

## **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal - Sala V**

Buenos Aires, 8 de Julio de 2014.-

El Dr. Treacy dijo:

I.- Que mediante la sentencia de fojas 772/19784 la jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda y ordenó al Estado Nacional y a la provincia de Santa Fe que abonaran la indemnización por la suma total de \$ 150.000 (pesos ciento cincuenta mil), con más sus intereses, calculados a la tasa pasiva hasta el efectivo pago. Impuso costas en el orden causado.

Relató que la demanda fue interpuesta por los actores Javier Natalio ORTOLANI, María Laura VILLALBA y Lautaro Jano ORTOLANI –este último, hijo de aquéllos- con el objeto de obtener una indemnización por los daños y perjuicios que imputaron a las demandadas. Según el relato, el niño Lautaro ORTOLANI, que nació el 22/201/2003 por parto normal, fue llevado el 25/3/2003 al Dispensario Nº 25 de la ciudad de Rosario, para realizarle una consulta pediátrica y se le indicó que debía administrársele la vacuna Sabin y la cuádruple, lo que se hizo en el mismo lugar en el mismo día. En la causa se tuvo por probado que el niño contrajo poliomielitis post-vacunal, diagnosticada con fecha 24/2012/2003.

Luego de analizar –y desechar- la defensa de prescripción opuesta por el Estado Nacional demandado, la magistrada examinó la cuestión, introducida por la actora, respecto a si correspondía la aplicación de la vacuna Sabin (por vía oral), como efectivamente sucede en nuestro país, o si debía aplicarse la vacuna Salk. Luego de examinar diversos informes de organismos técnicos obrantes en la causa, concluyó que la aplicación de la vacuna Sabin por parte del Estado Nacional no constituye un accionar ilícito y resulta plenamente razonable. Destacó el carácter técnico de la cuestión, lo que hacía que escapara al control judicial.

En cuanto a la cuestión de fondo, recordó que para que exista un daño reparable es necesario acreditar un daño cierto y una relación de causalidad entre la conducta estatal y el daño. La magistrada reseña las pruebas de autos de las que surge que la enfermedad contraída por el niño (parálisis flácida aguda, que presentaba hipotonía a predominio de miembros superiores e inferiores y depresión del sensorio se asociaba a la vacuna antipoliomielítica oral (OPV o Sabin). Señala asimismo las secuelas de la enfermedad, según surge de la evaluación psicológica y de la pericia médica. Esta última detectó que el niño padece axonopatía múltiple de los cuatro miembros, de evolución crónica, deficitaria de predominio derecho, sin denervación aguda actual con posible compromiso a nivel del asta anterior medular, que lo incapacitan en forma parcial y permanente en el 68% del valor obrero total y total vida. En función de ello, la jueza de grado tuvo acreditados tanto el daño, como el nexo causal y la imputación del hecho al Estado.

A continuación, se refirió al derecho a la salud, a las obligaciones del Estado en la materia y reseñó los fundamentos legales (en particular, en materia de prevención de enfermedades; como la Ley Nº 22.909) y constitucionales (art. 42), así como en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. En esta línea, concluyó que era obligación del Estado brindar el servicio de salud y de los particulares someterse a la aplicación de las vacunas. Por ello, consideró que se trataba de una actividad lícita. A partir de informes técnicos obrantes en la causa, la magistrada se refirió a estadísticas que daban cuenta de la existencia de casos de personas vacunadas que habían contraído la enfermedad. Si bien se trataba de una proporción ínfima, la jueza consideró que los

demandados tenían pleno conocimiento de que la aplicación de la vacuna Sabin, produciría un daño en un administrado de gravedad particular, esto es, un perjuicio especial individualizado, que excede de lo que es admisible exigir con base en el principio de igualdad ante las cargas públicas. Además, recordó el deber de no dañar a otro, como principio de base constitucional (art. 19 CN).

