricto a las leyes del arte; y toda extensión de objetividad de responsabilidad no sólo afecta el debido proceso sino que carece de rigor jurídico el denominado principio de confianza, aplicable a toda actividad compartida y arriesgada, de carácter lícito como es la práctica de la medicina en un ámbito de pluriespecialidades.

Alegaron que, el análisis que efectúa la señora jueza en relación a la historia clínica da cuenta de las obligaciones asumidas por el Dr. S. respecto a su llenado y verificación de las extremos exigidos para tal facticidad, no siéndole imputables ni mucho menos atribuibles la confección o defectos en tal proceder luego del acto quirúrgico y en los que no solo no intervino sino que tampoco tuvo noticia.

Advirtieron que todos los supuestos descritos por la sentencia se sitúan temporalmente luego de la conclusión sin novedades de la práctica quirúrgica y ya en el ámbito de la planta de cuidados médicos del Hospital Regional, ajeno al ámbito de práctica del Dr. S., y al cuidado de médicos que cumplen el rol específico de asistencia y cuidado postquirúrgico tal cual se desprende de los dichos de P. y de la experticia del Dr. B. (punto 4.9 fojas 803/11)

Aludieron a la pericia médica realizada por el Dr. B. señalando que describe cronológicamente la Historia Clínica y abunda sobre la labor

postquirúrgica -que indicó semejantes a toda cirugía-. Consideraron que el informe valida la conducta del Sr. S. en su proceder profesional, ya que da cuenta de la inexistencia de arterias o vías deficientemente saturadas y ligadas todas toda vez que las técnicas quirúrgicas y protocolos utilizados fueron correctos.

Afirmaron que no existía abdomen agudo o síntoma alguno luego de la intervención, hecho que luego rescata la Dra. H. cuando indica que la técnica utilizada fue la correcta. Insistieron en que no existía sangrado activo, hecho justificado por la correcta ligadura y control por hemostasia afectando el cierre plano por plano como refiere la técnica quirúrgica que se realizó con total perfección y simplicidad enviándose a la paciente a sala general bajo la asistencia de los médicos responsables del sector.

Reiteraron que de las constancias de la Historia Clínica se desprende la evolución post quirúrgica, y la realización de controles de parte del sector existente asignado a tal función, por lo que la exigencia efectuada al Sr. S., -que no se desempeña en el sector de guardia, es por lo menos sobreabundante e incausada.

En esa línea, manifestaron que de los dichos de N. I. S. en la causa criminal puede extraerse que la cirugía estuvo bien, discurrió bajo parámetros normales, y luego de la histerectomía la sutura fue bien realizada además de ser constatada por el resto del equipo pasando a sala común; y que además indicó y describió la guardia activa es responsabilidad de los médicos que quedan a cargo de los internados y asisten

a los pacientes, habiéndose dejado instrucciones postquirúrgicas para su efectivización por enfermería, hechos corroborados por la HC.

Luego hicieron referencia a los dichos de la testigo A. E. M. en cuanto a que le fue indicado prestarle atención a la paciente, y su actuación respecto de los médicos a cargo de la guardia activa, discurriendo su aporte fáctico de la actuación o falta de ella del sector de guardia en la que S. no participaba, sino que nada tenía que hacer allí por su función específica de cirujano del Hospital Regional. Asimismo señalaron que en torno al suministro de medicamento oxitocina y sus consecuencias asumió el error como propio, aunque lo refiere a un médico que no identificó pero que evidentemente no es S..

Afirmaron que la importancia del yerro también la sindicó en su testimonio la Dra. Bévolo, circunstancia que prueba que jamás por el sector y por el tiempo pudo haber tenido intervención el Dr. S. ni haber controlado tal factibilidad.

Sostuvieron que Carolina Cárcamo también indicó que le dio agua y no estaba indicado, y que le habían indicado en el pase de turno del sector de guardia activa, que le preste atención dejando asentado las órdenes verbales, criterio que -dicen- concuerda con lo dicho por M. I. U. R., enfermera del sector, en cuanto a los médicos del sector y el suceso hasta el ingreso a terapia.

Refirieron a lo testimoniado además por la Sra. O. H. en cuanto al resultado de la intervención quirúrgica y la indicación postquirúrgica, la toma de

controles y el pase a sala general a cargo de los médicos.

