TOMO: CII **SENTENCIAS**

REGISTRO: 311

FOLIO: 085/111

PROT. ELECT.A201015 S.251

En la ciudad de Caleta Olivia, Provincia de Santa Cruz a los cuatro del mes de Abril de 2025, se reúnen los integrantes de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial para dictar sentencia en los autos: **"MENDEZ, ANA MIRTA C/PALENQUE, CARLOS Y OTRO S/INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL-DAÑOS Y PERJUICIOS"** Expte. N° 9885/08 que tramitan en el Juzgado Provincial de Primera Instancia N° 1 en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Pico Truncado, que ingresó en esta instancia bajo el N° 8526. A estos fines se estableció el siguiente orden de estudio: Horacio Fernández; Humberto E. Monelos Y Griselda I. Bard para responder a las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es justa la sentencia recurrida? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN el Dr. Horacio Fernández dijo:

I.- Que a fs. 14/35 se presenta la Sra. Ana Mirta Mendez por derecho propio y en representación de la menor Cindy Macarena Rivera y promueve demanda por daños y perjuicios en contra de Carlos Palenque y la Provincia de Santa Cruz y contra quien resulte responsable de las lesiones quirúrgicas sufridas por la menor en el mes de mayo del año 2.000 reclamando la suma de Pesos Un Millon ($1.000.000) en concepto de daño material, daño moral, daño psicológico y daño estético a raíz de las secuelas incapacitantes por las lesiones gravísimas que afectan a

la menor por la mala praxis del demandado principal por haber incumplido las obligaciones a su cargo como dependiente de Salud Pública de la Provincia de Santa Cruz. Al relatar los hechos sostiene que el día 19 de abril de 2001 concurren al Hospital Zonal de Pico Truncado, ingresan por servicio de guardia y es atendida por la Dra. Graciela Fo, quien hace una interconsulta y deriva a la niña con el Dr. Palenque. Según señala se le informa al profesional que aquella tenía grandes dolores de estómago, quien la ausculta y le diagnostica otitis, aduciendo que los dolores relatados por la madre eran síntomas regulares o normales de la afección. Ante ese cuadro le fija un tratamiento con antibióticos, luego la niña regresa al domicilio y cumple con la toma de la medicación por 48 hs. Dice después la actora que la niña seguía con síntomas y el día 25 de abril del 2000 el Dr. Palenque la examina nuevamente y le diagnostica faringoadenoiditis y al persistir el malestar con temperatura alta, el padre de la niña se comunica telefónicamente con el médico tratante quien le dice que se acerque al otro día para su atención en el hospital. El día 26 de abril de 2000 el profesional nombrado la examina una vez más y para ese entonces estaba hinchada y con fiebre. En horas de la tarde de ese mismo día la revisa el Dr. Guillermo Gil junto a la Dra. Fo y la Dra. Viviani y le informan que debía ser operada de urgencia. La opera el Dr. GIL quien comprueba que la niña padecía de peritonitis producto de una apendicitis no detectada a tiempo lo que generó una infección generalizada sobre todo en los intestinos. Luego de ser operada, y dada de alta a los cuatro días la salud de la niña se complica nuevamente, padeciendo de hinchazón en todo su cuerpo. La recibe el Dr. Perillo y ante la ausencia de los Dres. Palenque y Gil, decide operarla de nuevo. Se le limpia el estómago, zona intestinal y se le coloca drenaje y sonda para evacuar restos de un proceso infeccioso. A los 19 días de ésta segunda operación, le realizan estudios en sanatorio Penta de Comodoro Rivadavia, por

dolores agudos que padecía, siendo opinión de los facultativos que los dolores tenían que ver con la posibilidad de que los intestinos estuvieran pegados a la pared abdominal por las incorrectas intervenciones quirúrgicas anteriores. Señala que enterado el Dr. Palenque del dictamen y la opinión profesional envía a la niña de urgencia para su atención al Hospital de Rio Gallegos y que los profesionales de esa ciudad coincidieron con el diagnóstico de Penta. Afirma que en todos los casos los profesionales expresaron que existió un error inicial de diagnóstico por parte del Dr. Palenque y que la tardanza produjo primero una peritonitis y luego diversas reinfecciones, concluyendo que la secuela final fue una mutilación de la zona abdominal e intestinal que no puede ser reparada ni siquiera con cirugía estética lo que le genera una incapacidad parcial y permanente. Fundamenta la responsabilidad en la omisión de los deberes de cuidado (ARTS. 512 Y 1109 CC) siendo la responsabilidad de tipo contractual al no proveer a su paciente de la atención y cuidados a su alcance. A su vez y siendo que el profesional demandado es empleado dependiente de la provincia determina la existencia de Responsabilidad por el hecho, omisión o culpa del dependiente (ART. 1113 CC.).

II.- Que a fs. 59/71 se presenta la co demandada Provincia de Santa Cruz, y opone excepción de prescripción y subsidiariamente contesta demanda. En relación a la excepción de prescripción alega que desde la fecha del evento generador del daño y hasta la fecha de interposición de la demanda transcurrió el plazo de 2 años, sosteniendo que la relación que unió a la actora con la demandada es de naturaleza extracontractual, originada en el deber de prestación del servicio de salud. Al contestar la acción, desconoce la documental acompañada y niega la totalidad de los hechos. Aduce en su defensa que carece de toda lógica y rigor científico la pretensión, lo que surge del cotejo de la opinión

emitida por el experto en la causa penal y la cronología de los acontecimientos. Dice en ese sentido que el Dr. Palenque atendió a la menor el día 19 de abril de 2.000 momento en que la niña tenía dos años y 11 meses y que luego del examen efectuado el profesional concluyo que se trataba de otitis, afirmando que en dicha consulta no presentaba signos de compromiso abdominal que ameritaban la realización de exámenes complementarios. Afirma que la peritonitis por la cual se la intervino quirúrgicamente fue del día 26 de abril de 2.000 y que la pericia existente en la causa penal determina que la evolución de la afección de apendicitis era de 48 horas previas a ese día, por lo cual, siendo que el Dr. Palenque atendió a la menor el día 19 de abril de 2.000, la pequeña, si a esa fecha hubiera padecido apendicitis, a más tardar el día 22 de abril de ese año ya se la habría generado la peritonitis. Señala que el cuadro inicial era de otitis y que como todo proceso infeccioso genera la merma de defensas en el organismo y puede causar el desencadenamiento de nuevos procesos infecciosos. Agrega que si hubiera sido cierto que la menor presentaba dolores abdominales y vómitos, los mismos no hubieran desaparecido los días posteriores para reaparecer recién el 26 de abril de 2.000 sino se habrían reiterado y agravado y que si existieron no concurrieron a nueva consulta siendo la única responsabilidad por la afección y su agravamiento, de sus padres. Rechaza los rubros reclamados, se opone a la fórmula pretendida para calcular el daño material. Ofrece prueba.

III.- A su turno la parte demandada contesta demanda a fs. 125/155 compareciendo el Dr. Sergio Acevedo y Víctor Martensen en carácter de apoderados del Dr. Carlos Palenque. Opone excepción de prescripción y subsidiariamente contesta demanda. En fundamento de la excepción alega que transcurrió el plazo de 2 años para liberarse de cualquier condena por su hipotética responsabilidad jurídica conforme el art. 4037 del

Código Civil. Dice que su parte ha tenido con la actora Mirta Mendez y con su hija Cindy Rivera una relación de naturaleza extracontractual en mérito a su condición de empleado-médico del Hospital Zonal de Pico Truncado, razonando por la que el cumplimiento de sus deberes funcionales no pueden hacer nacer un vínculo contractual. Al contestar la acción adhiere al responde efectuado por el representante de la Provincia de Santa Cruz y niega todos y cada uno de los hechos afirmados en la demanda como también la documental acompañada. Relata que el día 25 de abril de 2.000 la menor fue llevada por sus padres a su consultorio y que presentaba cuadro febril y aparente dolor abdominal, y al realizarle el examen constata signos de infección de vías aéreas superiores con hipertrofia amigdalina bilateral y secreción mucopurulenta en fauces, signos compatibles con sobreinfección bacteriana indicándole antibiótico vía oral cada 8 horas. A la exploración física del abdomen no presentaba signos de dolor abdominal provocado a palpitaciones ni a la presión del mismo y que el estado general era bueno, por lo que realiza anamnesis y examen clínico y con estos datos tiene en cuenta que la paciente poseía como antecedente cuadros de otitis aguda y concurrente a lo largo del primer año de vida. Manifiesta que ese día recibe un llamado de teléfono del padre de la niña en su domicilio quien le manifiesta que la menor se quejaba de dolor abdominal por lo que le sugiere que la lleve al hospital para que sea evaluada por guardia porque él se encontraba fuera del horario de servicio y tampoco de guardia pasiva. Dice que el día siguiente, o sea el 26 de abril de 2.000, concurren los padre de Cindy alrededor del mediodía al consultorio del Dr. Palenque, sin turno, y la niña tenía un cuadro de dolor abdominal, vómitos y fiebre de 24 horas de evolución, lo que motiva inmediata interconsulta a cirugía y ordena exámenes complementarios con presunción de diagnóstico de apendicitis aguda, quedando a partir de ese momento bajo

la responsabilidad del Dr. Guillermo Gil. Dice que la vía quirúrgica es la única forma de establecer peritonitis dentro de las primeras 36 horas de detectada un posible cuadro de apendicitis y que la complicación quirúrgica denominada infección del sitio quirúrgico es una de las situaciones más comunes y en el 90 % de los casos se trata de niños de uno a cinco años. Señala así que el diagnóstico y tratamiento dispuesto por el Dr. Palenque para con la niña satisface el deber jurídico a su cargo y que la consecuencia natural del proceso patológico de Cindy es la intervención quirúrgica en las condiciones que se encontraba cuando llego al quirófano. Niega los rubros reclamados, solicita el rechazo de la demanda y ofrece prueba.

IV.- Mediante PE 1022579-2023 se dicta sentencia definitiva mediante la cual se hace lugar a la demanda entablada por Mirta Ana Méndez y Cindy Macarena Rivera en contra del Dr. Carlos Palenque y del Gobierno de la Provincia de Santa Cruz, condenándolos a abonar a ésta última la suma de trescientos ochenta y dos mil doscientos noventa y dos con 86/100 (382.292,86) en concepto de daño material/lucro cesante, la suma de setenta y seis mil cuatrocientos cincuenta y ocho con 57/100 (76458,57) en concepto de pérdida de chance, la suma de doscientos cincuenta mil (250000) en concepto de daño moral, la suma de doscientos cincuenta mil (250000) en concepto de daño psicológico y doscientos cincuenta (250000) en concepto de daño estético y a favor de la Sra. Méndez Mirta, la suma de ciento veinticinco mil (125000) por derecho propio y en concepto de daño moral, con más los intereses moratorios devengados de la fecha de la primera intervención quirúrgica (26/04/2000) hasta su efectivo pago, con la tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina.

