

ACUERDO:

En la ciudad de Ushuaia, capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártica e Islas del Atlántico Sur, a los 15 días del mes de octubre del año dos mil cuatro, se reúnen en acuerdo Ordinario los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, Dres. María del Carmen Battaini, Mario A. Robbio y Ricardo J. Klass, para dictar pronunciamiento en el recurso interpuesto en los autos caratulados "Estrada Clider y Navarro Fabio Amilcar c/ Sanatorio San Jorge S.R.L y Cortiglia Bosch Cecilia T. s/ Ordinario" - Expte N° 714/04 STJ - SR.

ANTECEDENTES:

I. La Sala Civil de la Cámara de Apelaciones dictó la sentencia de fs. 1158/1182 y, en lo que interesa al tratamiento de esta instancia casatoria, hizo lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el sanatorio San Jorge S.R.L a fs. 938/954 revocando el punto 1° de la resolución de fs. 886/917 dictada en primera instancia, donde se admitiera la defensa de falta de cobertura deducida por la Aseguradora. Respecto del recurso de apelación incoado por la codemandada Cecilia Cortiglia Bosch (fs. 955/1013), fue rechazado en todos sus términos.

En la decisión puesta en crisis, el a quo sostiene que existen elementos para imputar responsabilidad a Cortiglia Bosch por no haber tomado las medidas necesarias para la correcta atención del recién nacido.

Asimismo, se expone sobre la falta de incidencia de la sentencia dictada en sede penal y habla sobre la diferencia entre la culpa civil y la penal, citando apreciaciones sobre tal cuestión formuladas en el ámbito de la doctrina.

Finalmente, expresa el Tribunal que la demandada no ha aportado prueba alguna que acredite la implementación de los medios necesarios orientados a la curación del neonato.

Al tratar sobre la responsabilidad endilgada a "Sanatorio San Jorge S.R.L", el a quo se expone sobre los siguientes tópicos centrales:

- Si bien la multa aplicada a dicho establecimiento asistencial por falta de habilitación del servicio de neonatología puede ser un elemento que coadyuve a la prueba de que al momento del nacimiento del niño el mismo no contaba con los medios adecuados para su atención, "Tal responsabilidad deviene implícita no de la falta de habilitación del servicio de neonatología sino, en definitiva, de las condiciones en que se prestaba el mismo. Es decir, aún suponiendo que estuviera habilitado por la autoridad respectiva, lo cierto es que no contaba con los instrumentos adecuados y el personal especializado para atender neonatos en condiciones de salud como las que presentaba L.". (conf. fs. 1171 vta).

- La responsabilidad del "Sanatorio San Jorge S.R.L" deviene de atender la prueba rendida en la causa, de donde surge que el aparato portátil de rayos x se encontraba roto, que no se contaba con incubadora de traslado, no había neonatólogos o pediatras especializados para cubrir la atención del niño y no se contaba con instrumental y laboratorio en condiciones para practicar los estudios de rigor que resultan imprescindibles para este tipo de casos.

- Al exponer dichos elementos, arriba el a quo al estudio del tema referido al deber de seguridad y falta de servicio aludiendo a su trascendental importancia, citando al respecto calificadas opiniones doctrinales junto a renombrada jurisprudencia.

- Se sostiene que en razón de los puntos referenciados precedentemente, "...el servicio prestado por el instituto médico fue deficiente y coadyuvó en forma adecuada y suficiente al desenlace fatal ocurrido". (fs. 1173).

- Asevera el Tribunal que se ha privado al paciente de la chance de curación, esbozando una

conceptualización sobre la llamada "pérdida de oportunidad o chance".

- Trata el a quo la cuestión de las obligaciones de medio y de resultado, exponiendo que participa del criterio según el cual la distinción entre obligaciones de medios y de resultado resulta intrascendente a los fines de configurar el débito profesional.

Respecto a la exclusión de cobertura planteada por "Vanguardia Cía Argentina de Seguros S.A", sostiene el tribunal que la causal establecida en forma expresa en el contrato de seguro trata sobre los casos de intervención de médicos no habilitados para la práctica que realizan y no hace alusión a las clínicas, sanatorios o centros asistenciales "por lo que debe entenderse que, si la intención hubiera sido la exclusión en tal caso, se habría incluido la cláusula respectiva o se hubiera ampliado la existente para abarcar el supuesto" (fs. 1175 vta). Se descarta la procedencia de la figura de culpa grave tal como se configura en materia de seguros.

En cuanto a Cortiglia Bosch, se concluye en que la aseguradora no debe responder, por haberse suspendido en forma automática la cobertura del contrato de seguro en razón de la falta de pago de la pertinente prima por parte de la asegurada.

Respecto a la falta de legitimación del accionante Fabio Amílcar Navarro esgrimida por la demandada, el a quo desestima tal planteo al considerar que se ha acreditado en forma suficiente el vínculo familiar a los fines de la acción promovida.

Al tratar lo inherente al monto de la indemnización, se expide confirmando los montos impuestos en la instancia de grado, en el entendimiento de que los mismos resultan adecuados y guardan relación con los datos que surgen de la causa.

II. Contra dicho pronunciamiento, los codemandados interpusieron sendos recursos de casación, obrantes a fs. 1191/1193 y 1195/1227.

1. El Dr. Demetrio Eduardo Martinelli, en su carácter de apoderado del sanatorio San Jorge S.R.L luego de pronunciarse en relación a la procedencia de la vía casatoria, señala que "durante todo este proceso civil, los actores hicieron especial hincapié en la "supuesta" falta de habilitación de la Clínica que explota el SANATORIO SAN JORGE S.R.L, específicamente respecto del Sector de Neonatología" (fs. 1191 vta), argumentando que en virtud de ello el juez de grado condenó a dicho establecimiento sanitario, lo que derivó en la apelación a la postre desestimada.

A continuación, el codemandado se agravia de que no se ha respetado lo decidido en sede penal conculcando a su entender el artículo 1103 del Código Civil,, agraviándose asimismo de que se haya considerado a la médica Cortiglia Bosch como profesional responsable del deceso del menor enrostrándose al sanatorio San Jorge S.R.L responsabilidad refleja. Se remite en mérito a la brevedad a los agravios expuestos por la codemandada Cortiglia Bosch respecto a la cuestión prejudicial, a lo atinente a la excepción de falta de legitimación del co-actor Fabio Amílcar Navarro y en cuanto a la responsabilidad de la mencionada profesional.

Continúa el casacionista con la expresión de sus agravios argumentando que a partir de una sanción administrativa, el tribunal estableció que el niño no podía permanecer internado en dicho nosocomio por no estar dadas las condiciones para prevenir consecuencias posibles que ocasionaron, finalmente, el fallecimiento a pocas horas de haber nacido. Hace mención, asimismo, a que luego de establecer que el deceso del menor se produjo por culpa de la médica tratante, se afirma que la falta de condiciones del establecimiento es lo que en definitiva le ocasionó la muerte, lo que a su entender hace caer en contradicción al acto jurisdiccional, "a lo que debe sumarse la arbitrariedad de las afirmaciones, que no referencian ningún hecho probado en la causa" (fs. 1192).

En cuanto a la carencia de instrumental y personal adecuado para atender neonatos, expresado en la sentencia del a quo, dice: "la Clínica de mi mandante, a la fecha de los hechos y aún hoy, ha contado con la

más avanzada tecnología para atender la salud de una población de 50.000 personas" (fs. 1192 vta), negando que no se haya contado con la aparatología adecuada ni que el personal haya sido insuficiente. Se habría afectado la regla de la sana crítica, en tanto debe analizarse las circunstancias de cada caso y, al momento en que el niño fue dado a luz, "nada hacía prever que el parto fuera a complicarse".(fs. 1192 vta).