Consideraron que de lo expuesto en los testimonios del personal profesional operativo del Hospital Regional, surge claramente una división de trabajo incompatible con la conclusión a la que arribó la Sra. jueza de grado al responsabilizar a S., desconociendo que el médico de guardia en tanto asume la obligación genérica de control y permanencia en el servicio, asume una posición de garante respecto de los casos que se puedan llegar a presentar durante su servicio, sobre todo en caso de urgencia.

Se explayaron respecto al ejercicio colectivo de la medicina, calificado como "macromedicina" que impone una creciente colaboración entre diversos especialistas y estamentos proactivos de las ciencias de la salud, que trae aparejado un necesario reparto de competencias y ésta, delimitación, diferenciación y coordinación de los deberes y competencias de cada uno de ellos. Ello, explicaron, a fin de evitar una criticable exasperación de los deberes de los cirujanos como los riesgos de una responsabilidad imprecisa o difusa o aquellos por defecto del control de parte de sectores asignados a esa técnica y estructuralmente a esas tareas. Repararon en que el médico puede delegar en el personal de enfermería aquellas tareas que son de competencia propia de dicho estamento y para los cuales se reúne la capacitación suficiente.

Afirmaron mediante cita jurisprudencial que a un cirujano que realizó con acierto la operación, no le puede ser imputada responsabilidad alguna respecto de

ulteriores actividades secundarias o complementarias, vigilancia del operador para que no se levante y beba agua- que el no pudo atender por sí mismo y de las que dadas su carácter individual no tenía obligación de responder. Asimismo aseveraron que no puede recaer bajo la órbita del médico de cabecera la responsabilidad por culpa o negligencia de las enfermeras en el ejercicio de sus funciones, salvo cuando su dependencia fuera expresa.

Sostuvieron que el testimonio de la Dra. H. no se aparta de la postura esgrimida en aras de la exculpación fundada de S.. Señalaron que también M. V. H. D. fue conteste desde su especialidad anatomopatología y la intervención que le cupo, en que no encontró defectos en la ligadura de vasos y arterias afirmando que las suturas estaban y que por ende la práctica de S. fue correcta.

Refirieron al testimonio de M. P. R., terapista, del que dijeron puede colegirse que advierte la existencia de sangrado por lo que sostiene que en el shock hipovoléminco se ve sangrado y él no lo constata en el momento por lo que luego de la ecografía decidió operar; y en cuanto a la sangre en el abdomen no puede precisar si cuando la recibió la tenía dado que no constatado el sangrado activo la causa puede ser de múltiples procedencias.

Luego se expidieron de lo expuesto por el Dr. P., consultor técnico en sede criminal, quien refirió a un protocolo y técnica quirúrgica adecuada conforme a técnicas universales y normales, describiendo la utilización de la pinza Faure como garantía de correcta sutura y evitación de pérdidas por sangrado

signando en el sector de guardias la responsabilidad del control post operatorio, sosteniendo que sus dichos son coincidentes con los del Dr. J. A. que participó en la reintervención quirúrgica aseverando que no había sangrado, y que se encontraba bien saturado al revisar pedículos, además de sostener que como se aspira la sangre que pudiera existir en la cavidad abdominal no se cuantifica.

Nuevamente aludieron a la pericia médica realizada por el Dr. B., señalando que la jueza de grado no advirtió la clara diferenciación en cuanto a la práctica en el sector privado y público y la responsabilidad post quirúrgica indicando que en el ámbito hospitalario hay médico de planta de guardia de la especialidad y residente de guardia, quedando estos últimos a cargo del paciente, lo que a su entender refuerza más la ajenidad del Dr. S..

Destacaron además que la experticia cumplida en autos por la Dra. M. C. L. también coincide con el colecto probatorio y con el argumento exculpatorio del Sr. S.. Trajeron a colación la obligación del juez de fundar cualquier apartamiento o rechazo de los dictámenes periciales, explayándose al respecto.

Afirmaron que las pericias realizadas en ambas sedes son contestes, uniformes y provistas de rigor técnico por lo que la ausencia de razones y fundamento para excluir sus conclusiones y la bondad de las mismas respecto a la actuación de S. constituye un claro acto de arbitrariedad. Esto dado que el disenso con el dictamen técnico no puede ser antojadizo y arbitrario, ni puede el juez fundar su discrepancia

sólo en su íntimo parecer, basándose exclusivamente en su particular modo de apreciar la cuestión.