V.- Por PE 1080567-2023 la parte demandada solicita la apertura prueba de la segunda instancia y hace reserva del caso federal. Funda la petición en el art. 259 incs. 2 Y 5 del CPCC. Peticiona en concreto se

designe cuerpo médico forense para que se expida sobre aspectos en particular, en virtud a que en el caso se discuten cuestiones vinculadas con las pericias médicas. En ese sentido afirma que se discute si la actuación de Carlos Palenque de los días 19, 25 y 26 de abril de 2000 pudo implicar algún tipo de error diagnóstico constitutivo de mala praxis, las consecuencias de esa actuación en la salud de Cindy Rivera en cuanto a la incapacidad y si la eventual incapacidad se encuentra vinculada con el resultado de las operaciones realizadas a la niña y en que medida. Dice que ni las pericias médicas realizadas en el expediente civil ni las del expediente penal han sido terminantes ni concluyentes pese a que oportunamente han sido planteadas, lo que tiene incidencia en las conclusiones de la sentencia, la que arriba a conclusiones desprovistas de cohesión con los elementos de prueba de la causa. Afirma que calificó a la información en errónea e incompleta porque no definió quien omitió el diagnóstico temprano ya que como indicó, el día 24 de abril la niña fue atendida por la Dra. Ocko (48 hs antes de la operación) y no presentaba dolor abdominal o signos de apendicitis. Razona que el aspecto relacionado con la conducta profesional de Palenque no quedo definido y que hay información que consta en el expediente que no fue considerada en la pericia lo que incidió al dictarse sentencia. En ese sentido, sostiene que es necesario e ineludible que la pericia medica considere las constancias apuntadas estableciendo: si es posible que un cuadro de apendicitis se inicie y evolucione a peritonitis en el lapso de 28 horas, si en este caso luego de la atención del 25 de abril de 2000 por parte del Dr. Palenque pudo iniciarse y desarrollarse una apendicitis y si tal evolución es posible considerando la edad de la niña. Señala que las consecuencias de las prácticas quirúrgicas y la posterior causa de eventración y los daños existentes en la niña carecen de relación con la conducta medica de Palenque y en consecuencia los

peritos deben indicar: en qué medida una deficiente técnica quirúrgica pudo originar como factor causal o concausal la eventración y las lesiones que presenta la niña, si ésta concausalidad es posible considerando la edad y el escaso espesor de la pared apendicular que la hace más propensa a la perforación y el poco desarrollo del epiplón mayor. También debe indicar si los factores señalados pudieron generar las cicatrices al favorecer la propagación de la contaminación peritonea, si las cicatrices que tiene pueden ser reducidas en su visibilidad y consecuencias funcionales mediante cirugías estéticas, si la Srta. Rivera padece al momento de la pericia (tiene a la actualidad 27 años) algún tipo de incapacidad derivada de las cicatrices de orden físico o psíquico y en qué medida, su carácter total o parcial y permanente o no permanente. Razona que las pericias son contradictorias y solicita se designe un perito a fin de que establezca la verdadera incapacidad actual de Cindy rivera señalando que en la demanda lo que se reclama es si existe o no incapacidad laborativa relacionada con las secuelas cicatrizales existentes en la niña, de tal forma la sentencia no puede decidir sobre incapacidades ajenas a las secuelas cicatrizales ni abarcar reclamos que no han sido formulados por los padres ni sobre una incapacidad distinta. Sostiene que la perito determina que Cindy Rivera tiene una incapacidad del 40 % citando una tabla de incapacidades de Santiago Rubinstein pero no describe porque llega a esa conclusión ni señala de qué forma llega a ese porcentaje, señalando que a fs. 700 impugnaron esa incapacidad argumentando que el grado y alcance para la determinación de la misma está establecido en el Dec. 659/96 que solamente otorga incapacidades laborales por cicatrices cuando están en el rostro y la que fue contestada a fs. 707/713 y la impugna nuevamente a fs. 720/726 donde reitera la carencia de bases, fundamentos y principios científicos, ya que no se indicaba el mecanismo para arribar a esa conclusión. Sostiene que la

perito no explica cuál es el baremo que le otorgaría un 40% de incapacidad laboral. Indica que de las impugnaciones de fs. 720/726 se da traslado a la perito y esta vuelve a contestar a fs. 728 lo mismo que había dicho a fs. 712, las que nuevamente son impugnadas a fs. 736/739. Señala así que no explica cómo llega al 40 % que indica y que el dictamen de fs. 728 incumple con el art. 450 del CPCC porque omite las explicaciones detalladas de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en los que se funda por lo que tal situación impide al juez evaluar la eficacia probatoria de la prueba. Concluye que se dan en el caso los supuestos típicos para abrir la causa a prueba a fin de establecer la real capacidad de la menor produciendo un dictamen que revisando a la menor establezca si a raíz de las cicatrices tiene incapacidad física o psíquica vinculada con el hecho de autos, de que carácter y el grado de la misma.

VI.- Disconforme con la sentencia, la parte co-demandada Provincia de Santa Cruz, por PE 1035457-2023 interpone recurso de apelación y a través de PE 1085781-2023 expresa agravios. Se agravia por entender que la acción promovida en contra de su parte se encuentra prescripta y además por ser inequívoca la inexistencia de responsabilidad del Estado de la Provincia de Santa Cruz. Solicita también la apertura a prueba en ésta segunda instancia para que pueda determinarse la inexistencia de responsabilidad de daño resarcible, dado la correcta labor médica y por consiguiente establecerse la incorrecta determinación de incapacidad dispuesta en el informe pericial producido en la primera instancia, fundando el pedido en el art. 259 inc. 2 y 5 del CPCC. En fundamento de su primer agravio, sostiene que conforme a la interpretación de la norma realizada por el magistrado, queda expuesto que habrá interrupción de la prescripción en la medida que haya una demanda contra el demandado, para el caso, la denuncia penal que tramitó por Expte. Nro. M -12.961/01.

Afirma que ese escenario no está configurado en relación al Estado de la Provincia de Santa Cruz. Señala que no consta que desde el 26 de abril de 2.000, que es la fecha de atención médica a la actora en razón de la cual basa la demanda, el Estado de la Provincia de Santa Cruz haya recibido demanda, denuncia, intimación y/o cualquier tipo de reclamo que pueda deducirse como un acto interruptivo y/o suspensivo de la prescripción. Concluye que la acción se encontraba prescripta en los términos del art. 4037 del C.Civil vigente al tiempo de los hechos. Agrega que la asistencia de salud por el Estado es de naturaleza extracontractual con origen constitucional y administrativo tal como el magistrado de grado reconoció al tratar el planteo de prescripción, siendo aplicable el plazo de 2 años. Concluye que desde la fecha que la actora postula que ocurrieron los hechos hasta que inició la acción de litigar sin gastos, omitió instar acción judicial alguna en contra del Estado de la Provincia de Santa Cruz, por lo que no existe constancia de ningún acto que pueda revestir efecto suspensivo ni interruptivo. En su segunda queja, manifiesta que lo agravia lo resuelto en contra del demandado Carlos Palenque, a los efectos de atribuirle responsabilidad, señalando que las consideraciones que en ese sentido se formulan en grado no forman parte de los hechos probados sino conjeturas y/o hipótesis esbozadas por el magistrado quien omite ejecutar en correcta análisis, basado en la sana crítica, respecto de las pruebas testimoniales y periciales agregadas, las que no hacen otra cosa que exponer que el obrar del Dr. Palenque respetó las reglas del arte médico y que cumplió con los deberes de medio que debe cumplir quienes desarrollan labores medicinales. Afirma que el Dr. Rene Olmos, perito que intervino en las actuaciones penales, indica en su informe que los actos que detalla, han sido de acuerdo a las reglas del arte y ciencia médica, sin que pueda hablarse de negligencia por parte de los facultativos intervinientes. Señala que si bien las

intervenciones dejaron cicatrices que no pasan desapercibidas las mismas pueden ser corregidas mediante cirugía reparadora. Destaca también de acuerdo a lo dictaminado por los forenses, sobre la dificultad de diagnosticar dicha dolencia en menores de corta edad, ya que en la mayoría de los casos recién se detecta cuando ya es peritonitis. Se explaya luego sobre las conclusiones que surgen de las testimoniales producidas, sosteniendo que Cindy Rivera estuvo desde el 24 de abril de 2.000 hasta el 26 de abril de 2.000 sin realizar consulta médica con especialista, lo que implico culpa de la víctima, dada la omisión de los progenitores en procurar de forma inmediata la consulta con especialista, por lo que entiende que la intervención del Dr. Palenque el día 26 de abril de 2.000 importó un diagnóstico certero. Manifiesta que no se tuvieron presentes los pedidos de explicación a la perito médica en relación a las opiniones médicas de los galenos que declararon en autos y que se omitió indicar la relevancia del criterio del diagnóstico diferencial, señalando que la impugnación realizada por su parte se fundamento en que el contenido del informe prescinde de criterios médicos esenciales para que el mismo resulte técnicamente incuestionable respecto de la situación que se ventila, peticionando que los motivos de dicha impugnación sean considerados al tiempo del tratamiento del recurso de apelación, concluyendo que no existe determinación concreta y fundada en argumentos médicos de la supuesta falta de diagnóstico temprano, resultando claro que la cicatriz que presenta la menor es un efecto típico, esperable y normal de una intervención propia para tratar una peritonitis con sus respectivos efectos posibles. Respecto del tercer agravio, la crítica se fundamenta en que la determinación del daño en razón de la incapacidad del cuarenta por ciento (40%), se establece por el infundado informe pericial en virtud a la cicatriz que presenta la actora. En ese sentido afirma que el informe pericial y la sentencia vulnera el

Dec. 659/96, a lo que agrega que si la actora puede procrear y además realizar cualquier tipo de deporte como puede presentar una incapacidad de 40 %. En consecuencia solicita la apertura a prueba en ésta segunda instancia de modo que pueda darse intervención al Cuerpo Pericial Médico y se expida en cuanto a que si hubo mala praxis médica.

VII.- A su turno, la demandada Carlos Palenque, por PE 1043083-2023 interpone recurso de apelación y mediante PE 1091652-2023 expresa sus agravios. Peticiona primero se revoque el fallo haciendo lugar a la excepción de prescripción opuesta respecto de la pretensión de la Sra. Méndez. Seguidamente, se agravia porque la resolución omite analizar que el demandado luego del 19 de abril de 2.000 no atendió a la menor hasta el 25 a la tarde y que el 24 la atendió la Dra. Ocko. En ese sentido hace un detalle de los días en los que la parte actora recibió atención médica y los diagnósticos que le dieron. Reconoce que el 25 de abril de 2.000 a la noche los padres de Cindy lo llamaron telefónicamente y le refirieron malestar y fiebre pero que en ningún momento refirieron dolor abdominal. Afirma entonces que siendo que Palenque el 19 diagnostica otitis y el 25 a la tarde faringoamigdalitis, tal como consta en las constancias de la causa, hay que descartar apendicitis, agraviándose de que la sentencia omita aplicar conceptos científicos. Sostiene también que la decisión ignora que un proceso de apendicitis puede estar iniciado sin exhibir síntomas, por ejemplo dolor abdominal, siendo que es posible que al revisar a la niña el 25 por la tarde la menor no presentaba dolor abdominal estando presente sin signos ni síntomas de una apendicitis. Apoyándose en el testimonio de una de las profesionales que atendió a la menor señala que el diagnostico de apendicitis no es muy frecuente dado que puede confundirse con otros cuadros, siendo posible de que antes que Palenque atendiera a Cindy, el proceso se hubiera iniciado y que no tuviera síntomas o que se

hubiera iniciado luego, en la tarde del 25 de abril de 2.000 y que en ambos supuestos no ha existido ninguna omisión o acto médico incorrecto porque no era posible sospechar apendicitis. Alega que en niños de la edad de Cindy es muy dificultoso detectar apendicitis, la que se desencadena en pocas horas, razonando que si la operación se produjo el día 26 de abril a las 18:30hs., un día antes, el 25 a esa hora o antes la dolencia pudo iniciarse aún sin síntomas o signos y desarrollarse en las 24 horas siguientes. Dice que no le es reprochable la no indicación de estudios porque el diagnóstico no era apendicitis. Solicita la exclusión de la responsabilidad del demandado y que en caso de que la exclusión no sea total deberá establecerse un porcentaje no superior a 30 % relacionado con las dificultades diagnósticas de la enfermedad. Luego hace hincapié en otros factores que excluyen o disminuyen la responsabilidad del demandado como la omisión de los padres de concurrir el 25 de abril a la noche a la guardia del hospital para atender a su hija luego de recibir el concejo de su parte de manera telefónica en la oportunidad en la que lo llamaron en una hora inusual señalando que tenía fiebre y malestar. Detalla las horas que transcurrieron desde que recibe el llamado telefónico de los padres, es decir, desde las 24:00 hs. del día 25 y hasta las 12:00 del 26, pasaron 12 horas con la dolencia evolucionando, el que se prolongó hasta las 18:30 cuando fue operada, transcurriendo un total de 18:30 horas con la apendicitis progresando hasta transformarse en peritonitis. Por tanto se agravia que la sentencia concluya en que el 25 de abril a la noche Palenque haya dado un consejo distinto. De allí que sostiene que la inconducta de los padres al privar a su hija de la atención que necesitaba los hace responsable total de la salud de la menor debiendo rechazarse la demanda, y que en caso que ello no se decidiera se declare su responsabilidad parcial reduciéndosela en un 33 % del estado de salud de su hija. Sostiene también

