

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 4 días del mes de noviembre de 2013, reunidos en acuerdo los Sres. Jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "F" para conocer en los autos del epígrafe, respecto de las cuestiones sometidas a su decisión, a fin de determinar si es arreglada a derecho la sentencia apelada.

Practicado el sorteo correspondiente resultó el siguiente orden de votación: Sres. Jueces de Cámara Dres. GALMARINI. POSSE SAGUIER. ZANNONI.

A las cuestiones propuestas el Dr. Galmarini dijo:

C. J. B. y F. G. M., mediante letrado apoderado, en nombre y representación de su hija menor de edad M. C. B. promueven esta acción por indemnización de daños y perjuicios contra Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC), el médico R. G. C. y Municipalidad de Pilar, fundada en la deficiente atención médica realizada a su hija a raíz de la lesión que sufriera el 23 de septiembre de 2006 en un accidente casero, en el que cuando se encontraba jugando en un tobogán su dedo pulgar derecho quedó atrapado y por la fuerza de su propio peso en caída se produjo la amputación completa de ese dedo.

La sentencia de fs. 478/491 rechazó la demanda contra la Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC), con costas a la actora; e hizo lugar contra las restantes demandadas, de forma tal que condenó a la Municipalidad de Pilar de la Provincia de Buenos Aires y a R. G. C., con extensión de Federación Patronal Seguros S.A. en forma

concurrente, en la medida del seguro y en los términos del art.118 de la ley 17.418, a abonar a favor de la menor y en el plazo de diez días la suma de \$60.000 más sus intereses que deberán calcularse conforme las pautas establecidas en el considerando IX, mediante su depósito judicial como única forma de pago en una cuenta a nombre de la menor y a la orden del juzgado, en el Banco de la Nación Argentina, Sucursal Tribunales, con cargo para sus progenitores, una vez depositadas las sumas adeudadas, de proceder a su inmediata inversión en una cuenta a plazo fijo con renovación mensual automática y capitalización de intereses.

Apelaron los codemandados condenados, la citada en garantía y el defensor de menores. La aseguradora fundó su recurso con el escrito de fs. 518/521, la Municipalidad de Pilar a fs. 527/530, el médico R. C. a fs. 532/534 y la Defensoría de Cámara a fs. 538/543. De los respectivos traslados, únicamente fue contestado por la citada en garantía el correspondiente a la fundamentación de la defensora de menores (fs. 544/545).

II.- La citada en garantía y los codemandados condenados, cada uno por su lado, cuestionan lo resuelto sobre la responsabilidad, alegando especialmente que sin tener certeza sobre el estado del dedo amputado y no obstante haberse producido esa amputación por "arracamiento", se hubiera endilgado mala praxis a la actuación del médico Dr.C., quien además aduce que se trata de una rama del saber en la que predomina la materia opinable e impera el principio de discrecionalidad del galeno para la elección y aplicación de los métodos terapéuticos que estime corresponder, por lo que a su entender bastaba con que hubiese sido discutible u opinable el procedimiento elegido, para que quede descartada toda idea de culpa o negligencia por parte del profesional.

Sin perjuicio de señalar que examinaré aquellas objeciones formuladas por cada uno de los apelantes que resulten conducentes para la decisión, adelanto que ninguna de ellas resulta convincente para modificar el exhaustivo análisis de los elementos de convicción aportados al proceso que efectúa el Sr. Juez, quien mediante una apreciación conjunta de las pruebas producidas, realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica, ha fundado debidamente su pronunciamiento. Las quejas de los recurrentes referidas a la responsabilidad constituyen cuestionamientos sobre algunos aspectos relacionados con la culpa médica que aisladamente considerados pudieron ser favorables a la posición que asumieron en el pleito. Pero omiten toda crítica concreta y razonada contra aquellos otros desarrollados por el Sr. Juez en los que sustenta principalmente su decisión en lo atinente a la carga de la prueba relacionada con la actuación que le cupo al profesional en el tratamiento de la amputación del dedo pulgar que había sufrido la hija menor de los reclamantes en un accidente casero, por la pérdida de chance en razón de la probabilidad truncada de reimplante del dedo.