Arguyeron con base en ello que, desprovisto de toda responsabilidad por la práctica quirúrgica en función de su competencia profesional merced la especialidad que detenta, y los sólidos argumentos no controvertidos de las conclusiones periciales en ambas sedes, no puede responsabilizárselo por cuestiones ajenas a dicha competencia y a cargo de un sector específico del Hospital Regional como lo es la guardia activa, a cargo de profesionales médicos, enfermeras y asistentes de enfermería y médicos en formación denominados residentes. Para finalizar su agravio se explayaron en cuanto al concepto de culpa médica.

Seguidamente para el caso que no prosperase el agravio anterior y en caso de confirmarse la responsabilidad cuestionada, plantearon el segundo agravio.

Cuestionaron que la magistrada adopte un sistema de resolución para la admisión de la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil derogado y luego ajuste los parámetros de la admisión resarcitoria a las nuevas normas del vigente sustantivo. Aclararon que si bien ello no trae consecuencias, deviene incorrecta la subsunción efectuada dado que es un solo régimen al que puede prestarse adhesión al resolver y no adoptar criterios parciales de una u otra normativa.

Luego manifestaron que, no obstante acierta la jueza en cuanto a la omisión del actor respecto a identificar la exigencia económica y el rubro por el que acciona, -razón que implica la necesidad de su

desconsideración-, la magistrada siguiendo precedentes que describe parece concluir en un porcentaje de afectación patrimonial fincado en los ingresos de la víctima y su impacto sobre el núcleo familiar, previo descuento de gastos que irroga el diario vivir. Recordaron que la cuantificación efectuada por la parte actora fue expresamente cuestionada por estar desprovista de parámetro lógico y constituir pluspetición inexcusable.

Expusieron que no se acreditó que la Sra. N. L. trabajara regularmente, ni que lo hiciera en forma legal, dado su condición de extranjera y la prohibición que para ello marca la ley. Dijeron que no puede aprovecharse y mucho menos tolerarse, como tampoco el aprovechamiento que un nacional pueda hacer de dicha condición. Remitieron al informe de la AFIP fs. 783/861.

Sostuvieron que no se acreditó que la residencia de la Sra. N. fuera legal y que su supuesto trabajo que un testigo indica como esporádico, se ajustara a parámetros de regularidad, legalidad y permanencia.

Con base en ello afirmaron que tomar el salario pleno con periodicidad mensual constituye un despropósito. Dijeron que no era mensual ni semanal por lo que extraer una consecuencia indemnizatoria desde esa falta de precisión claramente afrenta el derecho de propiedad de cualquier obligado al pago, máxime cuando no existe ni existió forma de poder adunar prueba alguna dada la condición migratoria irregular y ausencia de empleo regular.

Argumentaron que no probada la periodicidad, el número realizado por la jueza es arbitrario y

claramente violatorio del derecho de propiedad porque extrae un número y a ese lo multiplica por trece meses como si existiera vinculo laboral legal, permanente y mensual adicionando el sueldo anual complementario, todas circunstancias no comprobadas e incomprobables y que no pueden ser interpretadas contra los accionados tan livianamente. En esta línea de razonamiento impugnaron el salario determinado, su periodicidad, permanencia y la inclusión del SAC como también la omisión en caso de proceder de efectuar los descuentos de ley que implica un porcentaje importante del salario base de cualquier liquidación final.

Señalaron que la infracción -empleo en negro- ha sido probada, pero no así la periodicidad o permanencia de la prestación laboral por lo que, desprender de dicha infracción consecuencias reparatorias constituye un claro abuso del derecho a su entender.

Achacaron irrazonabilidad a la suma de $83.771,56 como la adición a un 20% como reflejo de gastos de crianza y quehaceres domésticos que lleva la suma de $100.525.87 por carecer de toda legitimidad, y de rigor legal y contable.

Cuestionaron que las alegadas elucubraciones concluyen con una suma de $231.664,08 que participa de la equivocada génesis ya apuntada y está provista de un componente de arbitrariedad violatorio del debido proceso con impacto directo en el derecho de propiedad de los accionados.

Argumentaron que ha de tenerse en cuenta insoslayablemente la condición socioeconómica de la víctima, directa o indirectamente para arribar a una

indemnización justa en el caso concreto, y solo en el caso de proceder. Dijeron que por esa vía si bien puede buscarse compensar su perjuicio sin empobrecerlo, tampoco puede enriquecerlo, dado que la finalidad de la indemnización es permitir al damnificado permanecer en la misma situación económica que tenía antes del accidente.

