En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los tres días del mes de julio del año dos mil veinticuatro, se reúne en acuerdo la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en esta ciudad, con la presidencia del Dr. F. Nahuelanca y asistencia del primer vocal Dr. Manuel Horacio Pis Diez y de la segunda vocal Dra. V. D.a Robert (tribunal designado según lo establecido en los arts. 5, 6 y 8 del Acuerdo 15/21/CACR), para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"R., V. E. y otra c/ M., H. D. y otros s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 269/23**, venidos de la Oficina de Gestión Unificada del Fuero Civil y Comercial - Secretaría nro. 1 (expte. nro. 10.608/15), y atento al resultado del sorteo de fecha 8 de noviembre de 2023 (art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Manuel Horacio Pis Diez, Dra. V. D. Robert y Dr. F. Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la Sentencia nro. 9/23 de fecha 22 de febrero de 2023? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Pis Diez dijo:

I. Vienen los presentes autos a conocimiento de este tribunal de apelaciones en virtud de los recursos interpuestos por A. E. de S. M. de C. R., por H. D. M., G. L. P., R. B. A., S. C. A. de S. S.A. y L. S. C. de S. G., por P. D. F., por el Sr. F. J. L. y por la obra social O., en contra de la Sentencia Definitiva nro. 9/2023. Concedidos los mismos, expresaron sus respectivos agravios en escritos digitales; así, A. E. por pieza ID 1078717; los codemandados M., P., B. y las

aseguradoras, por ID 1078892; la Sra. F. por ID 1082255 y O. por ID 1136135.

Corridos los respectivos traslados, contesta la parte actora a A. E. (escrito ID 1107783); a P. D. F. (1107724); a M., B., P. y las compañías aseguradoras citadas (ID 1110084) y a F. L. (ID 1109633).

Corrida la vista a la Asesoría de Familia, contesta por escrito electrónico ID 1279408.

A su vez, la actora apeló la Sentencia Interlocutoria nro. 150/17. Concedido el recurso con efecto diferido el 15/08/2019, expresó sus agravios por escrito electrónico ID 1080715. Por su parte, F. L. expuso sus agravios respecto del recurso concedido con efecto diferido el 02/11/2017 por escrito digital ID 1082555. Corridos los traslados; contestó a la parte actora la obra social O. (ID 1152629) y los codemandados M., B., P. y las citadas en garantía (ID 1094685).

II. *El fallo apelado*:

La jueza 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 H. D. M., R. I. B. A., G. L. P., L. S. C. L. de S. G., y S. C. A. de S. S.A., respecto de la participación del coactor M. V. R. C., de acuerdo a lo decidido en el Considerando II apartado b).

A su turno rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada O. S. del P. y G. P., y la atenuación de responsabilidad planteada por la demandada P. D. F.; el planteo de plus petición inexcusable efectuado por los demandados H. D. M., R. I. B. A., G. L. P., L. S. C. L. de S. G., S. C. A. de

S. S.A. y T. C. de S. S.A. y la aplicación de sanción de temeridad y malicia solicitada por el codemandado F. J. L., conforme lo decidido en el Considerando I apartados e) y b) y en el Considerando II apartado d), respectivamente.

A continuación hizo lugar totalmente a la demanda instaurada, declarando civilmente responsables a H. D. M.; R. I. B. A.; F. J. L.; P. D. F.; G. L. P.; A. E. de S. M. de C. R. y O. S. del P. y G. P. por los hechos ocurridos el 25/02/2014 que derivaron en el fallecimiento de N. B. R. C.; condenándolos a abonar en el plazo que indica, a V. E. R.; padre del menor, la suma de $4.833.333,33, a P. L. C. – madre- la suma de $4.833.333,33 y a M. V. R. C. –hermano- la suma de $3.833.333,33, más los intereses correspondientes a la tasa activa para operaciones de descuento de documentos comerciales del Banco de la Nación Argentina desde la fecha del hecho -25/02/2014- y hasta el momento de su efectivo pago para las partidas por pérdida de chance y daño moral y para las sumas dispuestas por daño punitivo, cuyos intereses a la misma tasa se devengarán una vez producida la mora en el cumplimiento de la sentencia, según considerandos II y III.

Dispuso que la sentencia tendrá, para S. C. A. de S. S.A. -por sus asegurados H. D. M. y R. I. B. A.-, para L. S. C. L. de S. G. por su asegurado F. J. L.- y para N. C. de S. S.A., antes N. S.A. A. de R. P. -por sus asegurados A. E. de S. M. de C. R. y G. L. P.-, idénticos efectos que para los codemandados, en el marco del contrato, conforme el art. 118 de la Ley de Seguros y de acuerdo a lo dispuesto en el Considerando II apartado e).

A su turno, hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva parcial opuesta por T. C. de S. S.A. y dispuso que la sentencia tendrá para esa compañía de seguros idénticos efectos que para su asegurada O. S. del P. y G. P. en el marco del contrato y de conformidad con el art. 118 de la Ley de Seguros, con excepción de la suma viabilizada por daño punitivo, impuesta a la última nombrada, por estar dicho rubro excluido expresamente de la cobertura contratada, por lo dicho en el Considerando II e). Para finalizar, impuso las costas por el principio genérico de la derrota y reguló los honorarios a los profesionales intervinientes.

III. *Fundamentos de los recursos. Contestación. Tratamiento*.

A) Los Agravios de los codemandados Sres. M., B. A., P., y las citadas en garantía, L. S. C. de S. y S. C. C. A. de S., quienes, bajo la misma representación letrada y en única pieza cuestionan en primer lugar la valoración de la prueba que efectúa la magistrada de grado para determinar la responsabilidad de los codemandados.

Realiza una extensa reseña sobre los hechos que dieran origen al presente y practica un análisis propio de la prueba incorporada en autos aseverando que, a efectos de resolver los presentes, debe partirse de la causa de la muerte del niño y agotar la noción de la patología.

Sostiene que tal como surge de los informes que individualiza (entre ellos la autopsia), el niño no presentó una infección de tipo bacterial, sino que su deceso se produjo a causa de una broncoaspiración,

consistente en el diagnóstico de bronconeumonía aspirativa aguda.

Explica que la bronconeumonía aguda es súbita, cataclísmica y de suceso inmediato no alienta ningún proceso previo dilatado ni reconoce entidad infecciosa, y tanto la micro aspiración como la bronco aspiración masiva en un niño de la edad de N. es inmediata, cataclísmica, fulminante, instantánea y no admite evolución previa. Dice que tales datos se extraen no solo del informe anatómico patológico de H. D. y O. I., sino también de las pericias de S. J. A. y M. G. D.

Asevera que la conclusión respecto a que N. se encontraba transitando un cuadro infeccioso que derivó en su muerte es falsa y no resiste el peso de las pruebas. Afirma que la infección pulmonar está claramente descartada por el estudio anatomopatológico y las explicaciones que en su derredor dieron H. D., O. I., D. y A. que claramente concluye que la causa del deceso se debió a alteraciones pulmonares vinculables a bronconeumonía aguda por aspiración consignando bajo identificación 318 B y 318 C pulmón derecho e izquierdo líquido blanco claro con bronquios permeables y bajo 318 G estómago contenido alimenticio blanquecino y grumoso.

Señala que incurre en error la jueza *a quo* al señalar que la tesis de la defensa cae a tierra con los resultados de laboratorio porque revelan, a *contrario sensu* de la argumentación defensiva, que el proceso infeccioso se desencadenó súbita y fatalmente cuando M. se había retirado de la clínica, toda vez que no fue invocada la existencia de un proceso infeccioso porque no lo hubo.

Con sustento en lo anterior, y a efectos de fundar la ausencia de responsabilidad del Sr. M., explica que el galeno revisó al niño N. y que tal revisación incluyó una auscultación física consistente en la utilización del estetoscopio y del otoscopio. Además de sugerir cambio de pañal, a lo que se adunó la indicación de análisis de laboratorio para descartar posibles diagnósticos.

Argumenta que una revisación en guardia satisface el requerimiento provisto por M. dado que, ante la inexistencia de clínica, como entiende demostrado, no puede exigírsele comportamientos compatibles con un deceso respecto del cual nada puede enrostrársele. Arguye que exigir abundar en cuestiones que no podían ser previstas en ese instante, es poner en cabeza del encartado una prueba diabólica derogatoria del principio de inocencia. Ello, dice, dado que a cada paciente según el leal saber y entender del médico deberá ser tratado conforme la posible patología que evidencie.

Aclara en cuanto a la deposición testimonial de la Dra. P. C. sobre el punto que describió un cuadro hipotético de revisación, y no se expidió sobre el caso concreto. Dice luego en relación al vómito confirma que *per se* no es patológico, hecho este que ratifican L., M., A. y D. agregándose que la palidez resulta de reflejos vagales y resulta normal en supuestos de vómitos ora por asustarse ora por incomodidad en el proceso expulsivo.

Expone que de ninguna manera dijo P. C. que N. debió seguir en evaluación médica dado que a preguntas genéricas contestó también genéricamente y la serie

hipotética de consideraciones que se efectúan a través de las preguntas no reflejan más que hipótesis.

Resiste la conclusión del fallo en relaciona que los médicos M. y B. A. descoordinaron su accionar alegando que ante la inexistencia de urgencia ni emergencia al momento de la consulta nada hacía prever un desenlace como el ocurrido.

Asevera que es claro el *íter* entre el momento en que M. deja su guardia y el que luego desencadena el óbito en que B. A. actúa como corresponde. Dice que no se alcanza a entender cuáles reglas de la causalidad se aventan entre uno y otro momento, toda vez que si al momento de la atención clínica para el medico el bebé estaba bien, la crisis que hace más de una hora después y que se trata de neutralizar estabilizando al niño por parte de enfermera y médica convocando a especialista en pediatría y neonatólogo, no puede en forma automática trazarse el delgado nexo de causalidad ni mucho menos sostenerse que uno u otro médico agravaron el riesgo.

En todos los supuestos el nexo resulta destruido por la consideración exhaustiva y certera de la causa de muerte que es desinterpretada por la magistrada de grado.

Partiendo de la base de las respuestas dadas a los puntos 4 y 14 en el informe de C. respecto a la asfixia por aspiración como urgencia médica que no puede pasar desapercibida en función de la magnitud sintomática, sostiene que no existen elementos objetivos que puedan permitir inferir (dada la falta de signo sintomatología alguna asociada) que el episodio aspirativa se inició en el domicilio, por lo que jamás en el consultorio M. pudo advertir lo que se le endilga como negligencia

porque no había clínica que justifique tal advertencia ni urgencia que amerite otro tratamiento que el que en la consulta se brindó.

Considera que imputar negligencia en la atención cuando el momento indicaba según el criterio médico que no puede ser sustituido por el lego- la realización de la práctica según hizo y luego presumir que por la indicación de laboratorio se profundiza el yerro médico, es por lo menos aventurado toda vez que los vómitos en lactantes tan pequeños como el niño N. pueden tener un significado muy diverso, pero en especial surge de los dichos de los testigos A., D. y P. C. y aún L.).

Refiere que el síntoma 'vómito post prandial' como manifestación clínica aislada en un lactante pequeño que crece bien, aumenta de peso, y no se acompaña de otras manifestaciones, no representa en sí mismo una urgencia médica. Se explaya en explicaciones para aseverar que cuando como consecuencia de los vómitos se produce una bronco aspiración, estamos en presencia de una complicación del síntoma que no es esperable en un bebé sano, pero que puede generar de inmediato una reacción inflamatoria en las vías aéreas, -edema y movilización de células con función fagocítica, llegando a la bronco neumonía aspirativa que es lo que en definitiva ocurrió.

Sostiene que la insistencia respecto de la existencia de "fases de la aspiración" impone preguntarse ¿cómo hace el médico para detectar el inicio si no tiene signo sintomatología que lo avale?

Señala que es posible que esta complicación hubiera ocurrido mientras se estaba esperando el resultado del laboratorio sin que tal suceso resulte predictible en forma apodíctica pero tampoco como para generar la

certeza de un proceso evolutivo previo que justifique la hipótesis condenatoria porque la autopsia dice lo contrario y los médicos H. D., O. I., D. y A. sostienen la hipótesis expuesta.

Entiende que tampoco reviste posibilidad de adhesión la afirmación respecto a que el examen fue laxo toda vez que quedó acreditado que en guardia y ante la inexistencia de una urgencia o emergencia lo hecho por M. era lo que correspondía (véase A.) y no exigía la ocasión más práctica que las que se brindaron.

Sostiene que una acción es contraria al deber de cuidado cuando se puede prever la peligrosidad de la conducta con arreglo a los conocimientos y capacidades, por lo que M. y B. A. no previeron ni pudieron prever el infausto final, habida cuenta la específica causa de muerte y su instantaneidad.

Dice que M. no pudo tratar al bebé como si estuviera en emergencia por inexistencia de cuadro clínico que lo amerite y finalmente si no existía clínica al auscultar el bebé dado que la causa de muerte como quedó reflejado es un hecho súbito, cataclismo e inmediato endilgar a M. y luego a B. A. responsabilidad en el hecho no posee sustento probatorio.

Cuestiona que la jueza asevere que el cuadro se agravó, alegando que un hecho espontáneo como la broncoaspiración que llevó al óbito de N., no presenta esa etiología.

Señala que el cuadro de broncoaspiración aguda que concluye con la muerte de N. se desarrolla luego de las 20:40 horas como se desprende de la comprensión de la etiología del suceso, los dictámenes periciales y los testimonios de T. O. I.; H. D.; A. y D.; como asimismo

que no existió emergencia pediátrica tal cual lo refirió la Dra. V. E. P. C. y por ello M. no pudo tratar al bebé como si estuviera en emergencia, porque no existía clínica al auscultar el bebé dado que la causa de muerte fue un hecho súbito.

Dice que incurre en error dirimente la jueza al afirmar que el paso del tiempo agrava el cuadro de bronco aspiración aguda, porque lo agudo es instantáneo por oposición a lo crónico que puede hacer presumir un proceso previo.

Argumenta que es imposible agravar un cuadro de esas características por lo súbito, espontáneo, cataclísmica y grave que resulta y porque no hay tiempo material para que ocurra porque no hay proceso evolutivo previo.

A partir de ello sostiene que endilgar a M. y luego a B. A. responsabilidad en el hecho no posee sustento probatorio.

Señala en orden a la conducta imputada a B. A. y ante la inexistencia de la emergencia hasta las 20:40 horas en que se genera la crisis que concluye con el óbito, nada podía exigírsele.

Y que de exigirse un comportamiento, este no fue plasmado ni tampoco su incidencia causal respecto del suceso.

Aduce que se le exige una diligencia que no radica en una descripción precisa de qué conducta debía reportar a tal diligencia insistiendo en una fase de la bronco aspiración que no pudo darse por fases ni mucho menos se dio así conforme las pericias e informes rendidos.

Critica que se le atribuya a B. haber dejado a N. y su madre solos con una máscara no apropiada reiterando que se niega a atenderlo, circunstancia controvertida y expresamente desmentida no solo por B. A., sino también cohonestada por la enfermera P. F. que es quien advierte la participación de la médica ante el llamado de los padres recién pasadas las 20:30 horas o más precisamente a partir de las 20:40 horas como coinciden los testimonios vertidos.

Arguye que no adoptó una actitud paciente y expectante a las resultas de los análisis porque está acreditado que ante el pedido de auxilio de los padres, B. en conjunto con la enfermera P. F., asistieron al bebé procurando establecer patología de base e iniciaron terapia de oxígeno con máscara pediátrica y colocación de saturómetro para verificar oxígeno en sangre obteniéndose una estabilización del paciente.

Argumenta que estos parámetros de actuación son los que corresponden al suceso y fueron debidas y suficientemente acreditados en autos sin que dichos testimonios fueran impugnados o sospechados de parcialidad.

Explica que la enfermera P. F. afirma que se le colocó una máscara de oxígeno pediátrica que describió adecuadamente alertando que el ruido que hace normalmente se debe no a que le queda grande al niño sino a que el anhídrido carbónico que produce la exhalación debe salir por cada una de las dos ventanas que habitualmente contienen dichos implementos.

Señala que el director médico de la A. E. de S. M. Dr. G. P. describió cómo se organiza habitualmente la

guardia pediátrica y dejó de lado cualquier duda sobre la existencia del implemento pediátrico.

Asevera a partir de ello que la máscara no era para adultos y tampoco se le pidió a la madre que la colocara o sostuviera.

Sostiene que la conclusión arribada por la magistrada de grado implica un grosero yerro en la interpretación de los dichos y una desconsideración absurda de la aludida descripción de la forma, utilización y uso de la referida mascara pediátrica, en tanto se demostró por la descripción de personal idóneo médico y de asistencia sanitaria que de la máscara salía oxígeno, y que el poseer dos agujeros para expulsar el anhídrido carbónico que se genera al expirar no habilita a generar suposiciones infundadas y carentes de rigor técnico.

Objeta que la jueza concluyera respecto a B. A. que su yerro se encuentra a las 20:30 horas cuando advierte la fontanela hundida y pide atención. Dice que no existió gravedad por deshidratación de acuerdo a lo que la Dra. S. J. A. con contundentes conocimientos científicos desmintió, sino que conforme los testimonios de P. F. y M. se demostró que cuando fue requerida B. A. respondió a estabilizar al paciente y saturarlo con oxígeno, sino que contando con la asistencia de la enfermera profesional realizó la interconsulta y convocó al Dr. L. quien se sumó al verificarse la emergencia. A partir de ello, y a modo de crítica plantea como puede afirmarse la responsabilidad a este último cuando el hecho desencadenante es fulminante y se verificó en contados minutos.

A continuación, critica que la sentencia más allá de la generalidad de la alegada infracción al deber de cuidado y necesidad de extremar la diligencia no establece en qué consistían las obligaciones jurídicas del médico, especialmente de L. respecto del paciente, sea que las hubiera asumido voluntariamente, o bien que le fueran impuestas reglamentariamente.

Dice que L. participó cuando fue convocado y en forma tempestiva por lo que la condena en esta sede es infundada y arbitraria.

Explica que el médico L. pudo tomar conocimiento del resultado de laboratorio luego de que fueran entregados y es ahí cuando afirma que es un paciente de riesgo, y lo era dado que había desencadenado el suceso cataclismo que lo lleva a la muerte en contados minutos, pero aclara que asirse a ello para condenarlo es un exceso.

Argumenta que lo que dice L. al calificar a N. como de alto riesgo, se refiere al momento en que le informaron sobre el recuento de glóbulos blancos y no es sino a las 20:50 horas cuando B. A., en su segunda llamada le informa de que el bebé estaba respirando con oxígeno en el *shock room* y tenía ese hemograma por lo que no es aventurado decir que L. en ese instante desconocía que tipo de paciente tenía en el *shock room* e ignoraba el detalle fino del hemograma con el recuento de glóbulos blancos. Claro que para él era un paciente crítico, pues podría requerir terapia pediátrica y el Sanatorio no la poseía.

Alega que respecto del resultado del hemograma aisladamente considerado también opinaron los testigos médicos y sobre que su significado no revela en forma

absoluta infección hecho este que confunde a los jueces y así lo afirman.

Advierte que, con solo revisar las respuestas de S. J. A. a las preguntas 27 y 28 de la defensa en su pericia y en la oralidad relativizan el número de glóbulos blancos del hemograma reitero, aisladamente considerado.

Agrega que también G. D. anatomopatóloga en respuestas a las preguntas 27; 28; 29 y 30 de la defensa responde sobre significado del hemograma con una suficiencia técnica que no puede ser desconsiderada como lo ha hecho la decisión en crisis.

A su entender constituye un argumento simplista para atribuir responsabilidad considerar que existía un cuadro preexistente no advertido por M. que derivo en el deceso de N. y ello constituye un análisis elemental.

Expone que la emergencia principia a las 20:40 horas, conforme testimonios de L. y M. que intervinieron para conjurarla, por lo que la convocatoria del médico pediatra jefe de piso de la A. E. de S. M. y responsable del sector en la ocasión fue adecuada y oportuna, a la altura de lo esperable de un médico de guardia ante una emergencia explicita como la que afectó a N.

Afirma que la jueza *a quo* no merita las conclusiones periciales de las Dras. S. J. A. y M. G. D. y los estudios de H. D. y T. O. I. alegando facultades propias que con cita jurisprudencia no resultan suficientes para tal conducta y no identifica que criterio sigue para adoptar tal conclusión sentencial.

Entiende a partir de ello arbitraría la valoración probatoria realizada y las desbastadoras consecuencias que dicha omisión genera sobre la garantía

constitucional del debido proceso y su correlato también constitucional constituido por el principio de inocencia.

Sostiene que del colecto probatorio no puede afirmarse que hubo sepsis y si lo contrario que no hubo sepsis ni infección tal cual lo acreditan irrefragablemente las constancias periciales no resultando adecuada la interpretación de los dichos de H. D. toda vez que la profesional formulo adhesión al criterio de O. I. para suscribir el informe respecto de la inexistencia de sepsis.

Reitera sobre los guarismos del hemograma en relación a la cantidad de glóbulos blancos que como dijeron autorizados testigos de profesión médica su consideración aislada cualquiera sea su número aún elevado en nada aporta a la determinación de la existencia de sepsis si no se los vincula con los restantes elementos del estudio.

Agrega que tampoco posee relevancia en tal contexto la exigencia de recomendación al bioquímico respecto a urgencia dado que también se probó que, al inicio de la atención por M., no existía urgencia que amerite extremar consejos o tratamientos que eran innecesarios en tanto de acuerdo a la causa de la muerte nada hacía prever que el desenlace fatal era una posibilidad.

Dice que fue clara la emergentóloga Dra. E. P. C. cuando sobre toda prioridad marcó que lo vital es mantener la vía aérea que es lo que B. A. hizo porque si se hubiera acreditado la deshidratación que no se acreditó aun hidratándose por vía venosa no hubiera sido posible salvar a N. sin recuperar la vía aérea, irrecuperable por cierto atento al hecho súbito,

espontáneo, cataclismo e inmediato que constituye la bronconeumonía aguda aspirativa.

Argumenta por otra parte que no hay evidencia ninguna que acuerde veracidad a la tesis respecto a que B. A. no estuviera preparada para una emergencia dado que su condición de médico la habilita para tal circunstancia (artículo 19 Ley 17132 y su correlato adhesivo local Ley X n° 3 antes Ley 989) y actuó en consecuencia procediendo a la interconsulta cuando lo consideró oportuno y a pretender derivar al niño al advertir que la infraestructura nosocomial era insuficiente en la emergencia.

Critica que insista la magistrada de grado con justipreciar como dirimente el tema de la coloración del vómito y su intensidad, en tanto ello fue claramente explicadas por los médicos y los peritos en sede penal sin que la remisión a dicha causa haya sido adoptada para informarse de tales y persuadirse respecto a que jamás pudo N. llegar broncoaspirado al consultorio de M. porque si no hubiera sobrevivido la consulta.

Alega que la A. E. de S. M. tenía una guardia pediátrica y un responsable de piso a cargo del Dr. F. L. y además una terapia neonatológica que integraba el Dr. M. quien también colaboró.

A partir de ello a modo de cuestionamiento indaga sobre la omisión que se les achaca a los galenos B. A. y L. y sobre qué es lo que se esperaba de ellos.

Se explaya en argumentaciones sobre la ciencia médica como ciencia inexacta aduciendo que juzgar un acto médico es una falacia absoluta que está reñida con la propia condición humana de la medicina dado que en medicina nada es matemático, no existen leyes de

previsión, ni predicción; todo lo programado puede tener efectos adversos y contrarios.

Aduce que el correcto seguimiento de una secuencia de actos y conductas, que de acuerdo a pautas empíricas de la ciencia médica otorgan las condiciones adecuadas para la mejor resolución de la patología a tratar, minimizando los riesgos o al menos sujetándolos a las circunstancias de cada paciente, representa básicamente el estándar de conducta que subyace la labor del profesional a la luz de lo dispuesto por el Cód. Civil 512 y 902, y que consistente con el cabal cumplimiento de esa obligación de medios que se reconoce a la labor profesional del médico.

Objeta las discordancias que a su entender existen en el fallo respecto a la actuación de los médicos.

Dice que se endilga desatención y abandono a B. A. desconociéndose la comunicación entre la médica y el Dr. L. que es presenciada por M., lo que acredita el interés de B. en que él bebé sea atendido por el especialista y la interconsulta que en forma inmediata ante el ingreso del niño a guardia calificó el accionar de la médica. Dice que satisface la exigencia del imperativo puesto en cabeza de L. y habilita su exculpación. Expone que la salida a llamar al especialista se traduce en una desinterpretación fáctica y una desconsideración de los testimonios de quienes presenciaron el suceso. Este hecho relevante fue presenciado y expuesto ante el tribunal de juicio por la enfermera P. F., el enfermero M., la médica B. y luego el neonatólogo M. B. no se va o abandona al paciente, sino que primero lo estabiliza y luego concurre a convocar a un especialista el Dr. F. L.

Explica que se confunde temporalmente y como suceso el ingreso a guardia con la crisis posterior a la estabilización del paciente uniformando temporalmente el suceso y agravando en perjuicio de la imputada B. A. una conducta que en nada fue negligente, sino que se adecuo a las reglas de la práctica: ante una emergencia suscitada en el momento convocó a quien estaba en mejores condiciones de neutralizarla el Dr. F. L. Plantea que estar en mejores condiciones no lo hace responsable, sino que se le exige que su arte y especialidad sea puesta al servicio como lo hizo, pero no exigirle, conductas imposibles.

Critica que nada se diga sobre el proceso de reanimación realizado conforme procedimientos protocolares y del que se desprende, en refuerzo de los informes periciales de A. y D. y la ampliación en audiencia del estudio anatomopatológico realizado por O. I. y H. D., la confirmación de un suceso cataclísmico, súbito, instantáneo y que no presupone como mal lo infieren los resolventes, una aspiración previa o en consultorio en la lejana consulta a M.

Argumenta que de la lectura de las experticias debiendo adunarse la de R. sumado a la causa del óbito explicada claramente en el informe y luego en audiencia por H. D. y O. I. la estrecha vinculación que existió entre el amamantamiento, la omisión de adecuar la conducta a lo sugerido por el medico M. y la respuesta de C. a la pregunta décimo sexta donde sostuvo que la bronco aspiración aguda pudo haber ocurrido durante el amamantamiento durante la espera de los resultados de laboratorio, lo que descarta la culpa de los médicos especialmente L.

Dice que M. no estaba en el sitio y su consejo fue desoído, y que nada pudo hacerlo presumir ni aún en grado de conjetura respecto del desenlace fatal.

Reitera que no surge de autos que la broncoaspiración se produjera en forma inmediata a la atención de M., sino precisamente lo contrario y aún más la broncoaspiración se produjo a partir de las 20:40 horas y que ello es categóricamente afirmado por la Dra. E. P. C. y por el Dr. T. O. I. Independientemente de resultar consecuencia de las pericias de S. J. A. y M. G. D. también es conclusión incuestionable del estudio anatomopatológico que suscribiera H. D. especialista de anatomía patológica del L. R. de I. F. de C. R.

Asevera que se desprende de los testimonios rendidos que al canalizar al bebé el tubo endotraqueal que conecta las vías aéreas con el exterior manaba abundante leche, circunstancia que se verifica en el estudio anatomopatológico con reconocimiento explícito de H. D., T. O. I. y los médicos L. y M.

Explica que jamás pudo ser un proceso evolutivo; y que no hubo agravamiento de un cuadro previo porque no había clínica al revisar M. al bebé N. y lo ve bien y gordito suponiendo cólicos por lo que jamás podría haber habido síntomas de broncoaspiración dadas la inmediatez y lo repentino del hecho.

Repite que la causa de la muerte es cataclísmica, de clínica exagerada y de respuesta instantánea a diferencia de la neumonía que es evolutiva; hechos estos que sumados a la inexistencia en los órganos sometidos a estudio anatomopatológico de vestigios de infección o sepsis ratifican no solo confirman la instantaneidad del

hecho, sino su falta de vínculo con lo actuado por M. en la consulta y por B. A. declarada la emergencia.

A partir de las conclusiones arribadas con sustento en su propio análisis de la prueba producida, sostiene que la decisión en crisis es arbitraria por sustentarse en afirmaciones dogmáticas, razones aparentes, pautas de excesiva laxitud, circunstancias desprovistas de relación causal con el resultado, y por apartarse de las constancias de la causa.

Sostiene que incurre en arbitrariedad la sentencia que omite establecer en qué consistían las obligaciones jurídicas del médico respecto del paciente, sea que las hubiera asumido voluntariamente, o bien que le fueran impuestas reglamentariamente, ya que sólo una vez conocido el alcance exacto de aquellas, es posible formular un juicio penal de reproche basado en su incumplimiento culposo.

Dice que la prueba desechada arbitrariamente acredita la inocencia de los encartados especialmente de L., que trasciende la facultad de selección que les asiste a los jueces en su consideración por violentar de manera intolerable garantías constitucionales.

A todo lo ya dicho aduna argumentaciones en pos de sostener la improcedencia de la condena del codemandado L. Dice que el art. 1102 del derogado Código Civil que la jueza *a quo* expone como fundamento de su análisis no resulta aplicable dado que no fue sometido a juzgamiento criminal. Expone que si bien una de las características de la culpa civil es la posibilidad de graduar la misma morigerando el nivel de culpabilidad que la cabe en la producción del hecho que le ocasionara daño al

damnificado ello no implica su extensión a quien no fue juzgado en aquella sede.

Alega que la decisión penal no podrá ser revisada en sede civil respecto de la denominada imputación objetiva, es decir, sobre la materialidad del hecho, su autoría, tipicidad y antijuridicidad lo que claramente excluye a quien no fue juzgado en la integridad de la conceptuación jurídica es decir autoría, materialidad, tipicidad y antijuridicidad.

Argumenta que la división horizontal del trabajo supone interacción de los partícipes en una relación de igualdad, mientras que en la organización vertical impera un principio de jerarquía que establece relaciones de suprasubordinación, y en la especie no existe jerarquía ni línea vertical, sino interconsulta precedida de explicitación de sintomatología y estado lo cual no habilita a calificar el actuar como negligente o imprudente si el médico se siguió de lo informado.

Expone que en casos específicos como el aquí estudiado también se aplica el artículo 1725 CCCN antes 499 CCivil y la relación de causalidad adecuada, resultando necesario, que las consecuencias perjudiciales tengan una conexión adecuada de causalidad con el hecho productor del daño circunstancias ausentes en relación a L.

Aduce, además, que en caso de responsabilidad médica el factor generalmente es subjetivo (culpa - dolo) y respecto de L. pretende anclarlo en una llamada telefónica y el trecho a recorrer por el interior de la A. como único correlato de tamaña imputación.

Esgrime que la obligación asumida por el profesional no es a obtener un resultado, sino tan solo poner los medios adecuados para alcanzar esa finalidad, esto es, de prestar asistencia técnicamente adecuada, poniendo al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que su título acredita y prestándole la diligente asistencia profesional que su estado requiere.

A partir de ello y con fundamento en que la pericia R. abunda sobre la buena práctica de L. y en que no le son aplicables los preceptos de la causa penal, sostiene que debe revocarse la condena a su respecto, en tanto no existe relación de causalidad adecuado con el daño.

En su segundo agravio critica la fijación de los montos indemnizatorios aduciendo arbitrariedad por incongruencia en la sentencia.

Considera que no resulta apropiado el criterio utilizado por la magistrada de grado para determinar la procedencia indemnizatoria de la pérdida de chance en la suma de pesos quinientos mil ($500.000) para cada uno de los padres con sustento en la norma del artículo 1745 del Código Civil y Comercial, dado que la indeterminación de pautas ciertas para su fijación y la referencia a cuestiones genéricas -como lo es la pérdida de un hijo- impide verificar el proceso lógico empleado y la coloca en situación de indefensión.

Afirma que la cuantificación resulta arbitraria en tanto no se adecua a las características particulares de la causa, y no guarda correspondencia con la jurisprudencia de este mismo fuero y jurisdicción careciendo de fundamentación lo que descalifica la sentencia como acto jurisdiccional valido.

Luego de explayarse en explicaciones sobre la ausencia de valor económico de la vida humana *per se*, sino en consideración a lo que produce o puede producir y las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes, sostiene que para fijar el valor vida no ha de aplicarse fórmulas matemáticas, sino considerarse y relacionarse las diversas variables relevantes en cada caso particular, tanto en relación con la víctima (edad, grado de parentesco, condición económica y social, profesión, expectativa de vida, etc.) como con los damnificados (grado de parentesco, edad de los hijos, educación, etc.), y si bien en autos existen esos parámetros de manera alguna permite inferir la justicia de la cuantificación más allá de toda alusión al hecho y su desgraciada ocurrencia.

Alega que no puede anclarse el futuro de la familia a una criatura sin otro parámetro validante que la voluntad o el dolor dado que el acreditado nivel sencillo de vida, las posibilidades de ayuda material a favor de los actores no resulta ponderable con criterio cierto.

Luego en relación al daño moral dice que la suma de pesos un millón ($1.000.000) para cada progenitor y pesos quinientos mil ($500.000) para su hermano constituye una suma exagerada y arbitraria cualquiera sea la fuente del mismo.

Expresa que más allá de la *significancia* existencial que para los padres constituyó el fallecimiento de su hijo, dicha cifra no guarda razonable relación con el daño, ante la falta de una pauta objetiva para establecer el monto requerido. A

partir de ello dice que la recurrencia al prudente arbitrio resulta más arbitrio que prudente.

Dice que la sentencia peca por exceso al sostener sin fundamento relevante una suma de consideración que tampoco se ajusta a precedentes dictados en supuestos similares.

Expresa que los parámetros justificatorios de una reparación integral se asientan, según afirma la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la consideración y relación de diversas variables relevantes de cada caso en particular, tanto en relación con la víctima (edad, grado de parentesco, condición económica y social, profesión, expectativa de vida, etc.) como con los damnificados (grado de parentesco, edad de los hijos, educación, etc.) y si bien en el decisorio existe cita jurisprudencial, la consideración impuesta precedentemente está ausente y en especial la conducta desplegada por la actora en relación a su ingreso e inexistencia de incapacidad y de secuelas que no puede obviarse. Le resulta evidente que no ha sido la prudencia ni la mesura lo que ha motivado la cuantificación del rubro en crisis.

