

**Voces:** DAÑOS Y PERJUICIOS - RESPONSABILIDAD MÉDICA - MALA PRAXIS - OBRAS SOCIALES - DOMICILIO - VEHICULOS DE EMERGENCIA - MÉDICOS - HOSPITALES Y SANATORIOS - DIAGNÓSTICO MÉDICO - CULPA - PÉRDIDA DE LA CHANCE - DIAGNÓSTICO ERRÓNEO - DAÑO MORAL - LEGITIMACIÓN ACTIVA - INDEMNIZACIÓN - PARENTESCO

**Partes:** P. de F. C. y otros c/ Cardiosur S.R.L. y otros | daños y perjuicios

**Tribunal:** Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora

**Sala/Juzgado:** I

**Fecha:** 29-sep-2011

**Cita:** MJ-JU-M-70400-AR | MJJ70400

**Producto:** MJ,SYD

Se condena a la médica tratante por incurrir en un error de diagnóstico, que provocó un daño al paciente, por lo que resulta responsable del resultado lesivo -muerte- a título de culpa, extendiéndose dicha responsabilidad a la empresa de emergencias médicas domiciliarias, en calidad de empleador.

### **Sumario:**

1.-Corresponde acoger la demanda de daños y perjuicios por mala praxis instaurada por las actoras, contra el médico tratante, el seguro y la citada en garantía, pues en el presente caso el profesional demandado ha elaborado un diagnóstico errado, pues surge claramente del informe pericial que, si bien el galeno actuó en la contingencia, sobre la recuperación y estabilización durante la asistencia del paciente, debió haber trasladado al mismo a una institución hospitalaria o lugar de mayor complejidad, dado que el cuadro no era claro en ese momento; su error permitió el agravamiento de un cuadro que desencadenó en el fallecimiento del paciente, quién no contó con la chance de revertir tan grave cuadro y por ello debe responder por las consecuencias dañosas.

2.-Los informes periciales médicos realizados por el Cuerpo Médico Forense gozan de especial valor probatorio, porque como lo ha señalado la jurisprudencia, en casos de mala praxis médica la prueba relevante es justamente la pericial médica, la fuerza probatoria del dictamen solo puede enervarse por fundadas razones científicas o técnicas, resultando ilógico la pretensión de contrariarlas con opiniones profanas o discrepancias subjetivas.

3.-Ha quedado acreditado que la profesional incumplió con la obligación primordial que tenía a su cargo que es la de prestar una adecuada asistencia, por consecuencia resulta responsable por la pérdida de la chance del actor, por cuanto la actuación errónea de la médico tratante, es lo que en definitiva provocó la pérdida de la posibilidad de revertir su grave cuadro. Frente a la más mínima duda sobre la

salud de un paciente, lo correcto hubiera sido su internación en forma preventiva.

4.-La responsabilidad del médico demandado se hace extensiva a su empleadora - empresa de emergencias médicas domiciliarias- ,el fundamento de dicha responsabilidad contractual reside en la existencia de una obligación de garantía por la conducta de los encargados o ejecutores materiales de la prestación y en la mediación de un deber de diligencia o vigilancia que las autoridades de la empresa prestadora del servicio médico tendrían que observar sobre la persona que concreta los servicios, por lo que establecida la culpa de la profesional interviniente.

5.-En cuanto al valor vida, la vida humana no tiene por sí un valor pecuniario porque no está en el comercio ni puede cotizarse en dinero. Es un derecho de la personalidad, el más eminente de todos, empero, no obstante la importancia que tiene para el hombre su vida, no constituye un bien en el sentido que usó esa denominación el art. 2312 del CCiv. como objeto material e inmaterial susceptible de valor, sólo tiene valor económico en consideración a lo que puede producir. La vida por sí sola, está fuera del mercado de valores.

6.-La partida resarcitoria intentada por las hijas y por el nieto del fallecido no ha de prosperar ya que ambas descendientes son mayores de edad y aun siendo convivientes al momento del deceso con el de cojus , no se ha acreditado fehacientemente en autos que el occiso era el único sostén de ellas, y que éstas no tuvieran la posibilidad de generar los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas. En cuanto al nieto, si bien también vivía en la casa de su abuelo, sin dejar de tener presente que la madre se encontraba separada del padre del menor, la carga alimentaria incumplida en cabeza de su progenitor, no resulta óbice para que dicha carencia deba ser asumida por quien resulte responsable del luctuoso desenlace motivo de esta litis.

7.-Con relación al reclamo de daño moral, y sin desconocer los límites que impone el art. 1078 del CCiv., dicho reclamo en cabeza del nieto debe prosperar, pues no se puede pasar por alto que menor convivía con su abuelo, con un padre biológico asumiendo una postura de ligereza frente a sus obligaciones y que dicho vínculo con su abuelo materno excedía la simple relación de parientes, y que esto generaba entre ellos una relación mucho más intensa, que amerita incluir al nieto como legitimado activo, decretando para este caso oficiosamente la inconstitucionalidad del art. 1078 del CCiv. , por las especiales circunstancias que hacían que la relación excediera el mero marco familiar de la relación abuelo nieto.

---

Lomas de Zamora, a los 29 días de Septiembre de 2011, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces que integran esta Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I, de este Departamento Judicial, Dres. Norberto Horacio Basile y Carlos Ricardo Igoldi con la presencia del Secretario actuante, se trajo a despacho, para dictar sentencia, la causa N° 67766 , caratulada: "P. DE F. C. C/ CARDIOSUR SRL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS".- De conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, del mismo Estado, la Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes:

-CUESTIONES-

1°.- ¿Es justa la sentencia dictada?

2°.- ¿Qué corresponde decidir?

Practicado el sorteo de ley (art. 263, últ. parte, Cód. Proc.), dio el siguiente orden de votación: Dres. Basile e Igoldi.-

## -VOTACION-

A la primera cuestión, el Dr. Basile dice:

I.- El señor Juez titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 12 Departamental se pronunció a fojas 602/620 admitiendo la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por los demandados en relación al reclamo efectuado por Adriana Noemí Ferreria en su condición de madre del menor S.D. con costas a cargo de excepcionado.

A su vez, hizo lugar a la demanda interpuesta por C. Y. P. de F.; M. A. y A. N.F., por daños y perjuicios, en consecuencia condenó a Gustavo Alejandro Sandez y "Cardio Sur S.A." a abonar en el monto que surge de los rubros reconocidos más sus intereses; hizo extensiva la condena, en la medida del seguro, a "Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada" y difirió la regulación de honorarios.

Contra este modo de decidir se enervan las partes, el codemandado Gustavo Alejandro Sandez, a fojas 623 la citada "Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada", a fojas 630 lo hace la actora, finalmente a fojas 631 apela "Cardio Sur S.A.".

Lucen los agravios de la codemandada "Cardio Sur S.A." a fojas 674/684, de la actora a fojas 685/687, del codemandado Gustavo Alejandro Sandez a fojas 688/710, y los de la citada a fojas 711/726.

A su turno lucen las réplicas de "Cardio Sur S.A." a fojas 733/739, de la parte actora a fojas 740/748, del codemandado Gustavo Alejandro Sandez a fojas 749/750 y finalmente de la citada a fojas 751/767. Se llamó autos para sentencia a fojas 769, providencia que se encuentra firme.