Sobre estas premisas de análisis, analizó la extensión con que era debido el resarcimiento. Sobre el punto, a falta de norma expresa que estableciera el alcance de la responsabilidad estatal por actividad lícita, consideró procedente acudir a la analogía y, en tal sentido, se remitió al art. 10 de la Ley N° 21.499, por preverse allí a una hipótesis de accionar lícito de la Administración que acarrea como consecuencia una indemnización. Recordó que dicha norma limita la reparación al valor objetivo del bien y a los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación, excluyendo el lucro cesante. A fin de establecer la cuantía de cada rubro reclamado, señaló que correspondía el rechazo del daño patrimonial, en el cual los actores incluyeron los gastos de medicamentos y traslado, puesto que no habían sido acreditados en la causa. También rechazó los rubros lucro cesante y pérdida de chance, por entender que, tratándose de un caso de responsabilidad por actividad lícita, no correspondía reconocerlos. En cuanto al daño moral, consideró que era procedente. Sin embargo, consideró que este rubro sólo debía ser reconocido al damnificado directo, con base en lo que dispone el art. 1078 del Cód. Civ.. Entendió que, si en los casos de hechos ilícitos no se reconoce este rubro a los damnificados indirectos (en el caso, los padres del niño), tampoco corresponde reconocer a estos este rubro en casos de responsabilidad por un obrar lícito. En función de ello, cuantificó prudencialmente el daño moral en la suma de \$ 150.000, sólo en favor del damnificado directo. Dicho valor fue establecido a la fecha de la sentencia y fijó hasta el momento del efectivo pago la tasa de interés pasiva.

II.- Que contra dicha sentencia interpusieron recursos de apelación la Defensora Pública Oficial (fs. 785), el apoderado de los actores (fs. 790) y el Ministerio de Salud (fs. 792).

II. 1.- A fojas 803/19809 obra el memorial de la actora. Luego de hacer una reseña de los fundamentos de la sentencia apelada, destaca que allí se sostuvo la obligación jurídica del Estado de reparar los daños ocasionados a su mandante. Cuestiona que, no obstante ello, se haga aplicación de la ley de expropiaciones y se excluya el reconocimiento del lucro cesante. Objeta dicha aplicación analógica y se refiere a la Convención Americana de Derechos Humanos, arguyendo que no es aceptable que se excluya de la reparación de dicho rubro cuando el afectado es una persona. También se refiere al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en particular su art. 12, a la Convención sobre los Derechos del Niño y al principio pro homine. Sobre tal base, considera arbitraria e inconstitucional la solución del caso haciendo una aplicación analógica de la Ley N° 21.499 y peticona el reconocimiento del daño moral, el daño patrimonial, el lucro cesante y la pérdida de la chance, destacando que debe tenerse en cuenta que el perito médico ha reconocido un 68% de incapacidad.

II.2.- Cabe consignar que la representación del Estado Nacional, que había apelado la sentencia, no expresó agravios, por lo que se le dio por decaído el derecho a hacerlo (fs. 816).

Sin perjuicio de ello, por conducto del escrito de fojas 821/19829, dicha representación legal contestó el traslado conferido respecto de los agravios de la actora. En primer lugar,

señala que el memorial carece de fundamentación suficiente y que pretende plantear cuestiones novedosas, por lo que propicia su rechazo.

En otro orden de consideraciones, se refiere al poder de policía sanitaria, a sus finalidades y al impacto que ha tenido la vacunación masiva en punto a la prevención de enfermedades. Coincide con el criterio de la jueza a quo en el sentido de que la actividad de su parte fue lícita, y sostiene además que no existen daños resarcibles en el caso de autos. A continuación se refiere a los antecedentes del caso, y al poder de policía sanitaria, reseñando las normas en la materia, hasta el dictado de la Ley Nº 22.909. Se refiere también a los riesgos bajos en la aplicación de la vacuna y a recomendaciones de la Organización Panamericana de la Salud en cuanto a la conveniencia de aplicar la vacuna oral contra la poliomielitis a fin de erradicar la enfermedad. En función de ello, solicita el rechazo del recurso.