Niega que, como se expresa en la sentencia de segunda instancia, el aparato portátil de RX haya estado roto, sino que no funcionó en el momento en que se lo quiso utilizar. Respecto a la falta de incubadora de transporte, señala que tampoco la tenía el hospital en condiciones.

Como corolario de ello, sostiene que en relación a la falta de instrumental y laboratorio en condiciones, tal afirmación carece de sustento y por ende se torna arbitraria ya que las prácticas -que el establecimiento estaba en condiciones de realizar- se suspendieron para no someter al niño a injurias.

En síntesis, se agravia la casacionista que se le haya imputado responsabilidad referida a la "obligación de seguridad objetiva" por una irregular o incorrecta prestación del servicio, considerando dicho instituto no aplicable al caso en razón de no haberse determinado fehacientemente la causa de la muerte.

Finalmente, se queja de la condena en razón de la mala praxis de la médica interviniente, como así también respecto a la responsabilidad genérica derivada de la irregular o incorrecta prestación del servicio. Expresa agravio respecto a que la sentencia sostiene que la parte debió probar que la muerte se hubiera producido de cualquier forma, si se tiene en cuenta que se ha determinado su causa; finalmente se agravia sobre la imposición de las costas de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes.

Al tratar el tema del monto, por remisión hecha al recurso de Cortiglia Bosch como elemento integrante de la responsabilidad endilgada al establecimiento sanatorial, se agravia la casacionista de la suma indemnizatoria establecida en la instancia de grado y confirmada por el a quo, sosteniendo que el mismo resulta excesivo en atención a antecedentes jurisprudenciales a que hace referencia.

2. A fs. 1195/1227 obra el recurso de casación interpuesto por la codemandada Cecilia Cortiglia Bosch quien, luego de referirse a la procedencia de la vía intentada y tras exponer los antecedentes del caso, se introduce en el análisis de la prueba, expresando en primer lugar que el accionante Navarro no ha acreditado su legitimación para actuar como padre del menor fallecido por no surgir dicho extremo de instrumento idóneo u otro medio de prueba producido en las actuaciones.

Hace alusión al informe del Dr. Edgardo Szyld, tomado en cuenta al momento de dictarse los fallos de primera y segunda instancia, afirmando que en el mismo se parte de premisas inexactas.

Aclara que la Academia Nacional de Medicina ha expresado la imposibilidad de emitir opinión por tratarse la contingencia surgida de un caso específico planteado en forma parcializada, lo cual, juntamente con lo decidido en sede penal con base en los dictámenes de diferentes facultativos, hace que no resulte posible responsabilizar a la recurrente.

Hilvana dichos hechos con la opinión vertida por el Dr. Edgardo Szyld, lo que lleva a la descalificación de ésta; agregando que las consideraciones vertidas en el informe confeccionado por el Dr. Eduardo Alfredo Duro a fs. 472/473 sobre los puntos propuestos por las demandadas, posee conclusiones diferentes.

Luego de atacar puntos concretos de la pericia efectuada por el Dr. Szyld, la recurrente hace referencia al hecho nuevo expuesto por su parte, específicamente el fallo recaído en la causa caratulada "ESTRADA, Clíder s/ Denuncia" -Expte N° 2218- que tramitara por ante el Juzgado de Instrucción de Primera Nominación del Distrito Judicial Sur, donde en primera instancia se sobreescribió a Cecilia Cortiglia Bosch y a Oscar Alberto Chamorro en orden al delito de homicidio culposo., sentencia que quedó firme al haberse desestimado la apelación interpuesta.

Esgrime la casacionista que en ese expediente los actores se constituyeron como querellantes e interpusieron recurso de apelación, el cual fue rechazado.

Luego de comentar el citado fallo se introduce en el estudio de la prueba recolectada en la causa civil, principalmente la testimonial, explayándose sobre las declaraciones vertidas por Juan Ignacio Hollmann, Ruby Elena Narváez, María Graciela Mazzotta, Oscar Alberto Chamorro y Luis Guillermo Ibarreche Padilla.

En el apartado V del recurso de marras se dedica al análisis de la sentencia de grado, afirmando que rechazó "sin fundamento fáctico ni jurídico alguno la excepción de falta de acción propuesta contra el co-actor" (fs. 1209 vta).

Sobre la cuestión prejudicial se agravia de lo sentenciado en cuanto se estableció que la decisión absolutoria dictada en el fuero penal no produce efecto de cosa juzgada en el proceso civil respecto a la culpa del imputado.

Afirma que agravió a su mandante la aceptación por parte del juez de grado de la legitimación activa de Fabio Amílcar Navarro, considerando insuficiente la prueba presentada a los fines de acreditar dicho extremo.

En cuanto a la excepción de exclusión de cobertura, afirma que al momento de su contestación se aclaró que era parte del servicio de la aseguradora cobrar la prima a domicilio y que el atraso luego invocado para incumplir era exclusivamente atribuible a ésta. Afirma que la póliza de seguro se encontraba vigente al momento de producirse el fallecimiento del menor.

Seguidamente, bajo el acápite "V: 4.) El régimen de responsabilidad", argumenta que si correspondía al demandante afrontar la carga probatoria no quedaba al juzgador otro camino que rechazar la demanda.

En orden a la prueba, cuestiona lo que considera "una incondicional y poco explicable adhesión al informe del Dr. Szyld" (fs. 1215), detallando a continuación las falencias que exhibe, según su criterio, la forma en que el juzgador analizó las constancias probatorias de autos.

Finalmente, muestra su discrepancia con los parámetros tomados por el juez de grado al momento de determinar el daño y reclamo indemnizatorio. Se agravia también respecto a la imposición de la totalidad de las costas a la demandada.

A continuación de los agravios vertidos en referencia al fallo de primera instancia, la recurrente procede de igual forma respecto a la sentencia dictada en segunda instancia, explayándose sobre cuestiones ya expuestas al tratar sobre el fallo dictado en la instancia de grado.

Es así como la recurrente reitera apreciaciones concernientes a la cuestión prejudicial, sosteniendo que el sobreseimiento dictado en sede penal no se ha basado en la duda, o en la prescripción de la acción, sosteniendo que "se ha efectuado un profundo análisis de la conducta profesional de mi mandante, a la luz de los testimonios colectados en la causa penal" (fs. 1221).

Al referirse a las reglas de valoración de la prueba (apartado VI -2), expresa los agravios que considera se infieren del examen efectuado en su momento por el a quo, afirmando que el Tribunal ha determinado sin sustento fáctico ni jurídico la causa de la muerte del menor. Sostiene que al existir una infracción a las reglas de valoración de la prueba, se ha incurrido en absurdo.

Seguidamente continúa explayándose sobre su desempeño profesional en el caso bajo examen, sosteniendo que en ningún momento el mismo ha sido negligente, basando su aseveración en que no omitió practicar los estudios que el Tribunal consideró imprescindibles, afirmando que dichos estudios no se llevaron a cabo por razones ajenas a su obrar y por así indicarlo las condiciones del paciente y la aparatología e infraestructura disponibles.

En síntesis, afirma que al momento de dictar sentencia el a quo se basó en "afirmaciones carentes de sustento fáctico" (fs. 1223 vta), soslayando otros elementos que entiende han sido relevantes y, que "tal forma de

valorar la prueba, conduce al absurdo".(fs. 1223 vta). Se agravia del contenido de determinada prueba tenida en cuenta por el órgano juzgador, principalmente el informe pericial del Dr. Szyld.