El magistrado tuvo en cuenta lo informado por el perito médico sobre la existencia de factores que pueden hacer que el cirujano se abstenga de indicar el reimplante, entre ellos, el nivel de amputación, el mecanismo y tipo de lesión, el compromiso concomitante de los tejidos blandos con alta contaminación, los que contraindican el reimplante en forma relativa. Factores que afectan el pronóstico, por la presentación de complicaciones, que dan como resultado un dedo doloroso y pérdida de movimiento (fs.333). Pero el sentenciante también tuvo en consideración que el perito médico, pese a reconocer que las lesiones que tienen mejor pronóstico son aquellas derivadas de amputaciones limpias e incisivas tipo guillotina, de amputaciones con aplastamiento local mínimo y las amputaciones por avulsión con lesión vascular proximal y distal mínimas; el idóneo concluyó en que en las amputaciones del dedo pulgar (el más importante de la mano, además si en el caso se trataba de una niña de 7 años), debe considerarse su reimplante casi a cualquier nivel, aunque exista avulsión tendinosa o nerviosa o

afectación articular, salvo que la zona dañada presente una atrición severísima de partes blandas y tejido óseo, porque si se puede revascularizar, siempre es posible restaurar la sensibilidad con injertos nerviosos y se puede conseguir movilidad con injertos o trasposiciones tendinosas (ver fs. 482 vta. y citas de fs. 333 vta., 334 y vta., fs. 372/373, fs.374/375 y fs. 468/469).

Es cierto que el magistrado puso de resalto que no es posible conocer el estado o las condiciones en que se encontraba la mano de la pequeña M. o de su dedito pulgar amputado en el accidente sufrido previamente, que habría llevado al médico de guardia a desechar la posibilidad de implantarlo para proceder a la sutura del muñón, aunque allí mismo había aclarado que ello era así porque ninguna constancia documentada existe respecto de la atención médica brindada a la niña en el Hospital Sanguinetti de la Municipalidad de Pilar. Como advierte el Sr. Juez en las piezas agregadas a fs.244/245 con motivo de la intimación que le fuera cursada a la municipalidad demandada nada consta en cuanto a la atención dispensada a la niña el día del accidente, sólo se indica la fecha de creación de la pretendida "historia clínica" coincidente con la fecha del suceso, sin otra aclaración, y se hace referencia a consultas por guardia de traumatología en febrero de 2007 (ver fs. 483).

La circunstancia de que no se conociera el estado del dedo (fs. 518 vta), ni que tampoco existiese elemento objetivo alguno contemporáneo a los hechos que permitiera conocer los alcances de la actuación profesional (fs. 527 vta.), ni el solo hecho de que se tratara de una amputación por arrancamiento o avulsión (fs. 528 y fs. 532 vta.), no constituyen elementos de convicción suficientes para liberar de responsabilidad a los apelantes, pues contrariamente a lo aducido por éstos, ante la falta de prueba sobre el estado en que concretamente se encontraba la mano de la niña y el dedo amputado, el que fue limpiado y colocado en frío para su conservación cuando fue atendida en la Clínica Fátima de Pilar, mediante su obra social, en la que le fueron realizadas las primeras curaciones -según constancias de la respectiva historia clínica de ese centro asistencial-, la decisión sobre la responsabilidad profesional por la atención en el Hospital de Pilar quedó supeditada a la actitud asumida por las partes en el proceso relacionada con la prueba que incumbía aportar a cada una de ellas.

Como bien sostuvo el Sr.Juez, con sustento en la jurisprudencia que cita, aun cuando, en principio, la carga de la prueba pesa sobre la víctima -o en el caso sobre los progenitores reclamantes-, el profesional médico así como el ente asistencial, ante lo incompleto de la historia clínica, deben aportar al proceso los datos faltantes, toda vez que cuentan con mayor aptitud probatoria al haber tenido en sus manos el tratamiento del paciente, y al no ser arrojados tales elementos al proceso, se genera en contra del galeno una presunción de verdad sobre la conducta antiprofesional, que a él corresponde desvirtuar (fs. 484 vta.).