2.- Alcance del recurso.

2.1. La codemandada "Cardio Sur S.A." se enerva inicialmente por la atribución de la responsabilidad, continúa en su queja por los montos otorgados en concepto del denominado valor vida, daño moral y daño psíquico.

2.2. La parte actora se agravia por el rechazo de las partidas correspondientes al menor S. D. y las hijas del fallecido Adolfo Miguel Ferreira, en concepto de valor vida; en tanto entiende escaso el monto otorgado a la viuda en concepto de pérdida de chance. También resulta motivo de agravio los montos otorgados en concepto de daño psíquico y daño moral. Se enerva por el rechazo de partida en concepto de monumento funerario, para finalmente agravarse por la tasa de interés aplicada al caso.

2.3. El demandado Gustavo Alejandro Sandez se agravia por la atribución de la responsabilidad en su persona, y por los rubros reconocidos.

2.4. La citada en garantía también se agravia por la atribución de la responsabilidad, además cuestiona los rubros otorgados.

2.5. A su turno las partes replican en sus escritos los agravios de su contraria, a fojas 733/739 "Cardio Sur S.A.", a fojas 740/748 la actora, a fojas 749/750 el demandado Gustavo Alejandro Sandez, y finalmente a fojas 751/767 lo hace la citada "Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada". Tanto la codemandada "Cardio Sur S.A.", y la citada, solicitan la deserción del recurso de la actora.

3.- Consideración de las quejas.

### 3.1. Cuestión preliminar.

Tocante al pedido hecho en la réplica de los demandados para que se declare desierto el recurso del actor, basado en la inexistencia de suficiente fundamentación, debo dejar sentado que esta Sala, efectivamente, se ha impuesto un criterio de exigir la formulación de una crítica concreta objetiva, razonada, concreta y circunstanciada de todos y cada uno de los fundamentos del fallo.

Ha dicho, a su vez, que en los casos que aún mínimamente se cumplan tales extremos, y se entendiera que está en juego el principio de defensa en juicio, corresponde atender tales quejas, siguiendo la denominada doctrina amplia - pero acoto - sólo excepcionalmente se ha seguido este criterio (CALZ Sala I Reg. Sent. Def. 181/92, 46/93, 138/93, 177/93, 96/94, 56/98, 169/99 y ot.).

En mi concepto, el escrito cuestionado no puede ser calificado de insuficiente respecto de la crítica que formula al decisorio apelado. A pesar de las subjetividades que caracterizan el desarrollo argumental, estimo necesario, en consecuencia, atender sus quejas, y revisar la justicia del fallo (Doctrina del art. 260 CPCC y jurisprud. anotada). Por lo que corresponde rechazar el pedido formulado.

### 3.2. Responsabilidad.

Los demandados y la citada se enervan por la forma en que quedó atribuida la responsabilidad, con abundante argumentación atacan el resolutorio, y cuestionan la pericia médica realizada en las presentes actuaciones, por momentos, con argumentos próximos a ser censurados por las calificaciones vertidas en la persona del perito.

He de recordar en cuanto al marco normativo de aplicación, que es casi unánime la doctrina nacional que entiende que la obligación que asume el médico no es una obligación de resultado o determinada de curar un enfermo, sino solamente una obligación de medios, es decir que se compromete a atender al paciente con prudencia y diligencia. En consecuencia, el acreedor que alega el incumplimiento de su obligación por el médico tiene la prueba a su cargo de que los servicios profesionales se prestaron sin esa prudencia y diligencia (Conf. Bustamante Alsina, Jorge Horacio, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", n° 1376, pág. 451, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 4° edición).

La naturaleza misma del ministerio del médico lo expone a menudo, a pesar de sus esfuerzos, no sólo a ver frustrada la curación, sino también a ver agravado el estado del enfermo. Por otra parte el carácter inductivo de la ciencia médica, no permite afirmaciones determinantes o matemáticamente categóricas; y es justamente esa característica propia, la que ha llevado a calificar su obligación frente al paciente, como de su ciencia o arte para abarcar la infinita variedad de cada individuo (Esta Cámara, Sala II, setiembre 3 de 1991, "V. de F., R. c/R., J. s/Daños y Perjuicios", E.D., T° 152, pág.217).

Tiene dicho la Suprema Corte de Justicia que en materia de prueba la obligación de rendirla no depende de la función de actor o demandado, sino de la situación que cada uno adquiere en el proceso de conformidad a los hechos establecidos o reconocidos, incumbiéndole, en consecuencia, a la parte que quiere modificar el estado normal de las cosas o la posición adquirida por la otra parte en la litis, por lo que cada parte debe probar sus afirmaciones (art. 375 Cód. Proc.; Conf. S.C.B.A. Ac. 66.276 del 12-5-98, Diario "El Derecho" del 27-4-99, fallo 49.188).

En principio la doctrina coincide en que la prueba de la relación de causa efecto incumbe a la víctima que sostiene la pretensión, quien habrá de demostrar siempre la conexión entre el hecho y un cierto resultado, razón por la cual la causalidad no es presunta. Pero además, acreditar la culpa del médico, porque en tema de responsabilidad galénica, el contacto físico de un profesional y un paciente que experimenta daños, no permite indefectiblemente imputar estos daños al susodicho profesional, pues las pruebas aportadas, con suma frecuencia suscitan dudas acerca de si el obrar médico fue en verdad el

que ocasionó los perjuicios (Bueres, ob. cit., págs. 305, 312, 313).

Ahora bien, he de considerar que por natural derivación del principio de adquisición procesal, al juez le es indiferente establecer a cuál de los litigantes correspondía probar, siempre que los hechos esenciales de la causa queden probados. Contrariamente, ante la insuficiencia o ausencia de evidencias es necesario recurrir a los principios que ordenan la carga de la prueba y fallar responsabilizando a la parte que, debiendo justificar sus afirmaciones, no llegó a formar la convicción judicial acerca de los hechos controvertidos (arg. art. 375 Cód. Proc.; CFed.San Martín, 5-3-90, LL, 1990-E-453, cita de Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado", Tº II, pág. 302).

Incumbe al actor probar, en lo que al daño respecta, los siguientes extremos: a) La existencia del daño y su monto; b) El nexo causal entre la violación de la obligación o el acto ilícito y el daño experimentado. No se presume, en principio, ninguno de estos extremos (Conf. Cazeaux-Trigo Represas, "Derechos de las Obligaciones", Tº I, pág. 367).

Cuando se trata de analizar conductas profesionales, en especial en el difícil arte de curar, la cuestión se acompleja, en especial cuando, como en el caso, la consecuencia resultó en un luctuoso desenlace.

El motivo que dio nacimiento a las presentes actuaciones, se generó a raíz de un pedido de asistencia domiciliaria realizado a la empresa "Cardio Sur S.A." por parte de quien en vida fuera Adolfo Miguel Ferreira, afiliado a la empresa prestadora, en fecha 10 de octubre de 1999 en horas de la madrugada.