Nuevamente plantea agravios en referencia a la excepción de falta de legitimación opuesta en su momento, afirmando que no se ha tratado en forma debida la falta de acreditación por parte de Fabio Amílcar Navarro de su condición de padre del niño fallecido.

III. Corrido el pertinente traslado de los recursos de casación interpuestos, el correspondiente a la clínica San Jorge S.R.L fue respondido a fs. 1230/1236 por Fabio Amilcar Navarro, en tanto que Clider Estrada lo hizo a fs. 1238/1244.

El primero de los nombrados, luego de enumerar y desarrollar los motivos por los cuales entiende que el ámbito de la casación resulta excedido, procede a analizar los agravios vertidos por la contraria.

Así, a fs. 1234 sostiene que de los dichos de la recurrente "se infiere la responsabilidad que existe entre la muerte del menor y la falta de equipamiento necesario para ser habilitado el servicio de neonatología en el grado de atención necesario para el caso en cuestión, hecho probado en la causa".

Señala que no ve en el desarrollo del recurso, "una expresión acabada y precisa que nos indique someramente el error en la apreciación de la prueba o el error en el fundamento de una norma de derecho incorrecta (causales procesales de procedencia), debiendo rechazarse el recurso por su inviabilidad procesal, al no reunir los recaudos mínimos que establece el Código de rito". (fs. 1234). Luego, hasta la finalización de su exposición, hace transcripción de partes del fallo recurrido, con cita de jurisprudencia que entiende aplicable al caso.

Clider Estrada, por su parte, al momento de evacuar el traslado de los agravios de la codemandada Sanatorio San Jorge S.R.L se refiere -al igual que Navarro - a la improcedencia del remedio casatorio intentado.

Al momento de analizar y contestar los agravios vertidos por la contraria, también hace hincapié en la responsabilidad que surge de relacionar la muerte del menor con la falta de equipamiento necesario del sector de neonatología para el adecuado tratamiento de su dolencia, con posterior transcripción de sumarios de distintos fallos.

A fs. 1246/1264, Clider Estrada contesta el traslado que le fuera corrido del recurso de casación interpuesto por la codemandada Cortiglia Bosch, el cual se sintetiza en los siguientes puntos:

Se explaya sobre lo que entiende como clara improcedencia del recurso y procede a analizar los agravios de la actora, comenzando con el análisis que el aquo ha efectuado en referencia a la diferencia existente entre la responsabilidad civil y la penal, lo cual lleva adelante en el apartado III, bajo el título de "LA LLAMADA CUESTION PREJUDICIAL", afirmando allí que los artículos 1102 y 1103 se refieren a la condena o la absolución del acusado en sede penal, pero no al sobreseimiento, como ocurre en el presente caso. Prosigue con la enumeración de diversas circunstancias que a su entender impiden establecer la incidencia de lo resuelto en sede penal.

Sobre la supuesta infracción a las reglas de valoración de la prueba, reafirma la responsabilidad de la demandada Cortiglia Bosch aludiendo a las circunstancias que coadyuvan a dicha aseveración. Trae a colación lo expuesto en el informe pericial del Dr. Szyld, avalando la importancia de dicha prueba, considerada por el órgano juzgador al momento de dictar sentencia; finalmente, expone jurisprudencia que entiende aplicable al caso.

Al momento de contestar los agravios de la codemandada Cortiglia Bosch, el actor Fabio Amílcar Navarro se explaya sobre los puntos arriba reseñados: improcedencia del recurso, la cuestión prejudicial y la supuesta infracción a las reglas de valoración de la prueba. En lo concerniente a la falta de legitimación esgrimida por la casacionista, entiende que corresponde confirmar lo ya resuelto en las dos instancias anteriores,

Al tratar la cuestión inherente a la excepción de falta de legitimación, se remite a lo expuesto en el fallo de segunda instancia en cuanto a la suficiencia probatoria de la documentación presentada a fin de acreditar el vínculo familiar. Cita y expone jurisprudencia.

IV. Al momento de dictar pronunciamiento, la Cámara de Apelaciones negó la apertura de la casación por considerar que los recursos deducidos carecían de suficiencia técnica.

V. Habiendo sido interpuestos sendos recursos de queja por parte de Sanatorio San Jorge S.R.L y Cecilia Cortiglia Bosch, los mismos fueron admitidos conforme surge de la sentencia de este estrado, obrante en el Tomo X - F° 318/320 del registro de este Tribunal.

VI. El Sr. Fiscal ante este Tribunal se expidió a fs. 1356/1361, propiciando el rechazo de los recursos.

Efectuado el sorteo del orden de estudio y votación, tras la deliberación se decidió considerar las siguientes

CUESTIONES

Primera: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto por Sanatorio San Jorge S.R.L?

Segunda: ¿Lo es el interpuesto por Cecilia Cortiglia Bosch?

Tercera: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Battaini dijo:

I. Los planteos formulados por el Sanatorio San Jorge conllevan la necesidad de señalar de manera preliminar los principios esenciales que gobiernan el recurso de casación.

De acuerdo a la doctrina elaborada sobre el tema, se ha definido a dicho instituto procesal como un "medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley substantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin reenvío a nuevo juicio. He aquí expuestos, en la síntesis de la definición, los elementos esenciales de la institución, contemplada desde el exclusivo e inevitable punto de vista procesal: el recurso se refiere únicamente a las cuestiones de derecho, sustantivo o adjetivo, lo cual implica la exclusión de las cuestiones de hecho y, por los mismo, de todo problema atinente a la valoración de las pruebas..." (Fernando De la Rúa, "La casación penal", Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 23).

En definitiva, el fin que se persigue a través del recurso de casación, estriba en lograr la integridad y validez del acto jurisdiccional con sujeción a las normas de derecho, de fondo o de forma.

En tal sentido, resulta claro que no se está ante una tercera instancia cuyo fin sea revisar los hechos establecidos por el juez de grado y su alzada.

En orden a lo expuesto, este Tribunal ha dejado sentado que "En cambio, sí es de resorte de la casación controlar que la motivación de la sentencia del juez o tribunal de mérito corresponda o constituya una derivación razonada del derecho vigente con relación a las circunstancias reales y comprobadas de la causa; la validez de las pruebas de que se sirve el sentenciante; la omisión en la consideración de alguna prueba decisiva que hubiera sido legalmente incorporada a la causa y cuya apreciación conduzca a variar el sentido de la decisión final; que sus conclusiones respondan a las reglas del recto entendimiento humano; y que esa motivación resulte bien emitida, con ajuste a las formas prescriptas". ("Finocchio, Jorge Alberto s/ Pto hurto (Dte. Agustín Vidal Marinkovic)" - expte N° 610/03 STJ-SR - Libro IX, f° 410/417).

II. Sentadas que han sido las bases sobre las cuales transita la nota de excepcionalidad del remedio casatorio,

he de encarar a continuación el estudio del recurso.

1. En forma previa, señalaré que no se tratará la cuestión de la prejudicialidad respecto a la responsabilidad endilgada al Sanatorio San Jorge S.R.L puesto que, obviamente, aquélla no resulta aplicable en razón de tratarse de una persona jurídica.

2. El punto central sobre el cual gira la atribución de responsabilidad a la codemandada Sanatorio San Jorge S.R.L, reside en la carencia del recurso humano y técnico necesario para una correcta atención del menor cuyo fallecimiento se produjo a pocas horas de nacer.