Aunque en principio la prueba de la existencia de la conducta culposa o negligente del médico corre por cuenta de quien la invoca, el profesional no debe desentenderse de aportar los elementos de convicción que se encuentra en mejores condiciones de aportar, tiene el deber moral e inclusive jurídico de colaborar en el esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido.

Concordantemente con lo decidido por el magistrado, considero que ese deber de cooperación les concernía al médico y al ente asistencial. De modo tal que "acreditado el resultado lesivo (en el caso la "chance" perdida por la imposibilidad de llevar a cabo un reimplante del pulgar amputado que, según el perito médico, debe intentarse en todos los casos), a estos emplazados incumbía la carga de demostrar en concreto que las características de la lesión y el estado en que ingresó la niña, no permitían en ningún caso o contraindicaban una operación de ese tipo, y con ello que fue adecuada la decisión adoptada por el profesional, pues eran quienes se encontraban en mejores condiciones para aclarar o

ilustrar acerca de la conducta desplegada en ámbito propio de su injerencia" (fs.485).

El juzgador con anterioridad había destacado acertadamente que con el simple expediente de dejar asentado en la historia clínica, el estado del miembro afectado o del apéndice amputado que imposibilitaba cualquier eventual implante, y con ello la razón del tratamiento adoptado, habría quedado documentada la actuación profesional en el caso, e incumbía a la reclamante en tal supuesto la carga de desvirtuar que esa conclusión no era la adecuada o no se ajustaba a los parámetros descriptos por el perito médico (fs. 484 y vta.).

La falta de historia clínica propiamente dicha o al menos la inexistencia de datos referidos a la atención brindada a la niña el mismo día del accidente, como bien sostuvo el magistrado, constituye una presunción en contra del profesional que la atendió y del hospital municipal, presunción que tampoco se preocuparon de despejar debidamente mediante prueba directa, como también sostuvo el Sr. Juez (fs. 484 vta).

Estos fundamentos de la sentencia no han sido concreta y razonadamente criticados por los apelantes, por lo que la suerte de sus recursos se desvanece.

En sentido concordante con lo resuelto por el Sr. Juez es de recordar lo expresado por la jurisprudencia acerca de que "las omisiones, ambigüedades, discontinuidades, los claros o enmiendas que presente la historia clínica de un paciente dan lugar a presunciones "hominis" desfavorables al galeno, a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarlas, la que debe apreciarse con criterio riguroso, toda vez que la omisión de la historia clínica o su imperfecta redacción privan al paciente de un crucial elemento de juicio para determinar la culpa imputable al médico" (Conf. CNCiv., sala E, 06/11/2000, LA LEY, 2001-E, 853, id. CNFed. Civ. Com., sala II, 08/09/2005, RCyS 2006-IV, 111).

Contrariamente a lo alegado por la citada en garantía a fs. 519, no es la falta de fotografías de la mano o del dedo de la paciente lo que determinó la solución a la que llegó el Sr. juez, sino la falta de anotación en una historia clínica que describiera oportunamente y en forma suficientemente detallada el estado de la mano y del dedo amputado, lo que generó la presunción en contra del médico de guardia y, en consecuencia, del hospital perteneciente a la municipalidad demandada. Esa omisión y la consecuente presunción en contra, obstan a que pueda excusarse la actitud asumida por el médico de guardia con la sola alegación de la urgencia y de haber adoptado la conducta que consideró adecuada. Es de observar que según el perito médico el tiempo aceptable para el reimplante del dedo higienizado, colocado gasa estéril humedecida en solución salina y con la debida refrigeración, era de 12 horas (fs. 335 vta., resp. punto 7 y fs. 336, resp. punto 3), por lo que no era la urgencia en definir el tratamiento adecuado lo que determinó la decisión del profesional, ya que contaba tiempo suficiente para hacerlo. Si esa intervención es posible realizarla en un lugar adecuado y con los medios correspondientes, y además si el médico de guardia no era especialista en cirugía de mano o si no tenía los medios adecuados para realizar el implante debió derivarlo a un centro asistencial adecuado en el que se practicara esa operación (fs. 335 vta. punto 5, fs. 336 punto 2, y fs.374 vta/375). Por lo que no fue la urgencia lo que determinó el tratamiento brindado por el médico demandado y frente a la omisión antes señalada relacionada con la ausencia de historia clínica debidamente confeccionada, su responsabilidad surge de la presunción en contra derivada de esa falta.