Concurrió al lugar el móvil de la empresa prestadora, con un enfermero y el profesional actuante resultó el Dr. Gustavo Alejandro Sandez (ver fojas 14), quien más allá de realizar distintas técnicas que el propio profesional se encargó de detallar profusamente, -tanto en la contestación de la demanda como en la oportunidad de expresar agravios, negando toda responsabilidad-, lo cierto es que el diagnóstico que figura en la actuación que vengo mencionando, concluyendo que se trató de una lumbalgia, y aconsejó reposo y consulta con traumatología. Más tarde y ante un nuevo pedido de asistencia, quien fuera nuevamente al domicilio, el Dr. Francisco Rozas Corvacho, luego de un examen del paciente aconsejó la inmediata internación, con el desenlace ya conocido.

No resiste duda que en ambas oportunidades los móviles solicitados concurrieron al lugar dentro de los parámetros temporarios que la legislación requiera (Decreto 3280/90, art. 21 inc. B: radio de acción: "Se establecerá como radio de S.P.E.M.M. aquel comprendido dentro de una distancia que asegure un tiempo de llegada de quince (15) minutos desde la base operativa central al sitio de la emergencia, a partir de la recepción del pedido de auxilio, basándose en la premisa de la atención precoz para poder cumplir con el carácter de emergencia médica"); de modo que la prestadora en ese sentido actuó en forma irreprochable, toda vez que cumplió con las pautas temporales del caso.

Pero el actuar que se reprocha resulta la conducta del médico interviniente, es decir la responsabilidad profesional del Dr. Gustavo Alejandro Sandez al momento de realizar el diagnóstico en oportunidad de asistir al paciente. Que más allá del informe que surge de fojas 414/418 realizado por el Consejo Directivo del Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires Distrito II, que determina en apariencia, una conducta adecuada al cuadro que presentaba el paciente, lo cierto es que, de la pericia que luce a fojas 334/343, surge claramente que si bien el galeno actuó en la contingencia, sobre la recuperación y estabilización durante su asistencia, pero debió haber trasladado al mismo a una institución hospitalaria, o lugar de mayor complejidad dado que el cuadro no era claro en ese momento (ver fojas 341 vta.y 342).

Cierto también es que dicho informe ha sufrido todo tipo de embates, como ya dije, algunos rayanos a la impertinencia, toda vez que, con independencia de las discrepancias que puedan surgir de los

mismos, no resulta óbice para calificar al experto en los términos en que ha sido impugnado su informe.

Lo real es que no puede un médico al momento de evaluar un paciente, descargar la responsabilidad en el enfermo o sus parientes (ver fojas 44 5° párrafo) por la omisión de algún tipo de información previa al cuadro en análisis, no resulta un dato menor que dicha información efectivamente colabora para la realización del diagnóstico, pero no pueden ser, de modo alguno, motivo para exonerarse de responsabilidad; -como vengo diciendo-, si bien la responsabilidad del galeno es solamente una obligación de medios, es decir que se compromete a atender al paciente con prudencia y diligencia, en el caso de análisis, se ha presentado una duda que ha provocado un diagnóstico de lumbalgia (Del lat. lumbus, lomo, y -algia. Dolor en la región lumbar); dolor que el paciente ya tenía identificado, y que diera motivo precisamente al llamado de urgencia, ( nótese que de fojas 14, en el recuadro que identifica el motivo de la consulta, así surge). Luego de la siguiente intervención domiciliaria de la misma empresa, ya con el Dr. Rozas Corbacho, realizada a las 11.03 del mismo día ( ver fojas 64), surge un diagnóstico de abdomen agudo.

En este sentido cabe recordar que esta Sala en reiterados pronunciamientos ha establecido la importancia que adquieren los dictámenes periciales, en casos como el que nos ocupa, con cuestiones eminentemente técnicas, estas pruebas adquieren especial relieve y preeminencia, si bien la misma en su contenido y conclusiones carece de fuerza vinculante para el Magistrado, como que su seguimiento o apartamiento no depende de la actitud del justiciable de observar el dictamen o la falta de ello, sino el grado de convicción que tal elemento acreditatorio produzca en el ánimo del Juez, en sustento de la aplicación y experiencia (sana crítica) del adecuado procedimiento para la realización y producción de tal medio ( doct. Art. 384, 473, 474 CPCC; CALZ Sala I, Reg. Sent. Def. 373/95, 5/97, 151/97, 255/97, 91/97 entre muchos otros).

Es que la prueba pericial, toma una dimensión de privilegio, así pues, al decir del notable autor Devis Echandía, cuando establece los requisitos de la prueba pericial, señala: a) que sea un medio conducente respecto del hecho a probar; b) que el perito sea experto y competente para el desempeño de su cargo; c) que no exista motivo serio para dudar de su desinterés, imparcialidad y sinceridad; d) que el dictamen esté debidamente fundado; e) que las conclusiones sean claras y consecuencia lógica de sus fundamentos; y f) que los peritos no excedan los límites de su encargo; todos supuestos que han sido cumplidos por el perito designado en autos, y si bien la pericia no es vinculante para el Juez, es que el seguimiento o apartamiento de la misma no depende de la actitud del justiciable de observar o impugnar el dictamen o la falta de ello, sino el grado de convicción que tal elemento acreditatorio produzca en el ánimo del Juez (sana crítica) del adecuado procedimiento para la realización y producción de tal medio (arts.473, 474 CPCC; esta Sala Reg. Sent. Def. 254/88, 118/89, 135/90, 151/97, y fallos allí citados).

En tanto el informe pericial resulta el medio de excelencia, puesto que integra los conocimientos del Magistrado a través de las explicaciones técnicas y ciertas apreciaciones que efectúa el experto caben entonces presumirlas sustentadas precisamente en el conocimiento que emana de la circunstancia de detentar título universitario habilitante de rigor científico con incumbencia en el tópico, aún ante la hipótesis que el Magistrado personalmente las posea.

En principio, la fuerza probatoria del dictamen solamente puede enervarse por fundadas razones científicas o técnicas, resultando ilógico la pretensión de contrariarlas con opiniones profanas o discrepancias subjetivas, y, por más amplias que sean las facultades del Juez al apreciar las conclusiones y que las mismas no sean vinculantes, el apartamiento debe ser fundado en razones de mucha entidad (SCBA, Ac. 45797 S 14-5-91, A y S 1991-I-710).

Por otra parte, pero en el mismo sentido, en cuanto al obstinado planteo que realizaran los demandados quejosos con relación a la prueba pericial y, el planteo de una nueva pericia, suficientemente claro

resulta el resolutorio de fojas 728/729, al que en beneficio del principio de economía procesal a él me remito.

No resulta fácil la tarea jurisdiccional de encontrar la verdad, cuando el debate queda centrado en cuestiones eminentemente científicas, en decisiones en las que los profesionales deben tomar "in situ", cuando la salud y la vida humana esta en juego, la propia emergencia muchas veces disipa la claridad que debe primar en el galeno a la hora de decidir.