que incidió la mala práctica quirúrgica en el estado de salud de Cindy Rivera. En ese sentido alega que el hecho de que los profesionales cirujanos no hayan sido demandados no modifica la situación de fondo porque la propia eventración y las lesiones tienen origen en errores técnicos quirúrgicos de los profesionales que la operaron y reoperaron a la menor el 26 de abril y en los días siguientes. Señala que la sentencia puntualmente dice que los profesionales que operaron a la menor no fueron demandados y que pudieron con su actividad incorrecta coadyuvar causalmente a la situación de la menor, por ello corresponde la exclusión de responsabilidad proporcional porque la infección de la herida y la eventración pueden ocurrir en éste tipo de operaciones. Se agravia entonces porque la sentencia omita que la demanda y la prueba pericial admitan que la conducta negligente de los cirujanos incidió en el estado de salud de la menor. Subsidiariamente pide que la responsabilidad se establezca como mínimo en un 33 % en el estado de salud de la misma. Se agravia también por cuanto el daño material ha sido determinado sobre la base de un porcentaje de incapacidad sin fundamento, alegando que si bien solicitaron la apertura a prueba en ésta segunda instancia para determinar la real incapacidad, una adecuada valoración de su actual estado ponderando los elementos omitidos deberá concluir en una incapacidad no superior al 15 %. Sostiene en ese sentido que se agravia porque no se consideraron las impugnaciones formuladas en cuanto al porcentaje de incapacidad del 40 % porque por ésta vía el monto queda desprovisto de fundamentación científica y fáctica porque el Dec. 659/96 establece que en el caso de cirugías en paredes abdominales viciosas, retractiles y anfractuosas mayores a 10 cm. un cinco por ciento de incapacidad, solicitando se establezca como máximo una incapacidad no superior al 15%. Invoca también como factores que disminuyen la incapacidad, el hecho de que la actora puede ser madre, la incidencia psicológica del

discurso de su madre y la incidencia de las operaciones reparadoras futuras. Por tales razones pide que en caso de que se determine que el demandado debe responder no puede su responsabilidad ser superior a un tercio de la misma. Se agravia asimismo por el mecanismo utilizado para determinar el monto, señalando que la fórmula Vuotto, Marshall y Las Heras Requena, computan únicamente ingresos constantes sin suponer que la aptitud del damnificado puede variar a lo largo de su vida, siendo la formula correcta y adecuada la del art. 1746 del CCYC. Sostiene por ende que la determinación de la incapacidad debe ser establecida en función de los valores actuales del salario mínimo vital y móvil y que emerge la realidad consistente en que la incapacidad no supera el 15 %. Se agravia por el rubro pérdida de chance aduciendo que la decisión incurre en contradicción dado que su establece una suma que repara el daño material y pondera entre otras cosas la edad jubilatoria, de ahí es que la chance de pérdida de ingresos futuros se encuentra contemplada, lo que implica que este rubro no es otra cosa que una duplicación del daño material. Pide que en caso que se considere procedente no debe ignorar el entorno familiar y social de la menor que inciden en sus posibilidades futuras mermándolas. Alega que la determinación de la situación actual de la menor y el hecho de que la incapacidad sobreviviente son considerados ingresos supuestos hasta los 65 años, impide considerar a la pérdida de chance como un rubro diferenciado del daño material. Se agravia en relación al daño material determinado, tanto el de la Cindy Rivera como el de Mirta Méndez. Con relación a la primera. Aduce en relación al primero que la indemnización debe ser disminuida porque el daño moral debe guardar adecuada proporción con el daño material y por ello es que pide que no sea superior al 20 % del mismo del que la demandada debe abonar lo que resulte conforme a los planteos realizados. Que respecto de Mirta Méndez arguye

que la fijación de un monto resulta claramente improcedente ya que no tiene por objeto beneficiar a su hija. Solicita que respecto de Cindy Rivera el monto de condena resulta excesivo debiendo reducírselo al 20 % de lo que resulte del daño material, respondiendo su parte en la proporción correspondiente y en cuanto a la Sra. Méndez, pide se lo rechace o se fije un porcentaje del daño material no superior al 20%. Se agravia también por el daño psicológico por cuanto la decisión contiene conceptos similares o idénticos tanto en el daño material con en el psicológico por lo que debe ser dejado sin efecto porque lo que se indemniza es lo mismo. En el caso que se entienda procedente solicita se reduzca al monto del 10 % del daño material debiendo su parte responder por lo que le corresponda. Por iguales fundamentos se agravia en orden al daño estético, peticionando se deje sin efecto o en su caso disminuirlo a no más del 5 % del importe del daño moral. Se agravio por ende en que al analizar rubros y conceptos haya omitido los planteos de impugnaciones de la pericia y haya incluido distintos rubros conceptos y pautas idénticas produciendo la duplicación o triplicación del monto de condena. Solicita se aplique el atenuante de responsabilidad del art. 1742 del CCYC. En cuanto al interés aplicado al monto de condena, señala que la sentencia de grado resulta contradictoria intrínsecamente porque luego de razonar que se trata de un caso en el que establece un valor actualizado aplica la tasa de una forma que resulta claramente violatoria del derecho de propiedad. Solicita por ende se revoque la decisión y definir el monto de la reparación a valores actuales estableciendo un interés puro que devengue desde el hecho hasta el efectivo pago y a partir del dictado del fallo, la tasa pasiva de la sentencia.

VIII.- La parte actora, por PE 1133339-2023 contesta los agravios de la parte demandada. Solicita en primer lugar se declare desierto el recurso por ser no

más que una discrepancia en términos generales de la sentencia dictada, sin crítica concreta y razonada del fallo embestido. Al contestar los agravios, sostiene primero en relación a la queja relativa a la prescripción, que hubieron en éstos obrados actos suspensivos e interruptivos trayendo como consecuencia el rechazo de la excepción ensayada por la demandada. Dice en tal dirección que esa parte se constituyó como querellante el 10 de agosto de 2.001 y en consecuencia suspendió el plazo y que los mismos se hubieron de reanudar el 30 de agosto del año 2.006 por la sentencia que declaro la prescripción de la acción penal. Agrega que sin perjuicio de ello en fecha 15 de marzo de 2.006, hubo de iniciar un beneficio de litigar sin gastos que está agregado a los autos principales, trayendo como efecto jurídico la interrupción de la prescripción en los términos del art. 3986 del Código Civil. Cita doctrina y jurisprudencia en torno al instituto de la prescripción y solicita se rechace el agravio de la parte demandada. Que en relación a la responsabilidad profesional sostiene que el diagnóstico Otitis fue un grosero error, y que se omitió realizar análisis y/o estudios a fin de poder indagar el origen de la fiebre y que finalmente por falta de atención oportuna se terminó en un cuadro de Peritonitis, cuya cura termina siendo una verdadera mutilación o ablación de los órganos enfermos. Agrega que la omisión de la diligencia médica está por demás patente, donde con el yerro del demandado hubo de confundir una afección de los oídos con una infección intestinal como la apendicitis. En relación al planteo coadyuvante a la inexistencia de responsabilidad dice que el pretendido traslado de responsabilidad a la progenitora y con ello cubrir el error de diagnóstico carece de sentido ya que éste se produjo por la imprudencia, negligencia e impericia del Dr. Palenque. En relación al daño material y a la determinación de la incapacidad del 40 %, dice que el decreto 659/96 es inaplicable para el caso, toda vez que tiene en miras

cuestiones relacionadas con accidentes laborales. Agrega además que si la perito hubiera atendido al pedida de la demandada de considerar el decreto, se habría extralimitado de la labor encomendada y que encontrándose concluida la labor encomendada al perito, no corresponde retrotraer las etapas procesales cumplidas en su oportunidad. Que respecto de la perdida de chance dice no comprender cuál es la crítica concreta del fallo y a que duplicación se refiere el apelante, advirtiendo que los cuestionamientos no se encuentran enderezados a poner en crisis la sentencia de grado, sino que se centra en discrepar con la pericia psicológica. Concluye que el apelante hubo de consentir los informes de fs. 491/492 y 501/502, siendo alcanzados por el principio de preclusión. En relación al daño moral dice que el apelante sostiene que se debió aplicar el nuevo CCYC y que tal pretensión debe ser rechazada ya que las normas sustanciales de aplicación para este caso son las del CC anterior. Respecto del daño psicológico afirma que el recurrente no formula una crítica concreta y razonada siendo una superficial discrepancia con la pericia psicológica, la que se encuentra firme y consentida. En relación al daño estético y al agravio relativo a la multiplicación de rubros y conceptos, formula igual apreciación a la invocada al referirse al daño psicológico. Por último alega la improcedencia de aplicar el atenuante de responsabilidad previsto en el art. 1742 del CC al ser inaplicable al caso de autos.

IX.- Resumido así el debate dado en éste litigio, la primera cuestión a analizar, tiene que ver con el pedido de apertura a prueba en ésta segunda instancia que formula tanto la parte demandada como la codemandada, conforme al art. 259 inc. 2 y 5 punto b) del CPCC, a fin de que se designe al Cuerpo Médico Forense y lleve a cabo una nueva pericia médica. Abordando entonces el estudio de lo peticionado, la norma procesal de mención establece lo siguiente: Dentro del quinto día de notificada la providencia a que se

refiere el artículo anterior y en un solo escrito las partes deberán: …Inc. 2) Indicar las medidas probatorias denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia, que tengan interés en replantear en los términos que los artículos 357 y 363 "in fine". La petición será fundada y será resuelta sin sustanciación alguna. …Inc. 5) Pedir que se abra la causa a prueba cuando: … b) Se hubiese formulado el pedido a que se refiere el inciso 2 de éste artículo. De los sendos memoriales que contienen los argumentos que sustentan la petición, se observa que no se ajustan a las previsiones de la norma, pues por un lado, persiguen la incorporación de nuevos puntos de pericia a los que fueron oportunamente propuestos como objeto de la prueba y por el otro, critican el baremo utilizado por la perito y la falta de argumentos para determinar el porcentaje de la incapacidad informada. Tanto la doctrina como la jurisprudencia sostienen que la apertura a prueba en la alzada es de carácter excepcional y de interpretación restrictiva (Fassi-Yañez, "Código Procesal…" t.2. pg. 475. Loutayf Ranea, Roberto G. "El recurso …", t2, pg. 194, Hitters, Juan C. "Técnica…", pg. 462, citado por Rivas, Adolfo A. "Tratado de los recursos ordinarios", t2, pg. 498, Colombo, "Código Procesal…" T II. pg. 558, Ed, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969). Es en ese entendimiento y sin perjuicio de la oportuna valoración que corresponda hacer en ésta instancia respecto de la prueba de que se trata y de lo que en definitiva se decida, estimo que tanto de las razones esbozadas por los pretendientes como de las constancias de la causa, no hay evidencia que me permita afirmar de que existió una imposibilidad no imputable a esa parte para participar de su producción y que haya afectado principios probatorias como el de bilateralidad o contradicción. Tampoco entiendo que el desacuerdo con el baremo utilizado justifiquen dejar de lado el carácter excepcional de la apertura a prueba en la segunda instancia. Es por todo



ello que el pedido en tratamiento debe ser desestimado.