II.3.- También contestó los agravios de la actora la representación letrada de la codemandada provincia de Santa Fe (fs. 830/19836). Luego de reseñar la decisión cuestionada y los fundamentos del impugnante, sostuvo que el memorial era inadmisibile porque revelaba una mera disconformidad con lo resuelto, sin constituir una crítica concreta y razonada. Sin perjuicio de ello, examinó los agravios introducidos por su contraria. En cuanto al rechazo del resarcimiento por aplicación analógica de la Ley de Expropiaciones, se refirió a precedentes judiciales que consagraron ese criterio, así como al Anteproyecto de Reforma del Cód. Civ. de la Nación, cuyo art. 1766 también limita el resarcimiento en los casos de actividad lícita al daño emergente. Asimismo, se refiere a la improcedencia del daño moral de los progenitores del menor, ya que ello deriva del límite del art. 1078 del Cód. Civ., cuya constitucionalidad no fue descalificada en ninguna instancia. En función de ello, peticiona el rechazo del recurso, con costas.

II.4.- Por último, se presentó la Defensora Oficial a fojas 838/19841. En su escrito adhirió a los términos de la presentación recursiva de la parte actora. Concretamente expone su discrepancia con la analogía con la Ley de Expropiaciones que efectuó la jueza de grado. Considera que el pronunciamiento recurrido “afecta el derecho de igualdad ante la ley, las garantías de defensa en juicio y debido proceso y el derecho a la supervivencia y al desarrollo en la máxima medida posible, como desatiende a su vez el interés superior del niño” (v. fs. 838 vta.). Sostiene que al no reconocerse el lucro cesante en favor del reclamante, se está afectando la igualdad de oportunidades frente al derecho a la salud. Concluye, luego de citar normas internacionales y precedentes jurisprudenciales, que se ha violado el principio de no discriminación, al privarse a su representado a percibir una retribución por el daño que le fue causado. Asimismo, se agravia por la tasa de interés aplicada, ya que considera que los intereses deben ser fijados a la tasa activa. En la sentido, cita el plenario “Samudio de Martínez, Ladislaa c/Transportes Doscientos Setenta SA s/daños y perjuicios”. Por último, se refirió a la necesidad de una “protección especial” en favor del niño, teniendo en cuenta el interés superior de éste y la situación de vulnerabilidad en que se encuentra.

El recurso de la Defensora Oficial sólo fue replicado por la representación letrada del Estado Nacional – Ministerio de Salud a fojas 859/19866, con argumentos a los que cabe remitirse en homenaje a la brevedad.

III.- Que en este estado de las actuaciones corresponde abordar los agravios de la actora, conjuntamente con los de la Defensora Oficial, que representa en forma promiscua los intereses de la persona menor de edad afectada por los daños.

III. 1.- Conviene señalar que en esta instancia no está en discusión el deber del Estado de preservar la salud pública, ni la legitimidad de la política de vacunación obligatoria que -con base en la Ley Nº 22.909- se enmarca dentro del poder de policía sanitaria que en forma irrenunciable compete al Estado. Por otra parte, está fehacientemente acreditado el daño padecido por el niño Lautaro Jano ORTOLANI y que dicho daño es consecuencia directa de la aplicación -por otra parte, obligatoria- de la vacuna Sabin oral.

Ante tal contexto fáctico, se comparte el enfoque de la jueza de grado en cuanto a que en el caso de autos se verifica un supuesto de responsabilidad del Estado por su accionar lícito, específicamente derivado del ejercicio del poder de policía sanitaria. No obstante ello, se verifica un sacrificio especial, plenamente individualizable en la persona del niño, que justifica el derecho a una reparación. Caber añadir que las demandadas no discrepan con este enfoque: es decir, tanto las conclusiones relativas a la existencia de un daño como el hecho de que el nexo causal es imputable a la acción del Estado y la procedencia de una indemnización no han sido cuestionadas: en el caso del Estado Nacional, por no haber sido fundado el recurso oportunamente concedido; y en el de la provincia de Santa Fe - codemandada en autos-, por no haber impugnado la sentencia.