Pero en el caso traído en análisis, entiendo, el Dr. Sandez ha elaborado un diagnóstico errado, que a la postre permitió el agravamiento de un cuadro que desencadenó en el fallecimiento del paciente, que más allá del elevado índice de morbimortalidad el paciente no contó con la chance de revertir tan grave cuadro, aún en un mínimo grado de posibilidades. No se trataba aquí de internar a un paciente "por las dudas", ni creo que esa deba ser la consigna a seguir en todos los casos, pero frente a la más mínima duda sobre la salud de un paciente, lo correcto hubiera sido su internación en forma preventiva, a la luz de lo que surge de la prueba pericial.

Puede ser conforme los argumentos del demandado, que éste, no presentaba la razonable duda que el cuadro le vislumbraba al momento de evaluar el diagnóstico, no estoy analizando las dudas que pudiera tener el profesional en ese momento, repito, que a juicio de su versión de los hechos, no las tenía, pero también resulta cierto que diagnosticó una lumbalgia y erró en el diagnóstico, y que dicho error condujo a una agravamiento del cuadro que condujo a la víctima al deceso.

No puede perderse de vista que la intervención del galeno en la primera asistencia se prolongó en tiempo, al menos más del doble del promedio, de la actuación en casos análogos, lo que ya podrían dar un indicio con alto grado de verosimilitud de la complejidad del cuadro a diagnosticar, al menos para el Dr. Sandez en esa oportunidad. (ver fojas (401/403).

Tampoco resulta un argumento de peso, el que cuestiona la decisión del a-quo de resolver una medida para mejor proveer, y luego decidir lo contrario, ya que dentro del imperio que le permita al Magistrado encontrar la verdad material, -respetando la igual de las partes en el proceso-, y como director del mismo, éste puede decidir, ya ordenarlas, ya desestimarlas, en el momento que lo crea conveniente, siempre, reitero, con el norte puesto en la obtención de la verdad, dentro del ámbito de la actividad jurisdiccional y al amparo de la sana crítica.

Resulta entonces a modo de síntesis mi propuesta al Acuerdo, confirmar en los términos en que ha arribado a esta Instancia la atribución de la responsabilidad, en cabeza del Dr. Gustavo Alejandro Sandez, la que se hace extensiva a su empleador "Cardio Sur S.A." en los términos del artículo 1113, primer párrafo del Código Sustantivo, y extensivo a la citada en garantía en la medida de la cobertura contratada.

### 3.3. Valor vida.

Las partes lucen encontradas frente a los resuelto por el Magistrado de grado anterior, por un lado la parte actora se enerva por no haber sido reconocida la partida en beneficio de las hijas y del nieto del causante, en tanto los demandados se agravan por la asignación y el monto otorgado en beneficio de la conyuge.

Si bien no se me oculta que la Suprema Corte de Justicia de esta provincia tuvo reiteradamente decidido que la existencia de daño es manifiesta cuando se trata de la pérdida de vidas humanas, puesto que se trata de un valor susceptible de apreciación pecuniaria (Ac. y Sent., 1962-II-998; 1965-II-805; 1965-III-112, entre otros) y que la vida tiene normalmente valor económico por sí misma, de modo que para que haya lugar a la indemnización por causa de muerte no es necesario que se demuestren

perjuicios determinados y concretos (DJBA, t° 76, p. 265 y t° 82 p. 37), coincido con quienes forman mayoría en la doctrina nacional sosteniendo (como lo hace el Dr. Negri en su voto de fecha 14 de mayo de 1991, Ac. 35428, publicado de Fallos SCBA, (c) Albremática, 1995, Disco Laser, Referencia 100011) que la vida humana no tiene por sí un valor pecuniario porque no está en el comercio ni puede cotizarse en dinero. Es un derecho de la personalidad, el más eminente de todos, empero, no obstante la importancia que tiene para el hombre su vida, no constituye un bien en el sentido que usó esa denominación el art. 2312 del Código Civil como objeto material e inmaterial susceptible de valor, sólo tiene valor económico en consideración a lo que puede producir. La vida, por sí sola, está fuera del mercado de valores (Aguiar, H.D.; Hechos y Actos Jurídicos IV, 1ra. ed. TEA, Bs. As., 1951, pág. 584).

No puede afirmarse razonablemente que la vida humana constituya por sí un valor económico, pues nada tiene ese valor por sí mismo, sino solamente por sus posibilidades de cambio o de uso o su aptitud para producir beneficios económicos (Orgaz, A.; "La Vida Humana como Valor Económico", El Derecho, t° 56, pág. 851). Lo que ha contribuido a confundir el asunto, a juicio de Llambías, es la presunción legal de daño por muerte de una persona que sienta el art. 1084 del Código Civil: si la ley reputa la existencia de tal daño es -se ha pensado- porque la vida humana tiene por sí misma un valor económico.

Pero tal conclusión no es correcta, porque la presunción del art 1084 no se refiere a un daño abstracto o genérico, sino concreto y específico: privación de todo lo necesario para la subsistencia; no supone la existencia de ese daño con relación a cualquier persona.

Para Borda, a su vez, esta fue una inteligente creación jurisprudencial que se justificaba cuando el Código Civil sólo autorizaba la indemnización del daño moral en casos de delitos de derecho criminal (art. 1078, hoy derogado). Resultaba tan irritante la solución legal, era tan injusto privar a las víctimas de un hecho ilícito (aunque no fuera delito del derecho criminal) de la indemnización del daño moral, que los tribunales encontraron una vía para indemnizarlo sin decir que se lo indemnizaba: de ahí surgió la doctrina de que la vida humana tiene un valor económico por sí misma. Pero hoy, después que la ley 17.711 reformó el art. 1078 admitiendo la reparación del daño moral sufrido como consecuencia de un hecho ilícito (art. 1078, nueva redacción), aquella jurisprudencia que había declarado que la vida humana es un valor económico de por sí resarcible, no tiene sustento. Porque la muerte de una persona puede ocasionar daños a sus familiares, pero ellos no dependen de la muerte en sí misma, sino de los daños actuales o eventuales que dicha muerte puede haber ocasionado. Si no hay daño económico, no existe ningún perjuicio económico que indemnizar. Lo que hay es un daño moral y eso sí es indemnizable (Guillermo A. Borda; "La Vida Humana, tiene por sí sola un valor Económico Resarcible?", en El Derecho, t° 113, pág. 849).

La normativa a aplicar en la especie es la conjunción de los arts. 1079, 1084 y 1085 del Código Civil. El primero de ellos sienta un principio general a todos los delitos, mandando resarcir a los damnificados directos e indirectos que acrediten haber padecido un daño resarcible en virtud del ilícito cometido por el responsable.

En cambio los otros dos artículos son preceptos de carácter particular que, por referirse a una situación límite como es la muerte de una persona establecen una indemnización especial sobre la base de un daño que -por la índole del hecho generador y las consecuencias que normalmente causa la muerte de una persona integrante de la familia- la ley presume existente mientras no se demuestre lo contrario.

A su vez se consideró que los arts. 1084 y 1085 en razón de su finalidad son complementarios y no pueden interpretarse aisladamente. El primero establece que, es lo que corresponde resarcir: los gastos hechos con motivo de la muerte (cuya existencia se debe acreditar) y lo necesario para la subsistencia de ciertos familiares (daño presumido por ser consecuencia de lo que normalmente ocurre). El segundo,

en cambio, se limita a determinar las personas que pueden reclamar tales indemnizaciones.