En cuanto al daño moral objetaron que la juzgadora sólo refiriéndose a generalidades desprovistas de toda vinculación con la causa arriba a la admisión de $3.000.000, distribuyéndolos en tres partes iguales entre las personas que nomina sin otro parámetro justificativo.

Expusieron que el rubro cuestionado procede solo cuando se acreditaron los extremos de viabilidad de la responsabilidad civil, y las normas aplicables confieren a la prudencia de los magistrados un significativo cometido, pero no los autoriza a prescindir de una de los requisitos de validez de los actos jurisdiccionales cual es la fundamentación. Se explayaron al respecto. Mantuvieron reserva del caso federal.

Efectuada la reseña precedente, los apelantes centran su primer agravio sobre dos cuestiones que cita concretamente, la primera de ellas, fundada en que, según su posición no se verifica relación de causalidad entre lo obrado en su condición de médico y el fallecimiento de la Sra. R. L. N. y, en segundo lugar, en razón del desistimiento del propio querellante - actor en los presentes - en el marco de la acción penal en que se le imputara el delito de homicidio culposo, y que culminara con su

sobreseimiento total y definitivo. Su extensa crítica se desarrolla luego sobre tales postulados.

Diré al respecto, que de la lectura de la resolución protocolizada bajo el número 3201/2017 de fecha 11/08/2017 y obrante a fs. 186/187 de la causa penal "N. C., D. H. s/ Denuncia Mala Praxis" C. 6210 L. 52.500 que tengo a la vista, surge que efectivamente la representación de la parte allí querellante desistió de la persecución penal intentada en tanto sostuvo que *"la prueba científica indicaría que no existió - en la emergencia - un obrar defectuoso por parte del profesional enjuiciado, toda vez si bien la intervención quirúrgica que el mismo hubo de dirigir conllevaba peligros previsibles, dichos riesgos estuvieron contemplados en las indicaciones que el mismo médico le habría impartido a los otros profesionales que luego de la cirugía quedaron a cargo de la vigilancia de la paciente. De ese modo, resaltó que si bien se verificó en el caso un resultado lesivo consistente en el fallecimiento de la damnificada, es imposible probar que hubiera habido defectos en el protocolo quirúrgico seguido por el médico acusado, no mediando nexo de causación entre dicha intervención profesional del encartado y el posterior deceso de su paciente. Por el contrario, destacó que toda la prueba del caso demostraría que la involución de la víctima, posterior a la cirugía, se debió a la falta de supervisión médica verificada en el tramo postoperatorio, que estuvo a cargo de otros galenos…"* (sic). Como puede colegirse, lo que allí se expuso coincide con el eje de los argumentos que componen la queja en tratamiento.

Ahora bien, en punto a lo vinculado a la decisión absolutoria a la que se arribara en sede penal, ya el art. 1103 del Código Civil velezano expresaba que "después de la absolución del acusado...no se podrá tampoco alegar en el juicio civil sobre la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución", lo que motivó una interpretación concordante de la doctrina respecto del efecto de cosa juzgada que recaía sobre las circunstancias fácticas configurativas del delito por el que se juzgaba al imputado y cuya existencia o inexistencia se pronunció el juez penal. La doctrina ha insistido que debe tratarse de aquellos elementos esenciales sobre los que se asienta la decisión absolutoria pues las referencias a hechos que no han sido invocados sino de manera incidental y cuya existencia o inexistencia no incide en este aspecto del pronunciamiento -aunque permitan justificar circunstancias agravantes o atenuantes- pueden ser motivo de alegación, prueba y nuevo conocimiento en sede civil.

Ello permite concluir que la sentencia penal absolutoria hace cosa juzgada respecto de dos aspectos que pueden fundar aquella decisión; esto es, la inexistencia del hecho atribuido al imputado y por el que se lo juzga (homicidio, lesiones, calumnias e injurias, robo, etc.) y la falta de autoría del mismo. Respecto de la primera de las hipótesis, como se dijo, una vez establecido por el juez en lo criminal que el hecho ilícito generador de la acción penal no existió (analizando su materialidad a la luz de los antecedentes y pruebas de la causa), no podrá discutirse en sede civil la existencia del mismo. En

relación a la segunda, se ha dicho que la sentencia penal que absuelve al imputado declarando que no fue autor material del hecho investigado, impide al juez civil volver sobre esta cuestión pues se trata de un aspecto vinculado a la inexistencia del hecho en su faz subjetiva.