X.- Definido ello y previo a abordar el tratamiento de las quejas vertidas por la demandada y codemandada en contra de la sentencia dictada en la instancia anterior, señalo en relación a la solicitud de deserción del recurso interpuesto por la primera y que fuera formulada por la parte actora argumentando que los agravios expuestos no son más que una discrepancia en términos generales sin una crítica concreta y razonada del fallo, que no comparto para nada dicha postura. En tal sentido destaco que del tenor del memorial de agravios de la parte demandada se aprecia claramente cuál es la crítica que dirige hacia la sentencia que ataca, imputando una errónea valoración de la prueba. Ha dicho la doctrina y la jurisprudencia que expresar agravios, en su estricta acepción, significa refutar y poner de manifiesto los errores de hecho o de derecho que contenga la sentencia y que la impugnación que se intente contra ella debe hacerse de modo tal que rebata todos los fundamentos esenciales que le sirven de apoyo. Supone como carga procesal, una exposición o discurso por medio del cual, con un análisis razonado y crítico del fallo impugnado se evidencia su injusticia. Es decir se deben refutar los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión del a quo a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tache de erróneo el pronunciamiento. Para valorar el cumplimiento de esta carga y si reúne las exigencias necesarias para mantener el recurso de apelación no debe llevarse a cabo con injustificado rigor formal que afecte la defensa en juicio o con palmario apartamiento de lo que quede de ella se desprende con inequívoca claridad, pues si así se actúa cabe descalificar lo resuelto por haberse incurrido en arbitrariedad. (Corte Suprema de Justicia de la Nación La Ley 146/624 La Ley 1980-C-255 o Fallos 328:4009

citado por Morello Sosa y Berizonce en su Códigos Procesales …. 4ª ed. Tomo IV p. 281 parágrafo b.6). Que por esos fundamentos entiendo improcedente el planteo en estudio debiéndoselo rechazar.

XI.- Que abordando el estudio de los agravios formulados en autos, ingresare primero por una razón de lógica jurídica, al análisis de las quejas de la parte demandada y co demandada referidas al rechazo de la excepción de prescripción en la anterior instancia. El fundamento del galeno demandado tiene que ver con que la denuncia penal que oportunamente radicara la madre de la menor víctima no tuvo ningún efecto ya que conforme a lo que determina el art. 3982 del CC, la denuncia no constituye una demanda ni tampoco es una querella y si pudiera ser considerada para tales fines, los efectos son suspensivos. De acuerdo al cómputo que practica afirma que la acción civil debe declararse prescripta. Parto de la base que los hechos que dieron motivo a la acción civil, tuvieron inicio en el mes de abril del año 2000 y que en el mes de abril de 2001, más precisamente el día 26, la Sra. Méndez, progenitora de Cindy Rivera, quien en ese momento era menor de edad, radico una denuncia penal que dio origen al proceso caratulado "MENDEZ, MIRTA ANA S/DENUNCIA" Expte. Nro. M - 12961 que tramito ante el Juzgado de Instrucción de la localidad de Pico Truncado. Luego, el 10 de agosto de 2001 se constituyó como parte querellante. El proceso en cuestión finalizo por haberse extinguido la acción penal por prescripción dictándose el pertinente sobreseimiento definitivo y la resolución que así lo decidió se dictó el 30 de agosto de 2006. La demanda civil que dio origen a estos autos fue promovida el 1 de agosto del año 2.008. Veamos cuales son los efectos que la causa penal aludida ocasiona sobre el cómputo de la prescripción. En ese sentido tengo en cuenta que la presente debe ser resuelta conforme a las previsiones del Código Civil derogado. En esa tarea observo que la quejosa toma como plazo el previsto en el art. 4037 del CC, tal como lo

hace el sentenciante de grado al resolver sobre el particular, norma que dice: "Prescríbese a los dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual". El plazo de la prescripción puede verse suspendido o interrumpido por diferentes actos, tema de suma importancia ya que puede ser decisivo a la hora de declarar prescripta o no una acción. Recordemos que la suspensión detiene o paraliza el curso del plazo pero no destruye los efectos que ésta venía produciendo, es decir, aprovecha el periodo transcurrido hasta que la suspensión comenzó, en cambio la interrupción, aniquila la prescripción en curso, dando por no sucedido todo el tiempo ya corrido. Fijados esos conceptos, y en el camino de desentrañar si le asiste o no razón a la demandada, parto de la base que ella tiene como postura que la denuncia penal no ha tenido ningún efecto o en su caso, ha suspendido el curso del plazo de prescripción y que al momento de reanudarse, esto es el 30 de agosto de 2006, restaba un (1) año y 7 días para ejercer la acción civil pertinente, por lo que entiende que la acción promovida el 1 de agosto de 2.008 debe declararse prescripta. Comenzaré entonces por lo relativo a la suspensión y/o interrupción de la prescripción. En ese sentido, debo compartir el criterio del juez de grado en cuanto a que la causa penal tramitada, impacta en el transcurso de la prescripción, surtiendo efectos interruptivos. Sobre éste aspecto se tiene dicho que: "El derogado art. 3986 del Código Civil -aplicable a la especie- disponía que "la prescripción se interrumpe por demanda contra el deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio". La palabra demanda empleada en la norma referida no sólo debe ser entendida en el sentido de demanda, de reconvención y de excepción, sino que resulta comprensiva de cualquier reclamo, actividad o diligencia judicial del acreedor encaminado a la defensa de su derecho, que revele su propósito de

ejercerlo, de obtener el pago. Así, cualquier reclamo judicial de esa u otra naturaleza que importe una manifestación de voluntad del acreedor de mantener vivo su derecho es bastante para interrumpir la prescripción (cfr. Rezzónico, Luis María, "Estudio de las Obligaciones en Nuestro Derecho Civil", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1966, Vol. 2, pág. 1138). Sumario de Fallo. 25 de Octubre de 2021 - Id. SAIJ: SUN0028713. El alcance amplio que cabe asignar al concepto "demanda" que pregona la destacada jurisprudencia a la que adhiero, me inclinan por reconocer efectos interruptivos al proceso penal instado en el cual la actora se constituyó como parte querellante, pues ello es suficientemente demostrativo de su voluntad de defender su derecho. Bajo tal criterio, entiendo que a los efectos del diez a quo, deberá tomarse la fecha en la que se dictó el sobreseimiento definitivo del demandado en el proceso penal por prescripción de la acción penal, esto es el día 30 de agosto de 2.006 y a partir de allí, computarse un nuevo plazo. Así las cosas y teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el día 1 de agosto de 2.008, concluyo que la acción no se encontraba prescripta al momento de su promoción. No obstante el criterio expuesto, no debe dejarse de lado que la parte actora promovió un beneficio de litigar sin gastos en fecha 15 de marzo del año 2.006, el que dio lugar a los autos caratulados "MENDEZ, Mirta Ana S/BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS" Expte. Nro. M - 8789/2.005 que corre agregado por cuerda a los autos principales. En esas actuaciones, el día 26 de febrero de 2.008 se concedió el beneficio de litigar sin gastos a la parte actora. Que por iguales razones a las arriba invocadas, en cuanto al alcance amplio que se debe asignar al concepto demanda a que refiere el art. 3986 del CC, corresponde reconocerle a esa petición judicial efectos interruptivos, debiendo entenderse que el plazo en curso quedo aniquilado hasta la fecha de concesión, por lo que claramente la acción de daños fue promovida en tiempo

hábil. Por los argumentos dados debe rechazarse el agravio de la parte demandada.

XII.- A su turno la co demandada, en resumidas palabras, invoca que los efectos de la interrupción del curso de la prescripción, no le alcanzan a su parte. En ese sentido señala que no consta que desde el 26 de abril de 2000 el Estado de la Provincia de Santa Cruz haya recibido demanda, denuncia, intimación y/o cualquier tipo de reclamo que pueda deducirse como acto interruptivo y/o suspensivo de la prescripción, no pudiendo invocarse en contra de esa parte ningún reclamo que revista ese carácter. Hace hincapié en la naturaleza extracontractual de la asistencia de salud ejecutada por el Estado y el plazo de prescripción de dos años aplicable al caso. Sobre el punto, soy de la opinión, que la interrupción de la prescripción de la acción, extiende sus efectos a la co demandada. Interpreto ello tomando como referencia que no está controvertido por no haber sido motivo de crítica, ni tampoco haberlo planteado en grado, la naturaleza de la obligación que está en cabeza de dicha parte y por la que debe responder frente a la actora, cuestión de relevancia puesto que es en la solidaridad que aquella ostenta en donde habrá de buscarse la causa o él porque se ve alcanzada por los efectos interruptivos que se le asignó en grado al proceso penal aludido en el párrafo anterior. En tal orden, tenemos entonces que la interrupción de la prescripción respecto de uno de los obligados se extiende a los otros obligados solidarios, tal como expresamente se decidió en grado, en el que se dispuso que "al tiempo de plantear la demanda civil, la misma estaba todavía vigente y era viable demandar tanto al responsable directo, como al obligado solidario." Que por ello corresponde rechazar al agravio esbozado por la co demandada.-

XIII.- Que ingresando al tratamiento de los agravios relativos a la responsabilidad que se le atribuyó en la instancia anterior al demandado Carlos

Palenque por la mala praxis en el error de diagnóstico a la hoy joven Cindy Rivera, abordare la primera de sus quejas a través de la cual sostiene que la nombrada no tenía síntomas que pudieran revelar la presencia de una patología como la que cursaba en las oportunidades que la examino en el mes de abril del año 2000, cuando tenía apenas 2 años de edad. Centrado entonces el núcleo sobre el recae el debate inicio el estudio remarcando que la profesión médica importa el ejercicio de una ciencia al servicio de la salud del ser humano, habiendo dicho el ilustre doctrinario Mosset Iturraspe que: "..la atención médica debe llevarse a cabo de acuerdo con las reglas del arte y la ciencia médica, de conformidad con los conocimientos que el estado actual de la medicina suministra, con la finalidad de obtener la curación del paciente, observando el mayor cuidado y diligencia y previsión, tanto en el diagnóstico como en el tratamiento.". El obrar con cuidado y previsión implica que el facultativo médico preste sus servicios profesionales empleando los medios más idóneos y adecuados para lograr esa finalidad. "Los médicos se encuentran impedidos de prometer la curación del paciente, sino que se obligan a dedicarle toda atención diligente, según las reglas del arte que determina la ciencia en el momento en que cumplen su misión (conf. Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, ps. 355 y 356; Lorenzetti, R. L., "Responsabilidad civil del médico y establecimientos asistenciales", en Trigo Represas - Stiglitz, "Derecho de daños", Primera parte, p. 517). En el plano de la realidad, el punto de partida del análisis, está dado por la constatación de si ha quedado frustrado el fin de la prestación médica, esto es, el restablecimiento de la salud del paciente y si tal frustración obedece a la mala prestación, es decir, la relación causal. En este punto debemos situarnos en la órbita de la responsabilidad por culpa o negligencia del médico. En ese sentido cabe recordar, por otra

parte, que "relación causal y culpa" tienen en común la previsibilidad del resultado (conf. Trigo Represas, Félix, "Causalidad y responsabilidad de los médicos", en Revista de Derecho de daños. Relación de causalidad en la responsabilidad civil. T. 2003-2, p.271), sólo que la primera presupone la responsabilidad en abstracto, según la normalidad de las consecuencias conforme al curso natural y ordinario de los acontecimientos, en tanto que la culpabilidad pondera la previsibilidad en concreto, de acuerdo con la especial situación del autor, según las circunstancias de las personas, tiempo y lugar" (art. 512 cód.civ.; Orgaz, A. "El daño resarcible cit.; Alterini, Atilio, "Responsabilidad civil", 2° ed. Abeledo Perrot, 1972, n° 205, p. 169). De allí, donde no existe previsibilidad, tampoco existe culpa y, por ende, responsabilidad.