En consecuencia, los agravios se limitan a examinar lo relativo a la extensión del resarcimiento (agravio sostenido tanto por la actora como por la Defensora Pública Oficial) y a la tasa de interés que resulte aplicable (agravio introducido por la Defensora Pública Oficial). Cabe agregar que la provincia de Santa Fe, al contestar el memorial ha examinado un pretendido agravio de la actora, relacionado con la improcedencia de la indemnización del daño moral solicitada por los padres del niño en su favor, aspecto que fue rechazado por la sentencia de grado. Sin embargo, en el memorial de la actora no se ha expresado agravio alguno en relación con este aspecto, abordado en el considerando XII del decisorio del grado. En rigor, el memorial de agravios de la actora se limita a analizar los considerandos X y XI de la sentencia, donde se hace referencia a la aplicación analógica al caso de la Ley Nº 21.499. Por consiguiente, el rechazo del daño moral reclamado por los progenitores (resuelto con base en el art. 1078 del Cód. Civ.) también se encuentra firme. Del mismo modo, no se han introducido agravios respecto de otros rubros reclamados en favor de los padres del niño, con lo que dicho aspecto de la decisión apelada también ha quedado firme.

III.2.- Efectuada la aclaración precedente, cabe abordar lo relativo a la extensión del resarcimiento que se debe reconocer en favor del niño Lautaro Jano ORTOLANI. Ello, en tanto la jueza de grado consideró aplicable analógicamente la Ley Nacional de Expropiaciones Nº 21.499. Ahora bien, como es sabido, el Cód. Civ. regula primordialmente relaciones de derecho privado, en las que el principio general es que se responde sólo por daños causados por hechos ilícitos. La responsabilidad por hechos lícitos, típica del Derecho Público, carece de una regulación específica propia, circunstancia que torna legítimo acudir a los principios de normas análogas (como lo prevé el art. 16 del Cód. Civ., con alcances que van más allá del ámbito de aplicación de ese cuerpo legal). Por ello, ante la configuración del caso administrativo no previsto, algún sector de la doctrina ha considerado acertado -

en principio- acudir a la Ley de Expropiaciones, ya que se trata de una norma de Derecho Público que consagra un principio específico de responsabilidad por actuación legítima del Estado en la esfera extracontractual.

Sin embargo, la jurisprudencia no ha mantenido una postura clara e inequívoca al respecto, pues ha reconocido la procedencia de una indemnización amplia en materia contractual (v.gr. en Fallos 306:1409), mientras que en materia extracontractual el criterio ha sido variable: en algunos supuestos se receptó una postura restringida (v.gr. en Fallos 293:617; 301:403; 312:659), pero en otros se ha seguido la tesis de la reparación amplia (Fallos 312:2022; 316:1336; 316:1465; 316:1428). Este último criterio parece consolidarse en los precedentes “El Jacarandá” (Fallos 328:2654) y “Zonas Francas Santa Cruz SA” (Fallos 332:1367).

Por otra parte, cualquiera fuera la analogía entre el supuesto abordado por la Ley de Expropiaciones y los casos del sacrificio de derechos individuales como consecuencia de la actividad extracontractual del Estado, ella podría llegar a tener andamio en los casos en que se lesionan derechos de índole patrimonial. En cambio, no parece que dicha analogía pueda sostenerse cuando el derecho sacrificado se relaciona con la salud o la integridad psicofísica de una persona, como ha ocurrido en el caso de autos. En efecto, además de los precedentes antes citados -en torno a los alcances del resarcimiento- cabe recordar que el Alto Tribunal ha tenido ocasión de señalar el carácter preeminente que tiene en nuestro sistema jurídico el derecho a la preservación de la salud derivado del principio de inviolabilidad de la persona (Fallos 323:3229 y sus citas). Específicamente, se ha establecido la necesidad de una reparación plena en supuestos en que había sido lesionada la integridad psicofísica de un individuo, con fundamento en disposiciones constitucionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Fallos 327:3753).

Tales criterios jurisprudenciales permiten sostener -contrariamente a la postura sostenida en la instancia de grado- que en el caso de autos la reparación debe ser plena.

III.3.- A la luz de esta premisa de análisis, conviene recordar que en el escrito de inicio los actores, en representación de su hijo, solicitaron el reconocimiento de los siguientes rubros: a) gastos en medicamentos (que cuantificaron en la suma de \$ 7.000); b) daño moral, tanto en favor del niño (establecidos en la suma de \$ 300.000) como de sus padres (en la suma de \$ 150.000); c) la pérdida de chance del menor (que establecieron en \$ 450.000) y de los padres (cuya fijación dejaron a criterio del tribunal) y el lucro cesante (que también dejaron a criterio del tribunal). Como ya se señaló, y conviene recordar aquí, la sentencia de grado sólo reconoció la suma de \$ 150.000 -fijada a la fecha de la sentencia-, en concepto de daño moral, exclusivamente en favor del menor.