Va de suyo que si en el marco de la investigación del hecho y en mérito a las pruebas colectadas el juez penal, se concluye que el imputado no tuvo intervención en el hecho, no puede propiciarse una revisión del criterio que consideró al agente, extraño al ilícito en cuestión. Se ha sostenido que al entender que el acusado no es autor del delito investigado, esta circunstancia de hecho específica y relevante, no puede ser desconocida por el juez civil pues la inexistencia del hecho principal (locución utilizada por el art. 1103 que sirve de antecedente al actual 1777 del CCC) "involucra clara y necesariamente a la autoría (en este caso, a la falta de autoría)" (Japaze, M. Belén, AR/DOC/4260/2014).

Vale decir -como afirma Sáenz- que la circunstancia de que el hecho no encuadre en alguno de los tipos previstos por el ordenamiento penal no obsta a que, en sede civil, se considere responsable al autor. Y ello es así porque ciertas conductas que son insuficientes para fundar la culpa desde el aspecto penal son, en cambio, adecuadas para determinar la negligencia del agente desde la órbita resarcitoria.

Asimismo, no debe perderse de vista que la ilicitud civil, a diferencia de la penal, es atípica, puede ocurrir entonces que el magistrado penal considere que no existe un delito penal, y el civil

admita la demanda porque el hecho es un ilícito civil. Sentado lo anterior, en caso de sobreseimiento del imputado es preciso diferenciar según cuáles sean los fundamentos que sustentan la decisión. Si ella se funda en que se encuentra acreditado que el hecho no sucedió, o que el autor no participó en él, el juez civil no puede abstenerse de considerar dicha solución a los fines de resolver la cuestión. Por el contrario, si el sobreseimiento se funda en otras razones, como la prescripción de la acción penal, el magistrado que intervenga en el proceso de daños queda en absoluta libertad para decidir sobre las cuestiones que se le planteen.

En este último sentido, ha dicho el Cimero Tribunal Nacional que "El sobreseimiento definitivo recaído en la causa penal solo descarta la imputación de que el acusado ha procedido con culpa capaz de fundar su condenación criminal, pero no excluye que, llevada la cuestión a los estrados de la justicia civil, pueda indagarse -en la medida en que la culpa civil es distinta en grado y naturaleza de la penal- si no ha mediado de su parte una falta o culpa civil que lo responsabilice pecuniariamente" (CSJN; 20/12/2011, "Molina, Alejandro Agustín c. Provincia de Santa Fe y otros s/ daños y perjuicios", RCyS 2012-II, 148).

(Sáenz, Luis R. J. RCyS2015-IV, 278, AR/DOC/900/2015)

Es claro que no se verifican aquí, según lo que acabo de exponer, ninguno de los supuestos que podrían impedir al juez civil que se pronuncie sobre la eventual responsabilidad del demandado en el proceso civil, desde que la causa por la que se sobreseyó al

mismo en sede penal derivó del desistimiento del querellante desde que entendió que no se configuró en la especie el delito penal por el que llevó al galeno al juicio. En todo caso, y si así fue, pues distinto es que pueda atribuírsele responsabilidad civil.

Aclarado ello, deben ponderarse las razones por las que la señora jueza concluyó condenando al demandado Sr. S.. Y creo pertinente ponerlo de resalto, puesto que la apelación vuelve a hacer pie, por un lado sobre la cirugía que aquél practicara, la que fuera referida como correcta -si se me permite el término- en el marco de los informes periciales incorporados al proceso, y por el otro sobre la pretendida responsabilidad de distinto personal del nosocomio respecto de los cuidados de la paciente en la etapa postoperatoria.

Y en relación con dicha posición, es importante destacar que la sentenciante sustentó su decisión sobre un aspecto esencial, cual es la falta de control o seguimiento de la evolución de la cirugía practicada, por parte de todos los galenos intervinientes, incluido el que practicara la cirugía Dr. S..

En efecto, se advierte que la señora juez de grado realizó un exhaustivo y detallado análisis de la prueba colectada a través del cual concluyó que la omisión de la atención post quirúrgica guarda una relación de causalidad adecuada con el fallecimiento de R. L. N. L..