Fijados tales conceptos que atañen a la responsabilidad médica, observo primero que el recurrente inicia su agravio detallando los días en que la menor recibió atención profesional, fijando el lapso temporal desde el 19 de abril de 2000 hasta el 26 de abril de 2000. Pone de resalto que en esa franja su mandante no fue el único profesional que la atendió y en ese sentido señala que el día 19 de abril la atendió con la Dra. Fo y le diagnóstico otitis. Luego, el día 24 de abril la atiende la Dra. Mónica Ocko y el día 25 de abril entre las 14 y las 15 hs. la atiende por segunda vez en el que le diagnostico faringoadenoiditis. A las 24:00 hs. de ese día recibe un llamado de los padres de la menor a su teléfono en el que le informan que se encontraba con temperatura alta y descompuesta, sin referencia a dolor abdominal, y el 26 de abril a las 12:00 hs. la revisa y por los signos que presenta dispone los estudios que determinan peritonitis. Se agravia entonces que la sentencia omita analizar que Palenque luego del 19 de abril y hasta el 25 de abril a la tarde no atendió a la menor, por lo que siendo que el 19 diagnostica otitis y el 25 faringoamigdalitis, cabía

descartar la sospecha de apendicitis. Veamos entonces si esa afirmación encuentra apoyo en la prueba incorporada y que seguidamente paso a valorar. En esa tarea, tengo presente primero las constancias obrantes en las actuaciones penales caratuladas "Mendez, Mirta Ana S/DENUNCIA" Expte. M - 12.961/2.001, deteniéndome en el informe médico que fue confeccionado por el Dr. José Antipani, el que a fs. 76 nos da un concepto de la patología Apendicitis. Dice asi que: "La Apendicitis es una cuadro clínico que en primer término se debe sospechar ante un cuadro de dolor abdominal y que puede coexistir con otra patología de vías aéreas, digestivas o urinarias, es decir, la amplia evaluación en el interrogatorio, el examen clínico abdominal y general, posibilita la presunción o no de una apendicitis, siendo el dolor abdominal el síntoma capital del cuadro, dado que tiene ciertas características evolutivas y de localización y en el examen abdominal se deben buscar los signos que orienten al diagnóstico y al igual que lo referido por numerosos autores (pediatras y cirujanos pediátricos) el diagnóstico es difícil en un cuadro doloroso abdominal y aún en casos de existir duda diagnóstica la internación se impone y el control clínico continuo permitirá llegar al diagnóstico de tipo clínico o quirúrgico." Como vemos, el dolor abdominal es un síntoma característico de dicha patología y como tal, orienta al profesional médico para reconocer el diagnóstico del paciente. Determinar la existencia de una probable patología y su naturaleza conduce a que el médico proceda como corresponda definiendo el tratamiento correcto. Dicho esto, es necesario analizar como fue el camino que transito el cuadro clínico de Cindy Rivera dentro de los días antes referidos. Para ello, recurro primero al documento médico-legal que debe registrar esa información, esto es la Historia Clínica, la que se encuentra agregada a fs. 248/327. Observo que los registros que ella contiene dentro del margen temporal en el que nos situamos, se inician desde el día

26/4/2000, fecha en la que el Dr. Guillermo Gil solicita la anatomía patológica por peritonitis, concretamente a fs. 254. Luego de ello, consta la evolución de la intervención quirúrgica a la que fue sometida y los distintos abordajes e intervenciones médicas a las que dio lugar su estado de salud. Lo que no consta, es la atención de la menor en los días 19, 24 y 25 del mes de abril del año 2000, cuestión que explica el Dr. Rene Olmos en el informe que elaboró en la causa penal referenciada agregado a fs. 70/71, en el que dice: "En la historia clínica que se encuentra en el expediente, no consta en ella la atención a la menor, durante el mes de abril del año 2000, si hay consultas en fechas anteriores y posteriores a la cirugía practicada a la menor." Luego dice en la misma foja que "En referencia a lo manifestado por la madre de la paciente que la niña no tuvo control médico después de la primera consulta donde se le diagnosticó otitis, reitero no existe constancia de la misma en la historia clínica. Como tampoco si tuvo o no controles posteriores, hasta la fecha 26/4/2000…Es importante dilucidar el lugar donde fue realizada la primera consulta, si por consultorio externo o por servicio de guardia, cobra importancia, al momento de evaluar el accionar médico. Si la consulta fue realizada en guardia las constancias de dicha atención no aparecerán en la historia clínica de la paciente. En cambio si la consulta fue hecha en consultorio externo deberían existir constancia de dicha atención en la historia clínica." De las copias de las planillas incorporadas a fs. 107/109 de la causa penal, surge que Cindy Macarena Rivera fue atendida efectivamente por guardia los días 24, 25 y 26 de abril de 2000. Así es que de fs. 109 surge que la niña fue atendida el día 24/4/2000 por la Dra. Mónica Ocko, detallándose que el motivo de la consulta eran Vómitos. Luego el día 25/4/2000 fue valorada por el Dr. Palenque conforme surge de fs. 107, figurando como diagnostico 1 el código J03 y como diagnóstico 2, FALTA. De la

planilla de fs. 108 surge que Macarena Rivera fue atendida por la Dra. Berton, figurando como diagnóstico las siglas ECGPQ. No consta la atención que la niña tuvo el día 19 de abril del 2.000. Al diagnóstico de Peritonitis se arriba de acuerdo a las constancias documentales de la Historia Clínica el día 26 de abril de 2000 y es intervenida quirúrgicamente de urgencia ese mismo día por el Dr. Guillermo Gil alrededor de las 18:00 hs. Así las cosas y partiendo de la base que tal patología es una complicación de la apendicitis aguda conforme lo define la perito forense Alejandra Gil a fs. 684 de la pericia médica elaborada, la cuestión radica en determinar cuándo pudo haberse producido éste cuadro clínico y si pudo o no el profesional demandado diagnosticarla a tiempo para evitar esa complicación. Emprendo el análisis en tal sentido, teniendo en cuenta que el Dr. Rene Olmos en su informe pericial, hace referencia al certificado médico suscripto por el Dr. Palenque de fecha 26 de abril de ese año, en el que el médico demandado hace constar que "Rivera Macarena, 3 años de edad, consultó ayer por fiebre, vómitos y dolor abdominal. Al examen físico presentaba buen estado general, con hipertrófia amigdalina bilateral y secreción mucopurulenta en pared posterior de fauces. Se indicó ATB, Amoxi, por vía oral interpretándose el cuadro como faringoadenoiditis. Hoy consulta por persistir con dolor abdominal ya de mayor intensidad. Anoche una deposición desligada. Presenta dolor abdominal espontáneo y a la palpación con dificultad para localizar áreas de mayor intensidad. Solicito interconsulta con cirugía. Le pido hemograma, eritrosedimentación, urea y rx de abdomen. 26.04.00 12:00 hs. 38400 BLANCOS." El certificado médico da cuenta que la niña el día 26 de abril de 2000, tenía un cuadro infeccioso importante (38400 glóbulos blancos) que evidentemente respondía a la Peritonitis diagnosticada. Son claros y expresos los informes médicos valorados en autos en cuanto a que la

peritonitis se desarrolla entre las 24 y 48 horas del cuadro de apendicitis, pues así lo afirma la Dra. Alejandra Gil a fs. 685 y en la misma dirección se explaya el Dr. José Antipani a fs. 125 de las actuaciones penales. De acuerdo con esas pautas, es dable concluir, que si Cindy Macarena Rivera fue diagnosticada con peritonitis el día 26 de abril del año 2.000, quiere decir esto que el día 25, o sea el día anterior, necesariamente ya padecía de apendicitis, pues, los informes brindados por los profesionales médicos designados, no dejan lugar a dudas en cuanto a los tiempos del desarrollo de la enfermedad. De allí que, lo que resta definir, es si el demandado Carlos Palenque, el día 25 de abril de 2.000 alrededor de las 15 horas oportunidad en que la examino, omitió el diagnóstico por negligencia o impericia o porque tal como lo sostiene, la niña no tenía síntomas cuando la examino y los padres tampoco le hicieron saber que Macarena tenía un cuadro que responda a la dolencia que finalmente padecía. En el camino de desentrañar lo que interpreto como el eje central del debate, tengo en cuenta primero el testimonio que brindo la Sra. Ana Mirta Méndez en el expediente penal, en el que dijo: "…El año pasado ingresó macarena una semana antes del 26 de abril en el Hospital fui atendida por el Dr. Palenque que es el pediatra, por la Dra. Fo por guardia, por una infección de oído, una otitis. Me la atendió una semana completa el Dr. Palenque, tenía temperatura muy alta. El 25 de abril del año pasado mi marido llamó a la casa del Dr. Palenque como a las doce de la noche porque se encontraba con temperatura muy alta y muy descompuesta, el Dr. Palenque le contestó si yo me podía acercar al otro día al hospital aproximadamente antes de la cuatro de la tarde que la iba a ver por consultorio…Cuando la atendió, se encontró con que Macarena estaba toda hinchada, no sé la palabra que usó. Me hizo pasar con la beba directamente para observación, que quedara en guardia, de repente se presentó el Dr. Guillermo Gil y

el anestesista, la Dra. Fo se encontraba en ese momento y la Dra. Viviani. Me explicaron que Macarena tenía que ser operada en el momento, que no se podía esperar más, porque no se sabía que podía tener la nena. Tenían que abrirla. La operación se produjo esa tarde, no recuerdo la hora, porque yo estaba loca.." Ya dijimos que la primera oportunidad que examino a la niña el demandado durante el mes de abril del año 2.000, fue el día 19 en el que le diagnóstico otitis y la segunda oportunidad, fue el día 25 en el que le diagnostico faringoadenoiditis. Al día siguiente, o sea el 26, estaba siendo operada de urgencia por Peritonitis. El Dr. Antipani a fs. 77 de las actuaciones penales describió así el camino clínico que transito la actora: "Es de destacar la cronología del cuadro clínico de la menor, ello por cuanto 24 hs. previas a la intervención, se diagnosticó Faringoadenoiditis y al día posterior el diagnóstico intraoperatorio fue Peritonitis Apendicular de 48 bs. de evolución, es decir que al momento del diagnóstico de Faringoamigdalitis el cuadro apendicular tenía 24 hs. de evolución, por lo que retrospectivamente puede interpretarse que la sintomatología abdominal coexistía con la faringoamigdalitis y aparentemente el examen clínico no ofreció orientación". Es coherente con esa apreciación lo expuesto en el resumen de historia clínica confeccionado por el propio demandado de fecha 21/02/2001 que dice: "El 26/04/00 con 2 años y 11 meses de edad, ingresa al hospital con un cuadro de abdomen agudo de dos días de evolución, realizándose apendectomía por peritonitis apendicular." De la prueba así repasada, en particular el certificado médico de fecha 26 de abril del año 2.000 suscripto por el demandado y ya referenciado en el presente, se observa que Cindy Rivera, el día anterior al que fue operada, o sea el 25, tenía fiebre, vómitos y dolor abdominal. Como lo señalan los peritos informantes en las actuaciones penales de referencia, en el cuadro clínico que presentó, coexistió sintomatología, concretamente el

dolor abdominal con hipertrofia amigdalina bilateral y secreción mucopurulenta. Así lo dice expresamente el perito Rene Olmos. Y es aquí adonde entra en juego la actuación que tuvo el galeno en cuanto a si obró o no con la debida diligencia para encausar la patología de la paciente. Al analizar la conducta, no se pierde de vista la complejidad que reviste la patología de que se trata cuando se presenta en niños de la edad que tenía Cindy Macarena Rivera. El Dr. Antipani dijo a fs. 78 de las actuaciones penales: "Se refiere en las Clínicas Pediátricas de Norteamerica, vol. 5, año 1985 - pág. 1201-1214 que "La evaluación del dolor abdominal en niños constituye una tarea formidable para el pediatra o el cirujano por igual. La apendicitis simple es uno de los diagnósticos más difíciles en los niños". La Dra. Alejandra Gil, dijo a fs. 683 de éstas actuaciones: "La apendicitis puede afectar a adultos y niños de cualquier edad, en raras ocasiones se produce en niños menores de 2 años" y el Dr. Olmos señalo a fs. 70 de la causa penal: "Generalmente los cuadros apendiculares en el niño siguen diagnosticándose tarde, y aún hoy día, uno de cada dos pacientes está perforado y con peritonitis cuando se opera. Por éste motivo es aconsejable que se piense en la apendicitis antes los cuadros dolorosos abdominales, para que no se la descarte, aunque los síntomas no sean típicos, porque es más arriesgado ignorarla cuando existe, que sospecharla en exceso. La apendicitis aguda es más frecuente entre los 5 y 14 años. Son excepcionales los casos de menores de 1 año y solamente el 5 % del total son menores de 3años." Esto explica la gran importancia que tienen los diagnósticos diferenciales, particularmente en éste caso donde coexistía sintomatología tal como más arriba se expuso. En este punto es adonde el profesional médico pone a la luz su diligencia y pericia ya que el diagnóstico de una enfermedad, es un proceso para determinar una afección a partir de síntomas y exámenes físicos. En ese sentido, el Dr. Antipani a fs. 79/80 de la causa penal, ilustro

