En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de setiembre del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de la Dra. Silvia Noemí Alonso y asistencia de las señoras Juezas de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"L. F. D. c/ M. E. D. C. Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expte. nro. 136/2013,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 374/2005), y atento al resultado del sorteo establecido en el Art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs.770), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero.-

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 716? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

1. El fallo apelado.-

El juez de grado hizo lugar parcialmente a la demanda condenando solidariamente a las codemandadas M. E. D. C. y Provincia del Chubut, a pagar en el plazo de diez días, a F. D. L., la suma de pesos siete millones doscientos setenta y dos mil trescientos sesenta y dos con sesenta y siete centavos ($7.272.362,67), en concepto de daño moral, gastos funerarios e intereses, en el plazo de 10 días de

notificada la presente; impuso las costas a las codemandadas vencidas y reguló los honorarios profesionales.

2. El recurso. Sus fundamentos y la contestación.

La co-demandada Provincia del Chubut, apeló a fs. 716, el recurso fue concedido a fs. 722, fundado a fs. a fs. 743/748 y contestado a fs. 753/767.

La recurrente impugna la procedencia del daño moral y de los gastos de sepelio. Luego, en forma subsidiaria el monto de condena y el modo en que se ha ordenado el cálculo de los intereses por considerar que implicaría la consagración de un supuesto de anatocismo.

3. Tratamiento de los agravios

- *La procedencia del daño moral.*

Los argumentos esbozados tendientes a demostrar la improcedencia del daño moral en el supuesto de autos son manifiestamente inaudibles.

El juez de grado, con base en la prueba colectada, ha descripto puntualmente el grave ilícito en el que ha incurrido el personal del hospital que determinó la condena de la médica en sede penal por abandono de persona. Concretamente sostuvo que la niña recién nacida "a quien suponían muerta, recibe el trato de un cadáver y durante cinco horas fue abandonada a su suerte en la sala de reanimación sin recibir ningún tipo de práctica médica, y a las 5 horas del día siguiente es trasladada a la morgue de la institución y colocada en cámara de frío a diez grados bajo cero, donde permanece por siete horas, lo que le provoco quemaduras en el frente y torso del tórax y en ambos miembros superiores" –fs. 701-.

La situación fáctica, probada y objetivamente descripta permite inferir, en función de las reglas de la experiencia y sobre la base de pautas de normalidad, la grave lesión a las legítimas afecciones de los padres de la niña (cfr. Junyent Bas, Francisco *Algunos aspectos dilemáticos de la reparación del daño moral,* LLC 2010, noviembre, 1075).

Así, es una necedad pretender la inexistencia de falta de médica; la falta existió y si bien no generó, por sí, la muerte de la niña recién nacida es claro que las condiciones en que murió (abandonada por horas primero en sala y luego en la morgue del hospital) constituyen un atentado a los intereses extrapatrimoniales no sólo de la infante posteriormente muerta sino también de sus padres.

Es innegable que el suceso hizo y hace sufrir a los padres en sus intereses interiores, ergo hay daño moral.

La invocación de las restricciones de la letra del artículo 1078 del Código Civil, porque el padre ha reclamado el daño moral por su propio derecho y no en su carácter de heredero de la hija muerta, tampoco es válida para cercenar el derecho a la reparación.

Primero, destaco que la defensa no fue opuesta al contestar la demanda, luego que el criterio restrictivo que se sustenta ha sido ampliamente superado por la doctrina y la jurisprudencia.

La referida interpretación amplia es la que, sobre la legitimación activa de los "herederos forzosos" para reclamar de daño moral indirecto sustenta la Corte Suprema de Justicia (conf. causas "Frida A. Gómez Orue de Gaete y otra c. Pcia. De Buenos

Aires s/Daños y Perjuicios”, del 3-XII-1993 y “Badín c. Prov. De Bs. As.”, sent. del 7-VIII-1997, entre otros).