Tomando como base el escrito continente del recurso intentado, surge el siguiente diseño: por una parte, la remisión prácticamente lineal a los agravios vertidos por Cecilia Cortiglia Bosch; por otro lado, lo atinente a la falta de medios apropiados para la atención del neonato finalmente fallecido - elemento a que se hiciera alusión en el párrafo precedente-.

3. El Sanatorio San Jorge S.R.L expresa agravios sosteniendo que dentro del apartado III.1 de la sentencia del a quo se estableció, a partir de la cuestión de la habilitación del establecimiento asistencial, que "el pequeño no podía permanecer internado en dicho nosocomio por no estar dadas las condiciones para prevenir consecuencias previsibles que, en definitiva, le ocasionaron el posterior fallecimiento a pocas horas de haber nacido" (fs. 1171 vta).

Asimismo, se agravia el recurrente sobre la falta de medios e instrumental adecuados que se le imputan respecto a la atención del menor fallecido.

Siendo totalmente ajeno al presente examen casatorio todo estudio sobre la forma en que se han valorado los elementos probatorios, considero de liminar importancia señalar que no vislumbro infracción alguna a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba en cuanto a lo resuelto en la instancia de grado.

En efecto, de la sentencia en crisis surge la merituación que se ha efectuado de la prueba obrante en la causa, lo cual ha conducido a establecer que al momento del fallecimiento del niño, el establecimiento no contaba con los medios adecuados para su atención.

Por lo tanto, en cuanto al agravio referente a la supuesta violación a las reglas de la sana crítica en razón de imputarse falta de medios tecnológicos para cubrir la atención del neonato, considero que no se han desatendido los medios probatorios y que se ha efectuado una correcta valoración de la prueba recolectada en la causa sobre la base de la razonabilidad que se enmarca en los fundamentos de la lógica y el sentido común.

Es así que, en el fallo dictado por el a quo, expresa que se encuentra probado en la causa que el aparato de Rx portátil se encontraba roto, que no se contaba con incubadora de traslado, no había neonatólogos o pediatras especializados para cubrir la atención del niño y no se contaba con instrumental y laboratorio en condiciones para practicarle los estudios de rigor, que resultan imprescindibles para casos como el que se presentó con el nacimiento del pequeño L. A. N.

Respecto a la afirmación según la cual "...el aparato de Rx portátil no es que no existía o que estaba en desuso o descompuesto sino que no funcionó en el momento en que se lo pretendió utilizar..."; reviste importancia recalcar que conforme se expusiera en el escrito de contestación de demanda (fs. 47), dicho desperfecto se habría producido por la quema de un fusible, circunstancia que debía ser prevista por las autoridades de la clínica, debiendo contar con los repuestos mínimos a los fines de posibilitar el funcionamiento de dicho artefacto y con un servicio permanente de mantenimiento acorde a la importancia de dicho instrumental. Corresponde señalar que, aún en el caso de falta de funcionamiento de tal elemento, la existencia de una incubadora portátil hubiera permitido trasladar al menor para practicarle una radiografía con el restante aparato disponible en el sanatorio.

Reviste liminar importancia destacar que la falta de los medios suficientes para la atención de la dolencia del

menor, conlleva el análisis de un tema muy importante en el ámbito de la responsabilidad civil, me refiero al denominado "deber de seguridad", concepto tratado en el fallo dictado por el a quo.

Sabido es que el tema de la responsabilidad de los profesionales -entre ellos de los médicos y establecimientos de salud- es una cuestión que se ha ido incorporando a la órbita de la responsabilidad civil hasta el profundo desarrollo que tiene en nuestros días.

Si bien en diversos trabajos de doctrina y en proyectos legislativos se ha dejado sentada la postura favorable a la unificación de las responsabilidades contractual y extracontractual, lo cierto es que no cabe ninguna duda que la responsabilidad de las empresas médicas se encuentra dentro de la primera órbita.

Si bien resulta claramente ilustrativa la doctrina citada en el fallo del a quo, no resulta ocioso destacar que el fundamento del deber de seguridad de las clínicas y sanatorios como prestadoras directas de salud, radica en el principio de buena fe que debe guiar la vida de los contratos; así se ha dicho que "Se exige a las clínicas un deber de seguridad que consiste en hacer todo lo posible para evitar daños al paciente. Su fundamento es la buena fe contractual; es un deber secundario de conducta, es irrenunciable, se aplica a contratos onerosos o gratuitos y tanto a las clínicas privadas como públicas" (Lorenzetti, Ricardo L., "La empresa médica", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1998, pág.352).

Es que se espera de la confianza depositada en el prestador médico que el tratamiento se efectúe con los medios tecnológicos y humanos acordes en proporción a la situación del paciente y que, en caso de que exista una imposibilidad de afrontar el cuadro del paciente por la complejidad del mismo, se arbitren los medios en forma inmediata y urgente a fin de trasladar al individuo a un nosocomio donde se ello se pueda llevar a cabo.

En la misma obra referenciada ut-supra, se ha dicho que "Cuando se establece que la empresa tiene un deber de coordinar una serie de medios en función de obtener objetivos prestacionales, se le está exigiendo una determinada organización del servicio. Cuando omite cumplir con este deber hay una falta de servicio, una organización irregular. Si esta organización irregular, comisiva u omisiva, causa un perjuicio, habrá una imputación objetiva de responsabilidad". (Lorenzetti, Ricardo L., ob. cit., pág. 354).

En concordancia con las consideraciones hasta aquí vertidas, en el ámbito pretoriano se ha tratado esta cuestión en numerosas oportunidades:

"La "responsabilidad de resultado" consiste en asegurar por parte del establecimiento médico una atención médica adecuada, vale decir que el nosocomio cuenta con los medios personales y materiales que las circunstancias del caso imponen. Esta responsabilidad recae sobre el "ente prestatario", sea un hospital, una clínica, un sanatorio cualquiera sea la denominación de la entidad prestataria. Es que en definitiva esta responsabilidad descansa sobre la "obligación tácita de seguridad", que funciona con carácter accesorio a la obligación principal de prestar asistencia por medio de los facultativos del cuerpo médico.

Independientemente de la responsabilidad directa del médico frente a su paciente por las culpas en que pueda incurrir por su intervención profesional, existe también una responsabilidad directa de la entidad asistencial que se ha obligado a dar asistencia médica al paciente, ya sea onerosa, mediante el pago del servicio o de una cuenta en el caso de seguros de salud u obras sociales públicas o privadas, ya sea gratuita en establecimientos hospitalarios. Esa obligación de prestar asistencia médica lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general que requieren la preservación de la salud de las personas contra los daños que puedan originar en la defectuosa prestación obligacional". (Cámara Nac. de Apelaciones en lo Civil Comercial Federal, Capital Federal; sala 3; "García de Gutiérrez, María Cristina y otro c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios", sentencia del 21 de agosto de 1992 publicada en el Sistema Argentino de Informática Jurídica (SAIJ), Sumario N° D0005611).

Es oportuno señalar que "La teoría de la obligación de seguridad como factor de atribución de responsabilidad de las clínicas y sanatorios, interpreta que hay una obligación de seguridad contractual en aquellos casos en que la seguridad de uno de los contratantes dependa de la prestación asumida por el otro.

El fundamento para considerarlo así surge del artículo 1198 del Código Civil, que conmina a las partes a obrar con cuidado y previsión. La obligación de seguridad, en sentido estricto, se relaciona con la adopción de medios suficientes para evitar que el paciente sufra daños previsibles". (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Santiago del Estero; "López Alzogaray, Marta V. y Otra c/ Sanatorio San Francisco S.R.L s/ Daños y Perjuicios". Sentencia de fecha 17 de agosto de 2000, publicada en el SAJJ, sumario N° Z0104777).