Frente a ello considera que la suma otorgada resulta desconsiderada y excesiva lo que impone su revocación, porque la finalidad de la reparación no es otra que la recomposición de una situación en función de futuro, lo no puede derivar en un enriquecimiento del afectado, porque desvirtuaría el sentido y objeto buscado por la indemnización. Se explaya en argumentaciones e invoca jurisprudencia en el entendimiento que resulta aplicable.

Dice que tal cual como está formulada la prueba es imposible saber en qué forma y en qué medida la supuesta víctima está afectada y de qué prueba surge tal circunstancia más allá de luctuoso del suceso.

Por último, en cuanto a los rubros admitidos, plantea que existe error en los montos de condena toda vez que resistidos los rubros de pérdida de chance y daño moral por los que se los condena y no encontrarse alcanzados por la de daño punitivo no se alcanza a verificar la correspondencia de los montos que establece la sentencia con los que surgen del cálculo porcentual que realiza la resolvente al final del acápite.

Indica que se prorratea la suma resultante del daño punitivo que si bien no los alcanza, porque no se los incluye entre quienes en el punto c) daño punitivo son condenados por el rubro pero se los incorpora a la parte resolutiva con grave mengua al derecho de propiedad.

A continuación, se agravia de la condena del Dr. P. en su función de director médico de la A. aduciendo yerro porque se funda en un equívoco que es requerir a la Dra. B. A. especialidad de pediatría cuando para una guardia ello no es necesario.

Expresa que B. A. estaba de guardia y al desarrollarse el cuadro que concluyó en el óbito de N. requirió interconsulta y fue atendida oportunamente por el Dr. L. quien realizo la práctica reanimatoria y en conjunto con el Dr. M. satisfaciendo la exigencia de especialidad en el sanatorio y la suficiencia de la misma aun ante la carencia de una terapia intensiva infantil.

Alega que imponer una condena personal por la actuación de los médicos cuya conducta se ajustó a los

estándares de una buena praxis no puede hacer presumir per se la responsabilidad del director.

Argumenta que toda organización asistencial, sea de la naturaleza que sea, constituye un cúmulo de medios materiales (edificios, centros, equipos humanos, instrumental, tecnología, sistemas de sustituciones) que pueden, en su caso, determinar que un acto produzca unos efectos positivos o no y que puedan derivar su responsabilidad, por lo que la imputación genérica realizada por la sentencia de grado confunde la responsabilidad de la clínica o sanatorio con la del director médico que es una figura que la ley impone a los fines del cumplimiento de funciones en relación a la autoridad de aplicación (41 Ley X n° 3 antes Ley 989, 1763, 1768 y cc. CCCN).

Indica que surge de la prueba que no es función del director médico supervisar a los médicos, ni las guardias, ni la historia clínica que confecciona el medico actuante luego o en forma simultánea a la práctica, ni sobre los elementos que se indica faltantes o inidóneos a partir del testimonio de personas no inidóneas o extraídas presuncionalmente de un hecho en que una enfermera buscaba en cajones de *office* un implemento. Reflexiona que pretender extender la responsabilidad en estos supuestos es como responsabilizar a los jueces por el funcionamiento del sistema judicial.

Sostiene que siendo el médico de guardia aquel profesional que cumple tareas de atención de emergencias médicas durante un horario estipulado en un establecimiento asistencial público, privado o mixto la incumbencia no está referida a la especialidad como

pretende la Dra. V., sino que su función es la de mantener la asistencia médica de los pacientes internados como para la demanda externa con carácter de emergente o urgente, y derivar a un enfermo de urgencia en los casos en que estuviere fuera de su horario o no tenga a disposición recursos humanos y técnicos insuficientes y que el lugar al que se quisiera derivar al paciente aceptaré al mismo.

Asevera que organizada la guardia como estaba no es responsabilidad de P. que B. A. no fuera pediatra dado que en su condición de médico estaba calificada para hacer guardia.

Aduce que el médico de guardia, en tanto asume una obligación genérica de control y permanencia del servicio, en tanto la dotación en los servicios se ve constreñida por el necesario descanso, asume una posición de garante respecto de los casos que se puedan llegar a presentar durante su servicio; sobre todo en casos de urgencia, que deberá brindar al enfermo los primeros cuidados que prudentemente puedan prestarse o que razonablemente se requieran, y que la exigencia de razonabilidad se vincula a la atención no a la especialidad.

Puntualiza respecto a la historia clínica que los eventuales defectos que pudiera tener no pueden atribuirse al director médico. Añade que si su deficiencia importa juzgar contra el médico actuante y así se lo sostuvo en sede criminal responsabilizar al director médico por las consecuencias de los actos de otro no supera el valladar de la exigencia de subjetividad para fundar el reproche.

Especifica que la deficiencia de la organización que sostiene la actora tal cual lo indica la jueza, y el cierre de la terapia neonatal infantil no se debió a tal circunstancia, sino a la falta de mano de obra que califique los estándares médicos y científicos de dicha especialidad (terapistas, etc.).

A lo dicho agrega que tampoco puede atribuirse a fallas del director la falta de comunicación entre M. y B. A., dado que las obligaciones respecto de las anotaciones en la hoja de enfermería, actas, historia clínica y documentación labrada no son controladas por el director ni podría hacerlo por el volumen diario y la imposibilidad manifiesta que ello implica.

Por último se agravia de la alusión a la perspectiva de género a los fines de fundar condena toda vez que estamos ante el juzgamiento de una cuestión de responsabilidad civil que no implica satisfacer los estándares que la propia corte federal exige para la procedencia del instituto.

Esgrime que el juzgar con perspectiva de género encuentra su fundamento y respaldo en el derecho a la igualdad y a la no discriminación reconocidos en nuestra Constitución nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos que el Estado argentino ha suscripto e incorporado al ordenamiento mediante el artículo 75, inciso 22 de la Constitución nacional (art. 16 CN; art. 1, DUDH, y arts. 1.1 y 24, CADH), pero generalizarla a cada proceso civil por el hecho de la participación de una mujer excede los fines tenidos en vista por el legislador al reconocer tal circunstancia.

Luego de explayarse en consideraciones sobre el instituto, concluye que para que proceda su

consideración debe constatarse la existencia de una relación desequilibrada de poder, identificando a la persona que se encuentra en situación de desigualdad por razón de género y valorar la posible adopción de medidas especiales de protección, lo que no se verifica en autos.

Dice que el proceso es resarcitorio y se persiguen sumas de dinero, sin evidenciarse relaciones de jerarquía y desigualdad entre hombres y mujeres expresadas en opresión, injusticia, subordinación y discriminación mayoritariamente hacia las mujeres ni constituye el proceso y su decurso un instrumento de Re victimización de la damnificada/o con procedimientos lentos, reiterando innecesariamente la celebración de declaraciones.

Afirma que no existe ni existirá maltrato a la actora mujer ni forma parte de grupos vulnerables y mucho menos ha sido atemorizada con la amenaza de que el denunciado obtendrá fácilmente impunidad.

Tratamiento.

Recurso de M.:

En este capítulo trataré los agravios planteados por el apelante contra la sentencia de primera instancia.

Antes de ingresar sobre esa cuestión, debo señalar que la jurisprudencia ha dicho con respecto al alcance los agravios y la competencia de la alzada: "El agravio constituye la medida de la apelación, conforme el principio de la congruencia. El recurso de apelación no admite hechos nuevos u otras pruebas que las ya existentes en las actuaciones, ya que el apelado no puede agregar otros hechos distintos a los que alego

cuando solicito la mediad habiendo tenido todos el tiempo y posibilidades probatorias a su disposición, incluso ejercitable sin la participación y conocimiento de que se vería afectado por la medida (arg. art 8, Ley 7166)" (CCCom, de La Matanza, Sala II, 4-6-2000, "Transporte El Progreso SA c/ Municipalidad de La Matanza s/ Amparo").

También es preciso señalar que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo, se circunscribe a las que estimen necesario para la sentencia que deben dictar (ver, *v. gr.*, Santiago C. Fassi en "Código procesal...", t. I, pág. 278), y que no se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco a rebatir todos y cada uno de sus fundamentos por ellas invocados (ver, *v. gr.*, fallos 258:304 entre muchos), por ello, me limitaré a considerar los agravios sobre aquellas cuestiones centrales que sean útiles para la decisión (ver fallos 272:225, entre muchos y CNCiv., Sala C, 23/03/2011 – "Ferrocarriles Metropolitanos SA c. Agli, J. A.", en JA 2011-IV, fascículo n. 5, pág. 61).

El apelante sostiene en su expresión de agravios que la jueza de primera instancia se aparta de los hechos que tiene como probados en la causa penal y que se referían solamente a M. y B.; y que no se adecua a lo que surge de la misma respecto de esta instancia y en especial a los presupuestos de la responsabilidad civil para su andamiento.

En primer lugar, debo efectuar las siguientes consideraciones con relación a la influencia de la sentencia penal con la civil, conforme el artículo 1102 del Código Civil.

La jurisprudencia ha dicho que cuando el fallo penal reconoce la realidad histórica del hecho y la decisión absolutoria se basa en la ausencia de otros requisitos necesarios para atribuir las consecuencias penales al autor, el juez civil puede libremente declararlo culpable a los fines de la indemnización, dado que la falta de tipicidad penal no incide en la responsabilidad civil que se contenta con una antijuridicidad genérica que permite acoger la demanda si el hecho es un cuasidelito civil o ha dado origen a una obligación de restituir o indemnizar (CNAc.Civ, Com Fed, Sala 3, 6/2/2003, "Junta Nac. Granos v. Frigorífico La Estrella SA, LL, 2003-D-677).

En relación al hecho principal los Dres. Pedro Caseux y Feliz Trigo Represas señalan: "Algunos autores sostienen que lo "del hecho principal" se refiere al aspecto material de lo juzgado en la instancia criminal, así si J. es condenado por haber dado muerte a Pedro, el homicidio no pude controvertirse en sede civil. Al respecto hace unos años nos enseña el doctor Salas que: "El hecho principal de la sentencia absolutoria o condenatoria, en proceso penal, que tiene efectos en lo civil, se refiere a la existencia o inexistencia de los elementos que tipifican el delito que se imputa al damnificado. En cambio, aquellas circunstancias que no sirven para tipificar el delito penal, no tienen absolutamente ninguna influencia. Ampliando el concepto el Dr. Bustamante Alsina decía: "El hecho principal en lo penal se encuentra integrado por la acción, el resultado y la antijurídica (*cf.* Pedro Cazeaux, Félix Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", T. VI, p. 262).

Agregan los autores: “Por otra parte con la expresión “hecho principal” que constituye el delito, se alude también a todas las circunstancias fácticas que rodearon al mismo establecidas en sede penal, las que por lo tanto constituyen una cuestión prejudicial que tiene valor de cosa juzgada y no pueden ser revisables por los jueces de otro fuero” (obra citada, p. 262).

También sostienen que la extensión al tercero civilmente responsable: “La condena en sede penal hace cosa juzgada no solo respecto al autor del daño, sino también del tercero civilmente responsable, quien después de la sentencia condenatoria del culpable, no puede contestar ya la existencia del hecho ni la culpa del condenado, aunque si puede alegar en el juicio civil -siempre que no haya intervenido en el proceso penal-, todas aquellas circunstancias que hagan improcedente, extingan o limiten la responsabilidad indirecta que se le atribuye” (obra citada, p.267).

Agrega: “Salvo sobre los aspectos analizados, el resto de las cuestiones resueltas en sede penal no produce efectos de prejuzgar sobre el pronunciamiento civil. Así sobre los daños, la relación de causalidad, los hechos conexos o accesorios al principal, el damnificado por el delito y la culpa concurrente de un tercero” (obra citada, p.268).

Ahora bien, una vez realizada la reseña de los efectos de la sentencia penal en sede civil, y precisado que es lo que se debe interpretar como “hecho principal”, paso a describir y puntualizar cuál fue el hecho principal que surge del fallo dictado en sede penal.

En efecto, en el fallo penal dictado por la Cámara en lo Penal de Comodoro Rivadavia, uno de sus integrantes, el Dr. M., en sus considerandos, dijo:"…Es decir, al momento de ser revisado por M., el niño se encontraba transitando el cuadro que derivó en su fallecimiento. Claro es que el profesional no lo advirtió, pero no residió allí su obrar reñido con el deber objetivo de cuidado, sino en no haber agotado las precauciones inherentes al carácter de recién nacido del paciente, tanto en el plano de la auscultación, como en el requerir personalmente los resultados del laboratorio, e incluso esperarlo o al menos, vehiculizar que los haga rápidamente su sucesora en la guardia, que no es pediatra, dato que el imputado evidentemente conocía".

Agrega que la broncoaspiración presenta síntomas, posiblemente constitutiva de fases, que es posible advertir en forma previa a su desencadenamiento en cataclísmico.

Con respecto a B. dice que no obtuvo rápidamente los análisis, ni revisó a N. ni aun cuando la emergencia era ostensible.

De allí la existencia de la causalidad acumulativa, lo que, en el terreno de la teoría allí indicada, -insisto que la teoría más restrictiva de los alcances de la mentada causalidad- impone la concurrencia de la responsabilidad penal para ambos acusados.

Dice que M. no podía invocar la teoría del remplazo y la Dra. B. la de la confianza, pues el primero no hizo el diagnóstico y la segunda la atención.

Este fallo fue confirmado por el STJCh.

En tal ocasión el Dr. Vivas sostuvo: "...Que no se dio una situación súbita sin proceso evolutivo previo, sino todo lo contrario, se trató de una insuficiencia cardíaca derivada de un broncoespasmo agudo por aspiración en un proceso pulmonar infeccioso con un origen bacteria probable. Los miembros del tribunal dieron argumentos suficientes para acreditar que no se trató de un hecho irreversible, que el niño cursaba un proceso infeccioso ya cuando fue examinado por M., analizaron las pruebas producidas en debate y confirmaron en todos términos la sentencia dictadas por el juez del juicio.

Como se advierte, el hecho principal fue descripto con claridad y precisión.

Además, en forma previa al tratamiento de los agravios, es preciso destacar algunas breves nociones sobre la responsabilidad civil de los médicos.

De manera tal que para que se configure la responsabilidad civil médica, es necesario que concurran los siguientes presupuestos: i) conducta antijurídica, ii) causalidad adecuada, iii) imputación subjetiva, iv) daño.

Con respecto a la culpa médica, R. Lorenzetti, señala: "…En una postura disímil, Bustamante Alsina considera que para establecer la culpa deberá apreciarse en concreto la naturaleza de la obligación, o del hecho y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar; luego de ello el juez creará el tipo abstracto de comparación que le permite establecer si el sujeto acto o no como debía en esa emergencia. Es decir, la culpa debe ser apreciada en concreto…" (Lorenzetti, R., "Responsabilidad Civil de los médicos", T. II, p. 31).

Del mismo modo enfatiza: "Como ya lo señalamos *ut supra*, la remisión al modelo de fijar la conducta exigible en las obligaciones de hacer es antigua doctrina en Argentina; lo mismo ocurre en su utilización para la valuación de la culpa. Este criterio implica tomar en cuenta la costumbre como fuente normativa, puesto que se exige al médico obrar, como mínimo, de acuerdo a lo que hacen sus pares en la misma especialidad y en similares circunstancias. Penetra así en una suerte de ley profesional" (obra citada, p.85).

Posteriormente, debe destacarse que otro presupuesto necesario en la configuración de la responsabilidad médica es la causalidad adecuada entre el acto médico y el daño.

Al respecto, Lorenzetti dice: "La teoría encuentra soporte en la noción de la previsibilidad, que comparte con la culpabilidad la idea, si se quiere estadística, de regularidad... De modo que el régimen se asienta sobre la normalidad y la previsibilidad…" (obra citada, p. 211).

Asimismo, dice: "La doctrina de la causalidad adecuada es, en general razonable en su aplicación… El juez se debe remontar al momento que ocurrió la cusa para establecer si el resultado era probable en base a las condiciones existentes. Este primer paso, que algunos denominan "problema ontológico", implica un pronóstico objetivo póstumo… Este juicio es objetivo porque allí se pone en consideración el criterio de la "normalidad" que hace su entrada a través de un estándar jurídico (un médico diligente) y no la previsión concreta del agente según las circunstancias de tiempo,

lugar, naturaleza de la obligación, que son propios de la culpa" (obra citada, p. 213).

Por su parte, la imputación, es claro que es de índole subjetiva (art. 1768 del CCCN).

En definitiva, más allá que exista culpa médica, y que esta sea muy grave, debe mediar causalidad adecuada entre esta y el daño.

Ahora bien, ingresando a analizar los agravios, surge que todos los argumentos sobre los que se asientan los agravios de M. y B. pretenden modificar el hecho principal ya resuelto en sede penal sobre la causa de muerte del bebé, lo que está vedado conforme lo prescripto por el artículo 1102 del Código Civil.

En efecto, en sus agravios realiza una extensa reseña sobre los hechos que dieran origen al presente y practica un análisis propio de la prueba incorporada en autos aseverando que, a efectos de resolver los presentes, debe partirse de la causa de la muerte del niño y agotar la noción de la patología.

Sostiene que tal como surge de los informes que individualiza (entre ellos la autopsia), el niño no presentó una infección de tipo bacterial, sino que su deceso se produjo a causa de una broncoaspiración, consistente en el diagnóstico de bronconeumonía aspirativa aguda.

Explica que la bronconeumonía aguda es súbita, cataclísmica y de suceso inmediato no alienta ningún proceso previo dilatado ni reconoce entidad infecciosa, y tanto la micro aspiración como la bronco aspiración masiva en un niño de la edad de N. es inmediata, cataclísmica, fulminante, instantánea y no admite evolución previa. Dice que tales datos se extraen no

solo del informe anatómico patológico de H. D. y O. I., sino también de las pericias de S. J. A. y M. G. D.

Es claro, como dije anteriormente, que sobre el hecho principal que surge de la sentencia penal antes mencionada, no se puede volver. Allí se determinó claramente que no se dio una situación súbita sin proceso evolutivo previo, sino todo lo contrario, se trató de una insuficiencia cardíaca derivada de un broncoespasmo agudo por aspiración en un proceso pulmonar infeccioso con un origen bacteria probable.

Por lo tanto, con respecto al Dr. M. y Dra. B. se confirma el fallo de primera instancia (art. 1102 del Código Civil).

Ahora bien, con respecto al Dr. P., puede ser analizada su responsabilidad civil.

Cabe recordar que la jueza de primera instancia para fundar esta responsabilidad sostiene que haber autorizado o consentir que la Dra. B. se desempeñe como guardia de pediatría sin estar autorizado para ello; no haber supervisado la existencia de máscara de oxígeno pediátrico y saturamiento pediátrico en la guardia del sanatorio, no haber supervisado ni establecido directivas para asegurar la confección de la historia clínica obligatoria del paciente ingresando a la guardia pediátrica del sanatorio.

Dice que esto demuestra una deficiente organización del servicio de Guardia de Pediatría, falencias materiales de equipamiento y carencia de recursos humanos profesionales por las que debe responder el director médico.

Es decir, pese al cumulo de médicos que intervinieron en el caso, además faltó una dirección

única, previa y destinada a coordinar la actuación de todos ellos y a controlar el funcionamiento del personal de enfermería y la existencia de insumos.

Ahora bien, los agravios serían los siguientes:

Señala que el director médico de la A. E. de S. M. Dr. G. P. describió cómo se organiza habitualmente la guardia pediátrica y dejó de lado cualquier duda sobre la existencia del implemento pediátrico.

Asevera a partir de ello que la máscara no era para adultos y tampoco se le pidió a la madre que la colocara o sostuviera.

Sostiene que la conclusión arribada por la magistrada de grado implica un grosero yerro en la interpretación de los dichos y una desconsideración absurda de la aludida descripción de la forma, utilización y uso de la referida máscara pediátrica, en tanto se demostró por la descripción de personal idóneo médico y de asistencia sanitaria que de la máscara salía oxígeno, y que el poseer dos agujeros para expulsar el anhídrido carbónico que se genera al expirar no habilita a generar suposiciones infundadas y carentes de rigor técnico.

Al respecto el Dr. R. Lorenzetti dice sobre el director de la clínica que: "El director está generalmente relevado de la prestación directa a los pacientes, según su dedicación sea total o parcial… No se le requerían determinados medios, sino la general diligencia adecuada para cumplir con la obtención de una organización eficiente. No necesita cumplir un horario ni concurrir todos los días, pero sí debe estar el tiempo suficiente como para advertir las fallas del sistema y hacerlas corregir. Por ello se lo consideró culpable al

no estar suficiente en la clínica como para ordenar medidas para evitar la agresión sufrida por el paciente" (*cf.*, Lorenzetti, R. L., "Responsabilidad Civil de los Médicos, T. II, p. 309).

La apelante sostiene se agravia de la condena del Dr. P. en su función de director médico de la A. aduciendo yerro porque se funda en un equívoco que es requerir a la Dra. B. A. especialidad de pediatría cuando para una guardia ello no es necesario.

Expresa que B. A. estaba de guardia y al desarrollarse el cuadro que concluyó en el óbito de N. requirió interconsulta y fue atendida oportunamente por el Dr. L. quien realizo la práctica reanimatoria y en conjunto con el Dr. M. satisfaciendo la exigencia de especialidad en el sanatorio y la suficiencia de la misma aun ante la carencia de una terapia intensiva infantil.

Alega que imponer una condena personal por la actuación de los médicos cuya conducta se ajustó a los estándares de una buena praxis no puede hacer presumir per se la responsabilidad del director.

Argumenta que toda organización asistencial, sea de la naturaleza que sea, constituye un cúmulo de medios materiales (edificios, centros, equipos humanos, instrumental, tecnología, sistemas de sustituciones) que pueden, en su caso, determinar que un acto produzca unos efectos positivos o no y que puedan derivar su responsabilidad, por lo que la imputación genérica realizada por la sentencia de grado confunde la responsabilidad de la clínica o sanatorio con la del director médico que es una figura que la ley impone a los fines del cumplimiento de funciones en relación a

la autoridad de aplicación (41 Ley X n° 3 antes Ley 989; 1763; 1768 y cc. CCCN).

Indica que surge de la prueba que no es función del director médico supervisar a los médicos, ni las guardias, ni la historia clínica que confecciona el medico actuante luego o en forma simultánea a la práctica, ni sobre los elementos que se indica faltantes o inidóneos a partir del testimonio de personas no inidóneas o extraídas presuncionalmente de un hecho en que una enfermera buscaba en cajones de office un implemento. Reflexiona que pretender extender la responsabilidad en estos supuestos es como responsabilizar a los jueces por el funcionamiento del sistema judicial.

Sostiene que siendo el médico de guardia aquel profesional que cumple tareas de atención de emergencias médicas durante un horario estipulado en un establecimiento asistencial público, privado o mixto la incumbencia no está referida a la especialidad como pretende la Dra. V., sino que su función es la de mantener la asistencia médica de los pacientes internados como para la demanda externa con carácter de emergente o urgente, y derivar a un enfermo de urgencia en los casos en que estuviere fuera de su horario o no tenga a disposición recursos humanos y técnicos insuficientes y que el lugar al que se quisiera derivar al paciente aceptaré al mismo.

Asevera que organizada la guardia como estaba no es responsabilidad de P. que B. A. no fuera pediatra, dado que en su condición de médico estaba calificada para hacer guardia.

Aduce que el médico de guardia, en tanto asume una obligación genérica de control y permanencia del servicio, en tanto la dotación en los servicios se ve constreñida por el necesario descanso, asume una posición de garante respecto de los casos que se puedan llegar a presentar durante su servicio; sobre todo en casos de urgencia, que deberá brindar al enfermo los primeros cuidados que prudentemente puedan prestarse o que razonablemente se requieran, y que la exigencia de razonabilidad se vincula a la atención no a la especialidad.

Puntualiza respecto a la historia clínica que los eventuales defectos que pudiera tener no pueden atribuirse al director médico. Añade que si su deficiencia importa juzgar contra el medico actuante y así se lo sostuvo en sede criminal responsabilizar al director médico por las consecuencias de los actos de otro no supera el valladar de la exigencia de subjetividad para fundar el reproche.

Específica que la deficiencia de la organización que sostiene la actora tal cual lo indica la jueza, y el cierre de la terapia neonatal infantil no se debió a tal circunstancia sino a la falta de mano de obra que califique los estándares medico científicos de dicha especialidad (terapistas, etc.).

A lo dicho agrega que tampoco puede atribuirse a fallas del director la falta de comunicación entre M. y B. A., dado que las obligaciones respecto de las anotaciones en la hoja de enfermería, actas, historia clínica y documentación labrada no son controladas por el director ni podría hacerlo por el volumen diario y la imposibilidad manifiesta que ello implica.

Cabe señalar que si el vínculo constituye un elemento necesario del delito, su existencia y reconocimiento en sede penal, no pude contradecirse en sede civil (*cf*., Trigo Represas, Cazeaux, "Derecho de las Obligaciones, T. VI, p. 268).

Considero que este agravio debe prosperar, pues no se demostró que la máscara que se utilizó para el niño hubiera sido la causal del deceso, como se expuso arriba, ni tampoco que la no supervisación ni que haber dado directivas para la confección de la misma hubiera sido la causa del deceso. Menos que la médica B. no estuviera capacitada para atender el caso del niño.

Asimismo, dice: "La doctrina de la causalidad adecuada es, en general razonable en su aplicación… El juez se debe remontar al momento que ocurrió la cusa para establecer si el resultado era probable en base a las condiciones existentes. Este primer paso, que algunos denomina" problema ontológico", implica un pronóstico objetivo póstumo… Este juicio es objetivo porque allí se pone en consideración el criterio de la "normalidad" que hace su entrada a través de un estándar jurídico (un médico diligente) y no la previsión concreta del agente según las circunstancias de tiempo, lugar, naturaleza de la obligación, que son propios de la culpa (obra citada, p. 213).

Por su parte, la imputación es claro que es de índole subjetiva (art. 1768 del CCCN).

En definitiva, más allá que exista culpa médica, y que esta sea muy grave, debe mediar causalidad adecuada entre esta y el daño.

Advierto que la muerte del niño obedeció al obrar culposo de los médicos B. y M. por su actuar personal y

no por errores en la supervisación que debía llevar a cabo el director del sanatorio.

Pues primero no hubo un diagnóstico acertado por parte del Dr. M. y luego avanzó la enfermedad y tampoco lo advirtió la Dra. B. y finalmente concluyó con la lamentable muerte del niño.

La jurisprudencia ha dicho: "Debe descartarse la existencia de un error de hecho excusable, si se rotuló al paciente con determinado diagnóstico, sin practicarse los estudios para confirmarlo o descartarlo cuando existían signos que autorizaban a dudar del mismo, optándose por acudir a una tomografía, de resultados inciertos y descartando una mielografia indispensable para asegurarlo" (SJCBA, 18-6-91, "Nievas Honorio A. c/ Centro Médico Bernal SRL y otros", JA 1992-H-517 (cf., Lorenzettoi, R., "Responsabilidad Civil de los Médicos", T° II. P.132).

Por tal motivo se admite el agravio y se revoca la sentencia contra el Dr. P.

Con respecto a las otras demandadas, L. S. C. de S. y S. C. A. de S. se extiende la responsabilidad de los médicos M. y B. (artículo 1113 del Código Civil y artículo 118 Ley de Seguros).

En su segundo agravio critica la fijación de los montos indemnizatorios aduciendo arbitrariedad por incongruencia en la sentencia.

Considera que no resulta apropiado el criterio utilizado por la magistrada de grado para determinar la procedencia indemnizatoria de la pérdida de chance en la suma de pesos quinientos mil ($500.000) para cada uno de los padres con sustento en la norma del artículo 1745 del Código Civil y Comercial, dado que la

indeterminación de pautas ciertas para su fijación y la referencia a cuestiones genéricas -como lo es la pérdida de un hijo- impide verificar el proceso lógico empleado y la coloca en situación de indefensión.

Afirma que la cuantificación resulta arbitraria en tanto no se adecua a las características particulares de la causa, y no guarda correspondencia con la jurisprudencia de este mismo fuero y jurisdicción careciendo de fundamentación lo que descalifica la sentencia como acto jurisdiccional valido.

Luego de explayarse en explicaciones sobre la ausencia de valor económico de la vida humana *per se*, sino en consideración a lo que produce o puede producir y las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes, sostiene que para fijar el valor vida no ha de aplicarse fórmulas matemáticas, sino considerarse y relacionarse las diversas variables relevantes en cada caso particular, tanto en relación con la víctima (edad, grado de parentesco, condición económica y social, profesión, expectativa de vida, etc.) como con los damnificados (grado de parentesco, edad de los hijos, educación, etc.), y si bien en autos existen esos parámetros de manera alguna permite inferir la justicia de la cuantificación más allá de toda alusión al hecho y su desgraciada ocurrencia.

Alega que no puede anclarse el futuro de la familia a una criatura sin otro parámetro validante que la voluntad o el dolor, dado que el acreditado nivel sencillo de vida, las posibilidades de ayuda material a favor de los actores no resulta ponderable con criterio cierto.

Ahora bien, para cuantificar el daño por pérdida de chance la magistrada tuvo en cuenta los datos del grupo del niño fallecido, por ejemplo, que la madre se encuentra abocada a la crianza de sus otros dos hijos, su padre trabaja en una empresa de servicios petroleros y la familia vive en una casa prestada y que existen otros dos hijos que pueden asistir a V. y P. en el futuro, por tal motivo la suma de $500.000 para cada padre me parece razonable.

No advierto que la apelante rebata los argumentos de la jueza de primera instancia para fundar esta indemnización.

Se confirma el fallo sobre este punto.

Luego en relación al daño moral dice que la suma de pesos un millón ($1.000.000) para cada progenitor y pesos quinientos mil ($500.000) para su hermano constituye una suma exagerada y arbitraria cualquiera sea la fuente del mismo.

Expresa que más allá de la significancia existencial que para los padres constituyó el fallecimiento de su hijo, dicha cifra no guarda razonable relación con el daño, ante la falta de una pauta objetiva para establecer el monto requerido. A partir de ello dice que la recurrencia al prudente arbitrio resulta más arbitrio que prudente.

Dice que la sentencia peca por exceso al sostener sin fundamento relevante una suma de consideración que tampoco se ajusta a precedentes dictados en supuestos similares.

Expresa que los parámetros justificatorios de una reparación integral se asientan, según afirma la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la consideración y

relación de diversas variables relevantes de cada caso en particular, tanto en relación con la víctima (edad, grado de parentesco, condición económica y social, profesión, expectativa de vida, etc.) como con los damnificados (grado de parentesco, edad de los hijos, educación, etc.) y si bien en el decisorio existe cita jurisprudencial, la consideración impuesta precedentemente está ausente y en especial la conducta desplegada por la actora en relación a su ingreso e inexistencia de incapacidad y de secuelas que no puede obviarse. Le resulta evidente que no ha sido la prudencia ni la mesura lo que ha motivado la cuantificación del rubro en crisis.

Frente a ello considera que la suma otorgada resulta desconsiderada y excesiva lo que impone su revocación, porque la finalidad de la reparación no es otra que la recomposición de una situación en función de futuro, lo que no puede derivar en un enriquecimiento del afectado, porque desvirtuaría el sentido y objeto buscado por la indemnización. Se explaya en argumentaciones e invoca jurisprudencia en el entendimiento que resulta aplicable.

Dice que tal cual como está formulada la prueba es imposible saber en qué forma y en qué medida la supuesta víctima está afectada y de que prueba surge tal circunstancia más allá de luctuoso del suceso.

Por último, en cuanto a los rubros admitidos, plantea que existe error en los montos de condena toda vez que resistidos los rubros de pérdida de chance y daño moral por los que se los condena y no encontrarse alcanzados por la de daño punitivo no se alcanza a verificar la correspondencia de los montos que establece

la sentencia con los que surgen del cálculo porcentual que realiza la resolvente al final del acápite.

Indica que se prorratea la suma resultante del daño punitivo que si bien no los alcanza, porque no se los incluye entre quienes en el punto c) daño punitivo son condenados por el rubro pero se los incorpora a la parte resolutiva con grave mengua al derecho de propiedad.

Ahora bien, con respecto al daño moral advierto que no cuestiona su valoración, sino su cuantificación.

Pero, teniendo en cuenta que se trató de la muerte de un hijo para dos de los actores y de un hermano para el otro actor, es indudable la gravedad y el dolor que ello significa, hecho este no discutible; y por ello me parece razonable el monto indemnizatorio otorgado.

Con respecto al daño punitivo entiende que corresponde revocar pues no conforma la estructura de la sentencia.

En efecto, en los considerandos no aparece la condena y en la parte resolutiva sí. Es evidente, que por razones de equidad, y al no haber la parte actora planteado una aclaratoria, igualmente puede ser corregido en esta instancia (art. 168, inciso 1, CPCCCh y principio de equidad y preámbulo de la CN). Y por ello se admite el agravio respecto M. y B.

Finalmente, se rechaza el agravio que critica que el fallo se dictó con perspectiva de género, pues no brindó los argumentos ni hace una crítica razonada sobre este punto.

B) *Los agravios A. E. de S. M. de C. R.*:

La codemandada recurrente opone en primer término recurso de nulidad en los términos del art. 255 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del

Chubut, aduciendo la violación del debido proceso adjetivo, por haberla privado del ejercicio de derecho de defensa en juicio.

Sostiene que la sentencia de primera instancia es, en este punto crucial, claramente arbitraria por oponerse a las constancias probadas de la causa y tener por acreditadas circunstancias basándose únicamente en las probanzas realizadas en un proceso al que no fue citada.

Señala que de la lectura del fallo de grado se desprende que se ha vulnerado el debido proceso adjetivo, porque en forma irregular se incorpora prueba que no ha sido producida en estas actuaciones, sino en los autos tramitados bajo Legajo Fiscal n° 59566 Carpeta Judicial n° 7963, en el cual no fue parte.