con suma claridad como es el plan diagnóstico de la apendicitis, asi fue que dijo: "Anamesis: El medio más importante con que cuenta el médico en caso de sospechar un cuadro abdominal agudo es la anamesis, detallada y cuidadosa. Es importante definir el comienzo, con bastante precisión, porque el hecho de encuadrar el orden y el momento de la evolución de los síntomas aporta pistas importantes para el diagnóstico y permite realizar diagnósticos diferenciales con gastroenteritis e infección de las vías urinarias. Exploración física: La Anamesis es el factor más importante en el caso del niño con cuadro abdominal agudo, pero la exploración física constituye el elemento determinante para la investigación quirúrgica…Estudios de Laboratorio y radiografía: La evaluación básica incluye la práctica de hematimetría completa y análisis de orina…. Radiografía: Requiere de una radiografía de tórax para descartar neumopatías y también abdomen para descartar invaginación, obstrucción intestinal y vólvulo, divertículo de Meckel, rotura de tumores y otras alteraciones… Conclusión: El Los únicos medios de disminuir la frecuencia creciente con que surge la perforación apendicular son la anamesis detallada, la exploración física minuciosa y la consulta quirúrgica rápida en el niño con signo de irritación peritoneal." Y veamos si el demandado cumplió con ese protocolo. De las constancias de autos, surge que aquel, recién el día 26 de abril del año 2.000 fue que ordenó los estudios de laboratorio, las placas radiográficas y las interconsultas correspondientes al cuadro clínico que atravesaba, pero no lo hizo el día anterior, es decir, el día 25, pese a que los síntomas de la patología que provocó la intervención quirúrgica de urgencia, ya estaban presentes en su organismo, tal como da cuenta la prueba repasada. En efecto, en la historia clínica incorporada a autos no consta que la niña haya tenido controles médicos desde que fue vista por primera vez el 19 de abril de 2000 que fue diagnosticada con otitis y

tampoco consta la realización de análisis u otros estudios. El Dr. Rene Olmos dejo constancia de ello al momento de presentar su informe a fs. 70/71 de la causa penal cuando expuso que no existe en la historia clínica "si tuvo o no controles posteriores, hasta la fecha 26/04/2.000, como tampoco existen constancias de análisis solicitados previos, como control de patología primitiva" Recién fue a partir del 26 donde se cumplieron los pasos pertinentes para diagnosticar y abordar debidamente la patología en curso y no antes, pese a que la niña, transitaba una evolución desfavorable de su estado clínico en general. Fue por eso que su madre la llevo el día 24 de abril al nosocomio de Pico Truncado oportunidad en la que fue examinada por guardia por la Dra. Ocko y nuevamente vuelve el día 25 de abril en la que la examino el Dr. Palenque, sin que ninguno de los galenos ordenaran estudios de ningún tipo en esas oportunidades pese al evidente avance de la dolencia que atravesaba. La Dra. Monica Ocko al momento en que prestó declaración testimonial en éstos autos a fs. 245, adujo que atendió a la menor el día 24 de abril de 2.000 y que la causa de acuerdo a la planilla de guardia fue por vómitos, señalando que ese día no presentaba signos y síntomas específicos de apendicitis y que los pacientes se evalúan con el correr del tiempo. En ese sentido, el Dr. René Olmos, en su testimonio de fs. 345 refiere que el vómito es un síntoma que se presenta en diferentes patologías como anginas o cuadros abdominales, siendo un signo plurívoco. No obstante lo señalado por el testigo, ninguna medida se adoptó en el caso para diferenciar los diagnósticos pese a la desmejoría clínica de la paciente. A tal punto se llegó que sus padres llamaron telefónicamente a la medianoche al demandado a su domicilio particular, hecho que está reconocido por éste último. Más allá del tenor de lo que se habló entre los interlocutores, cuestión sobre la que hay disidencia entre las partes, lo cierto es que esa circunstancia es

demostrativa de que la condición clínica de la niña desmejoraba paulatinamente y pese a ello, no fue sometida a la práctica de rigor que claramente detalló el galeno José Antipani en su informe emitido en las actuaciones penales que fueron antes detalladas. Como se dijo, recién el día 26 de abril del año 2.000 se cumplieron con los requisitos médicos al momento del examen y que exigía la situación, es decir, una semana después de la primera consulta y esa demora, no tengo dudas, fue la causa que provoco que la patología primaria de apendicitis desencadenara en una peritonitis apendicular. La describe así la perito forense a fs. 683: "A fs. 266 donde se encuentra la hoja quirúrgica refiere que hay una apendicitis cecal gangrenosa con perforación en su tercio medio y absceso localizado en el fondo de saco de Douglas." El derrotero de los hechos así descripto, da sustento a la conclusión de la perito forense que elaboro la pericia médica de autos, Alejandra Gil, cuando al contestar a la pregunta relativa a si de acuerdo a los antecedentes de la causa y la antigüedad y evolución del estado de la sintomatología de la menor pudo haberse evitado la peritonitis, dijo: "Si, con una diagnóstico temprano de apendicitis se hubiese evitado la complicación de la peritonitis". Esta conclusión es coincidente con la brindada por el Dr. José Antipani en la pericia médica que elaboro, oportunidad en la que dijo a fs. 82: "Conforme las constancias médicas de autos, pericias médicas forenses, manifiesto a V.S. que: "La menor Rivera Macarena, fue intervenida quirúrgicamente por Peritonitis Apendicular, diagnóstico tardío, no valorado correctamente de acuerdo a la normativa enunciada y sobre todo teniendo en cuenta que fue examinada 24 hs. previas, tal cual lo refieren las fotocopias de los certificados con diagnóstico de faringoadenoiditis". Que los hechos analizados impactaron en la salud de la parte actora, cuyo estado fue descripto por la perito forense la que lo que describió en los siguientes términos: "Al

momento del examen físico se encuentra estable con tratamiento médico debido a un cuadro de anemia, en estudio gastroenteróloga en la ciudad de Buenos Aires, presentó episodios de suboclusión intestinal. Presentaba cicatriz hipertrófica adherida a planos profundos con asimetría abdominal, pérdida del ombligo con deformación del abdomen. Se observa actualmente cicatriz de cirugía reconstructiva de 35 cm que va desde espina iliaca anterosuperior derecha a espina iliaca anterosuperior izquierda, anfractuosa, con un aumento en su coloración, dura a la palpación. Se observa reconstrucción mediante cirugía plástica del ombligo." Con dicho informe se acompañan secuencias fotográficas que ilustran las características de la lesión obrante. Por lo expuesto y valorada la prueba incorporada en los términos antes desarrollados, concluyo que el Dr. Carlos Palenque, no obro con la pericia pertinente y provoco un agravamiento del cuadro clínico de la niña, en tanto las omisiones resaltadas dilataron el abordaje médico adecuado.

Definida así la actuación del demandado, corresponde analizar la incidencia del accionar de los demás médicos que intervinieron en el resultado dañoso final. Surge de la Historia Clínica que la niña fue intervenida quirúrgicamente el día 26 de abril alrededor de las 18 hs. por el Dr. Guillermo Gil. Así a fs. 255 se observa que el 26/04/00 a las 14:00 hs. se deja constancia que ingresa paciente quirúrgica con cuadro abdominal agudo quirúrgico de posible origen apendicular. Luego a las 18:30 hs. se hace constar que se practicó apendicectomía por peritonitis apendicular localizada en Douglas, buena recuperación anestésica, signos vitales normales. A fs. 257/vta. fecha 30/4/00 a las 20 hs. consta que: Paciente con olor fétido en herida quirúrgica, con proceso infeccioso. Luego a las 22 hs. dice: Paciente con evisceración contenida, se evaluará nuevo cierre de pared, no se pudo canalizar. Y a las 23 hs. dice: Evisceración, se decide corrección quirúrgica de tejidos afectados. Tenemos entonces que la

niña fue sometida a sendas intervenciones quirúrgicas en un periodo de pocos días y la segunda de ellas, obedeció a complicaciones de la primera, la que le produjo un proceso infeccioso y evisceración con corrección quirúrgica. Sobre éste punto, la Dra. Alejandra Gil a fs. 684, al ser preguntada para que explique si la complicación quirúrgica denominada infección del sitio quirúrgico guarda relación con la cicatriz que padece Cindy Macarena Rivera, dijo: "Guarda relación ya que se la volvió a intervenir debido a una evisceración y una fascitis necrotizante de herida quirúrgica". A su turno el Dr. José Antipani, expuso a fs. 125/vta. a fs. 126 de la causa penal que: "La menor Cindy Macarena Rivero, fue sometida a una intervención quirúrgica -peritonitis apendicular - con diagnóstico tardío de la apendicitis aguda. Se diagnosticó a los 7 días del posoperatorio un abceso de pared abdominal con eventración. Es decir, que la eventración se produjo por debilitación de la pared abdominal, también se describe un abceso retroceccal a fs. 4, es decir en zona perilesional del apéndice, lo que permite afirmar dos probabilidades a) deficiente técnica quirúrgica o b) agresividad bacteriana, con pobre respuesta a los antibióticos, por lo que la eventración es una complicación posoperatoria, lo que obligo a la reintervención quirúrgica con internación prolongada, la cual hubieres sido posible evitarlo si el diagnóstico de Apendicitis Aguda se hubiera efectuado 24 hs. antes y dado que a las 48 hs. de evolución de la Apendicitis es altamente probable la perforación apendicular y la consecuente peritonitis y la formación de abscesos intraabdominales e intraparietal (pared abdominal)". Conforme con ello y habiendo definido ya que la demora en el diagnostico tuvo un impacto negativo en la salud de la actora, debemos preguntarnos cual es el alcance de la responsabilidad del Dr. Palenque, es decir, hasta donde debe responder teniendo en cuenta las complicaciones posoperatorias que padeció la actora y la intervención en el abordaje clínico de otros

profesionales médicos. Partamos de la base que la dilatación referida, determinó que aquella fuera operada de peritonitis en lugar de apendicitis, la que se trata de una operación de mayor riesgo, tanto que la menor fue sometida a tres operaciones, dos de ellas por las consecuencias de la primera. Esa demora en él diagnóstico, fue compartida por otras dos profesionales que no fueron demandadas. Estamos de acuerdo que cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos (art. 902 del Código Civil ley 340). El Código de Vélez, en su art. 901 clasificaba las consecuencias de un hecho en inmediatas como las que acostumbra a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas, en mediatas las que resulten solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto y llama consecuencias causales a aquellas que no pueden preverse. El art. 906 del mismo cuerpo legal en su redacción conforme ley 17.711 establece que no son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad. No hay dudas que las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de ellos (arts. 903 Código Civil). Y es aquí adonde en el caso, debemos detenernos, pues observamos que la actuación del Dr. Palenque se frenó en el pase de la niña enferma al cirujano Guillermo Gil quien a partir de allí, tuvo a su cargo el abordaje médico/quirúrgico. Por lo tanto, no se le puede encontrar al demandado relación de causalidad entre su obrar y el daño producido por actos posteriores al momento en que cesó su actuación y es por eso que opino, que el daño causado a partir de allí, no es una consecuencia inmediata del actuar del demandado. Prever las consecuencias perjudiciales para el paciente de un error de diagnóstico, es una circunstancia que debe tener presente todo médico al hacer un diagnóstico, pero aquí, Palenque no podía llegar a prever que una

apendicitis devenida en peritonitis operada tuviera complicaciones que requirieran dos operaciones posteriores que dejaran como huella de su paso las cicatrices que provocaron estas cirugías posteriores. Es por ello que la responsabilidad del Dr. Palenque por su actuación en el tratamiento de la menor, se limita a los daños por el mayor riesgo de una operación de apendicitis a una cirugía de mayor complejidad. Es decir, por el mayor riesgo o una cirugía mayor y al propio tiempo la incertidumbre y la angustia de la familia. Pero no en la extensión acordada que trata como propios consecuencias del accionar de los cirujanos que no debemos juzgar por no haber sido partes en el juicio. Es por eso que entiendo justo disminuir la responsabilidad del demandado al porcentaje del daño que se detallará en el acápite pertinente, sin perjuicio de la que le corresponda a la provincia codemandada, la que resulta solidaria de la responsabilidad que le cabe a aquel, aparte de la propia por el deficiente servicio de asistencia médica.