La indemnización, no deberá entenderse sino como el daño futuro cierto que corresponde a la esperanza, con contenido económico, ese resarcimiento cabe como la pérdida de una chance u oportunidad de que en el futuro, hubiese continuado esa ayuda o sostén. Si negáramos la existencia de esa chance caeríamos en la tesis del valor de la vida humana en sí misma, posición que ya he manifestado no comparto (en el mismo sentido Jorge Mosset Iturraspe, "El Valor de la Vida Humana", ed. 1983, págs. 143 y ss.).

El arbitrio judicial goza de un amplio margen de apreciación, ya que por vía del principio general la indemnización no puede ser el producto de un cálculo matemáticamente exacto, correspondiendo conservar un criterio fluido que permita atender a las circunstancias propias de cada caso. No se trata de realizar una operación aritmética sobre los ingresos en función de un período de tiempo, pues la víctima no constituye un capital susceptible de medirse con la rentabilidad resultando adecuado tener presente que los índices referidos al cálculo de probabilidades de vida y apoyo económico que la víctima hubiese podido prestar son inciertos y aleatorios (CC0201 LP, B 66302 RSD-11-90 S 11-2-1990; CC0203 LP 90206 RSD-146-99 S 29-6-1999).

Con respecto a la queja que en particular arrima a esta Alzada la parte actora, debo indicar que la pretensa partida resarcitoria intentada, no ha de prosperar en beneficio de las hijas y del nieto del fallecido señor Adolfo Miguel Ferreira, ya que ambas, mayores de edad, aún siendo convivientes al momento del deceso con el "de cujus", no ha quedado acreditado en las presentes actuaciones por medio de pruebas lo suficientemente convincentes como para determinar que el occiso era el único sostén de ellas, y que éstas no tuvieran la posibilidad de generar los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas. En tanto en relación al hijo de una de ellas, -Adriana Noemí Ferreira-, el menor para esa época, S.D., si bien también vivía en la casa de su abuelo, sin dejar de tener presente que la madre se encontraba separada del padre del menor, la carga alimentaria incumplida en cabeza de su progenitor -Adrian Destefano-, no resulta óbice para que en la actualidad dicha carencia deba ser asumida por quien resulte responsable del luctuoso desenlace motivo de esta litis; a todo evento, dicho crédito nacido en cabeza del nieto del señor Adolfo Miguel Ferreira, deberá ser ejecutado contra el progenitor incumplidor, de así resultar. Sin dejar de pasar por alto que, el hecho que el señor Adolfo Miguel Ferreira tuviera a sus hijas y nieto conviviendo con él, no significa que éste fuera el sostén de aquellos; situación que en la práctica se da de manera asidua a consecuencia de la emergencia habitacional endémica que sufren algunos renglones de la población que solo puede ser suplida con la benevolencia de actitudes como las asumidas por el señor Adolfo Miguel Ferreira.

Distinta resulta la situación de la conyuge C. Y. P., de la sustancia de los hechos, todo pasa como en cualquier familia, la muerte de uno de los integrantes de la pareja acarrea normalmente repercusiones económicas disvaliosas al sobreviviente, en razón de la privación de la asistencia que el muerto brindaba por vía de aportes dinerarios, o bien, de algún otro género de esfuerzo mancomunado para el desenvolvimiento de la existencia, tanto más necesario cuando hay hijos comunes a los que sostener y educar (Resarcimiento de Daños -2B-, daños a las personas, -pérdida de la vida humana-, Matilde Zavala de Gonzalez, pag. 396,397, "Muerte del concubino o concubina", Ed. Hammurabi).

Ahora bien, el otro principio que campea este tema, es el "sustitutivo", consistente en procurar -dentro de lo posible- que la reparación decidida permita suplir los aportes que en vida hacía la víctima fallecida al grupo familiar (SCBA, Ac. 39.373 del 13-XII-88; esta Sala Reg. Sent. Def.151/93, 321/93, 154/97, 346/98, 57/00 entre otros).

La idea fuerza de estas doctrinas, es la de -reitero- "sustituir" el aporte dinerario, o traducible en valores económicos, que la persona fallecida realizaba al grupo familiar, dentro de las posibilidades de cada caso en particular.

El difícil e ingrato cálculo de la reparación, necesariamente debe atender, a que el importe de la indemnización, permita al damnificado, obtener una mensualidad que "sustituya" el aporte perdido de la víctima.

Si bien para determinar los beneficiarios a que se refiere el art. 1084 del Código Civil, corresponde ajustarse a lo que dispone el art. 1085 del mismo código por ser la norma dedicada específicamente a regular la legitimación para formular su reclamo indemnizatorio, teniendo derecho a ampararse en la presunción del daño ocasionado por el deceso, el conyuge sobreviviente y los herederos necesarios de la víctima.

Pero, entiendo, para establecer un monto indemnizatorio que beneficie a las hijas mayores y al nieto del occiso, deberá quedar suficientemente acreditado el daño que dicho deceso ha producido en ellos, lo que el la practica no ha operado; siendo así, no existe motivo que permita inferir que el rechazo del reclamo intentado deba mutar, por lo que resulta justa la asertiva recepción de la falta de legitimación para obrar del nieto del occiso en el reclamo intentado, y el rechazo de la partida reclamada por Marcela Alejandra y Adriana Noemí Ferreira en concepto del denominado "valor vida".

En tanto para la pretensión de la conyuge, que nace "iure proprio", corresponde la asignación de una partida resarcitoria, y considerando las especiales circunstancias acaecidas, el contexto económico de la familia, la edad y expectativas de vida, y la prudencia y razonabilidad que los jueces deben tener para fijar el monto reparatorio, entiendo que el monto asignado por el A-quo, luce correctamente justipreciado, lo que me obliga a proponer al Acuerdo su confirmación.(arts. 1109(ref:LEG1308-1109), 1068, 1084 y ccdtes del Cod.Civil; 456, 374, 384, 165 del CPCC).

#### 3.4. Daño moral.

Nuevamente las partes lucen encontradas frente a lo resuelto por el sentenciante. Insiste la actora por el rechazo del pretense rubro en relación al nieto del occiso.

Con relación al reclamo, y sin desconocer los límites que impone el artículo 1078 del Código Sustantivo, dicho reclamo, en cabeza del nieto, entiendo, para este caso puntual debe prosperar; considerándolo legitimado solamente para el reclamo del denominado daño moral; a mérito de lo que seguidamente expondré:

Esto debe ser así ya que de las circunstancias "sui genesis" del presente litigio han dado un marco propicio para su concesión, no puedo pasar por alto que el menor convivía con su abuelo, con un padre biológico asumiendo una postura de ligereza frente a sus obligaciones, (ver Exp. 41505, adjunto, "Destefano Adrian c/ Ferreiro de Destefano Adriana Noemi s/Divorcio Vincular, régimen de visitas", los distintos oficios de embargo de sueldo librados); que dicho vínculo con su abuelo materno excedía la simple relación de parientes, y que esto generaba entre ellos una relación mucho más intensa; que amerita incluir al nieto.