Dice a partir de ello que no puede entenderse acabadamente cumplido en los presentes autos -ni, en su caso, en sede penal- el derecho de defensa en juicio y mucho menos el principio de bilateralidad que debe regir en todos los procesos judiciales.

Argumenta en pos de su pretensión que no ha participado de la producción de la prueba practicada en el proceso penal, por ejemplo, en las testimoniales que la magistrada analiza en el punto viii) del capítulo I) Viabilidad de la denuncia, ni pudo presenciar dichos actos; ni ejercer la facultad de interrogar a los testigos (que en su mayoría no son los mismos que fueron citados en estas actuaciones) y mucho menos poder formular objeción alguna.

Dice que tampoco tuvo oportunidad de controlarla y/u objetarla en el presente proceso, porque no se corrió el traslado pertinente al momento de recibir y

reservar la causa "Carpeta Judicial n° 7963 correspondiente al Legajo Fiscal n° 59566” 3). Agrega que en cuanto a las grabaciones de las audiencias del juicio penal la magistrada se limitó a hacer saber a las partes que, el Área de Informática del Poder judicial coordinaría los medios para que se puedan acceder a las mismas, respecto de lo cual no se corrió traslado, ni se notificó a ninguna de las partes, ni se produjo ratificación en esta sede civil.

A partir de ello, considera que carece de la garantía que resulta del control cruzado de los litigantes.

Asevera que se configura en este caso un vicio grave y esencial de naturaleza procesal emparentado con la irregularidad de la incorporación a la causa del sumario penal, cuyas consecuencias se reclaman en este juicio.

Explica que dicha irregularidad condujo -a su vez- al dictado de una sentencia que no respeta el principio del contradictorio en la dimensión probatoria, porque conculca gravemente el derecho de defensa.

Luego de hacer al tópico, comúnmente denominado “prueba trasladada” como aquella que se practica o admite en otro proceso y que es presentada en copia auténtica o mediante el desglose del original, si la ley lo permite aduce que la garantía del contradictorio podría haberse cumplido con el traslado a las partes luego de la incorporación de las actuaciones de sede penal, lo que no ha ocurrido en autos.

En función de lo expuesto peticiona que se admita el pedido de nulidad de la sentencia recurrida.

Subsidiariamente, para el hipotético e improbable caso en que no se haga lugar al pedido de nulidad de la sentencia definitiva de primera instancia, expresó los siguientes agravios.

Cuestiona que la magistrada de grado, con insuficiente fundamento en el concepto de prejudicialidad, extendiera la condena dictada en sede penal sobre la A. M., volviendo sobre el argumento de que no fue parte de dicho proceso.

Achaca a la magistrada haber realizado una errónea interpretación y aplicación del concepto de prejudicialidad, violando una vez más derechos y garantías de raigambre constitucional tales como el debido proceso adjetivo y defensa en juicio.

Dice que -pese a la acción iniciada por la actora en este fuero- no fue citada a las actuaciones iniciadas en el fuero penal, y según su entender, para que se produzcan acabadamente los efectos de la prejudicialidad a su respecto, resultaba necesario que haya sido procesada en la causa penal, o al menos citada a la misma, pudiendo entrar en la relación procesal penal solamente como pretenso responsable civil por un hecho ajeno por el que, a todo evento, no le corresponde responder.

Sostiene que, al no encontrarse en ninguna de esas circunstancias, se está en un estado del proceso carente de elementos suficientes para tener por acreditada la perpetración de delito alguno, por lo que no puede endilgársele responsabilidad basándose únicamente en el proceso tramitado ante los tribunales penales.

Arguye que la condena impuesta en sede penal hace cosa juzgada en cuanto al hecho principal y la culpa

solo respecto del imputado/procesado, y bajo ese imperativo, el juez civil no puede desconocer que, justamente, no fue imputada ni citada, por lo que no recayó sobre ella una sentencia penal condenatoria.

Señala que la doctrina tiene dicho que esto tiene relevancia en el proceso civil en el que debe establecerse la responsabilidad de los sujetos, y en este proceso no puede discutirse o cuestionarse ni la existencia del hecho principal, ni impugnarse la culpa del condenado.

Considera que, a los fines de la correcta aplicación de la prejudicialidad, corresponde diferenciar la situación de los imputados y/o condenados, de los que no han sido citados en el fuero penal y por ende no participaron del desarrollo del proceso, como en su caso, a quien no puede extenderse las condenas sin más porque torna inútil la tramitación de los presentes actuados.

Alega que de confirmarse esta resolución judicial, se estaría avalando la circunstancia de que la tramitación de estos actuados fue y es en vano, pues, por el simple hecho de existir condena penal respecto de sujetos distintos, médicos por los que además, a todo evento no debe responder, se la podría condenar sin la necesaria la producción de prueba en el fuero civil, porque la jueza aplica la prejudicialidad en forma genérica e indiscriminada, sin distinción alguna entre las partes.

Concluye que la jueza aplicó el concepto de cosa juzgada, no obstante no participó del proceso penal para que pueda tener por acreditados los hechos alegados por la actora.

Peticiona se admita el agravio.

En tercer lugar la recurrente objeta que la sentenciante se basara únicamente en las apreciaciones y afirmaciones subjetivas de la que se oponen abiertamente a la pericia médica y de enfermería producidas en el trámite judicial; las que si bien son citadas en el fallo son dejadas de lado de manera injustificada.

Sostiene que la sentencia es arbitraria, pues se opone frontalmente a las constancias probatorias de la causa, sin brindar ningún fundamento o argumento en contrario.

Señala que la pericia médica es completamente clara y precisa en cuanto detalla en el punto 3 que "es correcto esperar el resultado de laboratorio para definir la internación o eventual derivación del paciente...".

Dice que explicó que el paciente fue evaluado, y a los fines de descartar una posible infección, se solicitaron estudios de laboratorio; y que la clínica del paciente, frecuencia cardíaca y respiratoria, y el aspecto en general no son motivo ni causa suficiente para solicitar la internación o derivación a centro de mayor complejidad.

Refirió que además se detalla en los Puntos 6, 7 y 8 que resulta imposible, por un lado, que el menor haya ingresado a la guardia ya broncoaspirado, pues el tiempo de vida de un paciente de su edad y peso con más de 40 cm3 de líquido aspirado es de veinte (20) segundos; por lo que mal podría entenderse que el paciente se encontraba en tal situación crítica al momento del ingreso a la guardia que ameritara cualquier otro tipo

de accionar médico distinto al que efectivamente se llevó a cabo. Dice que ello porque era necesario esperar los resultados de los análisis de laboratorio para, en su caso, ordenar su internación.

Advierte que además resulta imposible que el paciente haya mantenido signos vitales desde las 20.40 h hasta las 20.57 h con la cantidad de líquido aspirado señalado.

Entiende que ello es relevante, porque demuestra que de ninguna manera los médicos actuaron en forma negligente ni llevaron a cabo una atención deficiente por falta de triaje tal como concluye la magistrada.

Agrega que la perita detalla las conclusiones a las que arribó, manifestando que la causa de muerte se produce por broncoaspiración masiva, con paro respiratorio inmediato, debido a la cantidad de líquido en los pulmones.

Asevera que el paciente concurrió a la guardia con síntomas de vómitos, siendo uno de los síntomas más comunes en los lactantes. Posteriormente, la salud del paciente empeoró debido a un vómito broncoaspirado de leche materna que del esófago pasó a los bronquios, causando un cuadro de paro respiratorio.

A partir de ello, concluye claramente que el paciente fue asistido y fueron realizados los análisis correspondientes a los síntomas que presentaba al momento del ingreso a la guardia; incluso -debido a la broncoaspiración producida por la leche materna- las posteriores maniobras de reanimación fueron las correctas.

Dice que de la pericia deriva que deba descartarse la posibilidad de que el menor haya ingresado a la

guardia con síntomas de broncoaspiración, sino que ello se produjo con posterioridad, es decir, una vez recibida la atención médica y realizados los estudios correspondientes a la sintomatología presentada al ingreso por guardia, recibiendo finalmente las maniobras de reanimación para intentar compensar al paciente.

Arguye que contrariamente a la conclusión arribada por la magistrada de grado, N. no estaba previamente enfermo y la causa de su deceso fue la broncoaspiración masiva, con paro respiratorio inmediato, debido a la cantidad de líquido en los pulmones, por lo que no consta que el accionar de los médicos demandados hayan producido un agravamiento en la salud del menor, como así tampoco que cualquier otra conducta por parte de estos hubiera podido evitar su muerte.

Dice que la misma sentenciante reconoce que se aparta de la conclusión a la que arribó la perita médica R. en el dictamen analizado, en cuanto a lo informado como causa de muerte del niño, sin justificar, en definitiva, el motivo de tal razonamiento.

Infiere de ello subjetivismo por parte de la jueza, planteando que nuevamente se escudó en la prueba producida en sede penal, optando por ignorar por completo la pericia médica llevada a cabo en los presentes actuados; la que incluso fue impugnada por la actora por el simple hecho de haber arribado a una conclusión diferente a la obtenida en sede penal, y que -como ya se desarrolló anteriormente- no puede hacerse valer frente quien no participó de dicho proceso.

Continuando con su análisis, sostuvo que la magistrada de grado tampoco consideró que, en la pericia de enfermería, la licenciada sostuvo que al evaluar el

accionar de la auxiliar de enfermería Sra. P. F., la misma obró en consecuencia a lo que llama la "práctica común", junto a otro auxiliar de enfermería.

A partir de lo manifestado sostiene que la sentencia quebranta el principio de congruencia que deben poseer todos los actos y resoluciones jurisdiccionales ya que a la par que describe todos los términos, afirmaciones y expresiones volcados por la perita médica actuante en autos, a renglón seguido y solo como una mera manifestación voluntarista procede a dejarla de lado justamente para condenarla por presunta mala praxis y la consecuente producción de daño no acreditado en autos.

Peticiona se admita el agravio, y en razón de ello se rechace la acción con costas.

En su cuarto agravio la recurrente critica la admisión de las partidas indemnizatorias reclamadas, por cuanto tienen fundamento exclusivamente en lo planteado por la parte actora en el escrito de inicio de la presente causa, lo que no refleja ni se corresponde con los antecedentes personales de la parte actora ni con las constancias obrantes en autos.

Sostiene en primer lugar que le genera agravio la aplicación en autos de dos ordenamientos diferentes, uno vigente y otro derogado, por cuanto lesionan gravemente el ordenamiento jurídico.

Dice que la magistrada en un principio decide aplicar el Código Civil derogado, y con posterioridad y en claro beneficio de la parte actora- decide aplicar los criterios dispuestos por el nuevo ordenamiento, emanado del art. 1740 del CCCN lo que deviene en una condena más gravosa tanto por la subsunción normativa

de los hechos (con el ordenamiento anterior) cuanto por la monetización de las indemnizaciones (con el ordenamiento actual).

Luego critica puntualmente la partida otorgada en concepto de “pérdida de chance”.

Señala que en la sentencia se incluyó una indemnización por una supuesta pérdida de chance de oportunidades en la vida de los padres del menor N., basándose únicamente en los dichos de la actora, los cuales no han sido justificados oportunamente por esta en la memoria de inicio, ni tampoco al momento del dictado del fallo.

Dice que se otorga en favor de los padres una suma completamente desmedida, sin desarrollar o explicar de dónde surge la misma, sin parámetros que sirvan como determinantes del monto indemnizatorio.

Aduce que la suma condenada es desmedida e injustificada, puramente conjetural. Señala que la sentencia incurre en contradicción, porque basándose en el deber de alimentos que le deben los hijos a los padres en su etapa de ancianidad, manifiesta que tiene presente la existencia de otros dos hijos (hermanos de N.) que pueden procurar la colaboración y asistencia económica y de acompañamiento futuro en la vida anciana de sus padres (P. y V.); pero, por otro lado, hace lugar al pedido de la actora, viabilizando la partida por pérdida de chance en el 100% del monto que solicitó.

Argumenta que al no haber sido N. hijo único, y por ende único sostén en el futuro de sus padres, debió al menos la magistrada descartar proporcionalmente el beneficio futuro y probable que recibirán por parte de sus otros dos hijos.

Le resulta evidente que la decisión arribada se encuentra basada en una mera opinión subjetiva por parte esta y fundada en meras conjeturas sin asidero real alguno (ni sentido común).

Dice que ello surge de la terminología y frases utilizadas, tales como "el orden natural de las cosas'" asumiendo situaciones hipotéticas que de ninguna manera puede saber si ocurrirán o no, simplemente se trata de conjeturas que describe por meras disposiciones u opiniones propias.

Considera que no corresponde el presente rubro en este sentido, siendo que no existe ninguna pérdida de chance, o a todo evento, no en la cuantificación dispuesta en la sentencia.

A continuación, critica la improcedente admisión del daño moral en favor del menor M. (hermano de N.), por no ser el mismo heredero forzoso del menor fallecido y por ende no encontrarse legitimado para reclamar el daño extrapatrimonial.

Dice que la sentenciante yerra al analizar los artículos 1078 y 1079 de Código Civil derogado, pues más allá de que ya se ha expresado, la improcedencia de aplicar simultáneamente dos ordenamientos jurídicos diferentes- omite tener en cuenta la clara voluntad del legislador al redactar los mismos.

Plantea que justamente la intención de la distinción entre daño y daño moral efectuada en ambos articulados se debe a la necesidad de evitar que cualquier persona pudiera estar legitimado a reclamar por el fallecimiento de cualquier persona; evitándose así que se produzca una serie de procesos judiciales

iniciados por personas que no se encuentren habilitadas para ello, por carecer de legitimación activa.

Argumenta que acertadamente, el art. 1078 limita la aptitud para reclamar por daño moral únicamente a los herederos forzosos, dejando fuera a cualquier otro sujeto que quisiera reclamar aludiendo un daño extrapatrimonial, obteniendo un enriquecimiento ilícito simplemente basado en un reclamo cargado de subjetivismo puro.

Esgrime que con el mismo fundamento se creó el art. 1079 que permite que cualquier persona que hubiese sufrido efectivamente un daño (patrimonial), sea en forma directa o indirecta, pudiera estar legitimado para accionar en procura del resarcimiento correspondiente.

Sostiene que la construcción de la sentencia de primera instancia es, en este punto, *contra legem* pues permite que sin ser herederos forzosos reclame cualquier otra persona: un amigo o amiga, novio, cliente, socio, etc.

Considera que es claro que el legislador ha querido mantener excluidos de la legitimación para el reclamo de daño moral a los herederos no forzosos (en este caso, los hermanos), pues no los ha incluido expresamente en el nuevo texto normativo del Código Civil y Comercial de la Nación, vigente a partir del 01/08/2015.

Plantea que si la norma anterior debía ser declarada inconstitucional, hubiera sido lógico que el legislador del nuevo Código Civil y Comercial así lo hubiera receptado en el texto del art. 1741 nuevo; lo que no ocurrió

Critica también su cuantía reiterando que el cálculo de la indemnización pretendida por la actora

(respecto de los padres y hermano de N.) es estrictamente subjetiva, meramente conjetural y dogmática, sin apego alguno a constancia o prueba de ningún tipo en el trámite judicial.

Expresa que no fue justificada oportunamente por la actora y tampoco por la jueza de grado al momento del fallo por lo que la determinación de los montos para la tasación del daño moral presuntamente producido en la parte actora no resulta procedente.

Por último se alza contra la admisión del daño punitivo, aduciendo que resulta lesivo porque no existió relación de consumo alguna entre la parte actora (ni el menor N. ni sus padres), y el Sanatorio.

Explica que tal lo reconocido por la actora en su escrito de demanda, una cosa es el "servicio" que provee en forma directa a un consumidor un prestador de la Salud, y otra muy distinta la "prestación" de salud que recibe un afiliado a una Obra Social (cuyo origen es el vínculo laboral con el empleador, y no una relación de afiliado privado) de parte de esta última o sus prestadores de salud contratados.

Alega que los "servicios" de una obra social y de un sanatorio (siempre que no sean pacientes privados o particulares) son "prestaciones" de la Ley n° 23660, y nada tienen que ver con la "provisión de servicios" de la Ley n° 24240; no naciendo jamás relación de consumo alguna.

A partir de ello, sostiene que resulta manifiestamente inviable la responsabilidad bajo la Ley n° 24240, y el rubro dispuesto al amparo de dicha normativa inaplicable al caso de autos.

Seguidamente critica el monto por desmedido, injustificado y absurdo, además de incurrirse en contradicciones que alteran la viabilidad del mismo.

Expone que a la par que hace referencia a que "...no es dable calcular intereses con anterioridad al dictado de la presente, por lo que se devengarán producida la mora en el cumplimiento de esta resolución...", acto seguido refiere la necesidad de actualizar los montos requeridos por la contraria, disponiendo que "La conjunción de las dos cuestiones advertidas precedentemente, impone fijar los montos a valores actuales a fin de no cristalizar un monto histórico reclamado al 18/12/2015, es decir, establecerlos al momento de esta sentencia".

Advierte que, si la intención de la magistrada es que la suma reclamada por la actora sea actualizada, justamente la tasa de interés aplicable ya se ocupa de ello.

Por último, sin perjuicio de reservarse el derecho de promover oportunamente -de corresponder- el respectivo incidente de oposición a la tasa de justicia, critica que se ordenara a su entender, indebidamente y *contra legem*, la integración de la tasa de justicia también a su respecto.

Dice que ello es erróneo, toda vez que posee de pleno derecho una exención de carácter subjetivo (inciso b) del apartado 2° del art. 17 de la Ley n° 1806.

Invoca lo resuelto en autos: "A. E. de S.M. de C. R. en autos: "A. E. de S.M. de C. R. c/ G. P. M. s/ Sumario (cobro de pesos) - expte. n° 416/15 s/ Incidente (Oposición al pago tasa de justicia)" del Juzgado Civil y Comercial n° 1, Secretaria n° 1, expte. n° 443/2015;

y en autos “A. E. D. S. M. en autos: "L., M. c/ A. E. de S.M. de C. R. s/ Sumario-Cobro de Pesos- expte n° 331/2017" s/ INCIDENTE (Oposición a Tasa de Justicia)” del Juzgado Laboral n° 2, expte. n° 235/2018. Mantiene reserva del caso federal.

B.a) *La parte actora contesta a los agravios de la A. E. D. S. M. de C. R.*

Al primero, dice que la proposición de la contraria es legalmente inadmisible y violatoria del orden público. Sostiene que la sentenciante con precisión describió y valoró el contenido de la sentencia penal definitiva y que correctamente estableció que resulta de aplicación el art. 1102 del Código Civil, vigente al momento del hecho. Entiende que correctamente la jueza dijo que la sentencia penal hace cosa juzgada respecto: i) la existencia material del hecho; ii) la participación del acusado en ese hecho y, de esta manera, el nexo causal (y de imputación) entre el resultado y el comportamiento del autor; iii) la calificación jurídico penal del hecho; iv) la antijuridicidad del mismo; v) la imputabilidad del autor; vi) su culpabilidad. Efectúa el repaso a fin de sostener que la oposición del sanatorio resulta superficial para evadir la falta de diligencia profesional. Solicita el rechazo del agravio.

Al segundo, responde que es inadmisible por afirmar una solución contraria a derecho, desconociendo los alcances de la sentencia penal con efecto de cosa juzgada sobre el proceso civil. Cita doctrina y jurisprudencia respecto de las normas de la prejudicialidad para decir que la condena penal de los médicos dependientes de la A., brinda sustento legal

suficiente para establecer la responsabilidad civil de la asociación codemandada. Solicita la desestimación del segundo agravio por resultar técnicamente inadmisible.

Controvierte al tercer agravio, oponiéndose a un intento de modificación de la causa de la muerte del niño establecida por sentencia penal firme que hace cosa juzgada respecto del proceso civil. Sostiene que el hecho principal no puede ser objeto de nuevo debate para establecer una causa de fallecimiento distinta como fundamento de la condena. Formula apreciaciones a las que cabe la remisión. Solicita el rechazo de la queja por inadmisible y carente de fundamentación.

La parte actora se opone al cuarto agravio por entenderlo inadmisible. Expone sobre la eficacia temporal de la ley, según el art. 7 CCCN y su aplicación a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Sostiene que la contraria incurre en inexcusable desconocimiento del derecho aplicable. Solicita que se declare la improcedencia del agravio.

A la quinta queja, responde que es inadmisible el cuestionamiento a la indemnización por pérdida de chance a causa del fallecimiento de N., y entiende que la apelante no se hace cargo de las numerosas motivaciones que desarrolló en su razonamiento la jueza, exponiendo una mera discrepancia a veces ofensiva. Solicita la desestimación del agravio.

Responde al sexto y entiende que el agravio es inadmisible por sostener una posición anacrónica en materia de legitimación del hermano conviviente para reclamar daño moral. Que el planteo es contradictorio con la contestación de demanda al admitir y confesar que los padres sufrieron un inconmensurable dolor por la

pérdida del hijo Invoca la doctrina de los propios actos en contra de la codemandada. Cita doctrina y jurisprudencia.

Continúa su respuesta la parte actora, en contra del séptimo agravio. Primero sostiene que no es una crítica concreta y razonada de los fundamentos establecidos en la sentencia y solicita la deserción. No obstante, asevera existe un vínculo jurídico de consumo, con cita de jurisprudencia, defiende la procedencia de daño punitivo como sanción civil y su monto.

En contestación al octavo agravio, advierte que la codemandada introduce una cuestión impositiva que no fue propuesta en la contestación de demanda en torno a la exención establecida en la Ley XXIV n° 13. Solicita el rechazo del planteo por vulnerar la congruencia, sin perjuicio del derecho a invocar oportunamente el procedimiento de oposición habilitado por el artículo 13 de la ley mencionada.

Tratamiento:

El primer agravio debe ser rechazado, pues la jueza de primera instancia extendió correctamente la responsabilidad y los efectos de la cosa juzgada penal a la A. de S. M. la E. Es decir, al ser condenados los médicos del sanatorio, Dr. M. y Dra. B., la responsabilidad de este último es clara (art. 1113 del Código Civil).

Se ha dicho que la extensión abarca al tercero civilmente responsable: "La condena en sede penal hace cosa juzgada no solo respeto al autor del daño, sino también del tercero civilmente responsable, quien después de la sentencia condenatoria del culpable, no

puede contestar ya la existencia del hecho ni la culpa del condenado, aunque si puede alegar en el juicio civil- siempre que no haya intervenido en el proceso penal-, todas aquellas circunstancias que hagan improcedente, extingan o limiten la responsabilidad indirecta que se le atribuye" (obra citada, p. 267).

Por tal motivo al ser condenados penalmente los médicos dependientes del sanatorio señalado, se extiende al sanatorio.

De manera tal que habiéndose acreditado la responsabilidad de los médicos citados, y el vínculo de estos con el sanatorio, la responsabilidad es contractual y objetiva (art. 504 del Código Civil).

La jurisprudencia ha dicho: "En lo que hace a las clínicas, y por aplicación de los principios generales, su responsabilidad recién surgirá cuando se acredite la culpa médica. Vale decir, que el responder de aquéllas necesariamente va a estar ligada al incumplimiento previo de los deberes que estaban en cabeza de los galenos que tuvieron a su cargo la atención de la víctima. Es que, en relación a los hospitales, sanatorios y clínicas, se reconoce sin mayores discusiones que pesa sobre ellos una obligación tácita de seguridad hacia quien acude a los servicios que brinda.

"Vale decir, que rige una cláusula sobreentendida de garantía que se traduce en atender a la seguridad del paciente, y que tiene su fundamento en el principio general de la buena fe (art. 1198, del Código Civil). En otras palabras, existe la obligación de la entidad hospitalaria o clínica de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad

de carácter general o accesoria para la preservación de la persona de los contratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato" ("A., M. C. vs. S., C. F. y otro s. Daños y perjuicios" - CNCiv. Sala B, 07/03/2013, Rubinzal Online, RC J 9470/13).

Por ende, se rechaza el agravio.

Con respecto al segundo agravio debo señalar que es improcedente, pues no se puede afirmar que la solución fijada por la jueza de primera instancia fue contraria a derecho, pues ello conllevaría desconocer los alcances de la sentencia penal con efecto de cosa juzgada sobre el proceso civil. Pues la condena penal de los médicos dependientes -M. y B.- de la A., brinda sustento legal suficiente para establecer la responsabilidad civil de la asociación codemandada.

Es decir, no tiene ninguna relevancia que la A. no fuera parte en el proceso penal, pues ella responde como empleadora de los médicos M. y B. (art. 1113 y 1102 del Código Civil).

El tercer agravio también tiene que ser rechazado pues no se puede modificar el hecho principal determinado en la causa penal de referencia.

Al abordar los agravios de los médicos M. y B. se subrayó que la causa de la muerte del niño, ya resuelta en sede penal, no podía, conforme lo dispuesto por el art.1102 del Código Civil, debatirse nuevamente en sede civil. Por lo tanto, me remito a los fundamentos allí dados y se rechaza este agravio.

Con respecto al cuarto agravio, es correcto aplicar el Código Civil para los elementos constitutivos del hecho ilícito civil y para las indemnizaciones por daño

moral y pérdida de chance el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

La jurisprudencia ha dicho: "La mayoría de la doctrina y jurisprudencia entiende que los hechos dañosos acaecidos antes del 1 de enero de agosto del año 2015 se rigen por el Código Civil. Esta regla rige los siguientes aspectos) todos los presupuestos de la responsabilidad civil como relación creditoria, antijuridicidad, los factores de atribución, la relación causal y el daño, la legitimación para reclamar, la perdida de chance como daño resarcible" (Aída Kemelmajer de Carlucci, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes", segunda parte, P. 232).

Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y cuantificación del daño. La segunda debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión, sea fijándola en dinero o estableciendo las bases para su cuantificación en la etapa de ejecución de sentencia (obra citada, p. 234).

El quinto agravio se rechaza. Pues la jueza de primera instancia fundó adecuadamente los motivos por los cuales lo otorgó y no es cierto que solo se hubiera basado en los dichos de la actora.

Ahora bien, para cuantificar el daño por pérdida de chance, la magistrada tuvo en cuenta que los datos del grupo del niño fallecido, que la madre se encuentra abocada a la crianza de sus otros dos hijos, su padre trabaja en una empresa de servicios petroleros y la familia vive en una casa prestada y que existen otros dos hijos que pueden asistir a V. y P. en el futuro, por

tal motivo la suma de $500.000 para cada padre me parece razonable.

Y además que es probable que P. y V. puedan acudir en procura de colaboración y asistencia económica y de acompañamiento en su vida anciana del hijo fallecido.

Estos argumentos no fueron rebatidos por el apelante.

El sexto agravio se desestima por posición anacrónica, pues nuestros tribunales y doctrinarios son contestes en entender que el artículo 1078 del Código Civil es inconstitucional en vedar al hermano del menor fallecido el reclamo por indemnización por daño moral.

La jurisprudencia ha dicho: "A la luz de las particularísimas circunstancias del caso, en función del estrecho lazo fraternal exhibido entre los peticionantes y el occiso fruto de la convivencia en el seno familiar que aumenta las relaciones entre pares, así como, el desequilibrio existencial de cada uno de ellos ante la sorpresiva ausencia del hermano que perdura en el relato familiar, en tanto todas ellas han sido acreditadas en la causa y exhiben certeza de la existencia del daño cuya reparación se reclama, la legitimación acordada a los hermanos en concepto de daño moral, tal como fuera concebida por la alzada en virtud de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil, evidencia una solución justa" (del voto del Dr. Lazzari) ("M., E. N. vs. M. D. T. L. s. Daños y perjuicios" - SCJ, Buenos Aires, 30/09/2009, Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires, C 97144, RC J 657/10).

En el séptimo, la actora pide deserción, pero dada el criterio restrictivo que tiene esta alzada con respecto a esta cuestión, se rechaza y además está

claramente demostrado que entre los actores y la recurrente existió un lazo de consumo, protegido por el régimen tuitivo del derecho consumeril (art. 42 Constitución nacional, art 1, 2, 3, 8 bis, de la Ley 24240).

Si bien pretende realizar una distinción entre las prestaciones que realiza el sanatorio y la obra social a los actores, pero tal circunstancia no la desliga de ser responsable bajo el régimen tuitivo del consumidor, pues los actores con el sanatorio demandado tuvieron una relación de consumo

Y dada la gravedad del incumplimiento del sanatorio en la prestación del servicio que finalizó con la muerte del niño y con el fin de disuadir que tales circunstancias no ocurran en el futuro, es procedente la aplicación del daño punitivo (art. 52 bis LDC).

Considero que la apelante vuelve a repetir los argumentos expuestos en la contestación de demanda, los que fueron rechazados.

Asimismo, los daños punitivos llevan intereses desde la fecha de la sentencia y ante el eventual cumplimiento de pago, en tanto se trata de una sanción impuesta en el decisorio, es decir, desde allí resulta exigible. Por este motivo, la cifra solicitada es ampliada a valores actuales, sin que ello altere el principio de congruencia, en tanto forman parte de la reparación integral previsto en el art. 1740 CCCN.

El octavo introduce una cuestión, me refiero a la integración de la tasa de justicia, que no planteó en la contestación, pues no fue articulado en la contestación de la demanda y ella produce incongruencia procesal (inciso 4 del art. 34 del CPCCCh).

La jurisprudencia ha dicho: "La promoción de la demanda es un acto de singular importancia dentro del proceso. Mediante ella, se pone en ejercicio la pretensión, reclamándose ante el órgano jurisdiccional una decisión favorable. La petición que porta y en que se centra la voluntad postulatoria del accionante tiene la virtualidad de fijar sus propios límites; como también enmarca la contestación de la demanda y la reconvención, lo que juntos con estos componen los términos de la relación procesal en adelante, tanto la producción de la prueba como la sentencia de mérito, han de ajustarse al contenido de aquélla. Los límites derivados de nuestro sistema dispositivo quedan demarcados por las partes y son éstas quienes fijan y determinan el objeto litigioso y aportan el material de conocimiento. El órgano jurisdiccional queda así vinculado por los límites del tema a decidir, los cuales no pueden ser excedidos, desde que son los justiciables los que precisan los hechos que deben ser materia de juzgamiento, derivándose como consecuencia de ello el principio de congruencia, al cual deben ajustarse en su cometido los jueces" ("G. de Montoya, M. vs. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba y otros s. Daños y perjuicios" - CCC 6ª, Córdoba, Córdoba, 21/10/1999, Sumarios Oficiales Poder Judicial de Córdoba, RC J 1557/14).

Se rechazan los agravios.

C) *Los agravios de P. D. F.*:

En primer lugar impugna la sentencia de grado considerando que es arbitraria porque violenta el art. 1102 del Código Civil, y extiende la responsabilidad subjetiva a quienes no fueron condenados en sede penal,

desconociendo la entidad de la cosa juzgada penal en contraposición al principio de prejudicialidad.

Señala que en el proceso penal únicamente se determinó la responsabilidad de los médicos B. y M., resolviéndose la cuestión de la responsabilidad subjetiva e identificando correctamente a aquellas personas que con su accionar o falta de acción, causaron la muerte del menor.

Dice que según el art. 1002 del Código de Vélez y el art. 1776 del CCCN, después de la condena del acusado en el juicio penal, no se podrá negar la existencia del hecho del delito, ni impugnar la culpa del condenado, y la jueza de grado civil hace justamente esto al extender la responsabilidad por el hecho dañoso a su parte, tanto como al Dr. F. L.

Considera que la jueza de grado desconoce que la sentencia criminal –firme- tiene una importante influencia sobre la responsabilidad civil en cuanto a la existencia del hecho principal que constituye el delito y la culpa de los condenados.

Sostiene además que la conducta que le atribuye, por doble vía, no fue probada como tampoco que hubiere ocasionado el daño.

Se expide sobre las consecuencias de la cosa juzgada en cuanto a la imperatividad, la inimpugnabilidad y la inmutabilidad; cita jurisprudencia Corte Suprema de Justicia de la Nación y doctrina en apoyo a su postura.

Considera que no podía dictarse una sentencia teniendo por no acreditado el hecho de la participación de su parte, sin evaluar las actuaciones tramitadas en sede penal en que jamás fue acusada. Que la jueza de

grado debía imponer una condena reparatoria en sede civil contra los autores del delito, que no es su caso.

Solicita que se revoque la sentencia que condena por impugnar y mutar la cosa juzgada penal, en clara contradicción y violación al principio del derecho de defensa en juicio, porque no fue procesada por su autoría o participación en sede penal. Entiende que la decisión de grado atenta contra el principio de seguridad jurídica en cuanto aborda la revisión de una sentencia, para lo cual, la jueza de grado es incompetente, no pudiendo reinvestigar los hechos respecto a la responsabilidad subjetiva.

En su segundo agravio, sostiene que la sentencia es arbitraria porque establece la condena sin que se configuren los presupuestos de responsabilidad civil, en tanto, como expresó en su primer agravio, no resultó condenada en sede penal.

Remite al considerando de la sentencia, en tanto la jueza de grado sostuvo que su parte realizó la oxigenoterapia y la medición del nivel de oxígeno en sangre del menor con elementos para adulto y no para bebés, que arrojaron datos erróneos que además falsificó, y que dejó al paciente y a su madre para retirarse a atender a otra paciente con un cuadro de deshidratación -estando en ese momento el niño recibiendo oxígeno y con la medición del oxímetro-, y especialmente que le reprocha, en base a un solo testimonio de una persona que no tiene conocimiento médico alguno, y que se encontraba a distancia de la víctima, la utilización de una mascarilla de oxígeno de adulto.

Vuelve sobre los argumentos de que la responsabilidad penal únicamente alcanzó a los médicos B. y M. y que su parte le explicó a la jueza de grado al momento de presentar el alegato, por ID 889764, esencialmente, que al tratarse de un delito de resultado, ello ya fue juzgado.

Sostiene nuevamente que la sentenciante revisó la solución penal no debiendo ni teniendo ninguna razón y ninguna facultad para hacerlo respecto al análisis de la responsabilidad subjetiva de su parte. Asimismo, reprocha que la jueza de origen, en su análisis, utilizara lenguaje y bases no jurídicas al utilizar calificativos como crueldad y falta de humanidad y de perspectiva de género, sin que surgieran extremos tales de la prueba de autos, sino que fuere motivada por la sensibilidad.