Teniendo en cuenta la índole de los agravios, resulta necesario examinar los rubros a resarcir. Ello, en tanto los actores y la Defensora Pública Oficial han cuestionado la extensión del resarcimiento, haciendo énfasis en la exclusión del lucro cesante decidida en la sentencia apelada.

Ahora bien, en cuanto a los gastos en medicamentos, cabe recordar -como bien advirtió la jueza de grado- que dicho rubro no está probado. En esta oportunidad resulta necesario revisar los demás aspectos del análisis efectuado por dicha magistrada en cuanto a los distintos rubros indemnizatorios, haciendo aplicación del principio *iura novit curia*, pues - más allá del nomen iuris asignado por la actora- resulta menester tomar en consideración

la integridad de la persona, que ha sufrido un menoscabo que debe ser resarcido. Sin embargo, debe ponerse de relieve que ello no autoriza a eludir el principio de congruencia. En efecto, si bien la parte actora pudo haber reclamado otros rubros además de los indicados en su demanda, habida cuenta de la índole de los perjuicios sufridos por la víctima, el hecho de no haberlos solicitado oportunamente obsta a su reconocimiento (salvo en lo que se estime que implícitamente estaban incluidos en lo reclamado). También es propio advertir que aunque el Ministerio Público de la Defensa tomó oportuna intervención en autos, se limitó a adherir a los términos de la demanda (v. fs. 131), sin efectuar ninguna solicitud en cuanto a otros daños que podrían haber sido objeto de reclamo (v.gr. el daño psicológico, gastos de tratamiento médico futuro, etc.).

Ahora bien, aunque en el escrito de demanda se mencionó la incapacidad padecida por el menor como parte de la pérdida de una chance, en rigor, la incapacidad debe ser resarcida en cuanto tal, pues constituye un daño patrimonial. Al respecto, se ha dicho que “[l]a incapacidad permanente (sea para las actividades laborales o de otra índole; [...]) debe ser resarcida aunque la víctima no haya dejado de ‘ganar’, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable. El lucro cesante, en cambio, conjuga las pérdidas experimentadas durante el tiempo de inactividad o disminución de la actividad laboral, es decir, que responde a la incapacidad -total o parcial- pero transitoria. Por eso, si la incapacidad es permanente, debe fijarse una suma única que comprenda todos los daños, y es improcedente fijar otra suma por los salarios perdidos; es decir, el resarcimiento de esa clase de incapacidad absorbe el lucro cesante” (Kemelmajer de Carlucci, Aída en: Belluscio, Augusto C. (director), Cód. Civ. y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Tomo 5, Buenos Aires, Astrea, 1994, pág. 218; citas jurisprudenciales omitidas). En ese entendimiento, debe tenerse particularmente en cuenta que la perito médica determinó una incapacidad parcial y permanente del 68% del valor obrero total y total vida (fs. 659), directa consecuencia de la parálisis flácida aguda adquirida por el niño por efecto de la aplicación de la vacuna Sabin (v. fs. 725 vta. y el informe del Programa Nacional de Control de Enfermedades Inmunoprevenibles de fs. 710). También debe tenerse en cuenta que el niño nació el 22/2001/2003, de modo que en la actualidad cuenta con once años de edad. Ello hace difícil estimar la pérdida de chance, así como el eventual lucro cesante. Por consiguiente, corresponde -a la luz de la doctrina mencionada- fijar una suma única que sirva de resarcimiento para todos estos conceptos, que prudencialmente se establece en la suma de \$ 720.000 (pesos setecientos veinte mil).

Por otra parte, corresponde fijar el daño moral en favor del niño víctima del daño. Al respecto, la suma fijada en la instancia de grado (\$ 150.000 a la fecha de esa sentencia) resulta exigua a los fines de un adecuado resarcimiento. Debe tenerse en cuenta que, como resultado de la enfermedad, la perito psicóloga advirtió sentimientos de desvalorización y dolor en su vida de relación con compañeros de escuela (v. fs. 642). Asimismo, la necesidad de realizar tratamientos de rehabilitación desde sus primeros meses de vida, más allá de su costo -aspecto por el cual no se ha formulado reclamo resarcitorio- tiene sin duda aptitud para incidir en las afecciones legítimas del niño. Por consiguiente, se estima que prudencialmente el daño moral puede establecerse en la suma de \$ 280.000 (pesos doscientos ochenta mil).