Por tales motivos y en virtud a los fundamentos dados al tratar el presente agravio considero improcedente la pretensión de la parte recurrente de endilgar al comportamiento de los padres responsabilidad por el daño que se acciono a su hija.

Destaco por último que no obstante las impugnaciones y observaciones que formula la parte demandada en contra de la pericia médica oportunamente practicada, la sana crítica me aconseja aceptar las opiniones que fueron destacadas en el presente atento a tener coherencia con la opinión de los otros profesionales médicos que brindaron informe en la causa penal que tramito en virtud a los hechos que aquí se juzgan. No hay argumentos técnicos de mayor valor que la desvirtúe en cuanto a los aspectos que fueron aquí destacados, por lo que le asigno valor probatorio. Y es por todo ello que propongo rechazar el agravio aquí en tratamiento en cuanto persigue eximir totalmente de

responsabilidad a la parte demandada y admitir la reducción del alcance de la misma.

XIV.- En tal orden, y siendo que la queja de la codemandada gira sobre los mismos ejes que los del demandado en cuanto se ataca a la sentencia de grado por haber declarado la responsabilidad médica, cuestión que en ésta instancia habrá de confirmarse, debe condenarse también solidariamente al Estado Provincial, pues siendo el Dr. Carlos Palenque, junto con los demás profesionales que intervinieron en el tratamiento, dependiente del mismo por prestar servicios en el Hospital de Pico Truncado aquel deberá responder por su condición de principal, por la culpa con la que obro su comitente, fundado en la obligación tácita de seguridad que funciona con carácter accesorio de la obligación principal que es la de prestar asistencia médica adecuada a través de su personal, todo ello en virtud de lo dispuesto por el art. 1113 del CC.

XV.- Que abordando el estudio del agravio relativo al daño material, inicio el análisis teniendo en cuenta que mediante éste planteo se cuestiona que la sentencia haya tomado el porcentaje de la incapacidad de la pericia médica de fs. 685 como válido, omitiendo la impugnación formulada donde su parte demostró que el porcentaje era dogmático e infundado y que para la determinación de este tipo de incapacidad debía estarse a lo establecido en el Decreto 659/86 que solamente otorga incapacidades laborales a la cicatrices atípicas en el rostro. En ese sentido, remarco primero, que el decreto en cuestión es de aplicación a la materia laboral, en concreto en las acciones derivadas de los Accidentes de Trabajo, pero estamos en el campo del derecho civil, en el cual, siendo que la presente causa debe resolverse en base al Código Civil derogado, la fijación de las pautas indemnizatorias quedan bajo la discrecionalidad judicial. "…corresponde considerar que se trata de una tarea que debe reposar en la discrecionalidad del juzgador, de acuerdo a la debida

prudencia judicial y la sana crítica que debe primar en todo pronunciamiento de esta índole, y será entonces el judicante quien, sustentado en la valoración de los datos que arroja la causa (y no ya a través de la directa aplicación de parámetros o cánones prefijados) debe merituar cual es, en cada caso, la adecuada fijación del importe de reparación." (Agranati, Héctor Fabian c/Citibank N.A. y otros s/Accidente - acción civil, Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo, Sala IX, 12-dic-2011, Cita: MJ-JU-M-70838-AR / MJJ70838 / MJJ70838.) De lo que se trata entonces es de brindar una solución justa. Como se dijo antes cuestiona la parte demandada el porcentaje de incapacidad receptado en la anterior instancia. Sostiene así que la perito médica no explico ni fundó la incapacidad, limitándose a explicar que "la incapacidad es parcial y permanente ya que la niña tenía una capacidad del 100 % se toma en base al baremo el cual indica un 40 % y se realiza un cálculo matemático de incapacidad quedando la misma con una capacidad del 60 %". Recordemos que la perito médica al momento de presentar su pericia a fs. 683/686 indico que de acuerdo a la Tabla de Cicatrices Atípicas, la incapacidad laborativa de acuerdo a las secuelas cicatrizales descriptas, es de 40 %, tomando el Código de Tablas de Incapacidades Laborativas de Santiago Rubinstein, 5ta. Edición ampliada y actualizada. Que sobre éste punto, debo darle la razón a la parte recurrente en cuanto a que, valorada la pericia médica en conjunto con el resto de la prueba producida, aprecio no justificado el porcentaje de incapacidad que allí se le asignó. Lo entiendo así dado que en principio no se ha acreditado el real impacto de la cicatriz en el abdomen que presenta la parte actora en la aptitud para generar ingresos, tomando como parámetro el lugar en el que aquella se ubica. El informe médico pericial da cuenta que la secuela cicatrizal "le genera la imposibilidad de realizar movimientos que necesiten esfuerzo de los músculos de la pared abdominal (ej.

Abdominales en las clases de gimnasia) se encuentra en estudio la patología digestiva". En este sentido no paso por alto que dicha pericia dice que la secuela cicatrizal puede ser objeto de una cirugía estética reparadora y no dejo de tener en cuenta tampoco, que Cindy Macarena Rivera, tiene aptitud gestante. Así lo dice la pericia médica en cuestión, cuando al ser interrogada la perito acerca de que si la lesión en la zona abdominal le puede impedir llevar adelante un embarazo normal y si le permitirá mantener normalmente en su vientre el embrión y feto de una futuro embarazo, dijo que "No, ya que la gestación se produce en el útero". En igual sentido, el Dr. René Olmos, en la pertinente causa penal, dijo sobre el particular a fs. 261: "Teniendo a la vista la ecografía ginecológica realizada a la menor Cindy Macarena Rivera, me encuentro en condiciones de afirmar que:…"El resultado de dicho estudio, el mismo se encuentra dentro de parámetros normales para la edad de la menor. Las cirugías practicadas a la menor no tienen consecuencias para la posibilidad de concebir de la menor, haciendo la salvedad correspondiente que la ciencia médica no es una ciencia exacta sino un arte conjetural". No obstante lo dicho, deviene incuestionable que la secuela cicatrizante que le dejo la intervención quirúrgica a la nombrada repercutió en su vida de relación, debiendo tal circunstancia ser ponderada a la hora de analizar la procedencia de éste rubro a partir del concepto amplio de incapacidad sobreviniente. Pues, si bien como se dijo antes no hay elementos que indiquen el real impacto en la aptitud de la demandante para generar ingresos, el daño en cuestión no solo abarca las limitaciones en el ámbito laboral específico sino en cuanto pueda afectar la capacidad laborativa genérica y el desarrollo normal de la vida de relación. En el caso, la condición clínica de la actora y las secuelas que padece fueron descriptas anteriormente al analizar la responsabilidad del demandado. Por todo lo expuesto y en virtud de lo

dispuesto por el art. 455 del CPCC, entiendo que no obstante a resultar procedente el rubro en cuestión, debe disminuirse el porcentaje total de incapacidad a un 10%, el que se deberá tomar a los fines del daño material que estará a cargo de la Provincia. De esa suma que se fije por ese concepto, un 3 % deberá estar a cargo del Dr. Carlos Palenque en virtud a lo expuesto al tratar el agravio anterior. Por todo ello considero que se debe hacer lugar parcialmente al agravio en cuestión.

Se agravia también la parte demandada por el mecanismo utilizado en la sentencia de grado para la determinación del monto en que se utilizó la formula "Vuotto" para cuantificar el daño material. Aduce que la fórmula correcta y adecuada es la establecida en el art. 1746 del CCYC. Como ya se dijo antes y como se señala en la sentencia de grado, para cuantificar el daño se aplica a la presente el Código Civil derogado, el que deja a la discrecionalidad judicial la fijación de las pautas indemnizatorias. Es de ahí que interpreto que las razones dadas por el quejoso no alcanzan para demostrar que la formula utilizada en la sentencia de grado para cuantificar el daño arroje un resultado absurdo o desproporcionado que justifique dejarla sin efecto. Recordemos que ésta usual fórmula matemática financiera de uso en la jurisdicción conocida como fórmula Vuotto, consiste en un cálculo matemático financiero a través del cual se obtiene un monto de capital que colocado a una tasa de interés compuesto le permitirá al trabajador damnificado retirar un importe de mensual equivalente al deterioro del sueldo que pueda ocasionarle el porcentaje de incapacidad que padezca durante el tiempo de vida que le resta hasta conseguir su jubilación, momento en que el capital queda agotado por los retiros mensuales efectuados. Es de ahí que entiendo que las argumentos esbozados por el recurrente no conmueven lo decidido en grado, manteniéndose por ende la fórmula utilizada para cuantificar el daño, adecuada a los porcentajes establecidos en el párrafo que antecede.-

XVI.- Así también el recurrente se queja del rubro pérdida de chance. Argumenta que si se establece una suma que repara el daño material y pondera entre otras cosas la edad jubilatoria, la chance de pérdida de ingresos futuros se encuentra contemplada, lo que implica que este rubro no es otra cosa que una duplicación del daño material y que en caso de que se considere procedente, la decisión no debe ignorar el entorno familiar y social de la menor que inciden en sus posibilidades futuras. Tengo en cuenta en el estudio de ésta queja que hay pérdida de chance cuando, el autor de un ilícito, rompe o interrumpe, con su acto, un proceso que podía conducir, a otra persona, a la obtención de una ganancia o la evitación de una pérdida. Pero, para saber cuando corresponde indemnizar, se debe determinar o establecer sí, esa posibilidad frustrada, es eventual o hipotética; o, sí esa posibilidad de obtener la ganancia o evitar la pérdida contaba con una posibilidad concreta y fundada. En ese sentido se ha dicho que "La pérdida de una oportunidad constituye una zona gris, limítrofe, situada a mitad de camino entre lo cierto y lo puramente eventual (o hipotético). Como el primero y a diferencia del segundo, nos informa Chartier, ella es reparable, a condición de que el dañado demuestre la existencia de un nexo causal entre el hecho y la razonable probabilidad del acaecimiento" Perdida de chance de curación - Juan Manuel Prevót - Rubén Alberto Chaia - Editorial Astrea - pág 46. Que apoyado en los fundamentos desarrollados, entiendo que le asiste razón al quejoso puesto que las pautas que toma la sentencia de grado en orden a su procedencia se confunden con los parámetros que se tienen en cuenta para determinar el daño material, en concreto la disminución de la capacidad laborativa. Por ello es que opino admitir el agravio en cuestión.

XVII.- Respecto del daño moral, la recurrente reduce su crítica al quantum fijado en grado, solicitando se fije un porcentaje no superior al 20 %

del daño material. Sostiene en ese sentido que la indemnización debe ser disminuida porque el daño moral debe guardar adecuada proporción con el daño material, sin que pueda resultar un monto equivalente. Solicita también que de ese importe, solo abone lo que resulte de los planteos realizados en función de la incidencia de su conducta en la incapacidad general. Que analizando las razones del cuestionamiento, destaco primero que esta obligación de resarcimiento nace, en el caso, de lo dispuesto por el art. 1078 del Código Civil vigente en la época del hecho y hoy día, el art. 1741 del Código Civil y Comercial nos ha dado una pauta en su último párrafo al disponer que: "… El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas." Sobre la base de esas pautas, no comparto la postura de la recurrente de fijar un porcentaje del daño material en calidad de daño moral, pues, se debe estar a cada caso en particular y es por eso que estimo justo lo resuelto sobre el punto en la sentencia de grado. En ese sentido el nuevo código, superando el viejo criterio del precio del dolor, opta por el precio del consuelo para mitigar el dolor de la víctima. Ello a través de bienes deleitables para conjurar la tristeza, la desazón o las penurias al permitirle acceder a gratificaciones viables. Bajo ese entendimiento y tal a lo arriba dicho, debo compartir las razones dadas por el sentenciante de la instancia anterior para justificar el monto fijado por el rubro en cuestión, debiendo rechazarse el planteo de que se trata. No obstante, y conforme a los fundamentos dados en el acápite pertinente, corresponde en éste rubro establecer la responsabilidad del Dr. Carlos Palenque, en un 30 % del monto fijado en grado, quedando el resto a cargo de la Provincia.