Las quejas de la Municipalidad de Pilar parten de la suposición de que el médico de guardia actuó correctamente, alegando que en el caso no resultaba posible el reimplante porque la

lesión se produjo por avulsión, pero como advertí anteriormente, ninguna crítica formula con respecto a la deficiencia o inexistencia

de historia clínica, que diera razón suficiente de la imposibilidad de reimplante en el caso concreto de autos, por los motivos que invoca, ese incumplimiento en la confección de historia clínica que es imputable al médico de guardia no deja de ser también endilgable a la organización del hospital de la municipalidad. Ninguna de las demandadas ha aportado elementos de convicción reveladores de que el estado en que se encontraba la mano y el dedo amputado de la niña impidiera el reimplante. El perito médico reiteradamente sostuvo que las amputaciones del pulgar deben considerarse para reimplante casi a cualquier nivel, aunque exista avulsión tendinosa o nerviosa o afectación articular, agregando que si el pulgar puede revascularizarse es posible restaurar la sensibilidad (fs. 333 vta., punto 3), que en la actualidad el proceder del médico codemandado no se ajusta al procedimiento indicado para estos casos, destacando que la reimplantación debe de ser intentada, por ser el pulgar el dedo más importante de la mano (fs. 333 vta, punto 4, fs. 336, punto 4, fs. 336 vta. punto 2). Lo cual es reiterado a fs. 372 y vta., fs. 374/375, fs. 392 y fs. 468/469, más aún tratándose de una niña que tenía 7 años y es diestra. El perito además indica cinco centros asistenciales que cuentan con personal idóneo e instrumental adecuado para realizar reimplantes de dedos con buen éxito (fs. 392, punto 3). Sobre este aspecto no ha de soslayarse que también en la clínica donde le efectuaron las primeras curaciones se había solicitado la derivación por la obra social al Centro Gallego, lo que hace presumir que allí también se realizaba la operación de reimplante de dedos. En nada incide para la solución del caso el hecho de que los Hospitales Garrahan y de niños de esta ciudad Ricardo Gutiérrez informaran que no realizaban reimplantes de este tipo, pues existían otros centros a los que pudo ser derivada la paciente para su debida atención.

Tampoco resultan convincentes las quejas del médico demandado, pues precisamente su omisión en dejar constancia en una historia clínica de aquellos aspectos esenciales de su

intervención en el tratamiento realizado a la hija menor de las partes, es la que generó la presunción en contra suyo, y pesaba sobre él la carga de acreditar que en el caso se presentaba la imposibilidad de revascularizarse. La circunstancia de que no se tratara de una de esas amputaciones limpias, sino de una por arrancamiento tampoco basta para descartar su responsabilidad, pues según el perito aun en esos casos debe intentarse el reimplante, y ante la ausencia de prueba que desvirtúe la aludida presunción en contra del médico demandado, debe responder por la pérdida de chance y los daños ligados a esa frustración de probabilidad.

La alegada discrecionalidad del galeno para la elección y aplicación a cada caso de los métodos terapéuticos conocidos que estime corresponder, requiere prueba suficientemente demostrativa de la situación en que se encontraba la menor, su mano y el dedo amputado al momento en que fue atendida en el hospital, e insisto la deficiencia en la historia clínica ante la gravedad de la lesión que presentaba la hija de los reclamantes, o aun la inexistencia de la historia clínica, originó la presunción de culpabilidad del profesional, la cual imponía a su parte la carga de desvirtuarla mediante prueba eficaz, lo cual no ha ocurrido en el caso. De modo tal que no acreditadas las circunstancias que tornaran imposible el reimplante, la mera invocación del principio de discrecionalidad del médico en la elección de uno de los métodos terapéuticos admitidos por la medicina resulta insuficiente para desligarse de responsabilidad, si se tiene en cuenta que el perito designado de oficio por el juzgado señaló que debía intentarse el reimplante del dedo pulgar de una menor de 7 años de edad, que era diestra, mediante la intervención de un especialista en manos, con instrumentación adecuada, en un centro especializado que realice ese tipo de operaciones.