Existe, entonces, un nivel medio de prestación necesaria de los establecimientos de salud, que genera un "standar" de juzgamiento y deberes a cargo del nosocomio. Respecto a tal tema, se ha dicho que "La conducta de los hospitales se juzga por la costumbre, sus propias reglas, y las de las instituciones que los agrupan. Generalmente son aceptadas las regulaciones de las comisiones de acreditación, estatales o privadas, en virtud de las cuales se ha señalado que los hospitales deben: a) Mantener un registro de la medicación para cada paciente, con todos los datos, alergias, e información pertinente; b) Revisar el régimen de medicamentos por cualquier posible interacción; c) El equipo debe ser adecuado para los servicios ofrecidos, aunque no sea el estado del arte actual; d) Debe proveer la seguridad de los equipos; e) El paciente depende de las decisiones del hospital en cuanto a la calidad y propiedad de los productos utilizados y ello justifica la imposición de una garantía implícita por dichos productos; f) Si bien no tienen el deber de tener el último equipo, deben poseer lo que otros similares tienen y son responsables por los defectos de su uso; g) Deben establecer un procedimiento adecuado para garantizar la seguridad. Por ejemplo en la selección para trasplantes; h) Deben además, investigar riesgos probables adoptando un procedimiento al respecto (enfermedades contagiosas, pacientes insanos, suicidio). La costumbre entre hospitales no es concluyente. La mayoría de los casos se juzgan por negligencia en dar razonables pasos para ofrecer adecuados y seguros equipos, recursos, medicación, comida a sus pacientes en el servicio de prestaciones de salud". (Lorenzetti, Ricardo; ob. cit., págs. 367/368).

En resumen, entonces, entiendo que ha quedado claramente configurada la responsabilidad del establecimiento asistencial al no proveer de los medios técnicos y del recurso humano suficiente para el tratamiento del cuadro de gravedad del niño recién nacido que a la postre determinó su fallecimiento. La falta de funcionamiento del aparato de Rx portátil y la carencia de una incubadora portátil, unido a la inexistente infraestructura para efectuar estudios y análisis de sangre con la premura que el caso requería, llevan a la confirmación de tal extremo.

III. Procederé seguidamente, a evaluar la procedencia del agravio referente al tratamiento que se ha dado en instancias anteriores a la cuestión atinente a la excepción de falta de legitimación.

Tienen aplicación aquí, los términos vertidos ut-supra en referencia a la valoración y merituación de la prueba y la sujeción por parte del a quo a los principios concernientes a la sana crítica, lo cual hace que el fallo dictado se constituya en una derivación razonada del derecho vigente.

En efecto, a poco de transitar los conceptos vertidos en el apartado VI.3) del escrito de casación, surge que el agravio gira en torno a la supuesta insuficiencia probatoria que permita afirmar la legitimación activa por parte de Navarro; frente a lo cual corresponde destacar que no surgen elementos que denoten una vulneración a las reglas de admisibilidad y valoración de la prueba, principalmente a tenor del estudio que realizara el juez de grado -ratificado en segunda instancia- del artículo 36 del Decreto-Ley N° 8204/63 (modificado por ley N° 24540) que constituye la norma específica a la cual correspondía recurrir, relacionándolo en forma directa con la prueba presentada por el actor.

IV. Finalmente, he de recalcar en las consideraciones vertidas en lo atinente a la determinación que en las instancias anteriores se realizó del monto indemnizatorio.

Merece especial consideración y tratamiento, lo expuesto por la casacionista respecto a los montos indemnizatorios establecidos en primera instancia y confirmados por el a quo.

En efecto, dentro del apartado V.6) del escrito casatorio, la demandada se agravia de las sumas que por tal

concepto han sido establecidas en primera instancia y confirmados por la Cámara de Apelaciones.

Es menester recordar que se acogió la demanda instaurada por la suma de pesos cien mil (\$100.000) por la denominada "pérdida de chance", en tanto que en concepto de daño moral se estableció la suma de pesos cien mil (\$ 100.000) para cada uno de los padres.

Por una cuestión de orden, abordaré en primer término lo atinente al daño moral, para luego proseguir con el tratamiento de lo resuelto respecto a la reparación pecuniaria del daño producido por pérdida de chance.

Mucho se ha escrito sobre la indemnización del daño moral. Destacados representantes de la doctrina argentina y extranjera se extendieron sobre este tema, a lo cual se suma el tratamiento que se le ha dado en el ámbito jurisprudencial.

Sabido es que el principio rector en materia de reparación del daño es el que dicta la necesaria prudencia y mesura del juzgador al momento de establecer los montos indemnizatorios en lo que atañe al daño extrapatrimonial.

La reparación económica, tal como fuera expuesto en reiteradas oportunidades por la doctrina, cumple una función correctiva o sinalagmática de eminente carácter resarcitorio, habiendo quedado totalmente superada la postura doctrinaria que afirmaba su carácter punitivo.

En dicha confluencia de conceptos y factores en directa relación con las características del caso concreto, reside el punto de equilibrio al cual debe arribar el juzgador al momento de establecer el quantum indemnizatorio.

Si bien es cierto que la determinación de la indemnización generada por el daño moral corresponde a la evaluación de circunstancias de hecho en principio ajenas a la órbita casatoria, dicho enunciado cede frente a situaciones en donde surge una desproporción del monto indemnizatorio establecido en atención a las características del caso concreto, que no guarda razonable relación respecto de los valores establecidos en el ámbito judicial.

Así lo ha sostenido el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, al afirmar que "Es procedente el recurso de casación por vicios en la cuantificación del daño moral -en el caso, acordado por expresiones lesivas del honor- si el monto de la condena se presenta notoriamente distante de los valores que la práctica judicial tiene instaurados para casos semejantes" (fallo dictado en los autos "B.,L.E. c. Montoto de Spila, Marta; La Ley Córdoba, 2002-56).

Lejos de pretender incorporar una postura economicista sobre la reparación del menoscabo que implica la afectación disvaliosa del espíritu humano, se revela como de vital importancia la aplicación de razonamientos lógicos, prudentes y razonables que se enmarquen dentro de las reglas de la equidad a fin de que la determinación de la indemnización no implique una fuente indebida de lucro.

Así ha quedado expuesto en reiteradas oportunidades en el ámbito pretoriano: "Indudablemente, la muerte de un hijo provoca un dolor tan profundo como indescriptible, pues se altera el orden natural generacional de la vida, llevándose a aquél que todo padre espera que lo sobreviva. Sin embargo, la suma que intente indemnizar este perjuicio, no escapa a la regla de la equidad y justicia que debe primar en las reparaciones civiles, y por lo tanto, debe observarse cuidadosamente que al fijarla no se cree una fuente de indebido lucro". (Cámara Nacional Civil, Sala M, "K.L.c. Lázari, Jorge y otro, fallo de fecha 7 de agosto de 2000 publicado en La Ley - Responsabilidad Civil y Seguros, págs. 709/715).

En efecto, el rasgo caracterizante de la indemnización reside en su fin último: la reparación del daño ocasionado. En el ámbito del daño moral, si bien el menoscabo de índole espiritual y afectiva es de imposible reparación, el establecimiento de un monto indemnizatorio nunca puede desembocar en un cuadro de situación donde, como consecuencia de un daño de dimensión espiritual, se arribe a una desmedida percepción económica, lo cual -obviamente- se contrapone a las reglas de la ética. El daño moral no puede

generar un enriquecimiento inmoral.