Ya lo ha expresado la jurisprudencia en este sentido: "Cuando se trata de la muerte de un nieto, no se requiere prueba específica alguna de que la peticionante ha sufrido un agravio de índole moral, porque en el orden antinatural de las cosas está que la pérdida de un ser querido de tan estrecha vinculación biológica y espiritual ha de herir en lo más íntimo el sentimiento y las afecciones de quien se dice damnificada por encontrarse en esa situación, de modo que parece casi obvio señalar, que en este supuesto su procedencia es innegable". (art. 1078 del Código Civil). (CC0001 QL 10058 RSD-30-8 S 27-6-2008).

La presente solución es tratada también en el ámbito de la doctrina.Zavala de Gonzalez, en ocasión de

abordar la cuestión se pregunta si son justas y convenientes las limitaciones legales a la facultad de obtener el resarcimiento de ciertos daños. Dando respuesta a ese interrogante dice que la regla de la plenitud de la reparación, implica que el responsable de una situación lesiva debe resarcir todo el daño causado, lo que de suyo abarca también los daños indirectos. La manera en que el hecho se traduce en un perjuicio -inmediatamente o por reflejo- constituye una circunstancia que no enerva la realidad e injusticia del daño producido. Tampoco la clase de daño de que se trate (moral o patrimonial) desvirtúa la esencia clasificada: el daño mismo. ¿Por qué en ciertos perjuicios rigen restricciones legitimantes (art. 1078) y en otros no (art. 1079) si todos ellos son en lo básico menoscabos injustos, cualquiera sea la esfera -espiritual o material- en que se constatan? No se encuentra respuesta lógica ni axiológica que pueda justificar la discriminación, lesiva del principio de igualdad jurídica (art. 16 Constitución Nacional) (Zavala de Gonzalez, "Resarcimiento de Daños. Daños a las personas. Integridad psicofísica" 2a, ED Hammurabi, 2ª edición, 1996, Pags. 655 y sgtes).

Propone la citada jurista, que el único freno "jurídico" debe derivar de los requisitos comunes a todo daño resarcible, en especial, su certeza y relación causal con el hecho. Cumplidos estos presupuestos, debe brindarse la debida tutela resarcitoria a todas las afecciones legítimas conculcadas, que puedan invocar los "allegados" (así no sean parientes) de la víctima de un hecho lesivo para su integridad personal (Obra citada).

Los magistrados cuentan con amplias atribuciones para marginar los abusos en las reclamaciones resarcitorias (art. 1071 Cód. Civil) y para apreciar la realidad y legitimidad de los afectos invocados por los accionantes, en función de las circunstancias del caso y de las valoraciones vigentes en la sociedad. Sin embargo, lo que casi ya no se duda es que resulta demasiado severa la circunscripción del derecho indemnizatorio por daño moral a la víctima inmediata que sobrevive al hecho y que, al menos, dicho derecho debe ser extendido a los parientes cercanos que acrediten o a cuyo respecto pueda presumirse un fuerte impacto emocional por el suceso lesivo de la integridad psicofísica o espiritual de un familiar (Obra citada).

Ya he tenido oportunidad de expresarme, -si bien sobre un sustrato fáctico diferente-, pero sobre la conveniencia de otorgar el daño moral con un horizonte más amplio que el acotado por el mentado artículo 1078 del Sustantivo; cuando las circunstancias especiales así lo aconsejen. ( Esta Sala Causa 64710 RSD 130; 29-04-08).

Tiene sentada doctrina nuestra Casación Provincial con un voto docente del Dr. Roncoroni en el Fallo n° 85129 respecto al artículo 1078 en análisis: "En la singular situación que hoy nos toca enfrentar no sólo queda patente aquella paradoja que fuera tematizada primero y a título de ejemplo por Mazud y Tunc, que luego nos recordaran Bueres y Highton (conf. "Código Civil", Hammurabi, Buenos Aires, 1ª edición, tomo IIIA, pág. 180, n° 9 y nota n° 30 de la pág. 181), sino también, y advierto que con no menos énfasis, la pregunta sobre la constitucionalidad de un precepto limitante como el que contiene el art. 1078 del Código Civil, cuya iniquidad resulta ostensible (conf. Ghersi, Carlos A., "Daño moral y psicológico", Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 140).

Ninguna de las excepciones al cerrojo que impone la norma jurídica permite superar el escollo que advertimos. La primera, porque se refiere al supuesto de la muerte de la víctima inmediata, caso en el que quedan legitimados para accionar iure proprio por el daño moral sus herederos forzosos (art. 1078). El segundo, porque se refiere al supuesto concreto de injurias contra familiares (art.1080).

Así las cosas, entiendo, adhiriéndome a la solución propugnada por Bueres y Highton, que el único camino transitable para realizar la justicia en el caso concreto, es el del ejercicio de oficio del control difuso de constitucionalidad, que obviamente se impone al mediar denuncia de violación de la norma cuya validez vamos a poner entre signos de interrogación (conf. Bueres y Highton, op. cit. pág. 181; art. 279 del C.P.C.C.)".

En este mismo sentido sobre el mismo fallo: ".dos normas, ambas del Código Civil, resuelven con distinto criterio la situación de los damnificados indirectos. El art. 1078, consagrando, en la esfera del daño moral, que los únicos que pueden reclamar su resarcimiento son los perjudicados directos. El art. 1079, esta vez en el ámbito del daño patrimonial, tematizando la legitimación de los damnificados indirectos. Bien señalan Bueres y Highton (conf. op. cit., pág. 181) que esta disparidad de tratamiento implica una desigualdad ante la ley y que por ello no debería superar con éxito el control de constitucionalidad (art. 16 de la Constitución nacional). Se trata en efecto de un caso de incompatibilidad material entre la norma inferior y la norma superior (art. 31 de la Constitución citada), al establecer la primera una diferenciación para la categoría de damnificados indirectos que no es razonable, pues si el daño es moral carecen ellos de la legitimación que sí se les concede cuando el daño sufrido es patrimonial (arts. 1078 y 1079 del Código Civil). La ley, tal como lo ha expresado la Corte Suprema, debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias (conf. C.S.J.N., "Fallos" 16:118; íd. 200:424; íd. 1198:112; íd. 312:826; íd. 200:428; cf. Quiroga Lavié, H. y otros, "Derecho Constitucional Argentino", RubinzalCulzoni, 1ª. Edición, Buenos Aires, tomo I, pág. 376; Gelli, M. A., "Constitución de la Nación Argentina", La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 136; González, J.V., "Manual de la Constitución Argentina", La Ley, Buenos Aires, 2001, pág. 70), resultando arbitrario el criterio empleado al radicarse en la necesidad de evitar la proliferación de acciones que pudieran proponerse, cómo si ello pudiera ocurrir sólo cuando el daño es moral. La existencia de un daño cierto y la relación causal adecuada son, a mi entender suficientes, para poner coto al desmadre que se quiere evitar desconociendo legitimación activa en casos como el que nos ocupa y que se nos presenta como un supuesto de especial gravedad que no puede ser resuelto sin más bajo el principio restrictivo indicado (conf. Pizarro, Ramón D., "Daño moral", Hammurabi, Buenos Aires, 1996, págs. 212213)".