Entiende que la pericia de enfermería tampoco fue tenida en cuenta, ni las declaraciones de los testigos médicos ni enfermeros que reportaron las verdaderas funciones de un auxiliar de la enfermería, se queja en tanto la sentenciante apoyaría su decisión únicamente en lo declarado por una persona que no tiene conocimiento alguno en ningún área de la salud.

A continuación, enumera los puntos que le achaca la sentencia a su actuación y embate los mismos. Así, entiende que se le adjudica a) no revisar al ingresar a su turno que se encuentren los elementos necesarios y básicos en la sala de guardia y *shock room* de pediatría; que la adecuada organización de los elementos básicos que deben estar en la sala de *shock room* no escapan a su función y son cuestiones elementales, tales como cerciorarse de la existencia de stock en dicha sala de

máscaras de oxígeno pediátricas y saturómetro pediátrico; b) falsear información en la hoja de enfermería y falsificar firmas; c) que por el testimonio de F., quedó acreditado que la oxigenoterapia se realizó con una máscara de adultos y que el saturómetro también era de adultos y d) que su parte faltó a la verdad cuando en sede penal dijo que había utilizado máscara pediátrica.

Sostiene que el análisis es arbitrario y apartado de la prueba; de la pericia de enfermería realizada por la Lic. R. C. sin dar razón y de los testimonios del Dr. J. C. M. que habría dicho que el auxiliar de enfermería no tiene autonomía de decisión en un caso de reanimación avanzada, los que comandan son los del personal médico; el de S. J. A. quien habría testificado sobre la diferencia entre un auxiliar de enfermería y un enfermero profesional; el de H. S.; quien habría declarado sobre la diferencia de tamaño entre una máscara de oxígeno pediátrica y una máscara de adultos, y que el del recién nacido tiene un sensor que va con un cable y se adapta con una cinta adhesiva en el dedo. Cuestión que destaca para negar el uso del material inadecuado; d) el testimonio de C. B. sobre la diferencia entre un enfermero profesional y un auxiliar. Asimismo, niega veracidad a lo declarado por el enfermero S. D. M. Agrega las declaraciones de las enfermeras J. del C. D., C. V. U. Ñ., E. E. M. G. y N. O. R.

Aclaró que son todos testimonios a los que es necesario remitir, para su entera revisión, por su abundancia y para tener una acabada ilustración sobre el asunto.

En definitiva, la apelante sostiene que la prueba mencionada favorece a su actuación y que hubo otra, como la del Sr. M., cuyas declaraciones fueron realizadas en sede penal, donde no hubo, para su parte, el derecho a repreguntar, vulnerando la defensa en juicio.

Sostiene que ningún testigo calificado por su profesión atribuyó como obligación del auxiliar de enfermería controlar el stock de insumos de la guardia médica, tarea que estaba a cargo del Supervisor de Enfermería o de quien el Sanatorio entendiera competente para tal fin. Asimismo, entiende que ningún testigo dijo que la auxiliar podría, en forma autónoma, tomar decisiones sobre el paciente, decidir en forma autónoma buscar otros insumos o materiales sin que estos sean exigidos por un licenciado en enfermería o por un galeno, ni indicar al paciente o sus familiares alguna directiva médica o de enfermería.

Por otra parte, resalta que la perita de enfermería sostuvo que obró en concordancia con las pautas dependientes del Departamento de Enfermería del Sanatorio L. E. y de acuerdo a los usos y costumbres en la institución, por lo que no existe antijuridicidad alguna en su obrar.

Luego, cuestiona sobre la existencia de los elementos de la responsabilidad civil que le imputa la jueza de grado. Al respecto, dice que la antijuridicidad no puede coexistir cuando la auxiliar no tiene autonomía en su obrar, cuando tampoco tuvo una omisión contraria a la ley porque de esta no surgen las obligaciones que la jueza de grado le impone, y que tampoco incumplió deberes de cuidado por la mera razón que cumplía indicaciones de la médica B. Dice que no existía

relación causal entre una conducta antijurídica y el daño causado, y que para el caso que estuviera probado que se suministró una máscara inadecuada, la médica, como directora del proceso, nada dijo al respecto. Alega que, a su turno, de haber falseado el registro de enfermería -que niega- no habría contribuido a la fatalidad.

Por la falta de presupuestos de responsabilidad civil solicita que revoque la sentencia de grado, y que se rechace la demanda en su contra.

Plantea su tercer agravio, denunciando arbitrariedad de sentencia en tanto vulnera el derecho a defensa en juicio y las garantías del debido proceso. Al respecto sostiene que la jueza de grado analiza pericias y testimonios que se sucedieron en sede penal, y sobre los que su parte no tuvo el derecho de contradicción para ejercer su defensa.

Describe que la sentenciante dictó una medida de mejor proveer para que se le remitan los testimonios brindados en sede penal por J. C. M., S. J. A., O. A. L., R. C., enfermero S. D. M., la Sra. M. S. F., G. A. H., y M. V. D. Señala que en la causa penal su propia actuación fue como testigo y que no podía ejercer la tacha de los restantes testimonios.

Recuerda que la sentenciante civil dijo que el valor probatorio de lo actuado en sede penal constituye un instrumento público, con suficiente base para fundar una sentencia condenatoria en sede civil… es útil para la reconstrucción del hecho controvertido, en la medida que no experimente impugnaciones ni resulte contrariado por otros medios de prueba. Que, no obstante lo dicho,

utiliza los elementos en su contra sin que tuviera la posibilidad de defensa.

A su turno reprocha que la jueza de grado se abocara a reconstruir el hecho, entendiendo que es ajeno a su incumbencia para determinar la responsabilidad subjetiva, y que no cabe razón cuando intenta lograr el esclarecimiento de la plataforma fáctica para luego verificar si concurren en el caso los presupuestos de la responsabilidad civil que se les atribuye a los demandados. Alega que el principio de cosa juzgada también le es oponible a la sentenciante, y que lo que intenta es volver a analizar hechos y prueba en el afán arbitrario y sin fundamentación jurídica alguna. Dice que ello vulnera el principio de seguridad jurídica. Solicita, por último, que se revoque la sentencia de grado en cuanto condena a su parte a resarcir los daños a la familia actora, por ser arbitraria y no permitir el correcto ejercicio del derecho a defensa, violando las normas del debido proceso.

Expone su cuarto agravio, donde alega que la sentencia es arbitraria porque condena en igualdad de condiciones de causalidad y culpabilidad a quien menos participación tuvo en el hecho y menor deber de diligencia tiene respecto al personal médico. Se queja puntualmente por el rechazo del pedido de atenuación de responsabilidad.

Entiende que la jueza de grado no consideró la escasa participación de la auxiliar de enfermería en el hecho dañoso, ni su muy bajo nivel de instrucción sobre medicina, así como tampoco habría tenido consideración alguna a la especial situación de vulnerabilidad con respecto al resto de los codemandados que tienen la

obligación de contar con seguros de responsabilidad civil. Sostiene que la magistrada soslayó la aplicación del art. 1742 del CCCN y, asimismo, las circunstancias personales de la demandada con respecto a su patrimonio, sus deberes conformen la Ley X nro. 20, y su inocencia en la muerte del niño. Indica que como empleada del Sanatorio La E., no tiene más patrimonio que su propio salario para responder a una condena cuyo capital asciende a más de $16.000.000, a lo que habrá de sumar la tasa activa de condena.

Advierte que la sentencia la convertirá en insolvente de modo permanente, y que también la coloca en riesgo de que las compañías de seguro codemandadas persigan la repetición de lo abonado por los actores contra ella. Dice que no cuenta con seguro de mala praxis porque no estaba obligada legalmente a tomarlo, como el caso de un médico.

En subsidio de los anteriores agravios, y para el caso de confirmarse la condena, solicita que se revoque la decisión de origen en tanto no hace lugar a la atenuación, y que eventualmente aplique el art. 1742 del CCCN.

La Sra. F. expone su quinto agravio en contra de la condena a abonar la indemnización correspondiente al rubro daño punitivo, por considerarla arbitraria. Al respecto, dice que la parte actora solicitó la aplicación del daño punitivo contra la O. S. del P. y G. P. y de la A. E. de S. M. de Comodoro Rivadavia, con fundamento en la relación de consumo existente, que no vincula a su parte.

Recuerda que la sentenciante hizo lugar totalmente a la demanda, con los montos que allí constan, más

intereses conforme a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina desde el 25/02/2014 y hasta el momento de su efectivo pago para las partidas por pérdida de chance y daño moral, y para las sumas dispuestas por daño punitivo, los intereses a la misma tasa. Señala que no hay distinción entre los diferentes deudores y cuáles son las obligaciones de cada uno de ellos, y que según los considerados su parte no se encuentra obligada al pago del daño punitivo, pero sí lo estaría en solidaridad en el resultando del fallo, lo que causa un agravio sobre su patrimonio. Solicita la revocación de la parte resolutiva por no conformar la relación de consumo existente entre la parte actora, el sanatorio y la obra social demandada.

La codemandada despliega su sexto agravio denunciando arbitrariedad en la imposición de las costas sobre el monto de la sentencia que engloba daños punitivos, en tanto solo lo adeudan dos sujetos distintos. Indica que la sentencia condena en costas a su parte en igual medida que lo hizo respecto al S. L. E. y a O., sin considerar que nada puede exigirse sobre el daño punitivo, que nace de relaciones de consumo, que la decisión eleva así el monto de las costas porque no fueron distribuidas de acuerdo a la existencia de un litisconsorcio. Invoca la norma del art. 76 del CPCCCh, que entiende aplicable al caso. Solicita la revocación de la decisión de grado y que se distribuyan las costas de acuerdo a los rubros por lo que cada parte fue efectivamente condenada. Para finalizar, efectúa reserva del caso federal.

C.a) La parte actora contesta los agravios expuestos por la Sra. P. D. F.

En primer término, solicita la declaración de deserción del recurso por no cumplir el recurso con los parámetros del art. 268 del CPCCCh, en tanto la apelante omite explicar los fundamentos jurídicos y la lógica por la cual considera desacertado el criterio de la jueza de grado.

En subsidio, contesta.

Controvierte al primer agravio diciendo que los requisitos para que una sentencia pueda ser considerada arbitraria surgen de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos fallos –que trascribe- y que los argumentos de la apelante no son más que una conjetura inexacta que se desvanece al confrontarla con el contenido de la resolución apelada.

Manifiesta su conformidad con el criterio de la jueza de grado, diciendo que analizó y relacionó conforme las reglas de la sana crítica toda la prueba colectada en autos y en el proceso penal, con fundamento en la doctrina y jurisprudencia citada en el fallo, sin perjuicio de haber enfatizado sobre las que a su criterio se erigieron como determinantes para resolver el caso.

Entiende que la recurrente sustenta su agravio en una interpretación carente de fundamento doctrinario y jurisprudencial del artículo 1102 del Código Civil, al sostener que la jueza de grado "impugna la culpa del condenado" al extender la responsabilidad por el hecho dañoso a P. F. Considera que la jueza de grado dio la explicación de su razonamiento, a la que remite; y entiende que cuando el art. 1102 expresa "ni impugnar la culpa del demandado" está haciendo referencia a que si en sede penal se tuvo por culpable a alguien en sede

civil no se podría decir que es inocente. Cita doctrina al respecto. Manifiesta que la sentenciante estaba habilitada para analizar la conducta de la auxiliar de enfermería, en función de la prueba rendida en autos y en el proceso penal. Solicita que se rechace el primer agravio.

Responde al segundo agravio. Destaca que contiene contenido similar al primero. Por otra parte, entiende que la apelante, en cuanto dice que los hechos conductuales atribuidos por la sentenciante no contribuyeron a la producción del daño, no es más que una opinión contraria de la recurrente sin fundamentación jurídica. Considera que el agravio se sostiene en una interpretación inexacta del sentido y alcance del artículo 1102 del C.C, conforme lo dicho anteriormente. Solicita la confirmación de la decisión de grado.

Por otra parte, y en cuanto al cuestionamiento a la sentenciante por la valoración del testimonio de M. F., entiende que carece de sustento al contrastarla con la valoración de la prueba realizada la jueza de grado y el fundamento que brinda y al que remite. Sostiene que la sentenciante no hizo más que ponderar especialmente el testimonio de F. que, a su vez ya había sido valorado y destacada su importancia por el juez penal en la fijación del hecho principal.

A su vez y en tanto la apelante sostiene que en su conducta no hubo daño, ni relación de causalidad, ni factor de atribución, la actora considera que es una afirmación que queda devaluada frente al análisis de la sentenciante de los elementos de prueba en su contra. Respecto del apartamiento de la pericia de enfermería,

sostiene que es inconsistente por el considerando iv) de la sentencia donde fue valorada en los términos que transcribe; tales, "Pericia en enfermería. La pericia en enfermería realizada por la licenciada M. del R. C. obrante a fs. 2790/2795, cuyo título profesional fue acompañado a fs. 2666/vta. en copia certificada por escribano público. Luego de describir cuáles son las competencias de licenciado en enfermería, enfermero y auxiliar de enfermería a través de un repaso de la Ley X n° 20, detallando diferenciadamente en cada caso -puntos 1 y 2¬, responde cómo debe estar organizado el servicio de enfermería en una guardia, acudiendo para ello a la Resolución del Ministerio de Salud de la Nación n° 428/2001 -punto 3- En los puntos 4, 5 y 6 se explaya sobre el comportamiento que debe observar un auxiliar de enfermería, y en el punto 7 apunta que para la administración de oxígeno, el auxiliar de enfermería debe conocer los distintos dispositivos y su utilización. Explica que para la oxigenoterapia en lactantes hay dispositivos especiales que deben ser provistos por el servicio, debiendo el médico indicar clara y correctamente la necesidad de oxigenación y el dispositivo que corresponda según la edad del niño. No debe usarse la mascarilla destinada a adultos.

Solicita el rechazo del agravio.

Contesta a la tercera queja que reitera los argumentos anteriores. No obstante, responde con remisión a lo dicho sobre el art. 1102 del CC y a los argumentos de la sentencia, en cuanto expone "Respecto del valor probatorio de lo actuado en sede penal, es doctrina judicial y autoral pacífica que las constancias de sede penal constituyen un instrumento público, con

suficiente base para fundar una sentencia condenatoria en sede civil, pues es útil para la reconstrucción del hecho controvertido, en la medida que no experimente impugnaciones ni resulte contrariado por otros medios de prueba tal como se ha dicho, *v. gr.*, por la CCiv. y Com., La Matanza, Sala I, 2006/12/19 - "Saravia Marcela R. C. Costa, Adrián Oscar, De Lara, C. y De Lara C. A."- LIBRA 2007 (junio), p. 561, fallo 5378" (página 15).

Cita doctrina y manifiesta que se impone en la instancia civil tener por acreditado el hecho y las circunstancias en que el mismo se produce, a cuya reconstrucción se llega a través de la prueba producida en dicha sede penal.

Considera que el fundamento de este agravio es inconsistente y contradice el criterio legal, la doctrina y jurisprudencia predominante. Solicita su rechazo.

A su turno, la parte actora embate al cuarto agravio insistiendo en la insuficiencia técnica del recurso. Seguidamente, dice que la jueza de grado precisó en el fallo recurrido los motivos por los cuales consideró inviables la atenuación de la responsabilidad planteada por la defensa de P. F. al sostener: "El actuar de la enfermera F. en cuanto a las dos cuestiones puntuales en las que ha fallado, no solo comprometen su responsabilidad sino que, por el tenor y calibre de su comportamiento -al consignar información errónea y falsificar firma- tornan inviable la atenuación de responsabilidad propuesta en su conteste de demanda y la reducción de la tasa de interés propuesta en la demanda que funda en los artículos 1069 CC y 1742 CCCN, así como la eventual aplicación del art. 505 CC".

Cita doctrina en apoyo al criterio judicial. Entiende que la jueza de grado explicó la inaplicabilidad del art.1742 del CCCN, por ello y por lo expuesto solicita que se rechace el agravio. Agrega que no es verídico que la jueza de grado se desentendiera de la situación económica de la apelante, dado que fue concedido el beneficio de litigar sin gastos, teniendo en cuenta tales circunstancias.

Respecto a la situación disímil de la recurrente respecto de los médicos condenados penalmente, en cuanto carece de la expertiz y de las facultades en el ejercicio, la parte actora entiende que es una defensa errónea. Asimismo, dice que la apelante efectúa una interpretación errónea de la influencia de la sentencia penal en la sentencia civil. Solicita el rechazo del agravio.

Seguidamente, contesta a la queja quinta y sexta, en contra del daño punitivo que entiende la Sra. F. en su contra y las costas. Dice la parte actora que el reclamo fue direccionado a la A. E. y a O. y que así fue receptado por la sentenciante en los considerandos respectivos.

Entiende que es evidente que se trata de un error de tipeo en la resolutiva del fallo y que la queja debía ser objeto de un recurso de aclaratoria. Solicita su rechazo en esta instancia.

Tratamiento:

En primer lugar, la actora plantea la deserción de la expresión de agravios en análisis.

La jurisprudencia al respecto ha dicho: "El cumplimiento de los requisitos que exige el art. 260, CPCC de Chaco, se debe valorar con un criterio riguroso

a fin de garantizar con amplitud la apertura de la doble instancia que, como regla general prevé el ordenamiento procesal, de lo que surge que la deserción del recurso por insuficiencia de contenido del escrito de expresión de agravios debe ser interpretado con criterio restrictivo, como toda pérdida de derechos" ("Abel Otto Torre S.A. vs. Provincia de Chaco y otros s. Medida cautelar de no innovar" - CCC Sala 1ª, Resistencia, Chaco, 31/07/2013, Rubinzal Online, RC J 17537/13).

Se rechaza el pedido de deserción del recurso, toda vez que esta Cámara que integro, tiene un criterio restrictivo, pues se debe garantizar el derecho de defensa en juicio.

Debo puntualizar que el agravio primero y el segundo están relacionados.

Con relación al primer agravio, en cuanto a que la sentencia es arbitraria porque violenta el art. 1102 del Código Civil, y extiende la responsabilidad subjetiva a quienes no fueron condenados en sede penal, desconociendo la entidad de la cosa juzgada penal en contraposición al principio de prejudicialidad.

En tal sentido, señala que en el proceso penal únicamente se determinó la responsabilidad de los médicos B. y M., resolviéndose la cuestión de la responsabilidad subjetiva e identificando correctamente a aquellas personas que con su accionar o falta de acción, causaron la muerte del menor.

Este tema, fue analizado al abordar los agravios expuestos por los médicos M. y B.

Allí se sostuvo que el juez Civil puede hacer un nuevo análisis de la responsabilidad civil, pero sin alterar al hecho principal determinado en la sentencia

penal y las culpas establecidas (art. 1102 del Código Civil).

Es decir, que con respecto a terceros se puede analizar si concurren los presupuestos de la responsabilidad civil -daño, causalidad, imputabilidad, antijurídica-.

Por ende este agravio, se rechaza.

Cabe agregar que este tema corresponde al contenido del segundo agravio de la recurrente, en cuanto a que esos elementos antes descriptos, es decir, la responsabilidad subjetiva de la Sra. D. F., ya fue juzgada en sede penal y no puede conforme lo dispuesto por el artículo 1102 del Código Civil volver a juzgarse.

Es dable destacar que si el vínculo constituye un elemento necesario del delito, su existencia y reconocimiento en sede penal no pude contradecirse en sede civil (*cf*, Trigo Represas, Cazeaux, "Derecho de las Obligaciones, T. VI, p. 268).

Con respecto a la causalidad, se ha dicho: "La doctrina de la causalidad adecuada es, en general, razonable en su aplicación… El juez se debe remontar al momento que ocurrió la causa para establecer si el resultado era probable en base a las condiciones existentes. Este primer paso, que algunos denominan "problema ontológico", implica un pronóstico objetivo póstumo… Este juicio es objetivo porque allí se pone en consideración el criterio de la "normalidad" que hace su entrada a través de un estándar jurídica (un médico diligente) y no la previsión concreta del agente según las circunstancias de tiempo, lugar, naturaleza de la obligación, que son propios de la culpa" (obra citada, p. 213).

Ahora bien, ingresando a este agravio, adelanto mi opinión que este agravio debe prosperar, pues no se demostró que la máscara que se utilizó para el niño hubiera sido la causal del deceso, como se expuso arriba, ni tampoco que la no supervisión ni que haber dado directivas para la confección de la historia clínica hubiera sido la causa del deceso -más allá de que esta tarea estaba a cargo del director del Sanatorio- y menos que la médica B. no estuviera capacitada para atender el caso del niño. La misma jueza de primera instancia sostiene que era el director del Sanatorio quien debía velar por el control del funcionamiento del personal de enfermería y la existencia de insumos.

La licenciada que realizó la pericia en enfermería dice que la Sra. F. actuó en lo que se denomina la práctica común.

Además, un dato muy relevante es que en sede penal se determinó que la causalidad de la muerte del niño se debió a la conducta omisiva desplegada por M. y B.

Y en esta instancia no se demostró, que el obrar de la Sra. F. hubiera incidido en la causalidad del evento dañoso, ni un obrar antijurídico, salvo el que se manifestó al falsear la información en la hoja de enfermería y falsificar firmas, pero en todo caso esta conducta no tuvo causalidad en el evento dañoso.

Mosset Iturraspe sobre este tema señala: "El maestro Spota ha dicho que la ley exige causa adecuada y que esta exigencia requiere un pronóstico objetivo y retrospectivo para deducir si el resultado previsible. Debe exigirse 1) Que el hecho del agente sea condición necesaria *sine qua non* del daño, 2) que resulte

adecuada, es decir, que el daño no suceda por otras causas extraordinA." (*cf*, Lorenzetti, R., "Responsabilidad de los Médicos", T. II, p.358).

En el expediente no se demostró que las acciones desplegadas por la enfermera F. hubieran sido la causa del deceso del niño.

Aún más, si uno lee la demanda en el punto 14 señala que: "Ya en la sala de reanimación o *shock room* la médica pidió a una auxiliar de enfermería (luego identificada como P. F.), una máscara de oxígeno, dado que en la guardia no había máscara pediátrica, quien salió a buscarla a otro sector, demorándose y regresando sin la misma por lo que decidió la médica B., la utilización de una máscara de adultos que había en la gaveta" (fs. 126).

En el punto 16 dice que simultáneamente B. le pidió a la madre que siente el bebé y le sostenga el dedo con oxímetro, el cual tampoco era pediátrico y entregaba valores que oscilaban entre 45%, 80%, 60%, nunca en 90% como indica el informe (fs. 126).

Luego dice que B. se marchó como lo hizo la enfermera (fs. 122vta.).

Como se advierte, las obligaciones y responsabilidad de estos actos estaban únicamente en cabeza de la Dra. B., pues la enfermera auxiliar obedecía sus órdenes.

Debe destacarse que la demanda fue interpuesta antes del dictado de la sentencia penal, cuando todavía no estaban definido que los únicos responsables penales de la muerte del menor fueron el Dr. M. y la Dra. B.

Por lo tanto, se admite el agravio de la Sra. F. y se rechaza la demanda en su contra y el resto de los

agravios no se tratan por abstractos. D) *Los agravios de F. L.*:

En un mismo escrito, expresa agravios en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando su íntegra revocatoria, y los correspondientes al recurso de apelación concedido con efecto diferido en fecha 02/11/17, respecto de los puntos 13) y 22) de la Sentencia Interlocutoria n° 150/17, este último, por la materia, reseñado más adelante.

Recurso en contra de la decisión definitiva:

Expone su primer agravio, en coincidencia con el primero de la Sra. F. y controvirtiendo la interpretación de la jueza de grado sobre las implicancias de la prejudicialidad.

Señala que la jueza de grado, de modo equivocado, intentó justificar la no valoración de la pericia realizada en sede civil, sosteniendo que contradice la cosa juzgada de sede penal –y por ende el principio de prejudicialidad-; incluso, agrega que la sentenciante realizó una cita que avala la posición de que las probanzas de sede penal pueden ser impugnadas y contrariadas por otros medios de prueba.

Indica que del proceso penal surge que, al momento de realizarse los análisis al menor, a las 20 h, el mismo ya contaba con una avanzada infección, proveniente muy probablemente de bronconeumonía aguda por aspiración en tanto no hay evidencias de alteraciones en ninguno del resto de los órganos analizados. Continúa diciendo que ello, sumado a su corta edad, indica que el bebé debió haber recibido una atención muy distinta a la que le brindaron los médicos condenados; pero en modo alguno puede enervar la conclusión del perito en relación a la

cantidad de líquido extraído de los pulmones del menor, y su implicancia en relación al fallecimiento del bebé, que ello no fue considerado en sede penal.

Entiende que la sentenciante debió unificar los grupos de pruebas para elaborar su conclusión que el menor que venía padeciendo una bronconeumonía aguda por aspiración, que debió haber sido detectado por los médicos tratantes, quienes no debieron haber dejado al niño solo en brazos de su madre y que falleció de paro cardiorrespiratorio producido por bronca aspiración masiva.

Sostiene que su parte no tuvo participación en sede penal ni tuvo posibilidad hasta el presente proceso civil de aportar elemento probatorio ni valorativo alguno al respecto.

Asevera que la reconstrucción de los hechos lleva a la conclusión de que el menor ingresó al sanatorio con un cuadro infeccioso y que estando en el *shock room* en brazos de su madre que lo amamantaba sufrió una bronca aspiración masiva que le produjo un para cardiorrespiratorio. Que la jueza de grado asumió la situación descripta al decir que la causa de su deceso no fue la broncoaspiración cataclísmica que invoca el polo pasivo, sino que, en todo caso, este último episodio terminó de agravar el cuadro de salud que ya presentaba el bebé a su ingreso en el sanatorio, pero que, finalmente, se desentiende de los mismos para arribar a una solución simple en concordancia con la justicia penal. Su parte insinúa que lo contrario, no la hubiere confrontado con el fuero. Se queja en tanto la jueza civil desestima genéricamente las conclusiones del perito R. invocando el art. 488 C.Pr. Sostiene,

además, que la competencia de la perito no es un factor en que se pueda basar la sentenciante para desestimar las conclusiones del informe, porque ella misma la seleccionó de acuerdo al método que consideró correcto.

Sobre el dictamen, entiende que el mismo fue fundado en principios técnicos y bibliografía adecuada y que no mereció reproche técnico alguno de las partes, ni explicaciones; indica que la parte actora solo lo impugnó de manera genérica por contradecir la prejudicialidad de la sede penal. Que tampoco pidió explicaciones la jueza de origen de oficio; que fue quien estableció los puntos de pericia, y que como sus conclusiones no fueron idénticas a las de la causa penal, debía la sentenciante merituar toda la situación de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Por otra parte, describe la secuencia en la que sucedieron los hechos desde el ingreso del menor y remite a los dictámenes periciales, sostiene que las conclusiones entre el elaborado por la Dra. R. y el del Dr. J. L. S. H. agregado a fs. 2962/2963; con ello el apelante intenta demostrar que la prueba de la causa se componía de dos informes médicos que concuerdan en base a pruebas ordenadas por ella misma, pero que la jueza de grado eligió desecharlos, sin sustento, porque otra solución no contradice a la prejudicialidad penal.

En su segundo agravio se queja porque no fue considerada la prejudicialidad penal en materia de responsabilidad. Señala el recurrente que, de la causa penal, que tuvo a la vista la jueza de grado civil, surge que su parte fue descartado de la comisión en el delito de homicidio simple por negligencia profesional.

Dice que la jueza de grado, en este punto de responsabilidad, se desentiende de la norma del art. 1777 del CCCN porque lo resuelto no puede discutirse en sede civil. Agrega que la sentencia penal hizo cosa juzgada y no puede discutirse lo resuelto en estos actuados.

Indica que su parte no fue ajena a la causa penal, sino que hubo un intento de vincularlo imputándosele la participación en el homicidio culposo por negligencia profesional del bebé N., pero allí se juzgó que no había participado del hecho ilícito y que ello, en definitiva, fue consentido por la contraria. Concluye que imputarle responsabilidad en sede civil contraría la prejudicialidad. Solicita la revocación de la decisión de grado.

En el siguiente agravio, plantea que la jueza de guardo resolvió con liviandad su situación, y realizó una errónea reconstrucción de hechos para responsabilizarlo. Transcribe la parte de la sentencia que hace a su agravio, de la que se extrae, en conclusión, que la jueza de grado entendió que la demora en la atención que nunca llegó por parte de L., que su aparición en escena aconteció con el segundo llamado y ya entró al *shock room* para realizar maniobras de reanimación porque la urgencia que N. presentaba en el primer llamado fue pasada por alto y eso desencadenó en la emergencia.

El apelante resiste al criterio expuesto y dice que la sentenciante no hace ninguna referencia al horario de los llamados; ni alusión al motivo del primer llamado; tampoco consideración al contenido de la supuesta interconsulta. Asimismo, resalta que no hay

referencia a la función que cumplía en el sanatorio; ni explica de ningún modo por qué se debería haber apersonado en la guardia ante el primer llamado. Entiende que la resolvente tampoco fundamenta en prueba ni en ciencia alguna su afirmación de que su parte restó chance de sobrevivir al bebé.

Alega que en ningún tramo de la causa penal ni en la presente causa civil se demostró que la Dra. B. hubiera realizado el primer llamado para que atendiera al bebé.

A continuación, remite a lo declarado en la contestación de demanda a fin de deslindar su responsabilidad; y dice que aquello también guarda coherencia con lo testificado por M., quien – dice- concurrió de inmediato a la guardia, donde encontró a su parte realizando las primeras tareas de reanimación. Sostiene que es ajena a toda lógica la atribución de demora en la atención, que su parte no tenía ningún deber de atención respecto del bebé que estaba en la guardia ni de ningún otro paciente que no estuviera en el piso de internación a su cargo. En otro segmento, niega que la Dra. B. le hiciera una interconsulta, en tanto –dice- no recibió un llamado para atender al bebé, que, en rigor, la médica B. no advirtió por negligencia el riesgo

Y que por ello fue condenada, que nunca pudo haber requerido ayuda para atender una situación que no advirtió.

Asevera que su único deber médico era atender a sus pacientes del servicio de internación pediátrica.

En definitiva, entiende que en la sentencia apelada no se describe conducta antijurídica alguna de su parte

y que tampoco se explica cuál es el nexo de causalidad adecuado entre la supuesta omisión que se le atribuye y el fallecimiento del bebé. Asimismo, remarca que fue descartada su negligencia en el homicidio culposo del bebé conforme la prejudicialidad de los arts. 1777 Cód. Civ. y Com. o 1103 Código Civil. Solicita la revocación de la decisión de grado.

Por último reprocha que la sentenciante no se pronunció respecto de la condena en costas a la aseguradora que había contratado.

Indica que, en su contestación de demanda, señaló que la compañía aseguradora invocó la Cláusula 12 del contrato, establecía que cuando el asegurador no asuma o decline la defensa en juicio, el pago de los gastos y costas los debe en la medida en que fueron necesarios. Alega que fue necesaria su defensa. Solicita que se impongan a la compañía aseguradora las costas de su parte, de manera subsidiaria a la imposición de costas a la actora por el rechazo de la demanda.

Tratamiento:

Antes de ingresar en este agravio, vuelvo a repetir que si el vínculo constituye un elemento necesario del delito, su existencia y reconocimiento en sede penal no puede contradecirse en sede civil (*cf*, Trigo Represas, Cazeaux, "Derecho de las Obligaciones", T. VI, p. 268).

Con respecto a la causalidad, se ha dicho: "La doctrina de la causalidad adecuada es, en general razonable en su aplicación… El juez se debe remontar al momento que ocurrió la cusa para establecer si el resultado era probable en base a las condiciones existentes. Este primer paso, que algunos denominan "problema ontológico", implica un pronóstico objetivo

póstumo… Este juicio es objetivo porque allí se pone en consideración el criterio de la "normalidad" que hace su entrada a través de un estándar jurídico (un médico diligente) y no la previsión concreta del agente según las circunstancias de tiempo, lugar, naturaleza de la obligación, que son propios de la culpa (obra citada, p. 213).

Es decir, en sede penal se determinó que la causalidad de la muerte del niño se debió a la conducta omisiva desplegada por M. y B.

Y en esta instancia no se demostró que el obrar del Dr. L. hubiera incidido en la causalidad del evento dañoso, ni un obrar antijurídico.

Mosset Iturraspe sobre este tema señala: "El maestro Spota ha dicho que la ley exige causa adecuada y que esta exigencia requiere un pronóstico objetivo y retrospectivo para deducir si el resultado previsible. Debe exigirse 1) Que el hecho del agente sea condición necesaria *sine qua non* del daño, 2) que resulte adecuada, es decir, que el daño no suceda por otras causas extraordinA. (*cf*, Lorenzetti, R., "Responsabilidad de los Médicos", T.II, p.358).

En primer lugar, se debe tener en cuenta que el Dr. L. en el proceso penal no fue condenado.

Dice que la jueza de grado, en este punto de responsabilidad, se desentiende de la norma del art. 1777 del CCCN porque lo resuelto no puede discutirse en sede civil. Agrega que la sentencia penal hizo cosa juzgada y no puede discutirse lo resuelto en estos actuados.

Indica que su parte no fue ajena a la causa penal, sino que hubo un intento de vincularlo imputándosele la

participación en el homicidio culposo por negligencia profesional del bebé N., pero allí se juzgó que no había participado del hecho ilícito y que ello, en definitiva, fue consentido por la contraria. Concluye que imputarle responsabilidad en sede civil contraría la prejudicialidad. Solicita la revocación de la decisión de grado.

En el siguiente agravio, plantea que la jueza de guardo resolvió con liviandad su situación, y realizó una errónea reconstrucción de hechos para responsabilizarlo. Transcribe la parte de la sentencia que hace a su agravio, de la que se extrae, en conclusión, que la jueza de grado entendió que la demora en la atención que nunca llegó por parte de L., que su aparición en escena aconteció con el segundo llamado y ya entró al *shock room* para realizar maniobras de reanimación porque la urgencia que N. presentaba en el primer llamado fue pasada por alto y eso desencadenó en la emergencia.