Así, destaco que en líneas generales prevalece el criterio según el cual la culpa profesional es la culpa común o corriente emanada en lo esencial, del

contenido de los artículos 512, 902 y 909 del Código Civil. Cabe también señalar que la complejidad de la actividad médica influye ostensiblemente sobre la evolución de la responsabilidad profesional.

Sobre ese eje, considero innecesario reeditar aquí cada uno de los abundantes elementos probatorios reunidos en el proceso y a los que acudiera impecablemente la juez a quo para fundar su decisorio, entre ellos las valiosas declaraciones testimoniales del personal de enfermería. Con todo, impresiona y no pude pasarse por alto por la gravedad que importa el hecho las falencias en la historia clínica -incluida su eventual adulteración-, como así también la demostración de que en la etapa postoperatoria se administrara medicación (oxitocina) que -según lo expuesto por los propios médicos- ver fs. 956/957 de la sentencia - (H. y P., este último consultor del demandado S. en sede penal) tuviera efecto fatal en pacientes con una patología como la de R.. Destaco también lo expuesto en relación a la posible intervención temprana frente al cuadro de situación, la que no fue realizada. Adviértase, en tal inteligencia, que los testimonios brindados son contestes en afirmar que el médico Dr. S. “nunca apareció”.

Queda claro que la obligación del profesional cirujano no queda agotada o cumplida plenamente en el acto quirúrgico por muy correcto que haya sido realizado el mismo; sino que se extiende a solventar posibles complicaciones que puedan presentarse en la fase post operatoria. Bajo tal consigna, no puede sino coincidirse en que en el caso particular se configura

la circunstancia que impone la atribución de responsabilidad subjetiva en cabeza del demandado derivada de su conducta omisiva.

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

No hace falta mucho para concluir que aquí la negligencia fue manifiesta, ello a punto tal que se cobró la vida de una mujer joven. Coincidiré en los resuelto por la señora juez de grado.

En punto aparte los apelantes cuestionan el monto reconocido en las partidas indemnizatorias. Respecto de ello, adviértase que al contestar demanda, sostuvieron los apelantes que desconocían si la actora trabajaba, más que por los propios dichos de la demanda lo hacía “en negro” y en tareas domésticas. Vale decir, no negaron lo manifestado en la acción incoada sino que manifestaron “desconocer” tal realidad. Aduno a ello que la sentenciante valora a la hora de tener por cierta aquella manifestación de la parte actora, la declaración testimonial de su empleadora, Sra. R. (ver fs. 969 vta. de la

sentencia), lo que le permite hacer pie sobre un elemento objetivo válido para efectuar el cálculo respecto de la indemnización pretendida, lo cual no resulta desvirtuado por opinión distinta de quienes aquí impugnan lo resuelto. Ya en orden al rubro daño moral, adelanto que la crítica no pasa de una mera disconformidad que carece de idoneidad para conmover lo decidido.

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

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

He de recordar aquí sobre que el daño moral que, además de estar receptado en los arts. 522 y 1078 del Cód. Civil, el daño o agravio moral ha adquirido rango constitucional a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, pues en los artículos 5 y 11 del Pacto de San José de Costa Rica (Ley 23.054) encuentra recepción y tutela dicho bien jurídico (SCJBA, Ac. 57.531, 16-2-99, "Sffaeir, L. c/Provincia de Buenos Aires -Ministerio de Salud y Acción Social s/demanda contencioso administrativa").

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

Pero aquí no puede tomarse como punto de partida al sujeto del daño, sino que corresponde sea la persona de los demandantes la que ocupará ese lugar. Y esa hora, no dejaré de poner de resalto que aquí se trata del cónyuge y los hijos menores de la fallecida.

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

dolor ajeno" (Tribunal Superior de Justicia Cba., Sentencia n° 30 del 10 de abril de 2001).

No encuentro razón así, como antes dije, que surja del texto de la expresión de agravios, que justifique modificar el criterio empleado por la señora juez de grado y el resultado obtenido, por el que fuera cuantificada la partida, razón por la que confirmaré lo decidido.

Resta entonces resolver lo atinente a las costas de esta Alzada, las que impondré a los apelantes vencidos en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCCh). Difiero la regulación de honorarios de los profesionales actuantes para el momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de compartir mi distinguida colega de Sala mi voto, propongo al Acuerdo la siguiente fórmula:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por los codemandados Sr. O. E. S. y SMG C. de S. SA, confirmando la sentencia de la instancia de grado en todas sus partes, según considerando respectivo.