Y siguiendo dicha doctrina, recuerdo que el daño moral es aquel que afecta principalmente los derechos y atributos de la personalidad, de carácter extrapatrimonial, y su reparación tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos. No requiere prueba específica en cuanto ha de tenerse por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica (art. 1078 del Código Civil y su doctrina; S.C.B.A., 13-6-89, "Miguez, Rubén y otros c/Comarca S.A. y otro" -L 40.790- El Derecho, T°136, pág. 526).

En otras palabras, el daño moral consistente en la privación o disminución de aquellos bienes con señalado valor en la vida de las personas, además de no resultar la necesaria demostración del daño, al Juez corresponde receptar el reclamo indemnizatorio del mismo, tratándose de hechos ilícitos, dolosos o culposos.

Sobre este piso de marcha, atendiendo las particulares circunstancias que rodean el caso en análisis, dando por sentado la estrecha relación entre el menor y su abuelo, (ver fojas 281, resp.10°; 295, resp. 9°), entiendo que corresponde incluirlo al menor (hoy mayor) S. D. (nieto del occiso), como legitimado activo, y modificar la sentencia en este sentido; otorgando en concepto de daño moral la suma de \$ 15.000 (pesos quince mil) por los padecimientos a los que se vio sometido por el fallecimiento de su abuelo, decretando para este caso, oficiosamente la inconstitucionalidad del artículo 1078 del Sustantivo, por las circunstancias en que se produjo, en tanto convivía con él; generando una relación que excedía el mero marco familiar de la relación abuelo-nieto. ( art. 1078 C.C.).

### 3.5. Daño psicológico. Tratamiento.

Todos los partícipes del proceso se agravian contra lo resuelto, la parte actora por considerar que el monto otorgado resulta escaso, y lo referencia desde la óptica matemática de establecer un valor pro punto de incapacidad, adelanto desde ya que este no resulta el temperamento para cuantificar un daño,

con lo que yerra el quejoso enmarcando la cuestión dentro del mentado parámetro.

El codemandado "Cardio Sur S.A.", en tanto se enerva por el rubro en análisis, esgrimiendo, por un lado, que el mismo debe quedar subsumido dentro del daño mora, y por otro, que el hecho de llevarse adelante un tratamiento generaría una doble indemnización.

En tanto el codemandado Sandez, si bien se agravia, poco argumenta para sustentar su queja; y finalmente la citada en su extenso escrito de agravios, argumenta en sentido similar a la empresa prestadora, en cuanto a que debería quedar subsumido dentro del daño moral.

En distintas oportunidades, esta Sala ha señalado que el rubro indemnizatorio por incapacidad psíquica, tiene una naturaleza diferenciada de las demás minusvalías (CALZ Sala I Reg. Sent. Def.Nº 265/96, 98/96, 100 bis/95, 335/94, 17/97, 61/98), representando el daño psíquico una modificación o alteración de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, etc.

Remitiendo nuevamente a la pericia médica que luce a fojas 334/343, y ampliada a fojas 380/393, en referencia a la conclusión arriba por el experto en el mentado dictamen, no existiendo motivos que permitan apartarse de mismo con el camino despejado para valorar con mayor acopio de antecedentes y mejor medida, estoy persuadido de confirmar el decisorio respecto de la procedencia y de las sumas otorgadas, las que estimo razonables y equitativas, comprensivas del daño psíquico, y tratamientos psicológicos, para los actores C. Y. P., Marcela Alejandra Ferreira y Adriana Noemí Ferreira, considerados desde la fecha del evento dañoso (arts. 474, 473, 384, 165 CPCC).

### 3.6. Gastos de sepelio.

Se agravia la parte actora por el monto otorgado en concepto de gastos de sepelio, al que consideran escaso, y por no haber sido reconocido en monto en concepto de monumento funerario.

Ha de tenerse por suficientemente clara la norma que establece el artículo 1084 del Código Civil en tanto reza: "Si el hecho fuere de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar los gastos hechos en la asistencia del muerto y su funeral." la norma además agrega: "El derecho a exigir la indemnización de la primera parte del artículo anterior, compete a cualquiera que hubiere hecho los gastos de allí se trata.", por otra parte los artículos 2306 y 2307 del mismo Código, indican como gastos útiles, que pudiera reclamar el pagador, "los gastos funerarios hechos con relación a la calidad de la persona y usos del lugar".

Surge claro, también, que en forma explícita la norma prevee que tales erogaciones sean resarcibles, pero además, aún frente a la carencia de los mencionados preceptos, serían reembolsables por el mero hecho de constituir consecuencias inmediatas del hecho lesivo, así lo indica la primera parte del artículo 901, siempre del mencionado Código.

Se ha expresado en este sentido abundante jurisprudencia al establecer que en caso de muerte de la víctima, el responsable tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y de su funeral (art. 1084, Cód. Civ.), y cabe presumir que dichos gastos fueron afrontados por los parientes más cercanos. (CC0002 LZ 13208 RSD-249-94 S 6-9-1994, "Santonil de Ferreyra María E. c/ García José L. y otros s/ Daños y perjuicios").

Es que a mérito de lo expuesto, los gastos totales realizados en el pretense rubro, ya que es de rito ancestral la costumbre de enterrar a nuestros difuntos, con las ceremonias pertinentes, siempre acorde a las costumbres y credos individuales, pero nunca inexistentes, que van más allá de la posición económica que hubiera tenido el difunto en vida, o que tengan sus deudos, siempre adecuando el monto pretendido a valores de razonabilidad sujetas al prudente arbitrio del sentenciante, que por natural

lógica, suelen ser afrontados por sus familiares directos quienes encuentran entonces legitimación activa para reclamarlos, toda vez que de haber sido afrontados por personas distintas, nacerán para éstas, el derecho por el pertinente crédito que la ley le otorga. En cuanto a los gastos eventuales que se hubieran realizado para afrontar el denominado monumento funerario, no han quedado acreditados, de modo que corresponde su rechazo.

A mérito de lo expresado resulta mi propuesta confirmar lo decidido en la instancia de origen.

#### 4. Costas.

La codemandada "Cardio Sur S.A." se agravia por la imposición de las costas a su cargo.

Debo indicar, conforme lo sostiene reiteradamente esta Alzada, y la pacífica jurisprudencia que, la calidad del vencido está dada por el enfoque global del resultado de la contienda, por lo que no se permite parcelar el litigio en relación a los reclamos (SCBA, 11/9/73, A y S, 1973-II-144).

Ello implica que el éxito parcial de la demanda no impide calificar al accionado en su carácter de vencido; así, aunque la misma haya prosperado en mínima parte. Corresponde entonces que la demandada soporte las costas si las reclamaciones de la accionante progresaron en lo sustancial (SCBA, 6/5/80, "Reseña", 1980, p.127, nro 251).

En un mismo sentido nuestra Corte tiene dicho que es facultad exclusiva de los tribunales de grado analizar la situación de cada parte y cargar en consecuencia a una u otra las costas del juicio, valorando al mismo tiempo si se dan los supuestos como para hacer uso de las posibilidades de eximición total o parcial previstas por el ordenamiento procesal. (SCBA, L 34652 S 21-5-1985).