El apelante resiste al criterio expuesto y dice que la sentenciante no hace ninguna referencia al horario de los llamados; ni alusión al motivo del primer llamado; tampoco consideración al contenido de la supuesta interconsulta. Asimismo, resalta que no hay referencia a la función que cumplía en el sanatorio ni explica de ningún modo por qué se debería haber apersonado en la guardia ante el primer llamado. Entiende que la resolvente tampoco fundamenta en prueba ni en ciencia alguna su afirmación de que su parte restó chance de sobrevivir al bebé.

Alega que en ningún tramo de la causa penal ni en la presente causa civil se demostró que la Dra. B.

hubiera realizado el primer llamado para que atendiera al bebé.

Aún más, debo decir que la jueza de primera instancia sostiene que la Dra. B. llamó al Dr. L., al que le comentó que N. se encontraba en guardia pediátrica estable y compensado con los niveles de saturación, que además se encontraba a la espera de los análisis de laboratorio, consultándole la posibilidad de internación en el área neonatal o su derivación al Hospital Regional. En este momento el Dr. L. no contaba con los resultados del laboratorio que tenían que estar a las 20:30 h, por lo que el Dr. L., siguiendo los parámetros informados telefónicamente, considero que no era un caso de internación y que tampoco ameritaba concurrir a tomar contacto con el niño y ver con sus propios ojos, las alertas que presentaba N., que le hubieran permitido establecer un curso de acción correcto en vez de aparecer más tarde por las maniobras de reanimación.

Dice que B. concluyó erróneamente que el bebé estaba compensado porque le habían aplicado oxigenoterapia y medido el nivel de saturación en sangre.

Agrega que ante los gritos de los padres de N., L. bajó al piso a las 21 horas donde se encontraba N. en la sala de reanimación.

Si uno lee la sentencia penal obrante en la causa penal n° 276/2017, a fs. 401, el juez Soñiz destaca que a pedido de la madre del niño, a las 20:40, le pidió a la Dra. B. que atienda al bebé y ella le manifestó que había llamado al Dr. L., pediatra, y que estaba recorriendo las salas del sanatorio y que una vez que

termine iba a evaluar su derivación o internación al H. R. Luego a las 21 h empeoró la situación del niño, la Dra. B. regresó a la sala y regresó con el Dr. L., quienes desvisten y comienzan la ventilación mecánica a insuflar oxigeno e intentan entubarlo, momento en el cual le piden a los progenitores que se retiren de la sala, y pasados unos 25 minutos el Dr. L., les dijo que N. se había broncoaspirado y había fallecido, siendo las 21:25 h.

A fs. 410vta. de la citada causa el juez Soñiz dice: "Adviértase que el Dr. L. manifestó en debate que ante un cuadro de extrema gravedad y más allá de las normas del nosocomio, dijo y cito textual: "los muchachos en referencia a neonatología, no habían tenido problemas en recibirlo, en alusión al pequeño N. Pero, como iban a recibirlo si conforme la información el caso no revestía gravedad, era un niño que se encontraba bien y compensado.

Agrega que por los argumentos expuestos y en función de la prueba producida en el debate, considero que ha quedado acreditado con el grado de certeza exigido en esta etapa procesal, no solo la materialidad del hecho atribuido, sino también la autoría de los acusados en la comisión del mismo (fs. 411, causa penal citada).

A continuación, remite a lo declarado en la contestación de demanda a fin de deslindar su responsabilidad; y dice que aquello también guarda coherencia con lo testificado por M., quien – dice- concurrió de inmediato a la guardia, donde encontró a su parte realizando las primeras tareas de reanimación. Sostiene que es ajena a toda lógica la atribución de

demora en la atención, que su parte no tenía ningún deber de atención respecto del bebé que estaba en la guardia ni de ningún otro paciente que no estuviera en el piso de internación a su cargo. En otro segmento, niega que la Dra. B. le hiciera una interconsulta, en tanto –dice- no recibió un llamado para atender al bebé, que, en rigor, la médica B. no advirtió por negligencia el riesgo

Y que por ello fue condenada, que nunca pudo haber requerido ayuda para atender una situación que no advirtió.

Asevera que su único deber médico era atender a sus pacientes del servicio de internación pediátrica.

En definitiva, entiende que en la sentencia apelada no se describe conducta antijurídica alguna de su parte y que tampoco se explica cuál es el nexo de causalidad adecuado entre la supuesta omisión que se le atribuye y el fallecimiento del bebé. Asimismo, remarca que fue descartada su negligencia en el homicidio culposo del bebé conforme la prejudicialidad de *los arts. 1777 Cód. Civ. y Com. o 1103 Código Civi*l. Solicita la revocación de la decisión de grado.

De la prueba producida surge que en el primer llamado de la Dra. B. al Dr. L., no se le informó que el bebé estaba estable y compensado y que no había motivo para ir urgente y si lo hizo cuando fue urgente ante el segundo llamado.

En ese momento actuó con diligencia y no está probado su obrar culposo.

Es decir, no está probada la conducta antijurídica del L., y además no está demostrada la causalidad con

el daño, el que se debió a la conducta desplegada por B. y M.

En otras palabras, la existencia de la chance de curación por la actuación del Dr. L., no fue probada en la causa.

El Dr. Lopez Mesa sobre este tema dice: "Para que una chance perdida sea resarcible, la relación de causalidad debe existir necesariamente entre la pérdida de la oportunidad (en este caso que analizamos, de mejoría o supervivencia) y la actuación del demandando. Si dicha relación causal intermedia no existe, no puede resarcirse la chance perdida. Bien ha escrito Couturier que "la noción de pérdida de una chance es utilizada por la jurisprudencia cada vez que no es posible establecer un lazo de causalidad entre una culpa y un perjuicio, o sea porque este lazo es demasiado incierto, o sea porque categóricamente ha sido excluido, particularmente en materia médica por un peritaje. Una controversia nació en doctrina para determinar la función de esta noción. ¿Se trata de establecer artificialmente, incluso de manera contradictoria, un nexo de causalidad entre la culpa del médico y el estado real del paciente o bien de desmarcarse de este perjuicio aparente y retener entonces el daño específico que podría constituir para este último la chance perdida de curación o de supervivencia?". Agrega luego Couturier que "...no solo la noción de pérdida de una chance implica la de daño específico, sino que también supone un enfoque particular de la causalidad". Y menciona al pasar "la presencia irreductible del factor aleatorio en todo proceso causal", afirmando luego que "en materia médica, más particularmente en la hipótesis de la pérdida de una

chance, la imposibilidad para el juez de adquirir una certeza le conduce a acudir a la verosimilitud, a la probabilidad. Así, cuando esta es considerada como suficiente por los expertos, el juez deduce de eso la existencia de presunciones y no se discute que ellas puedan servir de medios de prueba para demostrar la existencia de un nexo de causalidad. En cambio cuando la duda subsiste totalmente y cuando es imposible hacer volcar este juicio de probabilidad hacia una probabilidad suficiente. La prueba de la causalidad incumbe a la víctima, y esta soporta todas las consecuencias, por lo que no tendrá derecho a reparación de su perjuicio". Y finaliza el brillante desarrollo el autor citado expresando que "este llamado a la teoría de las probabilidades tiene, en la hipótesis de la pérdida de una chance, una función doble: tornar probable [...] la existencia de un daño específico, pero también permitir el establecimiento de un nexo de causalidad entre este y la culpa del médico. En materia de pérdida de una chance, perjuicio específico y causalidad son en cierto modo consustanciales. Es el mismo grado de probabilidades que va así a dar consistencia a la noción de perjuicio específico, permitiendo aportar la prueba, y demostrar, por el juego de las presunciones, la existencia de un lazo de causalidad con la culpa del médico". Si la evaluación de chances perdidas requiere de un análisis muy particular de la exigencia de causalidad, con mayor razón ocurre ello cuando se trata de reclamos por pérdida de chance de curación, es decir, con la evaluación de chances perdidas a consecuencia de un yerro médico, materia en extremo difícil. Con agudeza

se ha dicho al respecto que "la necesidad de caracterizar la existencia de un nexo de causalidad reviste una dimensión particular en materia médica ya que, en este dominio, más que en otro, nada es dictado por ningún absoluto, de modo que no es raro que el daño resulte de un conjunto de causas difícil de establecer con certeza y precisión". "Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación (La "mala praxis médica" y el reclamo por la no recuperación de la salud o el agravamiento de la enfermedad)", por Marcelo J. López Mesa (p.12).

El Dr. Feliz Trigo Represas señala: "Se entiende por "chance", pues, la probabilidad suficiente de una ganancia, que se frustra por culpa del responsable o, más precisamente, como bien lo resolviera la Sala C de la Cámara Nacional en lo Civil, la privación de la oportunidad de participar, con algún grado serio de probabilidad, en un evento o disputa de resultado incierto, en el que se habría definido la obtención o no de un beneficio económico. Cazeaux, N. Halperín y Zannoni entre nosotros, y los hermanos Henri y León Mazeaud en Francia, han mencionado como ejemplos clásicos de pérdida de una "chance" el de un caballo de carrera que se lleva al hipódromo para participar en un clásico, pero que no puede llegar a tiempo en razón de que el camión en el que se lo transportaba vuelca por imprudencia de sus conductores; o el de un abogado o procurador que dejan perimir un juicio o no interponen los recursos ordinarios pertinentes contra una sentencia adversa. Agregando luego que, sin duda, tanto el resultado de la carrera como el del pleito son siempre inciertos: el primero por cuanto está sujeto y depende,

en muy buena medida, de las vicisitudes del azar, y el segundo, en razón de que no cabe anticipar el éxito de ningún juicio, dado que aun los que aparecen revestidos de la mayor simpleza pueden, contra toda previsión, orientarse hacia una solución diversa de la previsible. Por todo lo cual podría parecer entonces, *a priori*, que no correspondería ninguna indemnización por la frustración de tales posibilidades; no obstante que, sin embargo, resulta indudable que en esa "concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes, hay una consecuencia actual y cierta, que a raíz del acto imputable, se ha perdido una 'chance', oportunidad o probabilidad, por la que es justo reconocer una indemnización". Lo cual es así, aunque "la no realización del resultado también hubiese sido posible por causas naturales o imputables a terceros", y pese a que ya "no se sabrá jamás si fue el agente, u otra causa, quien hizo perder lo que estaba en juego". De manera que la pérdida de una chance implica siempre la existencia de un alea, pues la posibilidad de lograr el damnificado el beneficio que esperaba obtener era ya, de por sí, algo fortuito o azaroso. Aunque cabe insistir en que lo perdido o frustrado es en realidad la "chance" u oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr en cuanto tal. Y cuando el daño consiste en la frustración de una esperanza o pérdida de una "chance" coexisten a la vez un elemento de certeza y otro de incerteza. "Certeza de que de no mediar el evento dañoso –trátese de un hecho o acto ilícito o de un incumplimiento contractual–, el damnificado habría mantenido la esperanza" de obtener en el futuro una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Pero, a la

par, incertidumbre, definitiva ya, sobre si "manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la 'chance', la ganancia se habría en realidad obtenido, o si la pérdida se habría evitado" (" La pérdida de chance en el derecho de daños. De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad", Nocien (*Revista de Derecho de daños*, 2008 T. I, p.53).

Como se vio la probabilidad de la pérdida de chance de pérdida de curación del bebé no está demostrada.

Debe tenerse presente que cuando se interpuso la demanda, todavía no había recaído sentencia penal.

La jueza no da ningún fundamento de por qué L. le habría restado chances de sobrevivir al bebé. No está probado que B. hubiera hecho el primer llamado a L. ni de los horarios de llamada.

Se admite el agravio.

Las costas contra la aseguradora:

La jurisprudencia ha dicho: "La empresa asegurada y aquí demandada no "asumió su defensa en juicio" por intermedio de otra letrada voluntariamente, sino por la actitud de la aseguradora que declinó otorgarle la cobertura que le correspondía por contrato y si, en definitiva, la referida defensa de la citada en garantía fue rechazada, porque se comprobó que la prima del seguro estaba paga al momento del siniestro y, por consiguiente, se hizo extensiva la condena "en la medida del seguro" contra la aseguradora, la que resulta abusiva no es la pretensión de la asegurada como intenta argumentar el apoderado de la citada en garantía- sino el obrar de la aseguradora que él representa que, a esta altura del proceso y demostrada la improcedencia de su

declinación de cobertura, se niega a afrontar el pago de los honorarios de la letrada que asistiera a la demandada por su actuación en este proceso que deben considerarse incluidos dentro de la condena en costas pues resultaron actuaciones necesA. (arts. 109, 110 - inc. a-, 111, 118, Ley 17418). En suma, cabe modificar la sentencia recurrida aclarando que sin perjuicio del derecho que le asiste a la letrada de requerir el cobro a la accionada, los honorarios de dicha profesional por su actuación en este proceso se encuentran, como cualquier otro gasto y honorario causado en la defensa de la demandada y asegurada, a cargo de la aseguradora en la medida del seguro contratado (art. 118, Ley 17418)" ("Romero, Alicia Liliana y otro vs. Leiva, S. D. y otro s. Daños y perjuicios" - CNCiv. Sala B; 04/10/2021, Rubinzal Online, RC J 808/22).

Asimismo: "A los agravios de la aseguradora con respecto a la imposición de las costas por la actuación del letrado del asegurado no pueden prosperar. Ello es así, por cuanto si bien es cierto que el asegurador tiene el derecho a dirigir el proceso judicial, lo que surge implícitamente del art. 110 inc. "a" de la Ley 17418, ello no obsta a que renuncie a tal derecho dejando la defensa en manos de asegurado (art. citado), atendiendo los gastos que ella provoque, o que la póliza le permita declinar esa facultad. En la especie se ha acreditado que el asegurado "dejó asentada en las oficinas de Tucumán, la denuncia correspondiente al siniestro". Vale decir que habiendo el asegurado cumplido con su deber de informar la existencia del siniestro y habiéndose dificultado el pedido de instrucciones al asegurador al haberse "cerrado la

agencia de Tucumán (motivo por los cuáles se procedieron a quemar los antecedentes y/o siniestro del asegurado), dejando justificado más aún los motivos de la desorganización interna de la compañía". Esta circunstancia torna de aplicación el art. 110 de la L.S. que dispone que la garantía del asegurador comprende "el pago de los gastos y costas judiciales y extrajudiciales para resistir la pretensión del tercero" ("González de Pausa, Norma M. T. vs. Corpacho, Cándido s. Daños y perjuicios" - CCC Sala III, San M. de Tucumán, Tucumán, 08/07/1997, Dirección de Informática Jurídica del Poder Judicial de Tucumán, RC J 8947/10).

Debo señalar que está acreditado que la citada en garantía notificó al asegurado, Dr. L. que declina la asistencia letrada (fs. 354) y que siguiera con su abogado particular y sumado a ello que los gastos judiciales fueron necesarios; se admite el agravio. E) *Los agravios de O.:*

A través de su representante legal, la obra social, en su primer agravio, se queja por la condena a su parte, en carácter solidario, por considerarla improcedente y ajena a la normativa aplicable al caso. Sostiene que delegó la gestión de la red de efectores a la prestadora R. I. M. S.A, habiéndose probado en autos tal circunstancia y siendo confirmado por la A. E. de S. M. de Comodoro Rivadavia.

Alega que su parte cumplió su función de proporcionar al afiliado la pertinente atención médica a través de la clínica contratada y que no pudo tener control alguno sobre los actos de los profesionales involucrados. Explica que la obra social presta un servicio y solo responde por esa omisión, en tanto

tienen un fin solidario y un soporte por el aporte de sus afiliados, sin fines de lucro.

Considera que los médicos son independientes y solo prestadores, y en el caso, dependientes de la clínica codemandada, que esta última empresa tiene ganancias por sus prestaciones y sería justo que asuman los riesgos. Define su propia actuación en el marco de las leyes 23660 y 23661 y niega que existiera fundamento jurídico para achacarle responsabilidad civil, aun menos, con fundamento en los factores de la culpa, definida por el CCCN. Niega actuación imprudente, negligente o que actuara intencionalmente o en forma indiferente. Asegura que la obra social prestó al actor todos los servicios de salud que requería el afiliado. Cita vasta doctrina y jurisprudencia en apoyo a su postura y se explaya sobre el deber de seguridad y la responsabilidad objetiva. Alega que no resulta responsable de los cargos que se le imputan, y pide la revocación de la sentencia en crisis.

En su segundo agravio se queja por la aplicación del daño punitivo, considerando que los afiliados no son consumidores o usuarios en los términos de la Ley 24240, sino que son beneficiarios obligatorios. Dice que no existe un vínculo de consumo entre quien es un beneficiario obligatorio de una obra social y la misma dado que quien adhiere a una obra social, no contrata con la misma la prestación de un servicio en forma particular con fines de consumo, sino que se establece una relación de asociatividad regida por un régimen legal que le es propio.

Entiende improcedente la aplicación de la figura de daño punitivo, solicitando que se revoque la sentencia en este punto.

En su tercer agravio avanza en contra de la imposición de costas, diciendo que, de conformidad con el art. 14 de la Ley 16986, no corresponde dicha condena. Cita doctrina y solicita que las costas sean impuestas por el orden causado. Para finalizar, mantiene reserva del caso federal.

E.a) La parte actora contesta a los agravios expuestos por O.

Luego de reseñar los antecedentes de la causa, responde al primero, que es inadmisible por insuficiente y genérico con escasa entidad para cumplir con los parámetros del art. 268 del CPCCh.

Entiende que el apelante reitera argumentos sostenidos al contestar la demanda respecto a la delegación de las prestaciones médicas asistenciales en terceros para la atención de sus afiliados.

Recuerda que los argumentos vertidos en el memorial fueron la base del pedido de falta de legitimación pasiva de la codemandada, que fuera rechazado por la jueza de grado al decir que "la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada O. S. del P. y G. P. y concluyo que resulta responsable civilmente por el hecho del 15/02/2014 del que resultara el fallecimiento de N. B. R. C.; su responsabilidad es objetiva y directa y descansa en la violación de una obligación de seguridad generada por aplicación del artículo 504 del Código Civil; aplicable y procedente en el caso por haberse demostrado la existencia de culpa médica en la actuación de los profesionales médicos y

de la enfermera que intervinieron en la atención de N., todos ellos dependientes del sanatorio y éste a su vez prestador de la obra social -sin perjuicio de la tercerización de su gerenciamiento que invoca esta última en relación a I. M. S.A., todo ello en virtud de lo establecido por los artículos 512, 902 y 909 y concordantes del Código Civil".

Adhiere a la decisión de grado. Expone en contra de los argumentos de la oponente sobre el deber de seguridad, la responsabilidad objetiva y la relación de consumo, con sustento en doctrina y jurisprudencia. En definitiva, solicita el rechazo del agravio.

A la segunda queja, contesta en sentido similar a la anterior, resaltando la insuficiencia técnica recursiva por reiteración de argumentos de la contestación de demanda que ella fueran rechazados en la sentencia de grado, y omitiendo, aquí, indicar en forma clara y concreta cuáles son los supuestos errores incurridos en la sentencia que habilitan su revisión.

Recuerda que la jueza de grado, respecto de la posición de la apelante por fuera de la relación de consumo, dijo que "La amplitud de normas que atraviesan el nexo de la relación entre el paciente, el centro asistencial y la obra social en los términos que he expuesto en la presente, conforman un microsistema de responsabilidad objetiva que resulta de aplicación obligatoria, como es el contrato de consumo de servicios médicos, categoría que, actualmente, se encuentra reflejada en los artículos 1092 a 1122 del Código Civil y Comercial". Cita jurisprudencia en apoyo a su postura, contraria a los argumentos de O.

Para finalizar, pide que se desestime este agravio y que se note que no fue apelado el monto de la condena por el rubro, según el art. 274 del CPCCCh.

Responde la parte actora al tercer agravio de la obra social, sosteniendo es correcta su imposición según el principio objetivo de la derrota y que no resulta aplicable al caso la normativa que cita la recurrente, Ley Nacional de Amparo 16986, art.14. Pide que se desestime el agravio por improcedente, desajustado a la naturaleza del proceso y con invocación de normas inaplicables al caso.

Tratamiento:

No se hace lugar al pedido de deserción. Pues es criterio restrictivo de esta Cámara, la deserción del recurso.

Sin embargo, advierto que los argumentos esgrimidos por la recurrente no logran conmover el razonamiento que hace la jueza de primera instancia sobre este punto y se rechaza el recurso, pues la responsabilidad surge el artículo 504 del Código Civil y en artículo 42 de la CN y Ley de Defensa del Consumidor).

La jurisprudencia ha dicho: "La responsabilidad de las obras sociales en supuestos como el presente se encuentra regulada, hoy en día, más precisamente, en el mencionado sistema de protección de los derechos de usuarios y consumidores, desde que estas entidades constituyen indudablemente proveedores de servicios de salud y deben responder directamente por el incumplimiento de las obligaciones asumidas o impuestas por la ley, entre las que este régimen prevé, la de seguridad (art. 42, CN; arts. 1, 5 y 40, Ley 24240). Al respecto corresponde recordar, tal como lo ha decidido

la CSJN en reiteradas ocasiones, que quien contrae la obligación de prestar un servicio -en este caso, de asistencia a la salud- lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular. Cabe señalar, asimismo, que el adecuado funcionamiento del sistema médico asistencial no se cumple tan solo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto en cualquiera de sus partes, sea en lo que hace a la faz de la prestación médica en sí como a la faz sanitaria, sea en el control de una y otra, en la medida en que pudiera incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso, más doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su control. Por todo lo dicho y lo señalado al examinar la de la médica, se confirma la responsabilidad atribuida a la obra social demandada" ("G., P. J. vs. O. S. para E. de C. y A. C. (O.) y otros s. Daños y perjuicios" - CNCiv., Sala G, 17/10/2023, Rubinzal Online, RC J 4660/23).

Por lo tanto, se rechaza el agravio.

F) *Contesta vista Asesoría de Familia*:

La asesora de Familia, en representación complementaria del adolescente M. V. R. C., adhiriendo a la posición expuesta en autos por sus padres

entendiendo que no existen intereses contrapuestos. Esto fue reiterado por escrito ID 1232159.

Opina que los agravios esgrimidos por la parte demandada deberán ser rechazados y así lo solicita. Sostiene que debe confirmarse la sentencia definitiva, resaltando la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil y el acogimiento del reclamo promovido en favor de su representado.

Corresponde otorgarle al adolescente una indemnización en concepto de daño moral por la muerte del niño R., en tanto tal pérdida supone para su hermano un estado de profundo dolor y angustia, e incluso temor, que necesariamente altera la paz y tranquilidad de su espíritu, teniendo repercusiones psíquicas. Dice que la limitación del art. 1078, en el carácter hereditario, fue superada en virtud de la existencia de tratados internacionales que protegen la familia y postulan la reparación del daño, según el principio de reparación plena o integral.

Remite a la audiencia de contacto personal realizada el 18/10/2023 con su representad, por haber sido convivientes e integrantes de un hogar familiar con el menor, con un fuerte vínculo afectivo. Expone sobre normas supremas nacionales y tratados internacionales, especialmente le interés superior del niño.

G) *Los agravios de F. L. Agravios por el recurso diferido y 4) del recurso de la actora*:

Los agravios respecto a este punto ya han sido resueltos por SI 462/23, por lo tanto, a ella me remito para dar respuesta al recurso.

Costas y honorarios:

En mérito al resultado del pleito, y conforme a lo dispuesto por el artículo 282 del CPCCCh, se deben readecuar las costas de primera instancia.

En tal sentido, modifico únicamente la imposición de las costas con respecto a la actuación de P., L. y F.: a los actores vencidos (art. 69 del CPCCCh).

Difiero al momento del acuerdo la regulación de honorarios, que se realizará conforme lo establecido en la ley de aranceles de la provincia.

Las costas de la segunda instancia se imponen a las citadas en garantía y los demandados M. y B.

Las costas con respecto a la actuación de P., L. y F. a los actores vencidos (art. 69 del CPCCCh). Tener en cuenta el beneficio de litigar sin gastos.

Difiero la regulación de honorarios para el momento del acuerdo, en el que se tendrán presentes las pautas establecidas en la ley de aranceles.

En relación a los honorarios de los letrados intervinientes, cabe señalar que resulta de aplicación el art. 10 de la ley de honorarios que prevé un "reajuste" de la escala arancelaria contenida en los arts. 5 y 6. Justamente la ley ha consagrado una pauta limitativa, evitando que la suma de las distintas regulaciones pueda arrojar un importe excesivo, y, eventualmente confiscatorio, recurriendo al arbitrio consistente en establecer un tope, que se ha fijado en el 40 por ciento sobre la respectiva escala arancelaria.

Es que no existen vA. partes demandadas cuando existe pluralidad de litigantes por vía del litisconsorcio, sino siempre dos: actora y demandada. Por tanto si en una de ellas hay varios litigantes con otros tantos patrocinantes, no debe regularse a los

abogados de cada litigante como si fuera una parte distinta de la otra, sino a todos los de la misma parte en forma conjunta sin exceder la cantidad que correspondería como patrocinio único.

A la segunda cuestión, el Dr. Pis Diez dijo:

La fórmula postulatoria:

1) Rechazar los recursos interpuestos por H. D. M., por R. B. A., por la A. E. de S. M., por O., por L. S. C. de S., rechazando la condena por daño punitivo de los demandados M. y B.

2) Hacer lugar a los recursos interpuestos por los codemandados G. P., F. J. L. y P. D. F.

3) Imponer a la parte actora las costas de ambas instancias por los recursos admitidos de P., L. y F., teniendo presente el correspondiente beneficio de litigar sin gastos.

4) Imponer las costas de ambas instancias, por la demanda admitida, a las citadas en garantía y los demandados H. D. M., R. B. A. y A. E. de S. M.

5) Difiero la regulación de honorarios para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. Robert dijo:

Vienen los autos a conocimiento de este tribunal de apelaciones, en virtud de los recursos interpuestos por A. E. de S. M. de C. R.; por H. D. M., G. L. P., R. B. A., S. C. A. de S. S.A. y L. S. C. de S. G.; por P. D. F.; por el Sr. F. J. L. y por la obra social O.; en contra de la Sentencia Definitiva nro. 9/2023. Concedidos los mismos, expresaron sus respectivos agravios en escritos digitales; así, A. E. por pieza ID 1078717; los codemandados M., P., B. y las Aseguradoras,

por ID. 1078892; el Dr. L. por ID 1082555; la Sra. F. por ID 1082255 y O. por ID 1136135.

Corridos los respectivos traslados, contesta la parte actora a A. E. (escrito ID 1107783); a P. D. F. (ID 1107724); a M., B., P. y las compañías A. citadas (ID 1110084) y a F. L. (ID 1109633).

Corrida la vista a la Asesoría de Familia, contesta por escrito electrónico ID 1279408.

A su vez, la actora apeló la sentencia interlocutoria nro. 150/2017. Concedido el recurso con efecto diferido el 15/08/2019, expresó sus agravios por escrito electrónico ID 1080715. Por su parte, F. L. expuso sus agravios respecto del recurso concedido con efecto diferido el 02/11/207 por escrito digital ID 02/11/2017. Corridos los traslados, contestó la parte actora a la obra social O. (ID 1152629) y los codemandados M., B., P. y las citadas en garantía (ID 1094685).

El fallo apelado:

La jueza 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 H. D. M., R. I. B. A., G. L. P., L. S. C. L. de S. G., y S. C. A. de S. S.A., respecto de la participación del coactor M. V. R. C., de acuerdo a lo decidido en el Considerando II apartado b).

A su turno rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada O. S. del P. y G. P., y la atenuación de responsabilidad planteada por la demandada P. D. F.; el planteo de plus petición inexcusable efectuado por los demandados H. D. M., R.

I. B. A., G. L. P., L. S. C. L. de S. G., S. C. A. de S. S.A. y T. C. de S. S.A. y la aplicación de sanción de temeridad y malicia solicitada por el codemandado F. J. L., conforme lo decidido en el Considerando I apartados e) y b) y en el Considerando II apartado d), respectivamente.

A continuación hizo lugar totalmente a la demanda instaurada, declarando civilmente responsables a H. D. M.; R. I. B. A.; F. J. L.; P. D. F.; G. L. P.; A. E. de S. M. de C. R. y O. S. del P. y G. P. por los hechos ocurridos el 25/02/2014 que derivaron en el fallecimiento de N. B. R. C.; condenándolos a abonar en el plazo que indica, a V. E. R.; padre del menor, la suma de $4.833.333,33., a P. L. C. – madre- la suma de $4.833.333,33. y a M. V. R. C. –hermano- la suma de $3.833.333,33, más los intereses correspondientes a la tasa activa para operaciones de descuento de documentos comerciales del Banco de la Nación Argentina desde la fecha del hecho -25/02/2014- y hasta el momento de su efectivo pago para las partidas por pérdida de chance y daño moral y para las sumas dispuestas por daño punitivo, cuyos intereses a la misma tasa se devengarán una vez producida la mora en el cumplimiento de la sentencia, según considerandos II y III.

Dispuso que la sentencia tendrá, para S. C. A. de S. S.A. -por sus asegurados H. D. M. y R. I. B. A.-, para L. S. C. L. de S. G. por su asegurado F. J. L.- y para N. C. de S. S.A., antes N. S.A. A. de Responsabilidad Profesional -por sus asegurados A. E. de S. M. de C. R. y G. L. P.-, idénticos efectos que para los codemandados, en el marco del contrato,

conforme el art. 118 de la Ley de Seguros y de acuerdo a lo dispuesto en el Considerando II apartado e).

A su turno, hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva parcial opuesta por T. C. de S. S.A. y dispuso que la sentencia tendrá para esa compañía de seguros idénticos efectos que para su asegurada O. S. del P. y G. P. en el marco del contrato y de conformidad con el art. 118 de la Ley de Seguros, con excepción de la suma viabilizada por daño punitivo, impuesta a la última nombrada, por estar dicho rubro excluido expresamente de la cobertura contratada, por lo dicho en el Considerando II e). Para finalizar, impuso las costas por el principio genérico de la derrota y reguló los honorarios a los profesionales intervinientes.

La reseña completa del fallo y los datos de interposición del recurso fueron detallados en el voto que antecede, por lo que a ellos remito en su integridad a fin de evitar reiteraciones estériles.

Tratándose mi voto del segundo en orden y cumplimentada la manda del art. 166 CPr. procedo a efectuar una mínima referencia a los puntos propuestos a esta alzada, no sin antes destacar que en la estructura de la sentencia los agravios tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la pretensión y la relimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener "la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto de los agravios, siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso, a cuyo efecto basta una mera remisión (*cf*. crit. Morello - Sosa - Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos

Aires y de la Nación", T.II-C, pág. 64; Cám. Nac. Com., Sala C, 03/11/80, entre otros). Asimismo, he de tener en cuenta al resolver cada uno de los agravios, las respectivas contestaciones o réplicas efectuadas por las contrA. según corresponda.

Fundamentos de los recursos. Tratamiento:

A) Los agravios de los codemandados Sres. M., B. A., P., y las citadas en garantía, L. S. C. de S. y S. C. A. de S., quienes, bajo la misma representación letrada y en única pieza cuestionan en primer lugar la valoración de la prueba que efectúa la magistrada de grado para determinar la responsabilidad de los codemandados.

Realiza una extensa reseña sobre los hechos que dieran origen al presente y practica un análisis propio de la prueba incorporada en autos aseverando que, a efectos de resolver los presentes, debe partirse de la causa de la muerte del niño y agotar la noción de la patología.

Sostiene que tal como surge de los informes que individualiza (entre ellos la autopsia), el niño no presentó una infección de tipo bacterial, sino que su deceso se produjo a causa de una broncoaspiración, consistente en el diagnóstico de bronconeumonía aspirativa aguda.

Asevera que la conclusión respecto a que N. se encontraba transitando un cuadro infeccioso que derivó en su muerte es falsa y no resiste el peso de las pruebas. Afirma que la infección pulmonar está claramente descartada por el estudio anatomopatológico y las explicaciones que en su derredor dieron H. D., O. I., D. y A. que claramente concluye que la causa del

deceso se debió a alteraciones pulmonares vinculables a bronconeumonía aguda por aspiración consignando bajo identificación 318 B y 318 C pulmón derecho e izquierdo líquido blanco claro con bronquios permeables y bajo 318 G estómago contenido alimenticio blanquecino y grumoso.

A efectos de fundar la ausencia de responsabilidad del Dr. M., explica que el galeno revisó al niño N. y que tal revisación incluyó una auscultación física consistente en la utilización del estetoscopio y del otoscopio. Argumenta que una revisación en guardia satisface el requerimiento provisto por M. dado que, ante la inexistencia de clínica, como entiende demostrado, no puede exigírsele comportamientos compatibles con un deceso respecto del cual nada puede arrostrársele. Arguye que exigir abundar en cuestiones que no podían ser previstas en ese instante, es poner en cabeza del encartado una prueba diabólica derogatoria del principio de inocencia.

Aclara en cuanto a la deposición testimonial de la Dra. P. C. sobre el punto que describió un cuadro hipotético de revisación. Expone que de ninguna manera dijo P. C. que N. debió seguir en evaluación médica dado que a preguntas genéricas contestó también genéricamente y la serie hipotética de consideraciones que se efectúan a través de las preguntas no reflejan más que hipótesis.

Resiste la conclusión del fallo en relación a que los médicos M. y B. A. descoordinaron su accionar alegando que ante la inexistencia de urgencia ni emergencia al momento de la consulta nada hacía prever un desenlace como el ocurrido.

Asevera que es claro el íter entre el momento en que M. deja su guardia y el que luego desencadena el

óbito en que B. A. actúa como corresponde. Dice que no se alcanza a entender cuáles reglas de la causalidad se aventan entre uno y otro momento. En todos los supuestos el nexo resulta destruido por la consideración exhaustiva y certera de la causa de muerte que es desinterpretada por la magistrada de grado.