2) Imponer las costas de la alzada a los codemandados apelantes en virtud del principio objetivo de la derrota (arts. 69 CPCCCh).

3) Diferir la regulación de los honorarios profesionales de ambas instancias para el momento del Acuerdo.

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

Habida cuenta que el Sr. Camarista que me precedió en la emisión de decisión efectuó un detenido relato de los hechos, de las actuaciones de la presente causa, de

los fundamentos de fallo venido en revisión y de los agravios de las apelantes Dr. S. y su aseguradora, me eximo de efectuar dicha labor en mi voto a los fines de evitar lecturas disvaliosas y en la convicción de encontrarse cumplimentada la manda procesal del art. 164 del CPr.

En síntesis viene a mi conocimiento en segundo orden el presente pleito por la única apelación que se sostuvo en esta Alzada del Dr. O. S. y la citada en garantía SMG C. de S. SA contra la sentencia Definitiva nro. 50/2019 del Juzgado Civil nro.1 de la jurisdicción que dispuso rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 1078 del CC, la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la Provincia del Chubut respecto de la coactora Sra. T. C. L., la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por codemandada M. A. R.. Rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la aplicación de actualización monetaria (pto. nro.3). Hizo lugar parcialmente a la demanda declaró civilmente responsable a O. E. S., S. E. L., M. A. R. y a la Pcia. del Chubut por la muerte de R. L. N. L. acaecida el 12 de abril de 2013, condenó a pagar la suma de $1.100.525,87 a R. H. N. N., a D. F. N. N. $1.231.664,08, a T. C. L. $1.000.000, con mas los intereses. Extendió la responsabilidad a las aseguradoras de los médicos condenados. Impuso las costas por los distintos planteos y por la cuestión troncal a los vencidos y regulo los honorarios de los profesionales actuantes (fs.935/974).

Abordaré las quejas de las apelantes, en primer término, y en punto a la queja respecto de la

revisión civil, el Sr. Camarista que me precedió hizo referencia a un fallo de la CSJN que no se aparta del criterio añoso seguido por la doctrina y jurisprudencia, que he mantenido por años en esta función.

Mientras que en la justicia represiva analiza la culpabilidad del imputado desde un contexto restringido que lo lleva al deber de afrontar una condena (como: penas privativas de libertad, condenas en suspenso, y/o accesorias de inhabilitación a cargos determinados), la justicia civil tiene por finalidad analizar la culpabilidad (mediante el dolo o culpa), de modo que el demandado haga frente a un deber impuesto que se relacione, por ejemplo con una reparación patrimonial determinada, la indemnización derivada de un evento dañoso generador, o una obligación de dar, hacer o no hacer, según surja de la oportuna pretensión del justiciable.

Y si bien el concepto de culpa penal se asemeja a la culpa civil, en cuanto a que "en ambos casos esta se define por una omisión de la conducta debida para preveer y evitar el daño" (tal como ocurre en este caso), la culpa civil se manifiesta por la imprudencia, negligencia, impericia en la inobservancia de reglamentos o ciertos deberes determinados (incluyendo ante un factor de atribución objetivo), la culpa penal exige mayor rigor para valorar sus circunstancias con el propósito de aplicar una condena (conllevando un designio legislativo que resulta ser ajeno al interés patrimonial).

Asimismo cabe destacar que el antiguo art. 1103 del C.C. limitaba el supuesto de revisión solo a las

sentencias absolutorias, puesto que el mismo así lo señalaba, no obstante en el plenario Amoruso la Excma. Cámara de Apelación en lo civil señaló que "el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria del procesado recaída en el juicio criminal no hace cosa juzgada en el juicio civil" por lo que existen algunos supuestos de absolución o sobreseimiento que no impiden que el juez civil se incluya en estos temas, como ser: el sobreseimiento por orfandad probatoria, cuando el hecho no se subsume en una figura penal, por considerar la existencia de un delito o cuasi delito civil por las causales de extinción de la acción penal, o por haber operado algún criterio de oportunidad.

Sentado ello, y solamente a modo ilustrativo cabe analizar el nuevo criterio en el contexto establecido en materia de prejudicialidad y cuales resultan ser los puntos relevantes que el nuevo código pone en marcha, como corolario de su reforma y unificación.