Por lo que no habiendo razón que hagan entender que hubiere cambiado la situación de vencido del accionado, entiendo acertado y justo lo resuelto en esta materia, por lo que es mi propuesta confirmar lo resuelto en la instancia anterior por el a-quo y en consecuencia imponer las costas a la parte demandada y citada en garantía en su calidad de vencidos ( art. 68 CPCC).

#### 5. Tasa de interés.

Referido al agravio formulado por la parte actora respecto de la tasa de interés establecida en la instancia de origen, solicitando se aplique la tasa activa, cabe recordar que era doctrina de esta Alzada que al capital de condena debía adicionarse un plus en concepto de intereses, a la tasa que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de descuento (Tasa Activa) siguiendo las directivas impuestas por el Código Civil (art. 509, 622 y ccdtes), haciéndose eco de una razonable discreción en torno a la determinación de la tasa de interés aplicable (CSJN, autos "Bco Sudameris c/Belcam" -Fallos: 317:507, Sent. Del 17-V-1994).

Ello no obstante, nueva doctrina legal de nuestra Casación Provincial obligó al Tribunal, sin perjuicio de no compartir el infrascripto los fundamentos que la sostienen, a variar dicha posición porque ha resuelto que la determinación de la tasa de interés efectuada por los jueces de grado no puede quedar privada de los efectos que le son inherentes en el marco de la competencia que las normas de la constitución local asignan al Tribunal Supremo.

En el voto del Dr. Luis Esteban Genoud, que receptara la mayoría, quedó establecido que dicho tribunal "como verdadero órgano judicial de casación, cuya télesis -por lo menos, una de sus facetas- consiste, nutrida por el valor de la seguridad jurídica y la vigencia del principio de igualdad ante la ley, unificar la jurisprudencia."

Y agregó "que la uniformidad brinda certeza, y a ello cabe referirse cuando se enfatiza en la necesidad de afianzar la seguridad jurídica: la previsibilidad de la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas, de modo que cada ciudadano pueda conocer con certeza sus derechos y obligaciones y prever, razonablemente, los efectos de sus actos."

Como conclusión, el Máximo Tribunal, por esa mayoría, resolvió mantener su inveterada doctrina legal aplicando al capital de condena en materia de daños y perjuicios la tasa de interés que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días vigente al inicio de cada uno de los períodos comprometidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa (conf. Art. 7 y 10 ley 23928, modif. Por ley 25561, 622 Cód. Civil; conf causas Ac. 57803, "Banco de la Provincia de Buenos Aires", Sent. 17-II-1998, entre muchas otras). Y todo ello pese al abandono de la paridad cambiaria (Ley 25561).

Es mi íntima convicción, y por ello discrepo con el voto que hizo mayoría en el tribunal, que la verdadera doctrina en materia de fijación de tasa de interés es una cuestión de hecho ajena a la Casación y que conforme la doctrina del Máximo Tribunal Federal que citara supra, debe ser establecida por los tribunales inferiores con una razonable discreción.

Es así que estoy persuadido que es el voto del Dr. Juan Carlos Hitters, único en disidencia, el que se compadece con la verdadera doctrina del Tribunal de Casación, habida cuenta que en definitiva, como bien expresa el Sr. Ministro "estamos frente a la cuantificación de un rubro indemnizatorio (el perjuicio por la ausencia de disponibilidad tempestiva del monto de la condena). En este sentido, es casi ocioso recordar lo reiterado de la doctrina de este cuerpo según la cual la valuación de los perjuicios constituye una cuestión de hecho ajena a la competencia casatoria, regla que solo puede excepcionarse cuando la prerrogativa de los jueces de la instancia ordinaria no ha sido ejercida con la necesaria prudencia y razonabilidad que debe imperar en todo pronunciamiento judicial, es decir cuando ha mediado absurdo (Ac. 74365, sent. Del 20-IX-2000; Ac. 82947, sent del 2-IV-2003; Ac. 95628, "Valdez", del 23-V-2007; C. 102346, "García", sent del 13-V-2009, entre otras).

Dando conclusión a este voto, diré que en un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 20 de abril de 2010, en autos "Massolo, Alberto Jose c/Transporte del Tejar SA", el Dr. Petracchi, en su voto de adhesión a la mayoría, sostuvo que "tanto el Tribunal (conf. Fallos: 315:158, 992 y 1209) como la doctrina especializada han reconocido en la tasa de interés un remedio para dicha situación, lo que deberá ser también evaluado por los jueces de la causa como una alternativa para evitar que los efectos de la depreciación monetaria que tuvo lugar durante la crisis económica y financiera, incidan solamente sobre quien fue la víctima del daño, tema para el cual los magistrados deben ponderar los antecedentes del caso y las circunstancias económicas del momento para determinar con criterio prudencial el interés aplicable".

Como corolario de lo que hasta aquí he expuesto propongo al Acuerdo, que sea confirmada la sentencia en cuanto a la tasa aplicable desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago a los intereses adeudados, los que deberán calcularse conforme la que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días, vigente en los distintos períodos de aplicación (SCBA, Ac.94077).

En virtud de estas consideraciones y no siendo integralmente justo el decisorio apelado a la primera cuestión:

**-VOTO POR LA NEGATIVA-**

A la misma primera cuestión, el Doctor Igoldi, por compartir los fundamentos TAMBIÉN VOTA POR LA NEGATIVA.

A la segunda cuestión, el Doctor Basile expresa:

Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede, corresponde revocar la sentencia apelada; en el siguiente aspecto: legitimar para el reclamo de daño moral al señor S. D. y en consecuencia asignar en dicho concepto la suma de \$ 15.000, por los considerandos expuestos en el apartado 3.4. Las costas de Alzada habrán de imponerse a la demandada y citada por continuar su condición de vencidas (art. 68 CPCC). Los honorarios profesionales se regularán en su oportunidad (Ley 8904).

ASÍ LO VOTO

A la misma segunda cuestión, el Doctor Igoldi por compartir los fundamentos, VOTA EN IGUAL SENTIDO.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

SENTENCIA

En el Acuerdo quedó establecido que la sentencia no es íntegramente justa y debe revocarse. Así mismo que las costas de la Alzada deben imponerse a la demandada y citada en garantía( art. 68 CPCC).

POR ELLO: y fundamentos consignados en el Acuerdo:

1°.- Revócase la sentencia y en consecuencia légitimase para el reclamo de daño moral al señor S. D., y asígnese en dicho concepto la suma de \$ 15.000 más intereses.

2° Confirmar el resto de las cuestiones en la medida del recurso y agravios.

3°.- Con costas de la Alzada a la demandada y citada en garantía por continuar su condición de vencidas (art. 68 CPCC).

4°.- Los honorarios profesionales se regularán en su oportunidad (arts. 31 y 51 ley 8904). Regístrese. Notifíquese y consentida o ejecutoriada, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen.-

DR. NORBERTO HORACIO BASILE

DR. CARLOS RICARDO IGOLDI

PRESIDENTE JUEZ

DRA. MANUELA MARIA OCHANDIO

SECRETARIA