En el orden local, cabe rescatar la postura de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, que en reciente pronunciamiento ha reafirmado su adhesión al criterio amplio, postura adoptada a partir del precedente jurisprudencial registrado en la causa “Ojeda”, Ac. 82.356, sent. del 1-IV-2004. En este caso, se adscribió a la posición amplia que en torno del Art. 1078 del ordenamiento civil de fondo impera mayoritariamente en el sector jurisprudencial y en la doctrina de los autores y que -en síntesis- incluye a aquellos sujetos que potencialmente o, en abstracto, invistan el carácter de “herederos forzosos” al que alude la norma, con prescindencia del hecho de que en el caso concreto fueren desplazados por la existencia de otros herederos de mejor derecho en el orden sucesorio. Incluso posteriormente insistió en los conceptos de damnificado directo e indirecto, particularmente en los autos "C. L. A y otra c. Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros s/daños y perjuicios" del 16/05/2007, Ac. 85.129 con notas aprobatorias de Echevesti, Carlos A., "Una sentencia inscripta en quadrata monumentale", JA, 2007-III, pp. 46 y 56; Agoglia, María M., "Ampliación de la legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral", L.L., 2007-F, 72, 4; Boragina, Juan Carlos y Meza, Jorge Alfredo, "Daño moral; legitimación de los damnificados indirectos", L.L., 2007-D, 371; Ritto, Graciela B., "La equidad y el rol de los jueces dinamizando el Derecho de Daños. Un fallo ejemplificador que consagra la inconstitucionalidad del

art. 1078 del CC", LLBA, 2007-869; Sexe, Pedro Marcelo, "Naturaleza de la responsabilidad del Estado por mala praxis médica y el daño moral (en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires)", LLBA, 2007-876; López Bravo, Marisa Gabriela, "La nueva visión de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires respecto al Art. 1078 del Código Civil", LLBA, 2007-504 y DJ, 2007-II, 453).

En dicho caso, rescato por su aplicación a presente las claras referencias que encontramos en el voto del Dr. Negri quien sostuvo "que dado el profundo sufrimiento de los padres de S., por las circunstancias del caso, los coloca en la de damnificados directos, entender que su mortificación es refleja, es ir en contra de lo probado" y agrega: "los padres están sufriendo por ellos mismos". En tal sentido, expresa que "el carácter directo de su damnificación no puede ser abolido por la unicidad del hecho dañoso (...). Un hecho puede dañar directa y moralmente a más de una persona".

Luego en reciente fallo, -05/12/2012- en autos “M., A. y otros c. F., L. O. y otro s/daños y perjuicios” (LLBA 2013, febrero, 50). Profundizando aquel concepto, se sostiene que "damnificado directo es el que por sí mismo sufre el daño moral. No es el lastimado en lo físico sino el directamente lastimado en sus afectos". Comentando este fallo se ha sostenido que la Corte enriquece el análisis, señalando que si bien el artículo 1078 del Código Civil revela indiscutiblemente la intención de evitar innumerables reclamos, aquella finalidad no obsta a amparar situaciones que por su naturaleza o particularidad son pasibles de ser subsumidas no sólo en este precepto,

sino también en el conjunto de normas que regulan el daño en nuestro ordenamiento. Es por ello que sostiene —al referirse al sentido y alcance de la ley— que "no debe reconstruirse la voluntad del legislador como un historiador, sino sistémica". (cfr. López Bravo, Marisa Gabriela Una renovada lectura del artículo 1078 del Código Civil. Hacia una flexibilización de los legitimados activos, La Ley, suplemento del 19/03/2013, 7).

La Sala que integro también se ha pronunciado en tal sentido (Sentencia Definitiva n° 12/2008, CyC). Entonces sostuve y reitero ahora que en la solución de esta cuestión cabe tener presente que la legitimación procesal es un problema constitucional. También que calificada doctrina enseña "...los carriles de la legitimación procesal (activa y pasiva) siempre deben hallar raíz en la Constitución o en los tratados de jerarquía constitucional" (Bidart Campos, Germán J. "Formalismos rituales que han eludido la "verdad material" y "lo justo objetivo", L.L. 2001-B, 782). Por supuesto, advertir tal extremo es relevante porque "...Cuando es posible reconocer esa raíz en un caso determinado, la interpretación favorable a la legitimación tiene que ser generosa, razonable, holgada. Todo según las circunstancias de la causa y de la pretensión que se articula en ella" (autor y obra citada).

Aplicando tan clara directriz, señalo que, en el caso, fácil es reconocer la raíz constitucional de la pretensión.

En efecto, se trata de una pretensión resarcitoria y, en distintos fallos la Corte Suprema de Justicia de la Nación, intérprete natural de la

Constitución, proclamó que el derecho a la reparación del daño injustamente sufrido -que deriva del principio elemental de no dañar a otro- tiene, en nuestro sistema, raíz constitucional, sea que se lo considere como un derecho autónomo (argum. art. 33, C.N.), o emplazado en el art. 19 C.N. (Fallos "Santa Coloma", "Gunther", ambos del 5/8/86 y "Luján", Fallos 308: 1160, 1118 y 1109, respectivamente), o como derecho inferido de la garantía de propiedad (Art. 14, 17 y concordantes de la Constitución de la Nación.