El hecho de que este codemandado no sea un lego en la materia por tratarse de un médico, en nada modifica la decisión, pues es evidente que la opinión de la parte involucrada en una demanda por mala praxis entablada en su contra, carece de eficacia probatoria, y aunque no se encuentre impedido para formular impugnaciones, lo cierto es que el perito médico en el caso ha respondido fundadamente las efectuadas por esta parte, y es indudable que ha de prevalecer la opinión del perito por la imparcialidad que proviene de su designación de oficio. Lo expuesto es sin perjuicio de recordar que en el caso la condena se sustenta en la

presunción que se genera en la inexistente o deficiente confección de la historia clínica y en la falta de prueba directa que la desvirtúe.

Por estas consideraciones y por los sólidos fundamentos desarrollados por el Sr. Juez, voto porque se confirme lo resuelto sobre la responsabilidad.

III.- Las codemandadas condenadas y la citada en garantía cuestionan lo decidido sobre la indemnización por pérdida de chance por considerar excesivo el monto fijado (\$40.000). La aseguradora cuestiona además la procedencia de esta partida. A su vez la Defensoría de Menores Cámara considera exiguo el monto del resarcimiento.

Se ha sostenido que la pérdida de "chance" es una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para determinado sujeto había posibilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero el hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades (Trigo Represas, "Reparación de daños por mala praxis médica", p. 241). En materia de responsabilidad médica se plantea claramente la pérdida de chance. Como se ha sostenido, la omisión de atención adecuada y diligente por parte del médico al paciente puede significar la disminución de posibilidades de

sobrevivir o sanar. Resulta indudable que una situación de esa naturaleza configura una pérdida de chance, daño cierto y actual que requiere causalidad probada entre el hecho del profesional y un perjuicio que no es el daño integral sino la oportunidad de éxito remanente que tenía el paciente (Tanzi, Silvia, "La reparabilidad de la pérdida de la chance", en La responsabilidad. Homenaje a Isidoro Goldenberg, p. 333) (CNCiv. Sala K, marzo 22/2011, "T., N. B. c/ OBRA SOCIAL DEL PERS. DE LA SANIDAD ARGENTINA s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux. ordinario", voto de la Dra. Hernández).

En sentido concordante Matilde Zavala de González ha remarcado que la "chance" jurídicamente reconocible no es la que se apoya en meros "castillos en el aire" o en simples "sueños de ganancia", sino cuando existía ya alguna situación fáctica o jurídica que creaba la razonable aspiración o expectativa. Esta autora agrega: "En otros términos, para la resarcibilidad de la "chance" perdida es menester algún contexto objetivo idóneo o favorable que confiriese oportunidad efectiva a lo esperado (pero sin convicción de que se realizaría, incertidumbre que el hecho no permite ya despejar); es decir, se descarta la indemnización de las meras conjeturas, de débiles posibilidades que no son más que eso y no revisten una intensidad suficiente como para erigirse en probabilidad" (Zavala de González "Resarcimiento de daños -Daños a las personas (integridad sicofísica)", T. 2a, p. 443, 2ª edición ampliada, 3ª reimpresión, Ed. Hammurabi).

Los fundamentos desarrollados en el considerando II y los que sustentan la sentencia apelada, son suficientemente demostrativos de que en el caso se presenta un supuesto de pérdida de chance, en los términos expresados por la doctrina citada. Contrariamente a lo aducido por la aseguradora a fs. 520, el Sr. Juez al admitir la indemnización por la partida en estudio no partió de la premisa de un implante exitoso, sino de la frustración de la probabilidad de que se realizara el reimplante del dedo amputado,

que había sido higienizado y conservado en frío con miras a posibilitar esa operación. Concordantemente con la doctrina citada se trata de un caso en el que había posibilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero el hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades; o en otros términos, se presentaba un contexto objetivo idóneo o favorable que confería una oportunidad efectiva a lo esperado, aunque fuera sin convicción de que se realizaría, incertidumbre que el hecho o la omisión en el caso no permitió ya despejar.