Por ende, la facultad discrecional de los jueces de establecer la reparación del evento dañoso cede cuando al hacerlo se incurre en un desequilibrio que avasalla el fin único de la reparación, que estriba en imponer la justicia al caso concreto, esto es: asegurar la equidad en la decisión judicial.

Es en razón de lo expuesto, que corresponde focalizar el análisis en las peculiaridades del caso concreto a fin de determinar el monto a indemnizar por daño moral para, de esa forma, arribar a una solución acorde con el criterio establecido en el ámbito judicial, lo cual enmarcará la tutela judicial reparatoria con el necesario grado de razonabilidad.

Resulta sumamente ilustrativo respecto a lo señalado en el párrafo precedente, traer a colación lo expuesto por la Sala A de la Cámara Nacional Civil en el fallo de fecha 12 de noviembre de 1999 dictado en los autos "Pavone, Mario y otro c/ Mineo, Luis R. y otros", publicado en La Ley - Responsabilidad Civil y Seguros - tomo año 2000, págs. 520/527. Allí el Dr. Molteni en su voto al cual adhirieron los demás Jueces integrantes del Tribunal, expresó lo siguiente: "Resulta sin duda difícil graduar la cuantía para enjugar el daño moral, pues el sufrimiento por la pérdida de un hijo para sus padres, es algo inconmensurable, más aún si se ponderan las trágicas consecuencias que, en el particular caso, determinaron un fatal desenlace no inmediato. Sin duda no puedo dejar de ponderar que la edad de la víctima no hacía previsible su muerte, por lo cual esta situación debe haberle generado una afección espiritual de relevantes sufrimientos morales, difíciles de superar. Pero constituye un deber del juzgador fijar una pauta o parámetro que, por cierto, no tiene por qué guardar relación con la entidad de los daños materiales, dado su carácter autónomo. Se trata de medir lo que a primera vista aparece como inabarcable, para lo cual resulta menester objetivar la dolorosa situación, dado que al ser el sufrimiento humano un elemento netamente subjetivo, relacionado con la sensibilidad de cada persona, podría derivarse en considerables desproporciones. Con esa finalidad resulta de gran utilidad trazar analogías con casos similares, para de esta manera crear cierta uniformidad que no deje librado este importante concepto a variables que dependan de los afectos más íntimos de cada persona".

El fallo comentado en el párrafo precedente, trata sobre el fallecimiento del hijo de los reclamantes que contaba con 25 años de edad y el mismo voto -siempre en referencia al daño moral- prosigue diciendo: "En este sentido deberé ponderar la estrecha relación que unía a los reclamantes con su hijo, el cual convivía en la casa paterna, y sobre todo con su padre, quien lo ayudaba en el mantenimiento y reparación del camión que recientemente había adquirido y, cuando podía, lo acompañaba en su jornada laboral, como así también colaboraba en la construcción de la futura vivienda conyugal del causante que ambos habían emprendido".

En mérito a las aludidas circunstancias, se estableció como indemnización por daño moral la suma de pesos quince mil (\$15.000) para cada uno de los progenitores de la víctima.

La composición de este contexto, lleva a concluir que el carácter inconmensurable del daño moral no obsta a la ineludible necesidad de fijar un parámetro acorde a las características del caso, contemporizando el monto a fijar en concepto de indemnización, con aquellos fijados en los estrados judiciales. La solución que se aparte de dichas pautas, irremediablemente carecerá de razonabilidad

Corresponde entonces en el presente estadio de análisis evaluar los montos indemnizatorios que por daño moral se vienen estableciendo en el ámbito judicial en casos análogos al presente, para de esa forma determinar si la suma indemnizatoria establecida en estos autos se condice con los mismos. En tal orden, a continuación se enumeran casos resueltos por diversas salas integrantes de la Cámara Nacional Civil, citando como fuente a la Oficina de Proyectos Informáticos dependiente de la Oficina de Jurisprudencia de dicho tribunal:

- Caso N° 1946 - Sala M - Carátula: S. L. M. c/ Sanatorio Modelo Quilmas S.A - Expte N° 385198 - Fecha sentencia: 19/03/2004.

Fallecimiento de una menor de tres meses.

Reclamante: madre.

Montos indemnizatorios: Valor vida: \$ 25.000 - Daño moral: \$60.000.

- Caso N° 1837 - Sala F - Carátula: C., J.C y otro c/ Estado Nacional y otros - Expte N° 349785 - Fecha sentencia: 12/12/2002.

Fallecimiento de un menor a los catorce meses de nacido.

Reclamantes: padre y madre de 28 y 29 años de edad respectivamente.

Montos indemnizatorios: valor vida: \$5.000 para cada uno de los padres. Daño moral: \$75.000 para cada progenitor.

Total montos adjudicados en Cámara: \$ 160.000.

- Caso N° 1697 - Sala M - Carátula: E., C. F. c/ Asociación Supervis. de la Industria - expte N° 322374 - Fecha sentencia: 23/11/2001.

Fallecimiento de una niña de dos días por inadecuado control médico. Los montos por daño moral no fueron apelados.

Reclamantes: Madre y padre de 26 y 29 años de edad respectivamente.

Montos indemnizatorios: Valor vida: \$ 30.000 para cada progenitor. Daño moral: \$ 40.000 para cada uno de los padres.

Total montos adjudicados en Cámara: \$ 140.000.

- Caso N° 1592 - Sala M - Carátula: L., V. I. c/ Municipalidad Ciudad de Buenos Aires - Expte N° 293749 - Fecha sentencia: 04/05/2001.

Fallecimiento de una menor tres horas después de su nacimiento por deficiente atención médica.

Reclamante: Madre de 23 años de edad.

Montos indemnizatorios: Valor vida: \$ 25.000. Daño moral: \$ 30.000.

Total montos adjudicados en Cámara: \$ 55.000.

- Caso N° 1516 - Sala E - Carátula: M., M.R c/ Instituto Municipal de O. Social - Expte N° 305369. Fecha sentencia: 25/10/2000.

Fallecimiento de un niño de 4 días por problemas post-parto.

Reclamantes: Padre de 26 años y madre de 23 años.

Montos indemnizatorios: Valor vida: \$12.500 para cada padre. Daño moral: \$ 37.500 para cada uno de ellos.

Total montos adjudicados en Cámara: \$ 100.000.

- Caso N° 891 - Sala F - Carátula: M. de R., I. c/ T., J. y otros - Expte N° 175004. Fecha sentencia: 29/12/95.

Niño que nace con vida pero a los pocos minutos fallece a raíz de la tardía cesárea que agudizó el déficit vital del feto.

Reclamantes: padre (21 años) y madre (20 años).

Montos indemnizatorios: Valor vida: \$ 8000 (MU). Daño moral: \$ 30.400 (MU). (MU: monto unificado).

Total montos adjudicados en cámara: \$ 38.400.

- Caso N° 825 - Sala H - Carátula: A. c/ M.C.B.A - Expte N° 152104. Fecha sentencia: 08/02/95.

- Fallecimiento de una menor de 8 meses por un problema de administración de medicamentos.

Reclamantes: ambos padres de 26 años de edad.

Montos indemnizatorios: Valor vida: \$ 15.000 para cada padre. Daño moral: \$ 15.000 para cada progenitor.

Reviste importancia hacer mención en referencia al tema sub examine, a la opinión vertida por la Sra. Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dra. Elena Highton de Nolasco en la reunión de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia celebrada el 9 de agosto del presente año en la ciudad de Buenos Aires, en cuanto a la necesidad de establecer un esquema conceptual equilibrado a fin que la determinación de los montos indemnizatorios no resulte dispar o producto de la mera discrecionalidad judicial.