Continuando esta línea la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 21 de Septiembre de 2004 en la causa "Aquino, Isaac c. Cargo Servicios Industriales S.A.", reafirmó el carácter constitucional del derecho a la reparación y el rango igualmente constitucional del principio que prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero, a la justicia social y a la dignidad humana. Asimismo, agregó que la tutela de la dignidad humana se resiente gravemente en su dimensión constitucional frente a normas que sólo en apariencia brindan protección a los daños injustamente sufridos, a través de indemnizaciones menguadas, ínfimas o de otras formas de exclusión resarcitoria.

La doctrina ha señalado que las proyecciones del citado precedente son enormes y respecto a la materia que nos ocupa agrega que debemos "... a la luz del fallo de la Corte, formular una nueva "relectura" de normas como el Art. 1078 Cód. Civil en cuanto contienen una limitación en materia de legitimados activos que, en muchos casos, deviene lesiva para la garantía constitucional que nos ocupa" (Pizarro, Ramón "La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación. Primeras

reflexiones en torno a un fallo trascendente y a sus posibles proyecciones futuras" LL, Suplemento especial, 2004 septiembre, p. 5).

En tal orden de ideas, tal como señala el autor citado, corresponde tener presente la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos que en materia de daños a la persona, son muy amplios y flexibles, especialmente en lo referido a los sucesores (ascendiente, descendiente, cónyuge) de la víctima, cuyo daño moral se presume salvo prueba en contrario (obra y autor citado).

En definitiva, la exclusión que se pretende es absolutamente improcedente se ha probado la existencia de una conducta antijurídica que ha generado en el padre de la recién nacida una inmensa afección espiritual; consecuentemente hay daño moral y este deber ser resarcido.

Con base en lo expuesto se rechaza el agravio.

- *La procedencia del rubro gastos de sepelio*.

La solución que propongo en orden a la procedencia del daño moral no alcanza para sostener idéntica solución con respecto a este rubro.

Es que la conducta antijurídica no fue la causa del deceso de la recién nacida como lo ha remarcado el juez de grado y lo he reafirmado en el punto anterior. Consecuentemente, no corresponde el reconocimiento de este menoscabo material (gastos de sepelio).

En función de lo expuesto, corresponde detraer del monto de condena la suma reconocida por este concepto.

- *El monto de condena del daño moral.*

En anteriores pronunciamientos he sostenido que la cuestión sometida a revisión –cuantificación de los daños- constituye "uno de los desafíos más difíciles de la tarea judicial" (Cfr. Highton, Elena; Gregorio, Carlos G. y Álvarez, Gladys en "Cuantificación de Daños Personales", Revista de Derecho Privado y Comunitario, "Derecho y Economía" n° 21, Rubinzal-Culzoni Editores). Pero que esa innegable dificultad no es óbice para arribar a la fijación de una suma razonable y en forma fundada.

El inmenso dolor de los padres no ya por la muerte de su hija sino por las condiciones de extremo abandono y sufrimiento en la que murió por el error médico fue cuantificada en la suma de pesos un millón ochocientos mil.

La codemandada sostiene que el monto es excesivo así que debo adentrarme necesariamente en esta cuestión. En tal orden de ideas estimo conveniente recodar más de las conocidas diez reglas del maestro Jorge Mosset Iturraspe: "1. No a la indemnización simbólica.

2. No al enriquecimiento injusto…

6. Si a la diferenciación según la gravedad del daño.

7. Si a la atención a las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario.

8. Si a la armonización de las reparaciones en casos semejantes…" (Mosset Iturraspe, J., Diez reglas para la cuantificación del daño moral, La Ley 1994-A-728).

Concretamente, considero que la suma fijada no armoniza con reparaciones dadas en casos similares y si bien en la materia cada caso es distinto, el monto concedido es dispar por alto.

No desconozco el inmenso sufrimiento que han generado las trágicas circunstancias de abandono de la niña recién nacida; pero debo ponderar que la suma fijada no guarda relación alguna con la establecidas en anteriores pronunciamientos por la muerte de un hijo de corta edad. A ello agrego la necesaria valoración de las extremas condiciones de abandono de la recién nacida y de la evolución de los precios en nuestra economía; en definitiva con base en estas premisas es que propicio la readecuación del monto indemnizatorio el que se establece en la suma de pesos doscientos mil.

- *Los intereses.*

En anteriores pronunciamientos (Sentencia Definitiva n° 17/13 CyC) ya hemos revisado la metodología adoptada por el juez de grado respecto al cálculo de intereses.

Entonces sostuve y reitero ahora que el cuestionamiento con sustento en la vulneración a las previsiones del artículo 623 del CC es atendible.