En cuanto a la determinación del monto indemnizatorio se ha sostenido que lo resarcible es la eliminación de la "chance" misma y no el objeto al que la "chance" tendía, lo que supone un resarcimiento menor en comparación con el que cabe en el supuesto de daños ciertos, por lo

que se trata de un ámbito en el que interviene fundamentalmente el prudente arbitrio judicial (Zavala de González, op. cit. p. 457). Esto no importa acordar cualquier indemnización, sino la que resulta justa y apropiada, según las circunstancias del caso, atendiendo a la intensidad o grado de probabilidad mutilada por el hecho (Zavala de González, op. cit. p. 458).

El Sr. Juez ha valorado a mi juicio adecuadamente los elementos de convicción obrantes en autos al establecer el monto indemnizatorio, sin que los endebles cuestionamientos formulados por los codemandados y por la aseguradora justifiquen la modificación del monto determinado en la sentencia en concepto de resarcimiento por la pérdida de chance. Así tuvo en cuenta la edad de la niña al momento del hecho -7 años-, que ella es diestra y se trata del dedo pulgar de esa mano, el resultado de la operación realizada en la Clínica de los Virreyes para el alargamiento del pulgar, que según el perito obtuvo una longitud de 2,50cm. en contraste con los 4 cm. del izquierdo, las pautas sobre porcentaje de éxito señalada por el perito médico para el supuesto de

pacientes con lesiones graves de amputación de dedos pulgares por "avulsión", especialmente cuando la lesión es próxima a la articulación "metacarpofalángica" -como en el caso-, destacando que descartaba la probabilidad máxima y la menor de las indicadas por el perito.

Para desestimar este ítem o para disminuir el resarcimiento resulta insuficiente la alegación de que, por tratarse de una niña de 7 años, es aleatoria la incidencia económica que pudo tener esa pérdida de chance resultante de no haber intentado el reimplante del dedo pulgar, pues más allá de las consecuencias patrimoniales indirectas que esa merma en la capacidad generaría, sobre cuya base se estima la pérdida de chance, aunque en menor medida que aquélla, esa situación debe ser valorada atendiendo a la incidencia en todos los aspectos de la vida de la persona damnificada, no sólo el aspecto laboral o económico.

El hecho de que muchos de los pacientes sometidos a reimplante queden insatisfechos a causa del estrés o del número de operaciones, tampoco es motivo que repercuta en el monto establecido por el juez y, por tanto, para sustentar que resulta excesivo, pues más allá de los padecimientos que esas operaciones pudieran generar lo cierto es que se privó a la damnificada de esa probabilidad de intentar el reimplante.

De ahí que las quejas de los codemandados deben ser desestimadas.

A su vez, la queja de la Defensora de Menores de Cámara tampoco es atendible, pues lo que se indemniza no es la incapacidad sobreviniente de la niña estimada por el perito en el 35%, sino la chance perdida, y ésta ha sido debidamente valorada sobre la base de los elementos objetivos enunciados por el sentenciante.

IV.- El resarcimiento del daño moral exige tomar en consideración los dolores y padecimientos del damnificado, el tiempo de convalecencia hasta su restablecimiento, y las demás repercusiones anímicas que provocaron las lesiones inferidas. Si bien no es susceptible de prueba directa, cabe presumir el daño moral in re ipsa por la índole de las ofensas recibidas y la personalidad del ofendido (CNCiv. Sala F, octubre 29/2007, "Buceta, Inés Rosa c/ Casco, Cristian Adrián y otros", y jurisprudencia allí citada: CNCiv., sala A, 10/11/1997, La Ley, 1999-A-484 -fallo 41.189-S- y JA, 1998-III-334 ; sala D, 9/9/1999, La Ley, 2000-C-948 -jurisprudencia agrupada, caso n. 15.080-; sala G, 19/10/1980, JA, 1981-IV-329; sala E, 30/3/1984, JA., 1984-III-293; esta sala, 29/10/1999, La Ley, 2000-E-924).