Partiendo de la base de las respuestas dadas a los puntos 4 y 14 en el informe de C. sostiene que no existen elementos objetivos que puedan permitir inferir (dada la falta de signo sintomatología alguna asociada) que el episodio aspirativa se inició en el domicilio, por lo que jamás en el consultorio M. pudo advertir lo que se le endilga como negligencia porque no había clínica que justifique tal advertencia ni urgencia que amerite otro tratamiento que el que en la consulta se brindó.

Considera que imputar negligencia en la atención es por lo menos aventurado toda vez que los vómitos en lactantes tan pequeños como el niño N. pueden tener un significado muy diverso pero en especial (reprodúzcanse los dichos de los testigos A., D. y P. C. y aún L.)

Entiende que tampoco reviste posibilidad de adhesión la afirmación respecto a que el examen fue laxo toda vez que quedó acreditado que en guardia y ante la inexistencia de una urgencia o emergencia lo hecho por M. era lo que correspondía (véase A.) y no exigía la ocasión más práctica que las que se brindaron.

Dice que M. no pudo tratar al bebé como si estuviera en emergencia por inexistencia de cuadro clínico que lo amerite y finalmente si no existía clínica al auscultar el bebé dado que la causa de muerte como quedó reflejado es un hecho súbito, cataclismo e inmediato endilgar a

M. y luego a B. A. responsabilidad en el hecho no posee sustento probatorio.

Cuestiona que la jueza asevere que el cuadro se agravó, alegando que un hecho espontáneo como la broncoaspiración que llevó al óbito de N., no presenta esa etiología.

Dice que incurre en error dirimente la jueza al afirmar que el paso del tiempo agrava el cuadro de bronco aspiración aguda. Argumenta que es imposible agravar un cuadro de esas características por lo súbito, espontáneo, cataclísmica y grave que resulta y porque no hay tiempo material para que ocurra porque no hay proceso evolutivo previo.

A partir de ello sostiene que endilgar a M. y luego a B. A. responsabilidad en el hecho no posee sustento probatorio.

Aduce que se le exige una diligencia que no radica en una descripción precisa de qué conducta debía reportar a tal diligencia insistiendo en una fase de la bronco aspiración que no pudo darse por fases ni mucho menos se dio así conforme las pericias e informes rendidos.

Critica que se le atribuya a B. haber dejado a N. y su madre solos con una máscara no apropiada reiterando que se niega a atenderlo, circunstancia controvertida y expresamente desmentida no solo por B. A. sino también cohonestada por la enfermera P. F. que es quien advierte la participación de la médica ante el llamado de los padres recién pasadas las 20:30 horas o más precisamente a partir de las 20:40 horas como coinciden los testimonios vertidos.

Arguye que no adoptó una actitud paciente y expectante a las resultas de los análisis porque está acreditado que ante el pedido de auxilio de los padres, B. en conjunto con la enfermera P. F., asistieron al bebé procurando establecer patología de base e iniciaron terapia de oxígeno con máscara pediátrica y colocación de saturómetro para verificar oxígeno en sangre obteniéndose una estabilización del paciente.

Argumenta que estos parámetros de actuación son los que corresponden al suceso y fueron debidas y suficientemente acreditados en autos sin que dichos testimonios fueran impugnados o sospechados de parcialidad.

Explica que la enfermera P. F. afirma que se le colocó una máscara de oxígeno pediátrica que describió adecuadamente. Señala que el Director Médico de la A. E. de S. M. Dr. G. P. describió cómo se organiza habitualmente la guardia pediátrica y dejó de lado cualquier duda sobre la existencia del implemento pediátrico.

Asevera a partir de ello que la máscara no era para adultos y tampoco se le pidió a la madre que la colocara o sostuviera.

Sostiene que la conclusión arribada por la magistrada de grado implica un grosero yerro en la interpretación de los dichos.

Objeta que la jueza concluyera respecto a B. A. que su yerro se encuentra a las 20:30 horas cuando advierte la fontanela hundida y pide atención. Dice que no existió gravedad por deshidratación de acuerdo a lo que la Dra. S. J. A. con contundentes conocimientos científicos desmintió, sino que conforme los testimonios

de P. F. y M. se demostró que cuando fue requerida B. A. respondió al estabilizar al paciente y saturarlo con oxígeno, sino que contando con la asistencia de la enfermera profesional realizó la interconsulta y convocó al Dr. L., quien se sumó al verificarse la emergencia. A partir de ello, y a modo de crítica plantea como puede afirmarse la responsabilidad a este último cuando el hecho desencadenante es fulminante y se verificó en contados minutos.

A continuación, critica que la sentencia más allá de la generalidad de la alegada infracción al deber de cuidado y necesidad de extremar la diligencia no establece en qué consistían las obligaciones jurídicas del médico, especialmente de L. respecto del paciente, sea que las hubiera asumido voluntariamente, o bien que le fueran impuestas reglamentariamente.

Dice que L. participó cuando fue convocado y en forma tempestiva por lo que la condena en esta sede es infundada y arbitraria.

Explica que el médico L. pudo tomar conocimiento del resultado de laboratorio luego de que fueran entregados y es ahí cuando afirma que es un paciente de riesgo, y lo era dado que había desencadenado el suceso cataclísmico que lo lleva a la muerte en contados minutos, pero aclara que asirse a ello para condenarlo es un exceso.

Argumenta que lo que dice L. al calificar a N. como de alto riesgo, se refiere al momento en que le informaron sobre el recuento de glóbulos blancos y no es sino a las 20:50 horas cuando B. A., en su segunda llamada le informa de que él bebé estaba respirando con oxígeno en el *shock room* y tenía ese hemograma por lo

que no es aventurado decir que L. en ese instante desconocía que tipo de paciente tenía en el *shock room* e ignoraba el detalle fino del hemograma con el recuento de glóbulos blancos.

A su entender constituye un argumento simplista para atribuir responsabilidad considerar que existía un cuadro preexistente no advertido por M. que derivo en el deceso de N. y ello constituye un análisis elemental.

Expone que la emergencia principia a las 20:40 horas, conforme testimonios de L. y M. que intervinieron para conjurarla, por lo que la convocatoria del médico pediatra jefe de piso de la A. E. de S. M. y responsable del sector en la ocasión fue adecuada y oportuna, a la altura de lo esperable de un médico de guardia ante una emergencia explicita como la que afectó a N.

Afirma que la jueza *a quo* no merita las conclusiones periciales de las Dras. S. J. A. y M. G. D. y los estudios de H. D. y T. O. I. alegando facultades propias que con cita jurisprudencial no resultan suficientes para tal conducta y no identifica que criterio sigue para adoptar tal conclusión sentencial.

Sostiene que del colecto probatorio no puede afirmarse que hubo sepsis y si lo contrario que no hubo sepsis ni infección tal cual lo acreditan irrefragablemente las constancias periciales no resultando adecuada la interpretación de los dichos de H. D. toda vez que la profesional formuló adhesión al criterio de O. I. para suscribir el informe respecto de la inexistencia de sepsis.

Argumenta por otra parte que no hay evidencia ninguna que acuerde veracidad a la tesis respecto a que B. A. no estuviera preparada para una emergencia dado

que su condición de médico la habilita para tal circunstancia (artículo 19 Ley 17132 y su correlato adhesivo local Ley X n° 3 antes Ley 989) y actuó en consecuencia procediendo a la interconsulta cuando lo consideró oportuno y a pretender derivar al niño al advertir que la infraestructura nosocomial era insuficiente en la emergencia.

Alega que la A. E. de S. M. tenía una guardia pediátrica y un responsable de piso a cargo del Dr. F. L. y además una terapia neonatológica que integraba el Dr. M. quien también colaboró.

Aduce que el correcto seguimiento de una secuencia de actos y conductas, que de acuerdo a pautas empíricas de la ciencia médica otorgan las condiciones adecuadas para la mejor resolución de la patología a tratar, minimizando los riesgos o al menos sujetándolos a las circunstancias de cada paciente, representa básicamente el estándar de conducta que subyace la labor del profesional a la luz de lo dispuesto por el Cód. Civil 512 y 902, y que consistente con el cabal cumplimiento de esa obligación de medios que se reconoce a la labor profesional del médico.

Objeta las discordancias que a su entender existen en el fallo respecto a la actuación de los médicos.

Explica que se confunde temporalmente y como suceso el ingreso a guardia con la crisis posterior a la estabilización del paciente uniformando temporalmente el suceso y agravando en perjuicio de la imputada B. A. una conducta que en nada fue negligente, sino que se adecuó a las reglas de la práctica: ante una emergencia suscitada en el momento convocó a quien estaba en mejores condiciones de neutralizarla el Dr. F. L.

Plantea que estar en mejores condiciones no lo hace responsable, sino que se le exige que su arte y especialidad sea puesta al servicio como lo hizo pero no exigirle, conductas imposibles.

Repite que la causa de la muerte es cataclísmica, de clínica exagerada y de respuesta instantánea a diferencia de la neumonía que es evolutiva; hechos éstos que sumados a la inexistencia en los órganos sometidos a estudio anatomopatológico de vestigios de infección o sepsis ratifican no solo confirman la instantaneidad del hecho sino su falta de vínculo con lo actuado por M. en la consulta y por B. A. declarada la emergencia.

A partir de las conclusiones arribadas con sustento en su propio análisis de la prueba producida, sostiene que la decisión en crisis es arbitraria por sustentarse en afirmaciones dogmáticas, razones aparentes, pautas de excesiva laxitud, circunstancias desprovistas de relación causal con el resultado, y por apartarse de las constancias de la causa.

Sostiene que incurre en arbitrariedad la sentencia que omite establecer en qué consistían las obligaciones jurídicas del médico respecto del paciente, sea que las hubiera asumido voluntariamente, o bien que le fueran impuestas reglamentariamente, ya que sólo una vez conocido el alcance exacto de aquéllas, es posible formular un juicio penal de reproche basado en su incumplimiento culposo.

Dice que la prueba desechada arbitrariamente acredita la inocencia de los encartados especialmente de L., que trasciende la facultad de selección que les asiste a los jueces en su consideración por violentar de manera intolerable garantías constitucionales.

Alega que la decisión penal no podrá ser revisada en sede civil respecto de la denominada imputación objetiva, es decir, sobre la materialidad del hecho, su autoría, tipicidad y antijuridicidad lo que claramente excluye a quien no fue juzgado en la integridad de la conceptuación jurídica es decir autoría, materialidad, tipicidad y antijuridicidad.

Expone que en casos específicos como el aquí estudiado también se aplica el artículo 1725 CCCN antes 499 CCivil y la relación de causalidad adecuada, resultando necesario que las consecuencias perjudiciales tengan una conexión adecuada de causalidad con el hecho productor del daño circunstancias ausentes en relación a L.

Aduce, además, que en caso de responsabilidad médica el factor generalmente es subjetivo (culpa - dolo) y respecto de L. pretende anclarlo en una llamada telefónica y el trecho a recorrer por el interior de la A. como único correlato de tamaña imputación.

Esgrime que la obligación asumida por el profesional no es a obtener un resultado, sino tan sólo a poner los medios adecuados para alcanzar esa finalidad. A partir de ello y con fundamento en que la pericia de R. abunda sobre la buena práctica de L. y en que no le son aplicables los preceptos de la causa penal, sostiene que debe revocarse la condena a su respecto, en tanto no existe relación de causalidad adecuado con el daño.

MONTOS INDEMNIZATORIOS: En su segundo agravio critica la fijación de los montos indemnizatorios aduciendo arbitrariedad por incongruencia en la sentencia.

Considera que no resulta apropiado el criterio utilizado por la magistrada de grado para determinar la procedencia indemnizatoria de la pérdida de chance en la suma de pesos quinientos mil ($500.000) para cada uno de los padres con sustento en la norma del artículo 1745 del Código Civil y Comercial, dado que la indeterminación de pautas ciertas para su fijación y la referencia a cuestiones genéricas -como lo es la pérdida de un hijo- impide verificar el proceso lógico empleado y la coloca en situación de indefensión.

Afirma que la cuantificación resulta arbitraria.

Alega que no puede anclarse el futuro de la familia a una criatura sin otro parámetro validante que la voluntad o el dolor dado que el acreditado nivel sencillo de vida, las posibilidades de ayuda material a favor de los actores no resulta ponderable con criterio cierto.

Luego en relación al daño moral dice que la suma de pesos un millón ($1.000.000) para cada progenitor y pesos quinientos mil ($500.000) para su hermano constituye una suma exagerada y arbitraria cualquiera sea la fuente del mismo.

Considera que la suma otorgada resulta desconsiderada y excesiva lo que impone su revocación, porque la finalidad de la reparación no es otra que la recomposición de una situación en función de futuro, lo que no puede derivar en un enriquecimiento del afectado, porque desvirtuaría el sentido y objeto buscado por la indemnización. Se explaya en argumentaciones e invoca jurisprudencia en el entendimiento que resulta aplicable.

Por último, en cuanto a los rubros admitidos, plantea que existe error en los montos de condena, toda vez que resistidos los rubros de pérdida de chance y daño moral por los que se los condena y no encontrarse alcanzados por el de daño punitivo no se alcanza a verificar la correspondencia de los montos que establece la sentencia con los que surgen del cálculo porcentual que realiza la resolvente al final del acápite.

Indica que se prorratea la suma resultante del daño punitivo que si bien no los alcanza, porque no se los incluye entre quienes en el punto c) "Daño punitivo" son condenados por el rubro pero se los incorpora a la parte resolutiva con grave mengua al derecho de propiedad.

A continuación, se agravia de la condena del Dr. P. en su función de director médico de la A. aduciendo yerro porque se funda en un equívoco que es requerir a la Dra. B. A. especialidad de pediatría cuando para una guardia ello no es necesario.

Alega que imponer una condena personal por la actuación de los médicos cuya conducta se ajustó a los estándares de una buena praxis no puede hacer presumir per se la responsabilidad del director.

Argumenta que toda organización asistencial, sea de la naturaleza que sea, constituye un cúmulo de medios materiales (edificios, centros, equipos humanos, instrumental, tecnología, sistemas de sustituciones) que pueden, en su caso, determinar que un acto produzca unos efectos positivos o no y que puedan derivar su responsabilidad, por lo que la imputación genérica realizada por la sentencia de grado confunde la responsabilidad de la clínica o sanatorio con la del director médico que es una figura que la ley impone a

los fines del cumplimiento de funciones en relación a la autoridad de aplicación (41 Ley X n° 3 antes Ley 989; 1763; 1768 y cc. CCCN).

Indica que surge de la prueba que no es función del director médico supervisar a los médicos, ni las guardias, ni la historia clínica que confecciona el medico actuante luego o en forma simultánea a la práctica, ni sobre los elementos que se indica faltantes o inidóneos a partir del testimonio de personas no inidóneas o extraídas presuncionalmente de un hecho en que una enfermera buscaba en cajones de office un implemento.

Sostiene que siendo el médico de guardia aquel profesional que cumple tareas de atención de emergencias médicas durante un horario estipulado en un establecimiento asistencial público, privado o mixto la incumbencia no está referida a la especialidad como pretende la Dra. V., sino que su función es la de mantener la asistencia médica de los pacientes internados como para la demanda externa con carácter de emergente o urgente, y derivar a un enfermo de urgencia en los casos en que estuviere fuera de su horario o no tenga a disposición recursos humanos y técnicos insuficientes y que el lugar al que se quisiera derivar al paciente aceptare al mismo.

Asevera que organizada la guardia como estaba no es responsabilidad de P. que B. A. no fuera pediatra dado que en su condición de médico estaba calificada para hacer guardia.

Puntualiza respecto a la historia clínica que los eventuales defectos que pudiera tener no pueden atribuirse al director médico. Añade que si su

deficiencia importa juzgar contra el médico actuante y así se lo sostuvo en sede criminal responsabilizar al director médico por las consecuencias de los actos de otro no supera el valladar de la exigencia de subjetividad para fundar el reproche.

A lo dicho agrega que tampoco puede atribuirse a fallas del director la falta de comunicación entre M. y B. A., dado que las obligaciones respecto de las anotaciones en la hoja de enfermería, actas, historia clínica y documentación labrada no son controladas por el director ni podría hacerlo por el volumen diario y la imposibilidad manifiesta que ello implica.

Por último, se agravia de la alusión a la perspectiva de género a los fines de fundar condena toda vez que estamos ante el juzgamiento de una cuestión de responsabilidad civil que no implica satisfacer los estándares que la propia corte federal exige para la procedencia del instituto.

Dice que el proceso es resarcitorio y se persiguen sumas de dinero, sin evidenciarse relaciones de jerarquía y desigualdad entre hombres y mujeres expresadas en opresión, injusticia, subordinación y discriminación mayoritariamente hacia las mujeres ni constituye el proceso y su decurso un instrumento de re victimización de la damnificada/o con procedimientos lentos, reiterando innecesariamente la celebración de declaraciones.

Tratamiento de los agravios:

Efectuada la reseña precedente y ya en la solución, por razones de método e independientemente del modo en que han sido expresados los agravios por el apelante, habré de abordar su tratamiento conjunto en lo que

resulte atinente, lo que se encuentra justificado por la identidad y conexidad que guardan entre sí, y en atención a los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica (LS 320- 217; 349-39; 347-193; 347-209; 345-154; 347-197 entre otros).

Asimismo, en esta tarea, y a fin de mantener la estructura lógico-jurídico de la sentencia, trataré los agravios, siguiendo mayormente el orden que ha adoptado el colega prevotante, no sin antes advertir que atento la complejidad del caso que nos ocupa y la trama en el que este se halla enmarcado atenderé los escritos recursivos de las partes teniendo en cuenta aquellos planteos que sean esenciales y decisivos para fallar en la causa (Fallos 221:37; 272:225; 310:1162), ya que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo, se circunscribe a las que estimen necesA. para la sentencia que deben dictar (Fassi, Santiago C., "Código Procesal", T.I).

1) Agravios de los codemandados Sres. M., B. A., P., y la citada en garantía, L. S. C. de S. y S. C. C. A. de S.

Cabe destacar que los agravios que aquí se tratan, fueron expresados en forma conjunta por el letrado Dr. V. C. A., quien advirtió preliminarmente que su expresión de agravios involucraba a la totalidad de los accionados por él representados en el proceso.

Así las cosas, ingreso de lleno en su tratamiento:

1.A Agravios de los Dres. H. D. M. y R. I. B. A.: conforme la resumida síntesis transcripta, y respecto a estos dos profesionales médicos, se queja el apelante en tanto considera que la valoración de la prueba que efectúa el resolvente, se aparta de los hechos que tiene

como probados en la causa penal y que referida solamente a M. y B. A. no se adecua a lo que surge de la misma respecto a esta instancia y en especial a los presupuestos de la responsabilidad civil para su andamiento. Realiza un repaso de las constancias probatorias de autos, como también del expediente penal, efectúa precisiones sobre la causa de muerte. Reprocha el apartamiento de la a quo respecto a la pericia de la Dra. R.

Corresponde precisar que en el caso que nos ocupa, la demanda civil fue iniciada en forma previa al dictado de la sentencia penal, sin perjuicio que a posteriori, durante el desarrollo del proceso, se obtuvo sentencia con valor de cosa juzgada en sede penal, habiéndose agotada la instancia recursiva con la sentencia de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia nro. 20/2018 que declaró improcedente la impugnación extraordinaria deducida por la defensa particular de los condenados H. D. M. y R. I. B. A.

Así las cosas, valoró la jueza *a quo* que la sentencia de primera instancia en lo penal condenó a la Dra. R. I. B. A. y Dr. H. D. M., por encontrarlos autores del delito de homicidio culposo por negligencia art. 84 y 45 del C.P. en razón del hecho ocurrido el 25 de febrero de 2014 en perjuicio del niño N. R. C.

A su turno, tuvo especialmente en cuenta la sentenciante de grado, que respecto a la causa de fallecimiento, "la sentencia- penal- descartó la tesis de la defensa en cuanto a la broncoaspiración masiva y cataclísmica que se habría producido a partir de las 20:40 h, por cuanto esta resulta de efectos inmediatos y presenta síntomas inespecíficos e inconfundibles como

la tos, el ahogo y otros síntomas que no podrían pasarse por alto, advirtiéndose esta sintomatología cuando su cuadro se agravó a partir de las 20:40 h. Para arribar a dicha conclusión, tuvo por acreditado con el informe de la autopsia realizada por el Dr. L. –médico forense, con el estudio histopatológico confeccionado por la Dra. D. del laboratorio forense del Ministerio Público Fiscal y las declaraciones testimoniales de los Dres. R. C., L. y M., que la bronconeumonía aspirativa que presentaba el bebé y detectada en la autopsia no fue masiva, de conformidad con lo relatado por la Dra. C. en función del estudio histopatológico realizado sobre los órganos de N. por el laboratorio Regional de Investigación Forense, cuya conclusión diagnóstica fue "Alteraciones pulmonares vinculables a bronconeumonía aguda por aspiración…". En este punto, resaltó la jueza *a quo* "lo que ocurrió a partir de las 20:40 h fue una agravación manifiesta de esos primeros síntomas, de modo que la palidez llamativa se convirtió en cianosis generalizada y el llanto anormal mutó a una respiración tenue, con el agravante del hundimiento de la fontanela" –sic-. Siguiendo esa línea de razonamiento, el magistrado descartó, además, que el niño se encontrara en buen estado de salud y sin síntomas de alarma al momento de ser atendido por este acusado".

La breve reseña efectuada sobre lo decidido en sede penal, sobre la causa de fallecimiento y que fuera receptada por la sentenciante civil, nos remite al concepto de cosa juzgada al que refiere el art. 1102 C.Civil, de aplicación al caso conforme la fecha en que ocurrió la muerte de N.

En efecto, la norma de mención establece: “Después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado”.

Esto implica, como también analizó mi colega prevotante, que la sentencia penal tiene respecto de la causa civil un “predominio” que está dado por los aspectos de la decisión de aquel fuero, que ya no pueden ser discutidos en la acción por daños. Es decir, resuelta primero la cuestión penal, aparecen “cuestiones comunes” que el juez civil debe resolver en seguimiento de la sentencia penal, de las cuales no puede apartarse. La razón o fundamento de esta preeminencia debe buscarse en “el principio de unidad jurisdiccional” (Vélez Mariconde). Intervenga un juez o lo hagan dos –penal y civil- “siempre es el Estado quien actúa la voluntad de la ley”, y de ahí que deba evitarse que un órgano jurisdiccional resuelva una cuestión en abierta contradicción con otro órgano (*cf.* “Código Civil Comentado”, J. Mosset Iturraspe - M. A. Piedecasas, págs. 244 y sgtes.).

Sobre que debe entenderse como “hecho principal”, la doctrina que sigo explica que el art. 1102 comprende lo que en el Derecho Penal se denomina “imputación objetiva” que abarca la materialidad del hecho, la autoría, la tipicidad y la antijuridicidad, es decir, la acción o conducta y su tipicidad, se agrega en este sentido que queda comprendida la relación de causalidad entre hecho y daño.

Efectuadas estas consideraciones conceptuales sobre la aplicación del art. 1102 CC, corresponde

destacar que no ha rebatido el apelante, el fundamento del decisorio de grado para la atribución de responsabilidad civil a los demandados M. y B., antes bien sus agravios pretenden señalar una errónea valoración probatoria por la jueza *a quo*, ello prescindiendo totalmente de la aplicación de la cosa juzgada, e intentar un nuevo juzgamiento en esta sede modificando el hecho principal, lo cual resulta inadmisible en tanto éste ya ha sido definido sin que pueda modificarse en esta sede.

Tampoco puede impugnarse la culpa del condenado. Ergo, toda vez que la condena por homicidio culposo respecto a los Dres. M. y B. A. se encuentra firme, ello sella la suerte del agravio de los quejosos en tanto, juzgados a la luz de los presupuestos de responsabilidad civil que se juzgan en este proceso, no admiten cuestionamientos, atento ante la muerte causada por su conducta negligente, se encuentran reunidos los elementos, antijuridicidad, daño, relación de causalidad y factor de atribución subjetivo, lo que exime de mayores cuestionamientos y los hace responsables de los daños ocasionados a sus progenitores y hermano (arts. 512, 520, 902, 903, 909 Código civil).

Por lo expuesto, se rechazan los agravios de los Dres. H. D. M. y Dra. R. B. A. confirmándose la sentencia de grado a su respecto.

1.B. Rubros indemnizatorios apelados: dada la conexidad existente, trataré los agravios sobre las partidas indemnizatorias –pérdida de chance y daño moral- al abordar los agravios del S. de la A. E., adelantando en este apartado que no serán de recibo,

confirmándose en este aspecto también, la sentencia de grado.

- Aclaración sobre pto.3) del Fallo: Sin perjuicio de lo expuesto, advierto asiste razón al apelante, al señalar un error en los montos de condena para sus representados Dres. M. y B.

En efecto, la condena prosperó para estos galenos por los rubros pérdida de chance y daño moral, luego el rubro daño punitivo, que en este voto se confirma en cuanto admisión y cuantía, se impuso al sanatorio AESM y a la obra social O., sin embargo, la totalidad de los rubros fueron prorrateados entre todos los condenados, lo cual claramente resulta erróneo y deberá ser corregido en la etapa de ejecución de sentencia, determinando los montos de condena –capital e intereses- para cada uno de ellos, en la liquidación que a tal fin se practique en consecuencia (art.168 CPr.)

Aclarado lo expuesto, atento a lo resuelto respecto a estos profesionales, y en función del art. 118 de la Ley de Seguros, debe extenderse la responsabilidad a su aseguradora S. C. A. de S.

1.C. Agravios en relación a la actuación del Dr. P.: en función de la evaluación integral que su función requiere, entiendo adecuado analizar los agravios a su respecto, luego de expedirme respecto a la actuación de los restantes codemandados.

2) *Los agravios de la A. E. de S. M. de C. R.*:

La codemandada recurrente opone en primer término recurso de nulidad en los términos del art. 255 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chubut, aduciendo la violación del debido proceso

adjetivo, por haberla privado del ejercicio de derecho de defensa en juicio.

Señala que de la lectura del fallo de grado se desprende que se ha vulnerado el debido proceso adjetivo, porque en forma irregular se incorpora prueba que no ha sido producida en estas actuaciones, sino en los autos tramitados bajo Legajo Fiscal n° 59566 Carpeta Judicial n° 7963, en el cual no fue parte.

Dice a partir de ello que no puede entenderse acabadamente cumplido en los presentes autos -ni, en su caso, en sede penal- el derecho de defensa en juicio y mucho menos el principio de bilateralidad que debe regir en todos los procesos judiciales.

Asevera que se configura en este caso un vicio grave y esencial de naturaleza procesal emparentado con la irregularidad de la incorporación a la causa del sumario penal, cuyas consecuencias se reclaman en este juicio.

Explica que dicha irregularidad condujo -a su vez- al dictado de una sentencia que no respeta el principio del contradictorio en la dimensión probatoria, porque conculca gravemente el derecho de defensa.

En función de lo expuesto peticiona se admita el pedido de nulidad de la sentencia recurrida.

Subsidiariamente, para el hipotético e improbable caso en que no se haga lugar al pedido de nulidad de la sentencia definitiva de primera instancia, expresó los siguientes agravios.

Cuestiona que la magistrada de grado con insuficiente fundamento en el concepto de prejudicialidad, extendiera la condena dictada en sede

penal sobre la A. M., volviendo sobre el argumento de que no fue parte de dicho proceso.

Achaca a la magistrada haber realizado una errónea interpretación y aplicación del concepto de prejudicialidad, violando una vez más derechos y garantías de raigambre constitucional tales como el debido proceso adjetivo y defensa en juicio.

Dice que -pese a la acción iniciada por la actora en este fuero- no fue citada a las actuaciones iniciadas en el fuero penal, y según su entender, para que se produzcan acabadamente los efectos de la prejudicialidad a su respecto, resultaba necesario que haya sido procesada en la causa penal, o al menos citada a la misma, pudiendo entrar en la relación procesal penal solamente como pretenso responsable civil por un hecho ajeno por el que, a todo evento, no le corresponde responder.

Arguye que la condena impuesta en sede penal hace cosa juzgada en cuanto al hecho principal y la culpa solo respecto del imputado/procesado, y bajo ese imperativo, el juez civil no puede desconocer que, justamente, no fue imputada ni citada, por lo que no recayó sobre ella una sentencia penal condenatoria.

Concluye que la jueza aplicó el concepto de cosa juzgada, no obstante no participó del proceso penal para que pueda tener por acreditados los hechos alegados por la actora. Peticiona se admita el agravio.

En tercer lugar, la recurrente objeta que la sentenciante se basara únicamente en las apreciaciones y afirmaciones subjetivas de la que se oponen abiertamente a la pericia médica y de enfermería producidas en el trámite judicial. Sostiene que la

sentencia es arbitraria, pues se opone frontalmente a las constancias probatorias de la causa, sin brindar ningún fundamento o argumento en contrario.

Refirió que además se detalla en los Puntos 6, 7 y 8 que resulta imposible, por un lado, que el menor haya ingresado a la guardia ya broncoaspirado, pues el tiempo de vida de un paciente de su edad y peso con más de 40 cm3 de líquido aspirado es de veinte (20) segundos; por lo que mal podría entenderse que el paciente se encontraba en tal situación crítica al momento del ingreso a la guardia que ameritara cualquier otro tipo de accionar médico distinto al que efectivamente se llevó a cabo. Dice ello porque era necesario esperar los resultados de los análisis de laboratorio para, en su caso, ordenar su internación.

Advierte que además resulta imposible que el paciente haya mantenido signos vitales desde las 20.40 h hasta las 20.57 h con la cantidad de líquido aspirado señalado.

Entiende que ello es relevante, porque demuestra que de ninguna manera los médicos actuaron en forma negligente ni llevaron a cabo una atención deficiente por falta de triaje tal como concluye la magistrada.

Dice que de la pericia deriva que deba descartarse la posibilidad de que el menor haya ingresado a la guardia con síntomas de bronco aspiración, sino que ello se produjo con posterioridad. Arguye que contrariamente a la conclusión arribada por la magistrada de grado, N. no estaba previamente enfermo y la causa de su deceso fue la bronco aspiración masiva, con paro respiratorio inmediato, debido a la cantidad de líquido en los pulmones; por lo que no consta que el accionar de los

médicos demandados haya producido un agravamiento en la salud del menor, como así tampoco que cualquier otra conducta por parte de éstos hubiera podido evitar su muerte.

Dice que la misma sentenciante reconoce que se aparta de la conclusión a la que arribó la perito médica R. en el dictamen analizado, en cuanto a lo informado como causa de muerte del niño, sin justificar, en definitiva, el motivo de tal razonamiento.

Continuando con su análisis, sostuvo que la magistrada de grado tampoco consideró que, en la pericia de enfermería, la licenciada sostuvo que al evaluar el accionar de la auxiliar de enfermería Sra. P. F., la misma obró en consecuencia a lo que llama la "práctica común", junto a otro auxiliar de enfermería.

A partir de lo manifestado sostiene que la sentencia quebrante el principio de congruencia que deben poseer todos los actos y resoluciones jurisdiccionales ya que a la par que describe todos los términos, afirmaciones y expresiones volcados por la perito médico actuante en autos, a renglón seguido y solo como una mera manifestación voluntarista procede a dejarla de lado justamente para condenarla por presunta mala praxis y la consecuente producción de daño no acreditado en autos.

Peticiona se admita el agravio, y en razón de ello se rechace la acción con costas.

En su tercer agravio la recurrente critica la admisión de las partidas indemnizatorias reclamadas.

Sostiene en primer lugar que le genera agravio la aplicación en autos de dos ordenamientos diferentes, uno

vigente y otro derogado, por cuanto lesionan gravemente el ordenamiento jurídico.

Dice que la magistrada en un principio decide aplicar el Código Civil derogado, y con posterioridad y en claro beneficio de la parte actora- decide aplicar los criterios dispuestos por el nuevo ordenamiento, emanado del art. 1740 del C.C. y C.N lo que deviene en una condena más gravosa tanto por la subsunción normativa de los hechos (con el ordenamiento anterior) cuanto por la monetización de las indemnizaciones (con el ordenamiento actual).

Luego critica puntualmente la partida otorgada en concepto de “Pérdida de chance”.

Dice que se otorga en favor de los padres una suma completamente desmedida, sin desarrollar o explicar de dónde surge la misma, sin parámetros que sirvan como determinantes del monto indemnizatorio.

Aduce que la suma condenada es desmedida e injustificada, puramente conjetural. Argumenta que al no haber sido N. hijo único, y por ende único sostén en el futuro de sus padres, debió al menos la magistrada descartar proporcionalmente el beneficio futuro y probable que recibirán por parte de sus otros dos hijos.

A continuación, critica la improcedente admisión del daño moral en favor del menor M. (hermano de N.), por no ser el mismo heredero forzoso del menor fallecido y por ende no encontrarse legitimado para reclamar el daño extrapatrimonial.

Dice que la sentenciante yerra al analizar los artículos 1078 y 1079 de Código Civil derogado, pues más allá de que ya se ha expresado la improcedencia de aplicar simultáneamente dos ordenamientos jurídicos

diferentes- omite tener en cuenta la clara voluntad del legislador al redactar los mismos.

Sostiene que la construcción de la sentencia de primera instancia es, en este punto, *contra legem* pues permite que sin ser herederos forzosos reclame cualquier otra persona: un amigo o amiga, novio, cliente, socio, etc.

Considera que es claro que el legislador ha querido mantener excluidos de la legitimación para el reclamo de daño moral a los herederos no forzosos (en este caso, los hermanos); pues no los ha incluido expresamente en el nuevo texto normativo del Código Civil y Comercial de la Nación, vigente a partir del 01/08/2015.

Plantea que si la norma anterior debía ser declarada inconstitucional, hubiera sido lógico que el legislador del nuevo Código Civil y Comercial así lo hubiera receptado en el texto del art. 1741 nuevo; lo que no ocurrió

Expresa que no fue justificada oportunamente por la actora y tampoco por la jueza de grado al momento del fallo por lo que la determinación de los montos para la tasación del daño moral presuntamente producido en la parte actora no resulta procedente.