La incorporación de los intereses en el monto de la sentencia es extemporánea por prematura, en tanto autoriza la capitalización de los intereses en la etapa de ejecución –considerandos 21.1 y 21.8-; vulnerando de este modo las previsiones del artículo 623 del Código Civil.

Ello, en tanto la capitalización de los intereses en los procesos judiciales es de interpretación restrictiva, tal como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. CSJN, 24/3/92, LL 1992 D 252; ídem 2/2/93, LL 1993 D 177; y 28/02/2006, elDial.com - AA32DE, entre otros).

Por las razones expuestas, prospera el agravio debiendo ser revocado el cálculo de intereses

en la forma prevista en el fallo; y ordenando que la suma de capital devengará intereses desde el 19/02/1998 hasta su efectivo pago, a la misma tasa fijada en el fallo (activa del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días).

3. Costas y honorarios.

La solución que propongo, en tanto modificatoria del monto de condena, no tiene entidad para modificar la imposición de las costas; en cambio obliga a reajustar los honorarios fijados en la primera instancia.

A los fines de su reajuste, en primer lugar señalo que la ley arancelaria vigente, establece como regla la determinación de los honorarios en porcentuales (Art. 46 ley XIII, n°4); la modalidad de fijación de honorarios en jus sólo procede en el supuesto previsto por el Art. 6 bis, que obviamente no es el de autos en tanto existe monto de condena.

Partiendo de esta premisa rectora y teniendo presente las previsiones de los Art. 6 a 9, como así también la división en etapa del proceso se regulan los honorarios profesionales a favor de E. M. C., por su labor en la primera y segunda etapa en el 14% del monto del proceso al Dr. R. H. Á. por su labor en la segunda etapa del proceso en el 3.5% del monto del procedo y al Dr. L. M. P., a por su labor en la segunda etapa del proceso en el 3.5% del monto del proceso; a favor del Dr. F. M. R., patrocinante de la codemandada M. E. D. C., en el 8% del monto del proceso; a favor de los Dres. D. O. H. e I. A. M., apoderados de la codemandada Provincia del Chubut en el 11% del monto del proceso. Asimismo los de la licenciada en psicología C. F. M., en el 2% del monto

del proceso.

Las costas de esta instancia se imponen a la demandada vencida en lo sustancial.

El acogimiento parcial del recurso no alcanza para revertir la calidad de vencida en tanto se ha confirmado la procedencia del daño moral. Por lo demás el monto reclamado al promover la acción se sujetó a lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse y los intereses fueron pedidos del modo en que han sido ordenados en esta instancia –fs.241-. Estas circunstancias propias de la causa a la que se aduna la naturaleza del proceso autorizan la imposición de las costas en el modo propuesto.

Los honorarios se regularán de conformidad con las pautas generales previstas por el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de la escala específica del artículo 14 del mismo ordenamiento. En función de ello, propongo se fijen a favor del Dr. L. M. P. en el 30% calculado sobre los determinados a la totalidad de la representación letrada del actor en la anterior instancia y los de los Dres. I. M. y M. D. V., en forma conjunta en el 30% de los que le correspondan en la instancia de grado. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia N. Alonso dijo:

1°) Hacer lugar, en forma parcial al recurso de apelación interpuesto por la codemandada Provincia del Chubut.

2°) Revocar parcialmente el punto 1° de la parte resolutiva de la sentencia, fijando el monto de condena en la suma de pesos doscientos mil con más los intereses calculados desde el 19 de febrero de 1998

hasta su efectivo pago.

3°) Costas de esta instancia a la demandada.

4°) Regular los honorarios de primera y segunda instancia del modo propuesto.

5°) Tener presente la reserva del caso federal efectuada por la parte actora a fs. 766 vta.

6°) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

A la primera cuestión la Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

El Sr. juez de la instancia de grado admitió parcialmente la demanda y condenó solidariamente a las codemandadas M. E. D. C. y Pcia. del Chubut a pagar al Sr. F. D. L., la suma de siete millones doscientos setenta y dos mil trescientos sesenta y dos pesos con sesenta y siete ctvos. (7.272.362,67), en concepto de daño moral y gastos funerarios, en el plazo de diez días de notificada la presente, a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, hasta la cancelación.

Rechazó los ítems pérdida de chance y daño psicológico, imponiendo las costas a los co-demandados vencidos y regulando los honorarios.

La codemandada Pcia. del Chubut, apeló la decisión.