El Dr. Fernando Posse Saguier ha expresado que "en lo tocante a la fijación, sabido es, que resulta de difícil determinación ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, o sea, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto a una adecuada discrecionalidad del sentenciante (CNCiv. Sala F, junio 3/2005, "Pirozzi, Laura Vanesa y otro c/ Quiroga Carlos José y otros", L. 418.036).

En el caso es esa frustración vinculada con la pérdida de chance derivada de la mala praxis la que hace presumir la afectación en la interioridad de la damnificada que justifica el

resarcimiento del daño moral (art. 522 y 1078 del Cód. Civil). No obsta a la procedencia del reclamo la circunstancia puesta de relieve por el magistrado de que no se haya rendido prueba sobre la incidencia concreta en el área psíquica, pues el daño moral es diferente del daño psíquico y aquél bien puede generarse aunque no se presente este último. Lo que se indemniza es la repercusión que ha tenido esa pérdida de chance en el ámbito espiritual de la niña, por lo que juzgo equitativo el importe de \$20.000 fijado por el Sr. Juez, sin que las quejas de los condenados, ni de la Defensora de Menores, alcancen para modificar lo resuelto.

V.- En lo atinente a los intereses la citada en garantía pretende que se fije la tasa del 6% anual hasta la sentencia de alzada y de allí la tasa activa, y la Defensora propone que se aplique la tasa activa desde la fecha del hecho.

La Sala por mayoría ha adherido al criterio según el cual cuando los montos indemnizatorios se fijan a valores actuales, durante el lapso corriente entre la fecha en que se produce el perjuicio y la de determinación de ese valor actual debe aplicarse la tasa del 8% anual, y desde allí hasta el efectivo pago la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Ello en razón de que la tasa activa admitida por el plenario "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios", del 20 de abril de 2009, incluye el componente inflacionario, y de aplicarse durante el lapso corriente entre la producción del daño y la determinación de ese valor actual se duplicaría injustificadamente la indemnización -en la medida de la desvalorización monetaria-, por lo que en supuestos como el del caso se produciría la alteración del contenido económico de la sentencia, que se traduciría en un enriquecimiento indebido.

Como en el caso los montos indemnizatorios han sido fijados a la fecha del pronunciamiento de primera instancia debe mantenerse la tasa del 8% anual fijada por el Sr. juez desde la fecha del hecho hasta la sentencia de grado y de allí en adelante la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida, a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Por los fundamentos expuestos y por los desarrollados en la fundada sentencia de fs. 477/491, voto porque se la confirme en lo que ha sido materia de expresión de agravios, con las costas de alzada a cargo de los codemandados apelantes y de la aseguradora Federación Patronal Seguros S.A.

Por análogas razones, el DR. POSSE SAGUIER votó en igual sentido que el Dr. Galmarini, inclusive en cuanto a los intereses propuestos.

El DR. ZANNONI dijo:

1. Adhiero al voto del Dr. Galmarini, excepto en lo atinente a la tasa de interés que corresponde aplicar.-

Según la doctrina legal vigente en el fuero a partir del fallo plenario dictado el 20/4/2009 por esta Cámara en autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c./ Transportes Doscientos Setenta S.A. s./ Daños y Perjuicios", la tasa de interés que corresponde aplicar desde el inicio de la mora y hasta el efectivo pago del capital de condena, es la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. De este modo se dejaron sin efecto los plenarios dictados en autos "Vázquez, María Angélica c./ Bilbao, Walter y otros, s./ daños y perjuicios" del 23/8/93 y "Alaniz, Ramona Evelia c./ Transportes 123 S.A.C.I. s/ Daños y Perjuicios del 23/3/2004.

Como dicha doctrina legal es de aplicación inmediata a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (arg. art. 3º, Cód. Civil, ley 17.711) y no advierto que en el caso la aplicación de la tasa de interés implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido, entiendo que debe disponerse que las sumas a las que la sentencia condena, deberán ser abonadas dentro del plazo establecido, con más los intereses a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, no capitalizables.