XVIII.- En cuanto al daño moral de la Sra. Mirta Ana Méndez, se queja la recurrente de la fijación de un monto para la nombrada que califica de improcedente, ya

que según sostiene la indemnización no tiene por objeto beneficiar a su hija en éste caso, lo que da cuenta de la falta de fundamento de la decisión. Por otra parte alega que la condena declara la inconstitucionalidad del art. 1078 que no ha sido solicitada. Primeramente observo que la sentencia de grado para sostener la procedencia del rubro en cuestión, invoca jurisprudencia que utiliza luego para reconocerle legitimación para reclamar por derecho propio en calidad de damnificada indirecta a la Sra. Mirta Méndez, sobre la base de la inconstitucionalidad de la norma aludida por vulnerar la garantía constitucional de reparación integral y la de igualdad ante la ley. Que del análisis de la causa, advierto que la demandada, al momento de contestar el traslado de la acción de daños y perjuicios promovida en su contra, no cuestiono la legitimación que invoco aquella para reclamar el daño moral por derecho propio, pues, no opuso la excepción pertinente cuestionando tal cualidad. Se tiene entendido que solo lo que ha sido propuesto por las partes en grado puede replantearse ante ésta instancia para su tratamiento, pero no introducirse otras que allí no fueron invocadas. Remarco ello dado que la legitimación de la madre de Cindy Rivera deviene a esta altura incontrovertible y por ende cuestionar ahora la decisión de la instancia anterior de tachar de inconstitucional la norma que se la deniega, a mi juicio, resulta extemporánea, pues, daríamos ingreso a una cuestión que no ha sido materia de debate, ya que como se dijo, la demandada contesto la acción sin objetar la legitimación oportunamente invocada por esa parte para reclamar por su propio derecho. Dicho ello entiendo que el rubro en cuestión reconocido en grado debe sostenerse, pues los argumentos relativos a que la indemnización no tiene por objeto beneficiar a su hija y no a ella no pueden aceptarse. Se ha dicho que "La gravedad del daño del menor, en tanto víctima primaria, repercute necesariamente sobre sus padres al alterar el desenvolvimiento cotidiano y la libre y serena

existencia, ya que deben dedicarle tiempo propio a su asistencia. Los progenitores son víctimas secundarias que sufren un perjuicio por la repercusión de ese actuar contrario a derecho, habida cuenta que existe una conexión objetiva entre esta situación y la del damnificado directo" ID SAIJ: SUCO403588 15 de Octubre de 2.009. Por todo ello considero que debe rechazarse el agravio tratado en el presente punto. Que por los mismos fundamentos dados en el párrafo anterior, corresponde en éste rubro establecer la responsabilidad del Dr. Carlos Palenque, en un 30 % del monto fijado en grado, quedando el resto a cargo de la Provincia.

XIX.- Que en cuanto al agravio relativo a la improcedencia de los daños psicológicos y estéticos como categorías autónomas de daños, debo darle la razón a la parte recurrente. Se sostiene sobre el particular que: "El resarcimiento por incapacidad sobreviniente tiene por finalidad cubrir no sólo las limitaciones de orden laborativo, sino también la proyección que aquélla tiene con relación a todas las esferas de la personalidad, o sea, la disminución de la seguridad, la reducción de la capacidad vital, el empobrecimiento de las perspectivas futuras, etc.; en suma, la indemnización por incapacidad sobreviniente -que supone necesariamente la existencia de secuelas físicas o psíquicas de carácter permanente o irreversible- comprende, con excepción del daño moral, todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluso los daños de la salud y a la integridad física y psíquica. G. K. F. c/ G. J. A. s/ daños y perjuiciosMJ-JU-M-67180-AR||MJJ67180. "El daño estético no representa un rubro indemnizatorio autónomo, sino que puede ser considerado al calcular la indemnización por incapacidad, si influye en las posibilidades patrimoniales presentes y futuras de la víctima, como también al calcular el daño moral, si influye en los padecimientos espirituales de aquélla. Es decir, la lesión estética nunca constituye un daño material, sino que -como bien enseña Bustamante Alsina-

puede ser un daño patrimonial indirecto o sea susceptible de apreciación pecuniaria, si produce un menoscabo en los bienes del patrimonio (conf.: art. 1068 del Código Civil). En suma, la naturaleza de estas lesiones hacen que siempre encuadre dentro del daño moral porque indudablemente afecta un interés extrapatrimonial de la víctima y, a veces, puede también constituir un daño patrimonial indirecto si repercute sobre las posibilidades económicas de aquélla." Id SAIJ SUQ0090337 - 1 de Junio de 2023. Que en virtud de lo expuesto, entiendo atendibles los fundamentos dados por el recurrente y por ende debe admitirse el agravio esbozado sobre el punto.

XX.- Que en cuanto al pedido que formula la recurrente relativo a que se aplique al caso el atenuante de responsabilidad incorporado en el art. 1742 del Código Civil y Comercial entiendo que el presente caso como se dijo al principio, debe ser juzgado por el Código Civil derogado, y es ahí que la norma en cuestión deviene inaplicable y por ende torna improcedente dicho planteo.-

XXI.- Por último y en cuanto al interés que se debe aplicar al monto de la reparación, plantea el recurrente que se establezca un interés puro que se devengará desde el hecho hasta el efectivo pago y a partir del dictado del fallo, la tasa pasiva de la sentencia. Sobre el particular, tengo en cuenta que en el pronunciamiento de grado se ha determinado un interés moratorio desde la fecha de la primera intervención quirúrgica (26/04/2000) hasta su efectivo pago, con la tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina. Asi ello, sostengo que la pretensión de la parte demandada no es admisible en el presente caso puesto que la condena que aquella contiene no se ha fijado a valores actuales, sino que establece una indemnización a valores históricos. En ese sentido destaco que la imposición de una suma de interés a una tasa pura constituye una forma de retribuir la privación

del capital. Ha dicho nuestro Superior Tribunal de la Provincia en el fallo Avilez que: "Estimamos entonces que en supuesto de montos actualizados al momento del fallo, la utilización de la tasa pura desde la fecha del hecho dañoso (desde cuando comienza a correr la mora del deudor) es la herramienta más razonable y la que se debe emplear en el sub lite". La diferencia radica acá, en que, como se dijo, la sentencia en crisis contiene valores históricos y por ende debe ser actualizada conforme con los parámetros de interés que ella contiene, por lo que entiendo que la queja en tratamiento no puede ser aceptada.

XXII.- Resta deplorar la excesiva duración que tuvo esta causa, por lo que a fin de alentar a la economía procesal, se practica liquidación que en foja separada se acompaña y que integra la presente sentencia.

XXIII.- Por último señalo que las costas se imponen a los demandados vencidos en la proporción indicada (art. 668 del CPCC).

XXIV.- Por todo lo desarrollado entiendo que la sentencia es parcialmente injusta por los alcances antes indicados. Asi lo voto.

A LA PRIMERA CUESTIÓN el Dr. Humberto Monelos dijo:

XXV.- Que coincido con el análisis de los agravios que formula el primer votante y con sus conclusiones. Adhiero al voto que antecede.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN el Dr. Horacio Fernández dijo:

XXVI.- En función de lo expresado propongo que se dicte el siguiente pronunciamiento: 1°) Rechazar la apertura a prueba de la segunda instancia de acuerdo a los fundamentos desarrollados en el presente. 2°) Rechazar parcialmente los agravios de las partes demandadas. Se admiten los agravios de la parte demandada y codemandada relativos al porcentaje de incapacidad, que se reduce al 10 % y los relativos a la

improcedencia de los rubros pérdida de chance, daño psicológico y daño estético, que se rechazan. 3°) Establecer que la responsabilidad del demandado Carlos Palenque se limita al 30 % de la responsabilidad atribuida a la Provincia por el total de los rubros que se admiten en la presente, con excepción del daño material por el que deberá responder por el porcentaje que se fija en el punto pertinente 4) Imponer las costas a los recurrentes vencidos en las proporciones indicadas (art. 68 C.P.C.). 5°) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se encuentren regulados en las instancia de grado. 6°) Lamentar la excesiva tramitaciòn que tuvo la presente causa 7°) Registrar, notificar y oportunamente devolver a la instancia de grado.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN el Dr. Humberto Monelos dijo:

XXVII.- Adhiero a la propuesta formulada por el Dr. Horacio Fernández.-

Por ello se dicta la siguiente sentencia

Caleta Olivia, 4 de abril de dos mil veinticinco

Y CONSIDERANDO:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcripto precedentemente, resultado de la votación, citas legales y lo dispuesto por el art 44 de la ley 1 Orgánica del Poder Judicial, la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial

F A L L A:

1°) Rechazar la apertura a prueba de la segunda instancia de acuerdo a los fundamentos desarrollados en el presente.

2°) Rechazar parcialmente los agravios de las partes demandadas. Se admiten los agravios de la parte demandada y codemandada relativos al porcentaje de incapacidad, que se reduce al 10 % y los relativos a la improcedencia de los rubros pérdida de chance, daño psicológico y daño estético, que se rechazan.

3°) Establecer que la responsabilidad del

demandado Carlos Palenque se limita al 30 % de la responsabilidad atribuida a la Provincia por el total de los rubros que se admiten en la presente, con excepción del daño material por el que deberá responder por el porcentaje que se fija en el punto pertinente.

4°) Imponer las costas a los recurrentes vencidos en las proporciones indicadas (art. 68 C.P.C.).

5°) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se encuentren regulados en las instancia de grado.

6°) Lamentar la excesiva tramitación que tuvo la presente causa.

7°) Registrar, notificar y oportunamente devolver a la instancia de grado. La Dra. Griselda Bard no suscribe la presente por no existir disidencia entre los abajo firmantes.-

HUMBERTO MONELOS
Juez de Cámara

HORACIO FERNANDEZ
Juez de Cámara

ANTE MI:

CAROLINA LIMA
Secretaria de Cámara

Liquidación correspondiente a los autos caratulados: "MENDEZ, ANA MIRTA C/PALENQUE, CARLOS Y OTRO S/INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL-DAÑOS Y PERJUICIOS" Expte. N° 9885/08. N° de Cámara N° 8526, conforme lo mencionado en el punto XXII de los considerandos, que forma parte de la sentencia dictada en fecha 04 de abril del 2025 inscripta al Tomo: Registro: Folio: .-
Tasa de interés pasiva del Banco Central al 01/04/25 utilizada es de : $5.270,27%.-

Provincia de Santa Cruz	
Daño Material	$ 95.573,22
Intereses Tasa Pasiva al 01/04/25	$ 5.514.832,84
Total	**$ 5. 610.406,06**
Daño Moral actora	$ 250.000
Intereses Tasa Pasiva al 01/04/25	$ 13.175.675
Total	**$ 13.325.675**
Daño Moral Sra. Mendez	$ 125.000
Intereses Tasa Pasiva al 01/04/25	$ 6.587.837,5
Total	$ **6.712.837,5**

Carlos Palenque	
Daño Material	$ 28.671,96
Intereses Tasa Pasiva al 01/04/25	$ 1.511.089,70
Total	**$ 1.539.761,66**
Daño Moral actora	$ 75.000
Intereses Tasa Pasiva al 01/04/25	$ 3.952.705
Total	**$ 4.027.705**
Daño Moral Sra. Mendez	$ 62.500
Intereses Tasa Pasiva al 01/04/25	$ 3.293.918,75
Total	**$ 3.356.418,75**

HUMBERTO MONELOS
Juez de Cámara

HORACIO FERNANDEZ
Juez de Cámara

ANTE MI:

CAROLINA LIMA
Secretaria de Cámara