Por último, se alza contra la admisión del daño punitivo, aduciendo que resulta lesivo porque no existió relación de consumo alguna entre la parte actora (ni el menor N., ni sus padres), y el Sanatorio.

Explica que tal lo reconocido por la actora en su escrito de demanda, una cosa es el "servicio" que provee en forma directa a un consumidor un Prestador de la Salud, y otra muy distinta la "prestación" de salud que recibe un afiliado a una Obra Social (cuyo origen es el

vínculo laboral con el empleador, y no una relación de afiliado privado) de parte de esta última o sus Prestadores de Salud contratados.

Alega que los "servicios" de una obra social y de un Sanatorio (siempre que no sean pacientes privados o particulares) son "prestaciones" de la Ley n° 23660, y nada tienen que ver con la "provisión de servicios" de la Ley n° 24240; no naciendo jamás relación de consumo alguna.

A partir de ello, sostiene que resulta manifiestamente inviable la responsabilidad bajo la Ley n° 24240, y el rubro dispuesto al amparo de dicha normativa inaplicable al caso de autos.

Seguidamente critica el monto por desmedido, injustificado y absurdo, además de incurrirse en contradicciones que alteran la viabilidad del mismo.

Expone que a la par que hace referencia a que "...no es dable calcular intereses con anterioridad al dictado de la presente, por lo que se devengarán producida la mora en el cumplimiento de esta resolución...", acto seguido refiere la necesidad de actualizar los montos requeridos por la contraria, disponiendo: "La conjunción de las dos cuestiones advertidas precedentemente, impone fijar los montos a valores actuales a fin de no cristalizar un monto histórico reclamado al 18/12/2015, es decir, establecerlos al momento de esta sentencia".

Advierte que si la intención de la magistrada es que la suma reclamada por la actora sea actualizada, justamente la tasa de interés aplicable ya se ocupa de ello.

Por último, sin perjuicio de reservarse el derecho de promover oportunamente -de corresponder- el espectivo

incidente de oposición a la tasa de justicia, critica que se ordenara a su entender, indebidamente y *contra legem*, la integración de la tasa de justicia también a su respecto.

Dice que ello es erróneo toda que posee de pleno derecho una exención de carácter subjetivo (inciso b) del apartado 2° del art. 17 de la Ley n° 1806. Cita jurisprudencia.

2. *Tratamiento de los agravios de la A. E.*:

Abordaré los agravios a medida que fueran planteados conforme la reseña precedente.

Así las cosas, en primer término, el apelante plantea nulidad de la sentencia de grado, en tanto afirma se ha violado el debido proceso adjetivo, incorporando prueba no producida en estas actuaciones, sino en el proceso penal del cual su mandante no fue parte. Así también, y para el caso de no ser receptada la nulidad, se agravia por lo que considera una errónea interpretación de la prejudicialidad, acusa a la sentenciante de desnaturalizar las pericias médicas y de enfermería, reprocha la aplicación al caso de dos regímenes Código Civil y Código Civil y Comercial, derogado y vigente, al mismo tiempo, cuestiona los tres rubros, pérdida de chance, daño moral y daño punitivo y finalmente, alega una exención subjetiva respecto al pago de la tasa de justicia.

Así resumidos, en el abordaje el pedido inicial de nulidad de la resolución debe ser desestimado. Es que la inexactitud de su argumento desestima cualquier afectación del derecho de defensa, desde que el expediente penal (Capeta Judicial nro. 7963 correspondiente al Legajo Fiscal nro. 59566) reviste

como tal el carácter de instrumento público y fue incorporado al proceso –proveído de fecha 15/6/22- junto a las grabaciones de audiencias testimoniales, haciendo saber la jueza *a quo* a las partes su recepción y en el caso de las audiencias, la necesidad de coordinar para su debida escucha con el Área de Informática. Ergo, la posibilidad de ejercer su derecho de defensa y controlar la prueba resulta un hecho indiscutible que mal puede ser cuestionada por quien participó en este proceso, como el aquí apelante.

Resuelto este primer planteo, y coincidiendo con el colega prevotante, los agravios planteados en subsidio por el quejoso no prosperarán. Me explico.

Los accionantes demandaron a la A. E. de S. M. de Comodoro Rivadavia, aquí apelantes, como propietaria del establecimiento asistencial en el que ocurrieron los hechos que terminaron con la vida de su hijo N., muerte respecto a la cual fueron declarados culpables -por homicidio culposo- los médicos H. D. M. y R. B. A. que se encontraban ese día a cargo de la guardia pediátrica.

Tal circunstancia determina la inobjetable aplicación del art. 1113 CC y por tanto, la condena al establecimiento asistencial donde sucedieron los hechos. Ello es una consecuencia ineludible de la responsabilidad con la que carga la clínica o Sanatorio, que es de tipo contractual y objetiva.

En tratamiento de este puntual agravio, cabe destacar que lo resuelto en los párrafos precedentes, confirmada la responsabilidad civil de los médicos M. y B., establecida por el decisorio de grado, la responsabilidad del nosocomio, deviene indubitada en tanto, como ya dije, se trata de una responsabilidad

objetiva de origen contractual y deriva de la obligación de seguridad que tiene respecto a los pacientes que concurren a sus instalaciones en busca de las distintas ofertas de atención médica a cargo de los servicios de los profesionales tratantes y adelanto, sean particulares o afiliados a obras sociales o de medicina prepaga.

No es un hecho controvertido en el caso que los profesionales médicos demandados, Dr. M. y Dra. B., prestaban sus servicios en el nosocomio demandado, formando parte el día del hecho del *staff* de guardia pediátrica del Sanatorio, tampoco resulta cuestionada a estas alturas la responsabilidad penal de los mismos, ergo la responsabilidad civil del sanatorio deviene incontestable como lógica consecuencia de aquello respecto a los autores del homicidio de N.

Avanzando en el concepto en función de los restantes agravios vertidos y rubros reclamados, he dicho en otros pronunciamientos y debo decirlo aquí también, que participo del criterio que estamos ante una obligación de seguridad respecto a los daños que puedan sufrir los pacientes y se fundamenta en la relación de consumo que existe entre ese paciente y los proveedores de salud –art. 42 CN y Ley 24240 LDC-, el nosocomio -y claro está también alcanza a las empresas de medicina privada y obras sociales-, en el caso la A. E. de S. M.

Debe destacarse que en esta relación de consumo, la obligación de la clínica no radicó solo en proveer los profesionales necesarios para el servicio de salud, sino en llevar a cabo el plan de salud necesario y adecuado a los requerimientos de salud de los pacientes. Su obligación era integral y a tenor de la

responsabilidad incurrida por los galenos, dicha obligación claramente fue incumplida por el nosocomio y de allí su responsabilidad en el caso en debate. En este contexto, la distinción que pretende hacer el apelante, respecto a pacientes particulares o de obra social, carece de asidero válido a los efectos de la obligación de referencia.

La doctrina ha señalado: "la entidad con quien el paciente se halla vinculado contractualmente (sea un establecimiento asistencial, una empresa de medicina prepaga o una obra social), no hace más que garantizar la conducta a desempeñar por sus médicos, ya que ello constituye la razón de ser de la obligación y se erige en la prestación principal que asume la persona jurídica en cuestión. Por ende, una conducta médica defectuosa, imputable a culpa o dolo del galeno, provocará –como lógica consecuencia- el incumplimiento de la obligación principal que había asumido contractualmente la institución médica (que es el deudor principal) frente al paciente. Concluimos por último, que el actual estado del derecho privado argentino exige que definitivamente se acepte el cambio de paradigma: se debe dejar atrás el fundamento de la responsabilidad de los establecimientos médicos, empresas de medicina prepaga u obras sociales en la estipulación a favor de terceros, para encuadrarla definitivamente en el régimen de defensa del consumidor…" (Calvo Costa, C. A., "Responsabilidad Civil Médica. Aspectos relevantes", "Tratado de Derecho de Daños", Sebastián Picasso - L. R. J. Saénz - Tomo
III)

En suma, la confirmación del decisorio en materia de responsabilidad por culpa médica de los Dres. M. y

B., determina la responsabilidad del establecimiento médico en los términos expuestos y de allí la insuficiencia del agravio de los representantes del nosocomio, por lo cual debe rechazarse.

Por los fundamentos expuestos, resulta improcedente la nulidad planteada y como tal deba ser rechazada, de igual manera que el segundo agravio, en cuanto pretende una incorrecta aplicación de la prejudicialidad por la jueza *a quo*.

En punto al tercer agravio, le caben las mismas apreciaciones que al tratar los agravios en el apartado anterior, respecto al alcance de la cosa juzgada penal y en este sentido, reitero, el hecho principal ha quedado establecido en sede penal y resulta en esta sede inmodificable, es decir, no puede volver a debatirse. Lo que puede debatirse en cambio, es la responsabilidad civil de aquellos que no fueron condenados, mas no las circunstancias de tiempo, modo y lugar establecidas como parte del hecho principal, que resulta incontestable también para los terceros.

Por tales fundamentos, este agravio no puede prosperar.

En el cuarto agravio se queja el apelante por la aplicación al mismo proceso, de dos ordenamientos diferentes, uno vigente en beneficio de la parte actora -para cuantificar las partidas- y otro derogado -para analizar los hechos relatados en la demanda.

Al respecto, corresponde precisar que la aplicación normativa realizada en la sentencia de primera instancia, responde a lo previsto en el art. 7 CCCN sobre eficacia temporal de las leyes que establece: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican

a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

En función de tal directiva legal, en materia de derecho transitorio, siendo que el hecho generador de responsabilidad ocurrió durante la vigencia del viejo Código Civil, en el mes de febrero de 2014, corresponde su aplicación, por tratarse de la legislación vigente al momento en que se produjeron los hechos constitutivos de la obligación de reparar, sin perjuicio que, resultando la cuantificación de los rubros indemnizatorios derivados de esa responsabilidad, una consecuencia no agotada de esas relaciones, corresponda la aplicación del nuevo ordenamiento vigente desde el 1 de agosto de 2015, es decir el CCCN, Ley 26994.

Lo dicho, en aplicación armónica de los arts. 1, 2 y 3 del CCCN, en consonancia con los art. 1745 a 1748 y cctes. y art. 7 CCCN.

Es clarificadora la jurisprudencia y doctrina nacional, que al respecto establece: "…en materia de avaluación, valuación, cuantificación o determinación de la medida del daño, esto es, de su quantum, siempre rige el CCCN porque constituye el derecho vigente en el momento de dictarse la sentencia de condena (art. 7 CCCN)"… y "…deben diferenciarse las consecuencias de la relación jurídica: las ya consumidas, agotadas o

producidas, es decir, las que ya concluyeron sus efectos, quedan en la órbita de la ley anterior (*v.gr.*, el daño que se consolidó antes de la entrada en vigencia); en cambio las consecuencias que no son instantáneas, sino que se prolongan en el tiempo, quedan alcanzadas por el nuevo código. A modo de ejemplo, las cuestiones inherentes a la cuantificación del daño se tratan de consecuencias no agotadas, que, como los intereses que se devenguen a partir de su entrada en vigencia quedan en la esfera de la nueva ley…" (J. Mario Galdos, "Tratado de Derecho de Daños", Sebastián Picasso, L. R.J. Saenz – T.III en jurisprudencia acorde: Cam.2da. Apel. Civ. y Com., Sala II, La Plata, 15/9/2015, Causa 118704; CNCiv, Sala H, 5/10/2015, "Savy SA c/ Daddona S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios", el Dial.com, AA 9318, entre otras).

El agravio no prospera.

El siguiente agravio refiere a la admisión y cuantificación de los daños: como mencioné supra, también trataré los agravios de S. C. A. de S., como citadas en garantía por sus representados Dres. M. y B., quienes se agraviaron sobre los montos indemnizatorios en concepto de pérdida de chance y daño moral.

Pérdida de chance: la AESM cuestiona la admisión de la partida, sobre la base que no ha sido justificada por la actora y a la par, alega que la suma otorgada resulta desmedida e injustificada y puramente conjetural. Hace alusión a los demás hermanos de N. S. C. A. de S. afirma, que si bien no desconoce las facultades del art. 167 C.Pr., la suma es arbitraria y no guarda correspondencia con la jurisprudencia del fuero.

Sobre este aspecto del decisorio, corresponde precisar que los agravios de ambos apelantes, no superan los requisitos del art. 268 CPr. en tanto no es posible extraer de ellos la crítica concreta y razonada que demuestre el yerro de la juzgadora, por el contrario, transitan la mera disconformidad o desacuerdo con lo resuelto.

Sin perjuicio de ello, que bastaría para descalifiC., debe considerarse que aquello que resulta reparable bajo el rubro cuestionado, es el beneficio esperado como probabilidad perdida, ya que no se trata de la pérdida de futuros ingresos, sino del cercenamiento de la razonable probabilidad de contar con ellos en el futuro.

Es decir, con "pérdida de chance" se indican todos los casos en los cuales el sujeto afectado podía realizar un provecho, obtener una ganancia o beneficio, o evitar una pérdida, lo que fue impedido por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría o no producido, pero que, evidentemente, ha cercenado una expectativa, es decir, la probabilidad de una ventaja (“V., J. M. M. vs. S. I. S.A. y otros. s. Accidente de trabajo - Acción especial” - SCJ, Buenos Aires, 09/08/2022, Rubinzal Online, RC J 4861/22).

En el caso de autos, esa probabilidad terminó irremediablemente para los padres de N. con el fallecimiento de su hijo, circunstancia que no pueden rebatir los quejosos, como tampoco, el basamento normativo que al rubro otorga el art. 1745 CCCN referida al contenido de la indemnización por fallecimiento, y a la vez, el art 537, que refiere a la obligación

alimentaria entre ascendientes y descendientes y agrego, también el art. 671 inc. c) que enumera entre los deberes de los hijos el de prestar a sus progenitores la colaboración propia de su edad y desarrollo y cuidar de ellos u otros ascendientes en todas las circunstancias de la vida en su ayuda sea necesaria. En punto a la cuantificación específicamente, no agrega argumentos el apelante AESM como tampoco la citada en garantía, que permitan inferir que la suma otorgada en tal concepto resulte desmedida, por el contrario, la Sra. jueza a quo ha efectuado una valoración detallada de las condiciones particulares de vida de los beneficiarios, y en función de las facultades que le otorga el ordenamiento procesal, procedió a cuantifiC., estimo de manera razonable según el caso concreto, sin que encuentre motivos de convicción para apartarme de lo resuelto. Los agravios de los apelantes no prosperan: se admite el rubro y se confirma su cuantificación.

Respecto al daño moral: la A. cuestiona la legitimidad del hermano para el reclamo de daño moral, y dice que es una sentencia *contra legem* en tanto permite que alguien que no es heredero forzoso pueda reclamar por daño moral.

Las consideraciones efectuadas respecto al rubro anterior resultan de aplicación plena a los presentes, en tanto no superan el requisito procesal (art. 268 CPr.)

En efecto, poco nítidos resultan los argumentos brindados, la consideración a los diferentes ordenamientos, sobre todo al analizar los fundamentos de la sentenciante de grado, quien previo a resolver la admisión del rubro, resolvió el planteo de

inconstitucionalidad del art. 1078 CC y resolvió los planteos de legitimación activa respecto al hermano del niño fallecido. Ningún agravio que confronte y permita rebatir los sólidos argumentos de la jueza *a quo* para, en definitiva, declarar la inconstitucionalidad de la norma que vedaba el reclamo y a su vez, desechar la procedencia de las excepciones que pretendían objetarla.

Es que la interpretación que el quejoso efectúa del art. 1741 CCCN no se corresponde con la letra y el espíritu de dicha norma, que llegó con la reforma del ordenamiento civil, para remediar numerosas situaciones de injusticia producidas con el anterior sistema, por cuanto al no tratarse de herederos forzosos, se veían impedidos de reclamar por este rubro, cuando las circunstancias de cercanía de vida y afectos así lo ameritaban.

En punto a su cuantificación, respecto a la que también se queja la citada en garantía S. Cía. Argentina de Seguros SA, le son aplicables las mismas consideraciones que efectué al tratar la pérdida de chance y a la que remito. Se rechaza este agravio, confirmándose los beneficiarios y su cuantía según lo dispone la sentencia de grado.

En suma se rechazan para A.y S. C. A. de S. SA los agravios respecto a los rubros pérdida de chance y daño moral.

Las costas por el rechazo de estos agravios son las impuestas al resolver *ut supra* los restantes agravios de la citada en garantía, debiendo estarse a lo allí dispuesto.

Daño punitivo:

La A. sostiene su improcedencia en tanto no existió relación de consumo entre los actores y el sanatorio, sino que deben considerarse prestadores en los términos de la Ley 23660 y no se encuentran alcanzados por la Ley 24240. Sostiene que el actor es afiliado a una obra social derivada de un vínculo laboral.

Al tratar la responsabilidad del sanatorio me expedí sobre los alcances de la Ley 24240 al sanatorio de la A. E. de S. M., cuestión que ratifico en este estadio y al que remito.

Dentro de ese contexto, la Sra. jueza *a quo* impuso una condena por daño punitivo tanto al aquí quejoso como a la obra social O. (más adelante abordaré los agravios de esta última).

Recordemos que el llamado "daño punitivo" consiste básicamente en una sanción, cuya finalidad es disuasiva, tanto para el agente dañador como para terceros. Se gradúa en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, y es independiente de otras indemnizaciones, siendo fijada a favor del reclamante. En puridad, no es un daño, sino una sanción, también llamada sanción disuasiva o multa civil disuasiva. Se encuentra previsto en el art 52 bis de la LDC (Ley 24240 modif. por Ley 26361).

De la reseña de los hechos, y dado que la demandada brindó un servicio deficiente a través de los médicos que atendieron en forma negligente al bebé N., omitiendo además el trato digno a sus progenitores, quienes se sintieron desatendidos durante el transcurso de los hechos y se vieron obligados incluso a requerir la atención de su pequeño hijo ante la falta de presencia médica en momentos claves de la vida del mismo, entiendo

se encuentran reunidas las condiciones para tener por configurados sus presupuestos objetivo y subjetivo de esta sanción.

En este sentido, el daño punitivo, se corresponde con el fin ejemplificador y sobre todo disuasivo, que persigue la ley, frente a proveedores -en este caso de servicios de salud- cuya conducta sea reprochable y no cumplan con sus obligaciones legales en forma acabada y efectiva, a fin que la situación no vuelva a repetirse.

La fijación del daño punitivo es una facultad del juez, y su fijación en el presente, ha sido dentro de la escala que prevé el art. 47 inc. b) de la Ley 24240, por lo que el agravio deviene inconsistente y debe rechazarse.

Resta efectuar una referencia a su cuantificación y los intereses, que el apelante refiere como contradictorios. La cuestión es que los daños punitivos llevan intereses desde la fecha de la sentencia y ante el eventual cumplimiento de pago, en tanto se trata de una sanción impuesta en el decisorio, es decir, desde allí resulta exigible. En este sentido, no ocurre como en los restantes rubros en los que los intereses pueden fijarse desde que cada perjuicio ha ocurrido, lo que conlleva a fijarlos en el caso desde el fallecimiento de N. (art. 1748 CCCN). Por este motivo, la cifra solicitada es ampliada a valores actuales, y dentro de la escala legal a la que me referí, sin que ello altere el principio de congruencia, en tanto forman parte de la reparación integral previsto en el art. 1740 CCCN.

En suma, la decisión del magistrado de primera instancia luce adecuada al caso de autos, en función de los hechos ocurridos, constancias de autos y normativa

aplicable, por lo que se confirma la sentencia en este punto y por tanto, se rechaza el agravio.

En el último apartado, la A. E. se agravió en cuanto a la integración de la tasa de justicia. Alega que no le corresponde su pago por encontrarse prevista tal situación en la normativa provincial vigente, como una exención de carácter subjetivo (inciso b) del apartado 2° del art. 17 de la Ley 1806. Invocó jurisprudencia al efecto.

Respecto a la queja, luce extemporáneo el planteo efectuado, toda vez que de creerse en su derecho, debió la quejosa invocar oportunamente en su primera presentación, la exención para el caso de condena, acreditando además la reunión de los presupuestos necesarios para que opere la exención prevista en la norma citada.

Nada de esto se ha planteado en la contestación de demanda y por tanto no es posible su tratamiento en esta alzada, a riesgo de violentar gravemente el principio de congruencia procesal (art. 280 C.Pr.).

"La alzada no debe receptar capítulos que importen la introducción de nuevas pretensiones u oposiciones, o la alteración de alguno de sus elementos pues ello alteraría la igualdad, la bilateralidad y el equilibrio procesal, y vulneraría el principio de congruencia" (Montenegro, Diego Martin vs. Aranda, M. Vanesa s. Liquidación de régimen patrimonial del matrimonio" - CCC Sala II, Azul, Buenos Aires, 11/11/2021, Rubinzal Online, 67350; RC J 1265/22).

Por lo expuesto, el agravio se rechaza.

En definitiva, y por los fundamentos esgrimidos, se rechazan los agravios de la A. E. de S. M.

3) *Los agravios de P. D. F.*:

En primer lugar, impugna la sentencia de grado considerando que es arbitraria porque violenta el art. 1102 del Código Civil, y extiende la responsabilidad subjetiva a quienes no fueron condenados en sede penal, desconociendo la entidad de la cosa juzgada penal en contraposición al principio de prejudicialidad.

Señala que en el proceso penal únicamente se determinó la responsabilidad de los médicos B. y M., resolviéndose la cuestión de la responsabilidad subjetiva e identificando correctamente a aquellas personas que con su accionar o falta de acción, causaron la muerte del menor.

Dice que, según el art. 1002 del Código de Vélez y el art. 1776 del CCCN, después de la condena del acusado en el juicio penal, no se podrá negar la existencia del hecho del delito, ni impugnar la culpa del condenado, y la jueza de grado civil hace justamente esto al extender la responsabilidad por el hecho dañoso a su parte, tanto como al Dr. F. L.

Considera que la jueza de grado desconoce que la sentencia criminal –firme- tiene una importante influencia sobre la responsabilidad civil en cuanto a la existencia del hecho principal que constituye el delito y la culpa de los condenados.

Sostiene además que la conducta que le atribuye, por doble vía, no fue probada como tampoco que hubiere ocasionado el daño.

Se expide sobre las consecuencias de la cosa juzgada en cuanto a la imperatividad, la inimpugnabilidad y la inmutabilidad, cita

jurisprudencia Corte Suprema de Justicia de la Nación y doctrina, en apoyo a su postura.

Considera que no podía dictarse una sentencia teniendo por no acreditado el hecho de la participación de su parte, sin evaluar las actuaciones tramitadas en sede penal en que jamás fue acusada. Que la jueza de grado debía imponer una condena reparatoria en sede civil contra los autores del delito, que no es su caso.

Solicita se revoque la sentencia que condena por impugnar y mutar la cosa juzgada penal, en clara contradicción y violación al principio del derecho de defensa en juicio, porque no fue procesada por su autoría o participación en sede penal. Entiende que la decisión de grado atenta contra el principio de seguridad jurídica en cuanto aborda la revisión de una sentencia, para lo cual, la jueza de grado es incompetente, no pudiendo reinvestigar los hechos respecto a la responsabilidad subjetiva.

En su segundo agravio, sostiene que la sentencia es arbitraria porque establece la condena sin que se configuren los presupuestos de responsabilidad civil, en tanto, como expresó en su primer agravio, no resultó condenada en sede penal.

Remite al considerando de la sentencia, en tanto la jueza de grado sostuvo que su parte realizó la oxigenoterapia y la medición del nivel de oxígeno en sangre del menor con elementos para adulto y no para bebés, que arrojaron datos erróneos que además falsificó, y que dejó al paciente y a su madre para retirarse a atender a otra paciente con un cuadro de deshidratación -estando en ese momento el niño recibiendo oxígeno y con la medición del oxímetro-, y

especialmente que le reprocha, en base a un solo testimonio de una persona que no tiene conocimiento médico alguno, y que se encontraba a distancia de la víctima, la utilización de una mascarilla de oxígeno de adulto.

Vuelve sobre los argumentos de que la responsabilidad penal únicamente alcanzó a los médicos B. y M. y que su parte le explicó a la jueza de grado al momento de presentar el alegato, por ID 889764, esencialmente, que al tratarse de un delito de resultado, ello ya fue juzgado.

Sostiene nuevamente que la sentenciante revisó la solución penal no debiendo ni teniendo ninguna razón y ninguna facultad para hacerlo respecto al análisis de la responsabilidad subjetiva de su parte. Asimismo, reprocha que la jueza de origen, en su análisis, utilizara lenguaje y bases no jurídicas al utilizar calificativos como crueldad y falta de humanidad y de perspectiva de género, sin que surgieran extremos tales de la prueba de autos, sino que fuere motivada por la sensibilidad.

Entiende que la pericia de enfermería tampoco fue tenida en cuenta, ni las declaraciones de los testigos médicos ni enfermeros que reportaron las verdaderas funciones de un auxiliar de la enfermería, se queja en tanto la sentenciante apoyaría su decisión únicamente en lo declarado por una persona que no tiene conocimiento alguno en ningún área de la salud.

A continuación, enumera los puntos que le achaca la sentencia a su actuación y embate los mismos. Así, entiende que se le adjudica a) no revisar al ingresar a su turno que se encuentren los elementos necesarios y

básicos en la sala de guardia y *shock room* de pediatría, que la adecuada organización de los elementos básicos que deben estar en la sala de *shock room* no escapan a su función y son cuestiones elementales, tales como cerciorarse de la existencia de stock en dicha sala de máscaras de oxígeno pediátricas y saturómetro pediátrico; b) falsear información en la hoja de enfermería y falsificar firmas; c) que por el testimonio de F., quedó acreditado que la oxigenoterapia se realizó con una máscara de adultos y que el saturómetro también era de adultos y d) que su parte faltó a la verdad cuando en sede penal dijo que había utilizado máscara pediátrica.

Sostiene que el análisis es arbitrario y apartado de la prueba; de la pericia de enfermería realizada por la Lic. R. C. sin dar razón y de los testimonios, tales, el del Dr. J. C. M. que habría dicho que el auxiliar de enfermería no tiene autonomía de decisión en un caso de reanimación avanzada, los que comandan son los del personal médico; el de S. J. A. quien habría testificado sobre la diferencia entre un auxiliar de enfermería y un enfermero profesional; el de H. S.; quien habría declarado sobre la diferencia de tamaño entre una máscara de oxígeno pediátrica y una máscara de adultos, y que el del recién nacido tiene un sensor que va con un cable y se adapta con una cinta adhesiva en el dedo. Cuestión que destaca para negar el uso del material inadecuado; d) el testimonio de C. B. sobre la diferencia entre un enfermero profesional y un auxiliar. Asimismo, niega veracidad a lo declarado por el enfermero S. D. M. Agrega las declaraciones de las

enfermeras J. del C. D., C. V. U. Ñ., E. E. M. G. y N. O. R.

Aclaró que son todos testimonios a los que es necesario remitir, para su entera revisión, por su abundancia y para tener una acabada ilustración sobre el asunto.

En definitiva, la apelante sostiene que la prueba mencionada favorece a su actuación y que hubo otra, como la del Sr. M., cuyas declaraciones fueron realizadas en sede penal, donde no hubo, para su parte el derecho a repreguntar, vulnerando la defensa en juicio.

Por otra parte, resalta que la perita de enfermería sostuvo que obró en concordancia con las pautas dependientes del Departamento de Enfermería del S. L. E. y de acuerdo a los usos y costumbres en la institución, por lo que no existe antijuridicidad alguna en su obrar.

Luego, cuestiona sobre la existencia de los elementos de la responsabilidad civil que le imputa la jueza de grado. Al respecto, dice que la antijuridicidad no puede coexistir cuando la auxiliar no tiene autonomía en su obrar, cuando tampoco tuvo una omisión contraria a la ley porque de ésta no surgen las obligaciones que la jueza de grado le impone, y que tampoco incumplió deberes de cuidado por la mera razón que cumplía indicaciones de la médica B. Dice que no existía relación causal entre una conducta antijurídica y el daño causado, y que para el caso que estuviera probado que se suministró una máscara inadecuada, la médica, como directora del proceso, nada dijo al respecto. Alega que, a su turno, de haber falseado el registro de

enfermería -que niega- no habría contribuido a la fatalidad.

Por la falta de presupuestos de responsabilidad civil solicita que revoque la sentencia de grado, y que se rechace la demanda en su contra.

Plantea su tercer agravio, denunciando arbitrariedad de sentencia en tanto vulnera el derecho a defensa en juicio y las garantías del debido proceso. Al respecto sostiene que la jueza de grado analiza pericias y testimonios que se sucedieron en sede penal, y sobre los que su parte no tuvo el derecho de contradicción para ejercer su defensa.

A su turno reprocha que la jueza de grado se abocara a reconstruir el hecho, entendiendo que es ajeno a su incumbencia para determinar la responsabilidad subjetiva, y que no cabe razón cuando intenta lograr el esclarecimiento de la plataforma fáctica para luego verificar si concurren en el caso los presupuestos de la responsabilidad civil que se les atribuye a los demandados. Alega que el principio de cosa juzgada también le es oponible a la sentenciante, y que lo que intenta es volver a analizar hechos y prueba en el afán arbitrario y sin fundamentación jurídica alguna. Dice que ello vulnera el principio de seguridad jurídica. Solicita, por último, que se revoque la sentencia de grado en cuanto condena a su parte a resarcir los daños a la familia actora, por ser arbitraria y no permitir el correcto ejercicio del derecho a defensa, violando las normas del debido proceso.

Expone su cuarto agravio, donde alega que la sentencia es arbitraria porque condena en igualdad de condiciones de causalidad y culpabilidad a quien menos

participación tuvo en el hecho y menos deber de diligencia tiene respecto al personal médico. Se queja puntualmente por el rechazo del pedido de atenuación de responsabilidad.

Entiende que la jueza de grado no consideró la escasa participación de la auxiliar de enfermería en el hecho dañoso, ni su muy bajo nivel de instrucción sobre medicina, así como tampoco habría tenido consideración alguna a la especial situación de vulnerabilidad con respecto al resto de los codemandados que tienen la obligación de contar con seguros de responsabilidad civil. Sostiene que la magistrada soslayó la aplicación del art. 1742 del CCCN y, asimismo, las circunstancias personales de la demandada con respecto a su patrimonio, sus deberes conformen la Ley X nro. 20, y su inocencia en la muerte del niño. Indica que como empleada del S. L. E., no tiene más patrimonio que su propio salario para responder a una condena cuyo capital asciende a más de $16.000.000, a lo que habrá de sumar la tasa activa de condena.

En subsidio de los anteriores agravios, y para el caso de confirmarse la condena, solicita que se revoque la decisión de origen en tanto no hace lugar a la atenuación, y que eventualmente aplique el art. 1742 del CCCN.

La Sra. F. expone su quinto agravio en contra de la condena a abonar la indemnización correspondiente al rubro daño punitivo, por considerarla arbitraria. Al respecto, dice que la parte actora solicitó la aplicación del daño punitivo contra la O. S. del P. y G. P. y de la A. E. de S. M. de C. R., con fundamento

en la relación de consumo existente, que no vincula a su parte.

Recuerda que la sentenciante hizo lugar totalmente a la demanda, con los montos que allí constan, más intereses conforme a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina desde el 25/02/2014- y hasta el momento de su efectivo pago para las partidas por pérdida de chance y daño moral, y para las sumas dispuestas por daño punitivo, los intereses a la misma tasa. Señala que no hay distinción entre los diferentes deudores y cuáles son las obligaciones de cada uno de ellos, y que según los considerados su parte no se encuentra obligada al pago del daño punitivo, pero sí lo estaría en solidaridad en el resultando del fallo, lo que causa un agravio sobre su patrimonio. Solicita la revocación de la parte resolutiva por no conformar la relación de consumo existente entre la parte actora, el Sanatorio y la Obra Social demandada.

La codemandada despliega su sexto agravio denunciando arbitrariedad en la imposición de las costas sobre el monto de la sentencia que engloba daños punitivos, en tanto solo lo adeudan dos sujetos distintos. Indica que la sentencia condena en costas a su parte en igual medida que lo hizo respecto al S. L. E. y a O., sin considerar que nada puede exigirse sobre el daño punitivo, que nace de relaciones de consumo, que la decisión eleva así el monto de las costas, porque no fueron distribuidas de acuerdo a la existencia de un litisconsorcio. Invoca la norma del art. 76 del CPCCCh, que entiende aplicable al caso. Solicita la revocación de la decisión de grado y que se distribuyan las costas de acuerdo a los rubros por lo que cada parte fue

efectivamente condenada. Para finalizar, efectúa reserva del caso federal.

Tratamiento de los agravios de P. D. F.:

Al contestar los agravios, la actora solicita la deserción de la queja. Al respecto se ha sostenido, en criterio que comparto: "Si la parte apelante individualiza, aún en mínima medida, los motivos de su disconformidad con la sentencia impugnada, no procede declarar la deserción del recurso, por cuanto la gravedad de los efectos con que la ley sanciona la insuficiencia de la expresión de agravios, hace aconsejable aplicarla con criterio amplio favorable a la recurrente. Aún en el supuesto de que existieran dudas sobre si la expresión de agravios reúne o no los requisitos para tenerla por tal, corresponde estar por la apertura de la segunda instancia que implica una garantía más para el que tiene o cree tener un derecho legítimo para hacer valer en justicia" (0.000405844 - "Quispe, Julián Marcelo vs. Moya, Facundo y otro s. Ejecución de sentencia" - CCC Sala III, Salta, Salta, 04/02/2016, Rubinzal Online; 449365/1/2015, RC J7 1437/16). Dicho esto, e inclinándome por la suficiencia del recurso, ingreso al tratamiento de la queja.

Resuelto este primer planteo y efectuada la reseña precedente, ya en la solución, entiendo por razones de método e independientemente del modo en que han sido expresados los agravios por el apelante, habré de abordar su tratamiento conjunto en lo que resulte atinente, lo que se encuentra justificado por la identidad y conexidad que guardan entre sí, y en atención a los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica (LS 320- 217; 349-39; 347-193; 347209; 345-154; 347-197 entre otros).