2. La aplicación de una tasa diferente durante el lapso que media desde la ocurrencia del hecho ilícito o la mora del obligado hasta el dictado de la sentencia implica apartarse de la doctrina legal, dado que no advierto ni se explica de qué modo, en el caso, la aplicación de la tasa activa conduce a una alteración sustancial del significado económico del capital de condena que

configura un enriquecimiento indebido (o sea, enriquecimiento sin causa).

3. Los colegas de la Sala sostienen que el capital de condena incluye el componente inflacionario que es, precisamente, el que contiene la tasa activa, de modo que de aplicarse ésta durante el lapso corriente entre la producción del daño y la determinación de ese valor actual se duplicaría injustificadamente esa indemnización -en la medida de la desvalorización monetaria- lo que produciría la alteración del contenido económico de la sentencia.

Discrepo con este punto de vista. A mi juicio no es correcto sostener que capital de condena incluye el componente inflacionario. A partir de la ley 23.928, en 1991, quedó prohibida toda "indexación" por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, prohibición que ha mantenido el art. 4º de la vigente ley 25.561, denominada de emergencia económica. "En ningún caso -dice esta última norma- se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor".

4. De tal modo el capital de condena no es susceptible, hoy, de estos mecanismos de corrección monetaria, que en su origen fueron propiciados exclusivamente para las llamadas obligaciones de valor que se liquidan en dinero y que con la hiperinflación que azotó a nuestra economía durante décadas se generalizó a todas las obligaciones dinerarias. En tal sentido, los fallos plenarios dictados por la Cámara Nacional en lo Comercial (13/4/77) y por esta Cámara (in re: "La Amistad SRL c./ Iriarte, Roberto C." del 9/9/77), siguiendo pronunciamientos anteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ejercieron un efecto multiplicador de la crisis inflacionaria. Y fue en ese contexto que se elaboraron criterios relativos al cálculo del interés "puro", que oscilaba entre el 6%, el 8% y hasta el 15% anual.

El contexto actual no es, por fortuna, aquél. La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales -como suele decirse-, a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se actualicen los montos reclamados en la demanda o se apliquen índices de depreciación monetaria. Tales procedimientos de actualización están prohibidos, reitero, por las leyes antes citadas. Y aunque pudiera argumentarse que, aun así, la obligación de resarcir daños constituye una típica obligación de valor que se liquida en dinero, según la clásica nomenclatura, existe consenso -por lo menos a partir del dictado de la ley 23.928- que los montos liquidados por quien reclama el resarcimiento en juicio, constituyen parámetros que deben respetarse en acatamiento del principio de congruencia, salvo lo que, en más o en menos, surja de la prueba producida durante el proceso.

Con ese mismo criterio se aceptó, desde 1992, aplicar a falta de un pacto o convenio de intereses, la tasa pasiva promedio que mensualmente publica el Banco Central de la República Argentina y que entre ese año y el 2004, estuvo por encima de los precios al consumidor, lo cual no ocurre en la actualidad. Como ha señalado la mayoría del Tribunal al responder a la primera pregunta de este acuerdo plenario, una tasa que se encuentra por debajo de los índices inflacionarios no sólo no repara al acreedor sino que beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda.

5. Por todo lo que sucintamente dejo expuesto, entiendo que la salvedad que se hace al responder a la última pregunta que se nos formuló en el acuerdo plenario no es operante en el contexto del presente proceso. Debe, a mi juicio, disponerse que las sumas a las que la sentencia condena, se abonarán dentro del plazo establecido, con más los intereses a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, no capitalizables. Dicha salvedad queda

confinada al hipotético caso que, en el futuro, se autorizara la repotenciación de un capital de condena, lo que, en principio, no es posible hacer actualmente, en acatamiento del derecho vigente. Con lo que terminó el acto.

16.JOSE LUIS GALMARINI

18.FERNANDO POSSE SAGUIER

17.EDUARDO A. ZANNONI

Buenos Aires, noviembre de 2013.

AUTOS Y VISTOS:

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de fs. 477/491, en lo que ha sido materia de expresión de agravios, con las costas de alzada a cargo de los codemandados apelantes y de la aseguradora Federación Patronal Seguros S.A. Notifíquese y devuélvase.