Sobre la base del análisis hasta aquí efectuado, considero que corresponde modificar las sumas indemnizatorias establecidas en primera instancia y confirmadas por el a quo, estableciendo en concepto de daño moral un monto acorde con los parámetros y lineamientos arriba referenciados.

El punto central del agravio casatorio vertido en lo concerniente al monto establecido como indemnización por pérdida de chance, conduce a la necesidad de evaluar los parámetros que deben tomarse a fin de establecer el mismo, siendo aplicables a este tópico las consideraciones volcadas al referirme a la necesaria razonabilidad y proporción que deben gobernar a la hora de fijar el cuántum indemnizatorio.

Si bien resulta obvio que al tratarse del fallecimiento de un recién nacido no existe parámetro económico alguno que permita efectuar un determinado cálculo, es función del juzgador hallar aquellas características del caso concreto que arrojen luz sobre las condiciones en que procede determinar la indemnización.

Es en el marco de esa crucial etapa, donde juegan un rol protagónico diversos factores: la edad de la víctima, la situación socioeconómica de su grupo familiar y la edad de los progenitores, entre otros.

En tal orden, la jurisprudencia ha sido lo suficientemente clara al sostener que "La edad del hijo fallecido configura un factor relevante para determinar el monto de la indemnización que por pérdida de una chance corresponderá a los padres. Este factor se halla en relación inversa al tiempo en que debería concretarse la esperanza de apoyo, pues la distancia cronológica disminuye la medida de probabilidad". (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, Sala III, 1995/11/20 - "Galarza, Irma E. y otro c/ Supercemento S.A y otros". L.L Litoral, 1997-262).

Trasladando la regla expresada en dicho fallo a la plataforma fáctica bajo examen, surge que al tratarse del fallecimiento de un recién nacido el grado de probabilidad constitutivo de la chance se encontraba en su grado más mínimo; lo cual debe generar una indemnización acorde a tal grado de verosimilitud.

Unido a la merituación de dichos elementos, no debe perderse de vista que si bien es cierto que la muerte de un hijo constituye un daño in re ipsa, o sea que surge de la naturaleza propia de las cosas y por lo tanto el perjuicio queda acreditado por la sola pérdida de su vida, dicho elemento conceptual no debe impedir que se aprecie en su justa medida hasta qué punto corresponde extender las implicancias de la chance misma para de esa forma determinar una reparación económica acorde a la entidad del daño ocasionado.

Es así que, "tratándose de reparar la pérdida de "chance", la indemnización deberá ser de la chance misma, y no de la ganancia, por lo que debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta: el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad".(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, "Taximac S.A C/ Municipalidad de la Capital" - J.A, 982-I-67).

Atendiendo a lo resuelto en los actuados sub-examine, surge que el análisis efectuado por el a quo implica un desarrollo del tema de la pérdida de chance y su determinación sobre los elementos a tener en cuenta para su definición.

Pero, sin perjuicio de la corrección de dichos conceptos, el monto de cien mil pesos (\$100.000) establecido en concepto de pérdida de chance no se condice con lo que usualmente se establece en el ámbito judicial por tal rubro indemnizatorio, siendo de aplicación los conceptos que sobre tal cuestión han sido esbozados al tratar sobre el daño moral.

A fin de consumir un íntegro análisis de la cuestión, reitero la remisión hecha a los términos volcados al tratar sobre la indemnización fijada por daño moral, en lo concerniente a la proporción que debe mediar entre la reparación económica y lo que reflejan los indicadores de la realidad judicial.

En razón de lo expuesto, aflora como necesario modificar el monto indemnizatorio por pérdida de chance por considerarlo excesivo en orden a las características de la cuestión tratada y lo resuelto en análogos casos en los estrados judiciales.

En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, considero corresponde hacer lugar parcialmente el recurso de casación interpuesto por Sanatorio San Jorge S.R.L, considerando equitativo establecer los montos indemnizatorios en la suma de pesos treinta mil (\$ 30.000) para cada uno de los padres por la pérdida de chance como rubro integrante del daño material; y en la suma de pesos cuarenta mil (\$ 40.000) por daño moral para cada progenitor.

En los términos expuestos, a la primera cuestión, voto por la negativa.

Los Dres. Robbio y Klass adhieren a los conceptos vertidos por la Dra. Battaini, votando en igual sentido.

A la segunda cuestión la Dra. Battaini dijo:

I. En su recurso obrante a fs. 1195/1227, luego de efectuar una enumeración de los antecedentes, la casacionista se dedica a evaluar la merituación de la prueba realizada por el a quo, haciendo referencia principalmente al informe pericial presentado por el Dr. Szyld.

Debo destacar en cuanto a los agravios expresados en tal orden, que de autos no surge afectación alguna a los principios de admisibilidad o evaluación de la prueba que hagan incurrir en absurdo a lo resuelto en la instancia de grado, habiéndose evaluado la plataforma fáctica de la causa merituando la prueba en base al convencimiento surgido de su apreciación conforme a la razonabilidad y coherencia que dimanen de la sujeción a los principios de la lógica y del sentido común.

En tal orden, reiterando conceptos vertidos al responder a la primera cuestión, resulta ajena a la presente instancia toda apreciación en cuanto a los parámetros en base a los cuales se ha valorado la prueba en la instancia ordinaria.

En efecto, tal como fuera sostenido por este Tribunal en anteriores pronunciamientos: sólo procedería la descalificación de la valoración probatoria de la sentencia en crisis si se hubiera incurrido en absurdo, entendiendo que el mismo radica en la construcción ilógica del raciocinio - hilo conductor del pensamiento- cuyos vicios o fallas desembocan en un resultado sentencial desacertado, insostenible como obra judicial válida; siendo por ello un remedio último y excepcional para casos extremos, que solo configura un rostro nítido cuando el discurrir del fallo en ataque se encuentra viciado de tal modo que lleva a conclusiones

contrarias al entendimiento? (voto del Dr. González Godoy, en la causa ?Santa Cruz Florencio c/ Municipalidad de Ushuaia S/ Accidente de trabajo? Expte. N° 56/95 SR, sentencia del 13/03/96 registrada en el libro II folios 107/112, entre muchos otros).

II. Alcanzado el presente estadio de análisis, es de vital importancia señalar que -si bien se han respetado en el proceso las reglas legales de admisibilidad y de valoración de la prueba al amparo de las reglas que gobiernan la sana crítica- aflora la necesidad de analizar un aspecto que también forma parte integrante del análisis de la casación, esto es: la aplicación de una norma de derecho de fondo; y dentro de dicho contexto, específicamente, el estudio de la llamada prejudicialidad, esto es: la aplicación de los artículos 1102 y 1103 del Código Civil.

La casacionista Cortiglia Bosch sostiene como agravio la no sujeción por parte del órgano juzgador del fuero civil a lo resuelto en sede penal respecto a su desempeño frente a los hechos analizados en la presente causa; afirmando que de esa forma se ha vulnerado el principio de prejudicialidad establecido en los artículos 1102 y 1103 del Código Civil.

En el sub-examine, especial atención merece el segundo de los preceptos citados, que reza lo siguiente: "Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución".

La introducción de este tópico en la presente instancia casatoria, conduce a un tema sobre la cual mucho se ha escrito en doctrina y que ha desatado profundos debates que continúan hasta nuestros días.

El interrogante abierto es: ¿Qué alcance corresponde otorgar al sobreseimiento en sede penal, respecto a la causa civil?