Se queja en primer lugar la apelante en tanto considera que la sentenciante efectúa una aplicación incorrecta del art. 1102 CC.

Ya me he referido al tratar los agravios de los Dres. M. y B. al sentido y alcance del art. 1102 C.Civil, tanto respecto al hecho principal como respecto a la responsabilidad de los condenados.

Esto implica que el hecho principal –muerte de N.- ha sido determinado en sede penal en cuanto a sus circunstancias de tiempo, lugar y modo, y a su respecto, le son aplicables los efectos de cosa juzgada a los terceros, aun cuando no hayan sido juzgados en sede penal por dicho delito.

Ahora bien, lo que aquí se debate es la responsabilidad civil, en relación a la auxiliar de enfermería P. D. F., que no fue juzgada en dicha sede.

Así las cosas, no es un hecho controvertido que la apelante se desempeñaba el día de la muerte de N., como auxiliar de enfermería de la guardia pediátrica del sanatorio La E., en el mismo turno en el que se encontraba a cargo la Dra. B. que atendió al bebé.

La apelante sostiene el yerro de la juzgadora en la atribución de responsabilidad civil y en este sentido, he de coincidir con el voto de mi colega prevotante, en el sentido negativo a su configuración. Doy mis razones.

Cabe destacar que lo que se juzga en esta sede civil, es la causalidad adecuada de su conducta con el daño. Recordemos que en el proceso penal se determinó que los responsables por el homicidio culposo de N. fueron los médicos Dr. M. y Dra. B.

Por su parte, debe tenerse presente que su condición de auxiliar de enfermería, y no de licenciada en enfermería, determina los parámetros sobre los cuales se hará la evaluación de conducta, y fundamentalmente la mayor o menor autonomía decisoria para la actuación.

Y al respecto, debo concluir que la auxiliar de enfermería actuó bajo la dirección de la Dra. B., quien ordenó entre otras cosas, el suministro de oxigenoterapia al bebé. En este sentido, la discusión si la máscara era pediátrica o de adultos, no pudo ser superada, y lo cierto es que la profesional médica fue, en definitiva, quien decidió su utilización.

Por otra parte, tengo en cuenta las conclusiones arribadas en la pericia en enfermería practicada por la Lic. C. (fs. 2790/2795). Al respecto, aclaro que no pierdo de vista las manifestaciones efectuadas por la actora en fs. 2829 al pedir explicaciones a la perito, en tanto resaltó que el juez penal consideró que los elementos inadecuados para la edad de N., utilizados en la oxigenoterapia, denotaban la imprevisibilidad del personal de enfermería en el control y constatación y elaboración de un inventario sobre el instrumental de la sala de emergencias al momento de tomar su guardia como también la obligación de comunicar a las autoridades del nosocomio cualquier faltante o desperfecto de los aparatos allí existentes, circunstancias estas que deben ser evaluadas teniendo en cuenta el carácter de auxiliar de enfermería de la Sra. F.

En este sentido, la pericia informa que la regulación del ejercicio de la enfermería en nuestra provincia está dada por la Ley X nro. 20 y estableció a

través de sus normas que la auxiliar F. actuó en "concordancia con las pautas dependientes del Departamento de Enfermería del Sanatorio La E. y de acuerdo a las directivas de uso y costumbre de la institución..." y agrega "La Sra. F. obró en consecuencia a lo que llamo la "práctica común", junto a otro auxiliar de enfermería (en el caso de apellido M.).

La perita también destacó que por la dependencia funcional entre enfermero y auxiliar, este debe consultar ante cualquier duda que se le presente en la atención y no puede tomar decisiones fuera del área de su competencia. Aclara que de no haber enfermero o licenciado, las decisiones serán del médico a cargo del sector y que el auxiliar de enfermería no está en condiciones de cuestionar indicaciones médicas ni de sus supervisores. Agrega además que es de criterio médico la utilización del tipo de mascarilla necesaria y si el auxiliar provee un dispositivo que no corresponde, el médico debe subsanar el error cambiándolo o solicitando el correcto (ptos. 4-5-7, fs. 2794). A su turno, la subdirectora de la A. declaró que el coordinador de guardia –calidad que no reunía la auxiliar F.- quien está encargado de controlar que esté todo, siempre se mantiene un stock mínimo y si falta pide reposición. El enfermero M. (fs. 2501), también dio cuenta que son los supervisores quienes pasan todo el tiempo a controlar que esté todo y que no falte ningún elemento. Así también declaró, que todo lo que se hizo acerca de la atención del bebé se escribe en un libro de actas y ese día le correspondía escribir a su compañera F. La enfermera J. del C. D. (fs. 2532), supervisora de turno, declaró que

su obligación es supervisar alguna acción de alguno de los enfermeros y los insumos. No recuerda quien estaba a cargo de la supervisión de enfermería ese día. Dijo que un médico no puede delegar un caso de gravedad a un auxiliar de enfermería.

En otras palabras, no se demostró que la conducta desplegada por esta auxiliar actuara como causa de la muerte del bebé N. Por el contrario, se acreditó que la actuación médica fue por su negligencia, causante del lamentable desenlace de su muerte y por ello fueron declarados como autores de su homicidio culposo en sede penal los Dres. M. y B. Ello resulta inmodificable, por el art. 1102 CC que estableció el hecho, la autoría y la culpabilidad. Lo dicho, sin perjuicio de la responsabilidad objetiva que pueda endilgarse a otros responsables.

Ergo, no se demostraron como configurados, los elementos de acción antijurídica, daño, factor de atribución y relación de causalidad respecto a la conducta de esta auxiliar de enfermería, y por tanto ello enerva la configuración de la responsabilidad civil a su respecto por ausencia de sus presupuestos. No resulta óbice para esta conclusión, el falseamiento de datos en el informe de enfermería, ya que más allá de lo reprochable desde el punto de vista de sus obligaciones laborales, ello ocurrió posteriormente al deceso, cuando la auxiliar completó lo actuado en dicha guardia, habiendo ya ocurrido el evento dañoso.

Se hace lugar al agravio, revocando en este aspecto la sentencia de grado.

Lo resuelto torna abstracto el tratamiento sobre la supuesta condena a pagar daños punitivos, a más que

los mismos no le fueran reclamados, sino solo a la A. y a O. Idéntica consideración respecto a la imposición de costas, las que se impondrán a la actora (art. 69 CPr.).

4) *Agravios del Dr. F. L.*:

En un mismo memorial, este codemandado expresa por un lado, sus agravios contra la sentencia de primera instancia, solicitando su íntegra revocatoria, y por otro, los correspondientes al recurso de apelación concedido con efecto diferido en fecha 02/11/17, respecto de los puntos 13) y 22) de la Sentencia Interlocutoria n° 150/17, este último, por la materia, reseñado más adelante.

4.A *Recurso en contra de la decisión definitiva*:

Expone su primer agravio, en coincidencia con el primero de la Sra. F. y controvirtiendo la interpretación de la jueza de grado sobre las implicancias de la prejudicialidad.

Señala que la jueza de grado, de modo equivocado, intentó justificar la no valoración de la pericia realizada en sede civil, sosteniendo que contradice la cosa juzgada de sede penal -y por ende el principio de prejudicialidad-; incluso, agrega que la sentenciante realizó una cita que avala la posición de que las probanzas de sede penal pueden ser impugnadas y contrariadas por otros medios de prueba.

Indica que del proceso penal surge que, al momento de realizarse los análisis al menor, a las 20 h, el mismo ya contaba con una avanzada infección, proveniente muy probablemente de bronconeumonía aguda por aspiración en tanto no hay evidencias de alteraciones en ninguno del resto de los órganos analizados. Continúa diciendo que ello, sumado a su corta edad, indica que el bebé

debió haber recibido una atención muy distinta a la que le brindaron los médicos condenados; pero en modo alguno puede enervar la conclusión del perito en relación a la cantidad de líquido extraído de los pulmones del menor, y su implicancia en relación al fallecimiento del bebé, que ello no fue considerado en sede penal.

Sostiene que su parte no tuvo participación en sede penal ni tuvo posibilidad hasta el presente proceso civil de aportar elemento probatorio ni valorativo alguno al respecto.

Asevera que la reconstrucción de los hechos lleva a la conclusión que el menor ingresó al sanatorio con un cuadro infeccioso y que estando en el *shock room* en brazos de su madre que lo amamantaba sufrió una bronco aspiración masiva que le produjo un paro cardiorrespiratorio. Que la jueza de grado asumió la situación descripta al decir que la causa de su deceso no fue la broncoaspiración cataclísmica que invoca el polo pasivo, sino que, en todo caso, este último episodio terminó de agravar el cuadro de salud que ya presentaba el bebé a su ingreso en el sanatorio, pero que, finalmente, se desentiende de los mismos para arribar a una solución simple en concordancia con la justicia penal. Su parte insinúa que lo contrario, no la hubiere confrontado con el fuero. Se queja en tanto la jueza civil desestima genéricamente las conclusiones de la perita R. invocando el art. 488 C.Pr. Sostiene, además, que la competencia de la perita no es un factor en que se pueda basar la sentenciante para desestimar las conclusiones del informe, porque ella misma la seleccionó de acuerdo al método que consideró correcto.

Por otra parte, describe la secuencia en la que sucedieron los hechos desde el ingreso del menor y remite a los dictámenes periciales, sostiene que las conclusiones entre el elaborado por la Dra. R. y el del Dr. J. L. S. H. agregado a fs. 2962/2963; con ello el apelante intenta demostrar que la prueba de la causa se componía de dos informes médicos que concuerdan en base a pruebas ordenadas por ella misma, pero que la jueza de grado eligió desecharlos, sin sustento, porque otra solución no contradice a la prejudicialidad penal.

En su segundo agravio, se queja porque no fue considerada la prejudicialidad penal en materia de responsabilidad. Señala el recurrente que de la causa penal, que tuvo a la vista la jueza de grado civil, surge que su parte fue descartado de la comisión en el delito de homicidio simple por negligencia profesional.

Dice que la jueza de grado, en este punto de responsabilidad, se desentiende de la norma del art. 1777 del CCCN porque lo resuelto no puede discutirse en sede civil.

En el siguiente agravio, plantea que la jueza de grado resolvió con liviandad su situación, y realizó una errónea reconstrucción de hechos para responsabilizarlo. Transcribe la parte de la sentencia que hace a su agravio, de la que se extrae, en conclusión, que la jueza de grado entendió que la demora en la atención que nunca llegó por parte de L., que su aparición en escena aconteció con el segundo llamado y ya entró al *shock room* para realizar maniobras de reanimación porque la urgencia que N. presentaba en el primer llamado fue pasada por alto y eso desencadenó en la emergencia.

El apelante resiste al criterio expuesto y dice que la sentenciante no hace ninguna referencia al horario de los llamados; ni alusión al motivo del primer llamado; tampoco consideración al contenido de la supuesta interconsulta. Asimismo, resalta que no hay referencia a la función que cumplía en el sanatorio; ni explica de ningún modo por qué se debería haber apersonado en la guardia ante el primer llamado. Entiende que la resolvente tampoco fundamenta en prueba ni en ciencia alguna su afirmación de que su parte restó chance de sobrevivir al bebé.

Sostiene que es ajena a toda lógica la atribución de demora en la atención, que su parte no tenía ningún deber de atención respecto del bebé que estaba en la guardia ni de ningún otro paciente que no estuviera en el piso de internación a su cargo. En otro segmento, niega que la Dra. B. le hiciera una interconsulta, en tanto –dice- no recibió un llamado para atender al bebé, que, en rigor, la médica B. no advirtió por negligencia el riesgo.

Asevera que su único deber médico era atender a sus pacientes del servicio de internación pediátrica.

En definitiva, entiende que en la sentencia apelada no se describe conducta antijurídica alguna de su parte y que tampoco se explica cuál es el nexo de causalidad adecuado entre la supuesta omisión que se le atribuye y el fallecimiento del bebé. Asimismo, remarca que fue descartada su negligencia en el homicidio culposo del bebé conforme la prejudicialidad de los arts. 1777 Cód. Civ. y Com. o 1103 Código Civil. Solicita la revocación de la decisión de grado.

Por último reprocha que la sentenciante no se pronunció respecto de la condena en costas a la aseguradora que había contratado.

Vale hacer un paréntesis y recordar que los agravios de esta incluyen al médico L. en escrito ID 1078892

Indica que, en su contestación de demanda, señaló que la compañía aseguradora invocó la cláusula 12 del contrato, que establecía que cuando el asegurador no asuma o decline la defensa en juicio, el pago de los gastos y costas los debe en la medida en que fueron necesarios. Alega que fue necesaria su defensa. Solicita que se impongan a la compañía aseguradora las costas de su parte, de manera subsidiaria a la imposición de costas a la actora por el rechazo de la demanda.

Tratamiento de los agravios del Dr. L.:

Según los argumentos referidos en los considerandos anteriores para revocar la responsabilidad civil atribuida a la auxiliar de enfermería F., corresponde reiterar en este punto que de acuerdo los efectos atribuidos por el art. 1102 CC a la sentencia penal, en el caso que nos ocupa se halla establecido el hecho –muerte de N. en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar-, la autoría por parte de los Dres. M. y B. y su calificación como homicidio culposo, es decir, la culpabilidad de los imputados.

Este es el punto de partida obligatorio para analizar las atribuciones de responsabilidad en los presentes, y no es posible apartarnos de ello salvo para determinar aquellos casos de responsabilidad objetiva, como el caso del sanatorio y en su caso, la obra social demandada. En otras palabras, en materia de

responsabilidad subjetiva y por el hecho propio, no es posible agregar por la vía civil otros autores del delito de homicidio culposo distintos a los ya establecidos en sede penal.

A ello aduno que, aún evaluando su actuación bajo la órbita de la responsabilidad civil, entiendo no se configuran a su respecto sus presupuestos.

En este sentido, tengo para mí acreditado, de acuerdo a la documental acompañada y testimonial ofrecida, que el día en que ocurrieron los hechos, este profesional médico se desempeñaba a cargo del Servicio de internación pediátrica del sanatorio –así surge del contrato de servicios médicos especializados celebrado entre este y otros profesionales pediatras, de fecha 01/11/2012, obrante en fs. 355/357- y que, en ocasión de su servicio fue consultado en dos oportunidades por la Dra. B., vía telefónica, la primera, a las 20:50 h aproximadamente sobre si tenía cama para internación para un bebé. En esa primera llamada, la Dra. B. le informó que el bebé estaba compensado y saturando bien y con 100% de oxígeno. Que al preguntar por los resultados de laboratorio, la Dra. B. le informó que todavía no los tenía, a lo cual el médico le dijo que en cuanto los tenga lo volviera a llamar, lo cual hizo la citada profesional previo a suministrar oxígeno-considerando L. que de acuerdo al resultado informado la internación pediátrica no era lo adecuado, sin perjuicio de lo cual bajaría a revisarlo. Así también le pidió que consultara a neonatología para preguntar si era factible la internación.

Luego del llamado, descendió a la guardia y cuando se estaba interiorizando con la médica de guardia sobre

el estado del paciente, sintieron los gritos de la progenitora diciendo que N. no respiraba a lo cual se dirigieron a la sala de *shock room* y comenzaron las maniobras de reanimación a las que se sumó el médico de neonatología Dr. M., que también había sido consultado por B. por cama y bajado para revisar al paciente y fue quien intubó a N., siendo infructuosas las maniobras de reanimación que culminaron con su fallecimiento.

A tenor de estos hechos, vuelvo a recordar que los efectos de la cosa juzgada en sede penal no se restringen únicamente al condenado en dicha jurisdicción, sino que se extienden también al tercero civilmente responsable que tampoco puede discutir la existencia del hecho principal ni la culpa del autor.

Ello implica que en el análisis de las conductas no debemos perder de vista que los autores del homicidio culposo de N. fueron establecidos en sede penal. Entonces, en el caso, no es posible atribuir a la conducta del Dr. L. la responsabilidad en el hecho –muerte de N.–, ya que ello no fue así determinado: adviértase incluso, que, a pesar de haber sido imputado en el proceso penal, junto a M. y B., no fue procesado y el proceso penal transcurrió con la participación de quienes a la postre fueran condenados, los Dres. M. y B., declarando en dicha sede el Dr. L. como testigo.

No existen elementos de convicción válidos que permitan inferir en primer lugar una obligación incumplida del profesional, en tanto el mismo no era responsable de la guardia pediátrica, sino que lo era del sector de internación pediátrica, e incluso se encontraba realizando la recorrida de revisación de los pacientes internados y a su turno, lejos de mostrar una

conducta negligente, se interiorizó sobre los motivos de la eventual internación, y conforme la afirmación de B. de estar compensado el paciente, requirió se le avisara de los resultados del laboratorio, ante los cuales bajó inmediatamente.

No debe olvidarse que la Dra. B. le informó en el primer llamado, que el bebé estaba compensado y saturando bien, por lo que, por un lado, L. no tenía razones para pensar que su colega erraba en el diagnóstico y por otro, ante esta información –paciente compensado- no estaba frente a una emergencia.

El accionar de L. no mereció reproche conforme la pericia médica de la Dra. R. (fs. 3121/3126) quien consideró correcto esperar los resultados de laboratorio para decidir una internación y descartar un estado de emergencia ante un bebé compensado con saturación 100%. Tampoco surge obligación incumplida, en tanto la propia encargada del Servicio de Internación Pediátrica (fs. 2548) Dra. F. R., explicó que el servicio donde se desempeñaba L. era de baja y mediana complejidad, y no cuenta con terapia intensiva pediátrica. Asimismo explicó, que dicho servicio de pediatría no implica la atención de los pacientes de la guardia de L. E.

A tenor de estos hechos, no es posible hablar de un incumplimiento de obligaciones por parte del galeno, y en este sentido, no se configura la conducta antijurídica, ni causalidad adecuada, ni factor de atribución alguno.

A tenor de estas afirmaciones, asiste razón al apelante en tanto existió a su respecto una incorrecta valoración de los alcances de la prejudicialidad penal, art. 1102 CC al tiempo que la reconstrucción de los

hechos impone concluir que no se logró demostrar incumplimiento alguno, por el contrario, y como dijera actuó diligentemente.

Entonces, no solo no se demostró la antijuridicidad de su conducta, sino tampoco la causalidad con el daño, por cuanto la muerte de N. ocurrió por el obrar negligente de los médicos que lo atendieron con anterioridad a L.

Ergo, aun prescindiendo de los alcances de la prejudicialidad penal, y al igual que con la auxiliar de enfermería F., no se encuentran acreditados en la causa, los presupuestos habilitantes de la responsabilidad civil y por ello, los agravios prosperan, debiendo revocarse la sentencia de grado en cuanto le atribuye responsabilidad y le impone las costas.

Los demás agravios sobre las costas de la aseguradora del apelante, devienen abstractos, en tanto conforme se resuelven los presentes, deben readecuarse (art. 282 CPr.).

En suma, se hace lugar al recurso del apelante, revocándose la sentencia en lo que fuera materia de agravios y las costas se imponen a la actora (art. 69 CProc.).

4.b) *Los agravios del Dr. F. L. por el recurso diferido*:

El recurso ya ha sido resuelto en la SI 462/23, a la cual remito para dar respuesta al apelante.

5) *Agravios de la O. S. del P. y G. P. (O.)*:

A través de su representante legal, la obra social, en su primer agravio, se queja por la condena a su parte, en carácter solidario, por considerarla improcedente y

ajena a la normativa aplicable al caso. Sostiene que delegó la gestión de la red de efectores a la prestadora R. I. M. S.A, habiéndose probado en autos tal circunstancia y siendo confirmado por la A. E. de S. M. de C. R.

Alega que su parte cumplió su función de proporcionar al afiliado la pertinente atención médica a través de la Clínica contratada y que no pudo tener control alguno sobre los actos de los profesionales involucrados. Explica que la Obra Social presta un servicio y solo responde por esa omisión, en tanto tienen un fin solidario y un soporte por el aporte de sus afiliados, sin fines de lucro.

Considera que los médicos son independientes y solo prestadores, y en el caso, dependientes de la Clínica codemandada, que esta última empresa tiene ganancias por sus prestaciones y sería justo que asuman los riesgos. Define su propia actuación en el marco de las leyes 23660 y 23661 y niega que existiera fundamento jurídico para achacarle responsabilidad civil, aún menos, con fundamento en los factores de la culpa, definida por el CCCN. Niega actuación imprudente, negligente o que actuara intencionalmente o en forma indiferente. Asegura que la obra social prestó al actor todos los servicios de salud que requería el afiliado. Cita vasta doctrina y jurisprudencia en apoyo a su postura y se explaya sobre el deber de seguridad y la responsabilidad objetiva. Alega que no resulta responsable de los cargos que se le imputan, y pide la revocación de la sentencia en crisis.

En su segundo agravio se queja por la aplicación del daño punitivo, considerando que los afiliados no son

consumidores o usuarios en los términos de la Ley 24240 sino que son beneficiarios obligatorios. Dice que no existe un vínculo de consumo entre quien es un beneficiario obligatorio de una obra social y la misma dado que quien adhiere a una obra social, no contrata con la misma la prestación de un servicio en forma particular con fines de consumo, sino que se establece una relación de asociatividad regida por un régimen legal que le es propio.

Entiende improcedente la aplicación de la figura de daño punitivo, solicitando que se revoque la sentencia en este punto.

En su tercer agravio avanza en contra de la imposición de costas, diciendo que, de conformidad con el art. 14 de la Ley 16986, no corresponde dicha condena. Cita doctrina y solicita que las costas sean impuestas por el orden causado. Para finalizar, mantiene reserva del caso federal.

Tratamiento de los agravios de O.:

Sobre el pedido de deserción de la actora y criterio sostenido al respecto por la suscripta, ya me he referido al tratar los agravios de la Sra. F., argumentos que aquí resultan aplicables y tengo por reproducidos.

Asimismo, según refiriera al tratar los agravios del S. de la A. E. adelanté, que participo del criterio que en el *sub examine*, y respecto a estas dos apelantes, estamos ante una obligación de seguridad respecto a los daños que puedan sufrir los afiliados y pacientes y se fundamenta en la relación de consumo que existe entre estos y aquellos como proveedores de salud –art. 42 CN y Ley 24240 LDC-, el nosocomio -y claro está también

alcanza a las empresas de medicina privada y obras sociales-, en el caso la A. E. de S. M. y O.

Partiendo de esta relación de consumo que involucra a estos sujetos, como proveedores de servicios de salud, los argumentos respecto a la contratación de la obra social con I. M. SA y a su vez de esta con la A., resultan meros intentos de desligarse de la obligación solidaria que tienen todos los proveedores integrantes de la relación de consumo para con el consumidor, en el caso pacienteafiliado (art. 40 LDC).

Es decir, independientemente de las relaciones contractuales que puedan aducir y la extensión de sus obligaciones que podrán reclamarse entre sí, estas son únicas frente al consumidor –afiliado- y conforme el sistema tuitivo del sistema consumeril, no admiten en el caso excepciones. Dicho de otro modo, si según surge de la documental acompañada a la causa, O. contrata con su gerenciadora I. M. S.A. y esta a su vez con la A., tales relaciones resultan ajenas al afiliado (consumidor), como parte más débil de la relación de consumo. Es decir, sea un sistema abierto o cerrado de prestación del servicio, no cambia la apreciación de la responsabilidad frente a aquel y resultan inoponibles tales intermediaciones al beneficiario.

De allí que los argumentos expresados por el quejoso, a más de resultar una reiteración de los expresados al contestar la demanda, en expresa oposición al art. 268 CPr., no reúnen fuerza convictiva a los fines de revocar su condena de responsabilidad, de carácter objetiva y directa, y con ella, la de daños punitivos que le comprenden de la misma forma y entidad que a la institución sanatorial y por los mismos

argumentos que expresara al tratarlos precedentemente con la AESM, a los que remito (arts. 504, 512, 902, 909 CC y art. 52 bis Ley 24240.

En punto a las costas, no encuentro motivos para apartarme del principio contenido en el art. 69 CPr. Y, en consecuencia, conforme se resuelven los agravios, se confirman las impuestas en la instancia de grado.

Se rechazan los agravios.

6) *Agravios del Dr. G. P. (director médico de la clínica demandada)*:

Confirmada la responsabilidad civil de los Dres. M., B. A., del sanatorio de la A., de la obra social O. y revocada la responsabilidad del Dr. L. y de la auxiliar de enfermería P. F., resta resolver el recurso interpuesto por quien fuera director médico de la clínica demandada, Dr. G. P.

Se agravia el apelante en tanto en su función de director médico de la A. se lo condena por no requerir especialidad pediátrica a la médica de guardia B., así también por achacarle no haber supervisado la existencia de máscara de oxígeno pediátrica y atribuirle los defectos en la confección de la historia clínica.

Ha de tenerse en cuenta que la jueza *a quo* recordó la obligación impuesta por el art. 40 de la Ley 17132 y art. 41 Ley X-nro.3, en cuanto a la obligación de los establecimientos asistenciales de tener un director médico y a los deberes del mismo, derivados del art. 40 del decreto reglamentario de la mencionada ley (Dec. 6216/1967).

Entiendo que la resolución de este agravio resultará de considerar o determinar en qué consiste esa general diligencia adecuada para la obtención de una

organización eficiente y en el caso específico, si estas tres cuestiones apuntadas a su responsabilidad se encuentran dentro de la misma y en su caso, si incidieron causalmente en la producción del daño.

La primera cuestión impone considerar que su responsabilidad es subjetiva. Y en punto al segundo tramo del planteo, ha de advertirse que, de los hechos en que la actora funda la responsabilidad del director médico, cabe destacar que la falta de especialidad pediátrica de la Dra. B. no le impedía desempeñarse, en su carácter de médica en la guardia del sanatorio. Ello surge claro de los testimonios compulsados por la a quo, entre ellos del testigo H. A. S. (fs. 2554), médico de L. E. que expresó que los médicos generalistas están habilitados a realizar atención primaria; en idéntico sentido la Dra. F. N. R. (fs. 2548) encargada del servicio de internación pediátrica, declaró que los médicos generalistas pueden atender en guardia pediátrica, porque sucede que a veces no hay médicos de esa especialidad, pero el generalista puede atender igualmente. Agrega que tratándose de una guardia externa dice que cualquier médico está preparado, que en caso de un paciente de alta complejidad, hay que derivarlo a una institución que le pueda asegurar el tratamiento adecuado.

Por otro lado, el achaque de elementos inadecuados para la atención del bebé N., tal como quedó establecido en sede penal, no importa exactamente la utilización de una máscara de adultos, o su inexistencia en el inventario de insumos, circunstancia que no resulta posible tener por acreditado fehacientemente, partiendo del testimonio de quien no acreditó conocimientos

médicos, y por tanto su idoneidad para distinguir entre los implementos médicos.

Sin perjuicio de ello, advierto que de los testimonios obrantes en autos, puede inferirse que de conformidad el art. 40 mencionado, existía un servicio organizado, que comprendía guardia general y pediátrica, internación pediátrica, neonatología, enfermería, que la existencia de insumos eran controlados diariamente, que ello estaba a cargo de los supervisores de enfermería, que siempre había mascarillas pediátricas, que siempre tienen un supervisor y además siguen las indicaciones médicas (declaración de los testigos U. Ñ. -fs. 2543-, testigo D. –fs. 2532-).

La debida diligencia no implica la presencia personal o prestación directa del director médico, y esta circunstancia es determinante a la hora de apreciar o evaluar su responsabilidad de carácter subjetivo, según lo establece el art. 1768 CCCN. De allí que la Ley 17132 establece obligaciones de control mayormente.

A mayor abundamiento, aún de no haberse contado con la mascarilla pediátrica, no es posible sostener sin más, que este hecho puede imputarse a la falta de diligencia del director médico en la organización eficiente del servicio. Al respecto, la tarea de revisar los insumos, que se hacía todos los días, según los testigos que se desempeñaban como enfermeros en el sanatorio, era de las supervisoras. Es decir, estaba organizada la reposición de insumos, en cuanto a quien y cuando se hacía. Finalmente, el cuestionamiento sobre los defectos en la confección de la historia clínica, tampoco pueden atribuirse a la falta de diligencia del director. Esto es, la conducta personal de la enfermera

F., al falsear la información volcada en la historia clínica -en la que debe anotarse todo lo que se hizo respecto del paciente-, es en todo caso atribuible directamente a la auxiliar de enfermería, mas no a la falta de diligencia del director médico.

En suma, la falta de organización adecuada del centro asistencial achacada por la jueza *a quo* a P., no fue acreditada y el accionar culposo de los dos profesionales que causaron con su negligencia la muerte del bebé, excede o sobrepasa el contenido de la obligación de diligencia que tiene el director de carácter general y subjetivo.

En función de lo expuesto, tampoco respecto del director médico Dr. P., advierto configurado con suficiente fehaciencia, los presupuestos de la responsabilidad civil en tanto no es posible concretar a su respecto la existencia de un obrar antijurídico, que pueda atribuirse a su desempeño como tal, en orden a sus obligaciones legales (Ley 17132 y art. 40 Dec. regl 6216/1967) como tampoco el resto de los elementos de relación de causalidad y factor de atribución.

Se admite el agravio, revocándose la responsabilidad atribuida al director médico. Las costas de la instancia de grado a la actora.

A la segunda cuestión, la Dra. Robert dijo:

Llegado este estadio, resueltos los agravios presentados, propongo:

1) Rechazar los recursos de apelación de los Dres. H. D. M. y R. I. B. A., de la A. E. de S. M. y de la O. S. del P. y G. P. (O.), confirmando respecto de todos los mencionados la sentencia de grado, debiendo tenerse presente para el momento de la ejecución de

sentencia, la aclaración que deberá efectuarse en la liquidación pertinente, sobre montos de condena dispuestos en el pto.3) del fallo, conforme lo dispuesto en el considerando respectivo.

2) Las costas de esta instancia respecto a los condenados supra mencionados, serán impuestas a los demandados y citadas en garantía.

3) Hacer lugar a los recursos de apelación interpuestos por los Dres. F. J. L., Dr. G. L. P. y la auxiliar de enfermería P. D. F., revocando a su respecto, la sentencia de grado en lo que fuera materia de agravios.

En función del resultado obtenido, corresponde readecuar las costas de primera instancia, las que respecto a estos codemandados mencionados se impondrán a la actora, e idéntica imposición en esta instancia, en ambos casos por aplicación del principio general de la derrota (art. 69 CPr.).

Difiero para el momento del acuerdo las correspondientes regulaciones de honorarios, teniendo presentes las pautas de la ley arancelaria, especialmente el art. 10 que prevé el reajuste de los montos en caso de corresponder.

Adhiero a la fórmula postulatoria propuesta por el primer votante, Dr. Manuel Horacio Pis Diez. Así lo voto.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh, se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. F. Nahuelanca no emite su voto.

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

1) Rechazar los recursos interpuestos por H. D. M., por R. B. A., por la A. E. de S. M., por O., por L. S. C. de S., rechazando la condena por daño punitivo de los demandados M. y B.

2) Tener presente, para el momento de la ejecución de sentencia, la aclaración que deberá efectuarse en la liquidación pertinente, sobre montos de condena dispuestos en el pto.3) del fallo, conforme lo dispuesto en los considerandos respectivos.

3) Hacer lugar a los recursos interpuestos por los codemandados G. P., F. J. L. y P. D. F.

4) Imponer a la parte actora las costas de ambas instancias por los recursos admitidos de P., L. y F., teniendo presente el correspondiente beneficio de litigar sin gastos.

5) Imponer las costas de ambas instancias, por la demanda admitida, a las citadas en garantía y los demandados H. D. M., R. B. A. y A. E. de S. M.

6) Regular los honorarios de primera instancia, por la demanda rechazada, al Dr. J. M. R., letrado de F. J. L., en el nueve por ciento (9%), a los Dres. J. N. S., M. G. B. I. y M. de la P. B. I., letrados de P. D. F., en forma conjunta, en un nueve por ciento (9%), a los Dres. M. C. A. y S. M. S., letrados de G. L. P., en el nueve por ciento (9%) y a los Dres. J. de V. y M. M., letrados de la parte actora, en el quince por ciento (15%), porcentajes a calcular sobre el monto del juicio, con más el IVA si correspondiera.

7) Regular los honorarios de primera instancia, por la demanda admitida, a los Dres. J. de V. y M. M., letrados de la parte actora, conjuntamente, en el veintiuno por ciento (21%), al Dr. V. M. C. A., por su

representación múltiple de los demandados M., B. A., S. C. de S. y L. S. C. de S., en el once por ciento (11%), a los Dres. E. N., R. C. W. y L. F. F., letrados de la demandada A. E. de S. M. de C. R., en forma conjunta, en el seis por ciento (6%), a los Dres. M. A. D. y A. R. V., letrados de O., en forma conjunta, en el cinco por ciento (5%), a los Dres. C. M. Z., P. D. P. y N. A. C., letrados de N. C. de S. (aseguradora de los demandados G. L. P. y la A. E. de S.M.), en forma conjunta, en el cinco por ciento (5%), al Dr. O. J. R., letrado de N. C. de S., por su actuación a partir de fs. 2645, en un uno por ciento (1%) y por su representación de T. C. de S. (por la asegurada O.) en el cinco por ciento (5%), al perito psicólogo licenciado J. M. F. M. en un tres por ciento (3%) y a la perita en enfermería licenciada M. del R. C. en un tres por ciento (3%); en todos los casos, porcentajes a calcular sobre el monto del juicio, más el IVA si correspondiera. No corresponde regular honorarios al Dr. M. U. Q. como letrado apoderado de la demandada O. S. del P. y G. P. por su presentación de fs. 3028, por no haber realizado actividad oficiosa.

8) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. M. R. en el treinta por ciento (30%), a los Dres. J. N. S., M. G. B. I., M. de la P. B. I., en forma conjunta, en un treinta por ciento (30%), al Dr. M. C. A. y S. M. S., conjuntamente, en un treinta por ciento (30%), a los Dres. E. J. de V. y M. C. M. en un veintiocho por ciento (28%) y al Dr. E. N. y a la Dra. L. F., conjuntamente, en un veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte

por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

9) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. 43 DEL AÑO 2024
DE LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "C"