En síntesis, según la legislación, ambas acciones (civil y penal) pueden ser ejercidas de manera independiente, pudiendo constituirse en actor civil si así lo decidiese quien motivo la investigación de un proceso criminal (art.1774 CCyCN). Se mantienen incólumes los efectos de la cosa juzgada respecto de la existencia del hecho principal que constituye la condena penal en el proceso civil (art. 1776), por lo que se asienta clara la única limitación.

Como adelanté no prospera el agravio.

Existe un párrafo en el memorial en la parte final del primer agravio, que me resulta de particular

interés, donde el apelante dice “que la prueba en el juicio a médicos debe versar sobre los actos u omisiones del profesional que demuestre una actividad negligente, imprudente o falta de pericia necesaria y no solo por el resultado negativo…”. (fs.1013vta.)

Indudablemente ha existido una errónea interpretación de la lectura del fallo por cuanto entre los extensísimos fundamentos de la sentencia de grado al evaluar la conducta del Dr. S. en base a la prueba compilada se demostró que había tenido una conducta negligente, que existió una omisión profesional, lo que echa por tierra la estructura y argumentos defensitas volcados en el memorial en esta etapa de revisión. Omitió el control post quirúrgico como acto que integra su función luego de concluida la operación a la que fue sometida la joven mujer, así como la prescripción de los medicamentos y el cuidado que debe seguir luego de la cirugía. Los testimonios brindados que dan cuenta de la omisión de atención post quirúrgica.

A mayor argumento no he de descartar las declaraciones de H. y P. sobre la inadecuada medicación suministrada por el Dr. S. y la insuperable constancia en autos del documento crucial que fue la historia clínica que refleja la falta de atención concluida y horas después de la intervención quirúrgica, corroborado por las declaraciones testimoniales en sede penal y en este proceso civil.

Por todo lo expuesto rechazo el agravio, coincidiendo con el primer votante.

En cuanto a los montos resarcitorios corren la queja la misma suerte adversa. El cálculo efectuado

por la a quo teniendo en consideración el trabajo "informal" o en "negro" en la sentencia de grado se siguió la formula Méndez, esta Alzada al momento de determinar la incapacidad sobreviniente, tiene en cuenta un mecanismo matemático como hizo la sentenciante pero como pauta indicativa puesto que valora otro tipo de circunstancia.

En el caso he de considerar que R., la víctima, era muy joven y que su rol familiar no era exclusivamente de proveedora sino que desarrollaba las actividades domésticas en su hogar, era un apoyo y ayuda para sus hijos en el cuidado personal y espiritual. Estos son factores que si bien son mencionados, en la cerrada formula que se aplicó en la sentencia de grado no siguió. El 20% que adicionó no los compensa, se presenta exiguo, valorados en reiterados fallos en mis decisiones, un criterio que indudablemente hubieran hecho superar el resultado, al monto acordado en la especie, que existen hijos todavía menores, debió sopesarse la renta que brindaría ese capital, lo que me lleva a respaldar lo decidido aún con las diferencias de valoración que apunte. En consecuencia evidente que los argumentos volcados en el escrito no son receptados.

Con relación al daño moral se otorgó la suma que había sido peticionada por cada actor. Vuelvo sobre los mismos argumentos, actualmente sigo el criterio de los placeres o goces sustitutivos, en el caso de la pérdida de la madre, de la hija, es de difícil medición, por lo cual ceñirse a lo pedido en la demanda por los actores, ha sido una decisión que considero justa y apropiada es inobjetable ya que ha

evaluado su propio sufrimiento, motivo por el cual rechazo los agravios.

Las costas de esta instancia las impongo a los apelantes conforme el principio objetivo de la derrota (art. 69 del CPr). Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo.

Por coincidir doy por reproducida la formula postulatoria del Dr. Hayes.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse inhibida de actuar la Dra. Zanatta y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, y art. 274 CPCCCh).

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

SENTENCIA

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por los codemandados Sr. O. E. S. y SMG C. A. de S. SA a fs. 976, y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 935/974vta.

2) Imponer las costas de esta instancia a los codemandados apelantes vencidos.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia al Dr. V. M. C. A., en el veinticinco por ciento (25%) y a la Dra. M. A. R. en el veintisiete por ciento (27%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiere.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO **RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES**

Jueza de Cámara **Presidente**

REGISTRADA BAJO EL Nro. DEL AÑO 2020

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CYC"

MARIA MAGDALENA CONSTANZO Secretaria de Cámara