III.4.- Corresponde poner de relieve que las sumas indicadas son exclusivamente en favor del menor. Si bien los padres también reclamaron un resarcimiento en su propio favor en concepto de daño moral, así como de pérdida de chance y de lucrocesante, en el memorial de fojas 803/19809 omitieron expresar agravios por el rechazo de tales rubros dispuesto en la sentencia de grado, de modo que tal rechazo se encuentra firme.

III.5.- Por último, resta examinar el agravio relativo a la tasa de interés aplicable en relación con los rubros reconocidos. Al respecto, la jueza de la instancia anterior ha establecido la tasa pasiva a partir de la fecha de dictado de la sentencia (25/2002/2013).

Sin perjuicio de los argumentos expuestos por el Ministerio Público de la Defensa sobre el punto -los que se basan en meras generalidades- el art. 622 del Cód. Civ. permite al tribunal fijar los intereses que resulten adecuados a los fines resarcitorios. En el caso de autos, correspondería tomar como dies a quo a efectos del cálculo de los accesorios, la fecha de vacunación, que tuvo lugar el 25/2003/2003 (v. fs. 105 vta.), de modo que la tasa pasiva, de conformidad con el Comunicado 14.290 del Banco Central de la República Argentina, resulta en una suma adecuada a los fines del resarcimiento pretendido.

IV.- Que por las razones expuestas, corresponde hacer lugar al recurso de la parte actora y, en lo pertinente, al de la Defensora Pública Oficial con los alcances indicados en este voto y rechazar parcialmente el de dicha integrante del Ministerio Público de la Defensa. En consecuencia, se debe modificar la sentencia apelada, reconociendo a favor del menor Lautaro Jano ORTOLANI las sumas de \$ 720.000 (pesos setecientos veinte mil) en concepto de incapacidad y de \$ 280.000 (pesos doscientos ochenta mil) en concepto de daño moral, importes a los que deberán añadirse los intereses calculados a la tasa pasiva a partir del 25/2003/2003 y hasta el momento del efectivo pago. Las costas de ambas instancias se imponen a las codemandadas vencidas (art. 68 del CPCCN).

Así voto.

El Dr. Alemany, dijo:

I.- Que adhiero en lo sustancial a las conclusiones expuestas en el voto del vocal preopinante, al margen de la responsabilidad que en definitiva corresponda atribuir a las partes demandadas (aspecto que no fue apelado); y a la denominación y entidad que corresponde asignar a los distintos rubros que integran la indemnización (considerados genéricamente en la expresión de agravios de fs.803/19809vta. y en lo expuesto por la Defensora Pública Oficial en su intervención de fs. 838/19841vta.). Ello porque estas últimas cuestiones resultan irrelevantes para arribar a las conclusiones allí expuestas.

Así voto.

El Juez de Cámara, Dr. Pablo Gallegos Fedriani adhiere al voto del Dr. Guillermo F. Treacy. En mérito al resultado del Acuerdo que antecede, se resuelve: 1) Hacer lugar al recurso deducido por la parte actora y rechazar parcialmente el recurso deducido por el Ministerio Público de la Defensa. En consecuencia, se modifica la sentencia apelada, haciéndose lugar a la pretensión de Lautaro Jano Ortolani, representado por sus padres, contra los codemandados Estado Nacional y Provincia de Santa Fe, por las sumas de \$ 720.000 (pesos setecientos veinte mil) en concepto de incapacidad derivada del daño y de \$ 280.000 (pesos doscientos ochenta mil) en concepto de daño moral. Las sumas reconocidas llevarán intereses, calculados a la tasa pasiva, a partir del 25/2003/2003 y hasta el efectivo pago. 2)

Las costas se imponen a las codemandadas en su condición de vencidas (art. 68 primer párrafo del C.P.C.C.N.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo F. Treacy - Jorge F. Alemany - Pablo Gallegos Fedriani