Pero antes de ahondar sobre dicho tópico, corresponde previamente aclarar que si bien los autores que otorgan influencia al sobreseimiento sobre la causa civil lo hacen respecto al definitivo y no al provisorio, en el ámbito de nuestra provincia, el código procesal penal claramente establece en su artículo 308 que "El sobreseimiento cierra definitiva e irrevocablemente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta", lo cual - en forma incontrastable - lo configura como definitivo.

Dicho esto, se vislumbran tres posturas establecidas sobre el tema de calificada doctrina:

a) Una corriente de opinión, considera que la figura del sobreseimiento queda abarcada dentro de la denominación genérica de la "absolución" que contiene el artículo 1103 del Código Civil. El aval de dicha postura, estriba en que el sobreseimiento, al igual que la sentencia absolutoria, pone fin al juicio y hace cosa juzgada.

b) Para otro sector, el sobreseimiento no hace cosa juzgada en los mismos términos que la absolución. Se basan los adherentes de esta postura en que el sobreseimiento se dicta en la etapa inicial del proceso, lo cual lleva a sostener que el mismo no se encuentra "completo" y que en el mismo no ha tenido razonable intervención la víctima.

c) Una tercera vertiente de opinión, la cual comparto, que considera determinante los motivos y circunstancias sobre las cuales se dictó el sobreseimiento.

En el caso bajo examen, se dispuso el sobreseimiento por la causal de atipicidad, habiéndose analizado en el citado fallo la cuestión central inherente a la determinación de la responsabilidad de la médica interviniente.

Profundizando en lo resuelto por la Sala Penal de la Cámara de Apelaciones en los autos "Estrada Clider s/ Denuncia" - Expte N° 2218 - en dicho fallo se señala que el estudio debía centrarse si ante el estado en que se encontraba el recién nacido, "las decisiones asumidas por los médicos respondían al correcto tratamiento que su arte o profesión indican". (fs.325 vta de las citadas actuaciones).

Es por ello que, al momento de resolver sobre dicha cuestión, el órgano juzgador tomó en consideración la prueba volcada en dichos autos, tras lo cual concluyó en que no surgía por parte de Cortiglia Bosch la violación del deber de cuidado ínsito en el ejercicio de su profesión.

Por lo tanto, en atención a que en sede penal se ha tratado en forma exhaustiva si la conducta de la codemandada se adecuó a los parámetros de diligencia que deben guiar a los profesionales de la medicina en casos como el que ha motivado la tramitación de las presentes actuaciones, determinándose en base a la prueba recabada que no es posible aislar ninguna acción (positiva o negativa) que suponga error de atención o impericia en el desempeño del arte o profesión no encuadrándose su conducta en el tipo del artículo 84 del Código Penal, surge en forma ineluctable que volver a debatir la misma cuestión en sede civil, implicaría violentar la esencia de la norma contenida en el artículo 1103 del Código Civil.

A fin de corroborar el criterio sentado en los párrafos que preceden, estimo de importancia acudir a lo expuesto sobre el tema por la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci quien, con meridiana claridad, ha dicho: "Si de garantías se trata, recuérdese que un sobreseimiento definitivo dictado en la etapa instructoria asegura al damnificado que el hecho no existió o que el imputado no tuvo participación en él. Para poder dictarlo el instructor deberá tener plena certeza de ello, puesto que en esa etapa no rige el principio in dubio pro reo; en cambio en el plenario sí rige tal principio. Lo que acontece normalmente: Muy difícilmente se dicte una absolución en plenario basada en la inexistencia del hecho principal o en la no participación del imputado en el hecho. Estas son circunstancias que normalmente se advierten en la etapa instructoria, sin que sea necesario avanzar en la investigación. Por ello, la tesis limitativa, en la práctica, dejaría al art. 1103 vacío de contenido." Más adelante, y en la misma obra, la autora expresa que "la influencia de la absolución dictada en sede penal no depende de la forma - sentencia dictada en plenario o sobreseimiento en la etapa instructoria - sino de su contenido o sustancia. Por eso, el sobreseimiento no hará cosa juzgada si se funda en la falta de culpa del imputado, o en la prescripción de la acción penal, o en la muerte del imputado, o en la amnistía, o en el pago del máximo de la multa, o en la retractación en el caso de injurias. Pero sí atará al juez civil si se ha fundado en la inexistencia del hecho. Es decir, tan limitada es la influencia de la absolución como la del sobreseimiento". (Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, director: Augusto C. Belluscio, coordinador: Eduardo A. Zannoni, autores: Eduardo J. Cárdenas, Aída Kemelmajer de Carlucci, Jorge E. Lavallo Cobo y Juan C. Smith; Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, págs. 318/319.).

Finalmente, corresponde destacar que en el marco de la tramitación del proceso penal, al haberse presentado como querellantes los actores, tuvieron la posibilidad de presentar las pruebas que consideraban pertinentes y han recurrido a la instancia de apelación, donde fue confirmado el sobreseimiento dictado en primera instancia. Dicha circunstancia, descarta toda posible observación sobre la falta de intervención del damnificado.

Respecto al agravio expresado por Cortiglia Bosch en lo atinente a la exclusión de cobertura por parte de la compañía aseguradora, devienen totalmente aplicables los términos vertidos ut-supra en referencia a la valoración y meritación de la prueba y el cumplimiento por parte del a quo de los principios concernientes a la sana crítica a fin de que el fallo dictado se constituya en una derivación razonada del derecho vigente. Sin perjuicio de ello, la solución a que se ha arribado al evaluar la cuestión de la prejudicialidad, torna inocuo el tratamiento de esta cuestión.

Ha quedado reflejado en las consideraciones hasta aquí vertidas que, si bien no existe afectación alguna al principio de valoración y meritación de la prueba que conduzca a absurdo y transforme en arbitrario el pronunciamiento del a quo; en virtud del principio de prejudicialidad sentado por el artículo 1103 del Código Civil - el cual resulta de total aplicación en el sub lite - corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por Cecilia Cortiglia Bosch, por cuanto atiende a la correcta interpretación de normativa de fondo.

Voto, en consecuencia, por la afirmativa.

Los Dres. Robbio y Klass adhieren a lo expuesto por la Dra. Battaini, votando la segunda cuestión en igual sentido.

A la tercera cuestión la Dra. Battaini dijo:

Propongo al acuerdo, en consecuencia, hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por el Sanatorio San Jorge S.R.L, sólo en lo atinente a la determinación del monto indemnizatorio; y admitir el que fuera impetrado por Cecilia Cortiglia Bosch; con distribución de las costas en el orden causado.

De esta forma, dejo expresado mi voto.

Los Dres. Robbio y Klass comparten y hacen suyos los términos del voto ponente, votando en igual sentido.

Con lo que terminó el acto, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, de octubre de 2004.

VISTAS: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE

1°.- HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto a fs. 1191/1193 por la codemandada Sanatorio San Jorge S.R.L contra la sentencia de fs. 1158/1182 sólo en lo referente al monto indemnizatorio, fijando el mismo en la suma de pesos treinta mil (\$ 30.000) para cada uno de los padres por la pérdida de chance como rubro integrante del daño material; y en la suma de pesos cuarenta mil (\$ 40.000) por daño moral para cada progenitor.

2°.- HACER LUGAR al recurso de casación impetrado a fs. 1195/1227 por la codemandada Cecilia Cortiglia Bosch y en su mérito CASAR la sentencia de fs. 1158/1182, quedando rechazada la demanda a su respecto.

3°.- DISTRIBUIR las costas en el orden causado.

4°.- MANDAR se registre, notifique y cumpla.

Fdo: Dra. María del Carmen Battaini - Dr. Mario A. Robbio - Dr. Ricardo J. Klass.

Secretario: Dr. Jorge P. Tenailon.

Registro T X F° 669/688.