En primer lugar la abogada de la parte demandada, se agravia de la resolución adoptada por el a-quo respecto al daño moral, transcribiendo a continuación algunos párrafos de dicho fallo. Alega que la mala praxis de la co-demandada D. C., dependiente de su mandante, no causó la muerte de la menor careciendo de un resultado dañoso concreto, habida cuenta que el deceso de la paciente era prácticamente un hecho dado

la condición extrema en la que nació. Por dicha razón el Magistrado rechaza los reclamos indemnizatorios por "Daño Patrimonial" y "Pérdida de Chance", precisamente por considerar que no ha existido nexo de causalidad entre el daño invocado (muerte de la beba prematura) y el hecho ilícito (prestación médica prematura). Agrega que el a-quo incurre en una grave contradicción puesto que, apartándose de sus conclusiones precedentes, hace lugar al rubro, mandando a pagar una suma desorbitante a favor de la parte actora. En consecuencia, deja impugnada tal decisión del inferior, quien como lo señalara, ha incurrido en notoria contradicción, haciendo lugar al daño moral, siendo que la médica encartada no provocó la muerte de la víctima y es por ello que no corresponde la aplicación del Art. 1078 del CC, él que transcribe en la parte que entiende confirma su postura.

Agrega que el Estado Provincial no debe ser condenado al pago del rubro, toda vez que la presunta violación al deber de seguridad que se le atribuye (abandono del paciente), no ha sido la causa de su deceso.

Pide finalmente se revoque la condena imputada a su mandante.

El segundo agravio esta dirigido al rubro gastos de sepelio, toda vez que el Art. 1084 del Código Civil lo contempla solamente cuando el delito fuere de homicidio, en cuyo caso el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral. Que como lo han demostrado al fundar el agravio anterior, no ha existido el delito de homicidio, ya sea doloso o culposo, ni tampoco ha sido la actuación de la Dra. D.

C. la causante del fallecimiento puesto que, reitera una vez más, ha quedado firme la decisión del a-quo que desvincula ambos hechos: mala praxis médica y fallecimiento. Por lo que su mandante no debe responder por dichos gastos.

En tercer lugar cuestiona la extraña capitalización de intereses que dispone en su pronunciamiento. Que sin decirlo el a-quo ha establecido una suerte de anatocismo implícito, al capitalizar los intereses ya devengados y, sobre la suma resultante, manda pagar nuevos intereses. Vale decir, que hasta tanto no se encuentre firme la liquidación de deuda, y haya mora del condenado al pago, no pueden generarse intereses de los intereses. La decisión del a-quo, si bien no es clara, intenta forzar un anoticismo "ante tempos", sin respetar los pasos procesales propios de la liquidación, con su necesaria sustanciación. En consecuencia deja impugnado ese aspecto del fallo.

Finalmente sostiene que para el caso que el a-quo considerara la procedencia del rubro, pese a que la falta de la médica no provocó la muerte del paciente, deja formulada el agravio subsidiario y en tal sentido cuestiona el monto dinerario a que el a-quo asigna, la que reglón seguido considera excesiva, desproporcionada y violatoria de los precedentes jurisprudenciales. Que el Juez se aparta por completo de todos los antecedentes conocidos en el fuero y jurisdicción, donde no se registra ningún caso en el que se haya fijado semejante monto por daño moral. A continuación cita fallos, en tal sentido de la Sala B de esta misma Cámara y del Excmo. Superior Tribunal de Justicia.

A fojas 753/767 el abogado de la actora contesta lo agravios de la demandada, sosteniendo que los mismos no logran conmover el sólido pronunciamiento dictado por el a-quo y que se está ante un escrito que muy poco dice acerca de los fundamentos que tuvo en cuenta el sentenciante a la hora de resolver y dictar su fallo. Agrega que con argumentaciones meramente dialécticas y tergiversando gravemente los hechos probados pretende la Provincia del Chubut obviar la responsabilidad que le ocupa en el caso y de esa forma evitar abonar la indemnización por daño moral a que justamente fue condenada, olvidándose tal que A. A. nació con vida, la Dra. M. D. C. –dependiente de la Provincia- la supuso muerta y le dispensó el trato de un cadáver y durante cinco (5) horas la dejó abandonada en la sala de reanimación sin brindar ningún tipo de practica médica y por si ello fuera poco luego fue traslada a la morgue del Hospital Regional a 10 grados bajo cero donde permaneció por espacio de siete (7) horas. Agrega, que pretender que el actor, padre de A., no es damnificado directo y que por ello no tiene legitimación para reclamar el daño moral es de una irracionalidad tal que roza la locura. Lo irrazonable no es derecho. No es justicia y se pregunta si se habrá equivocado de lugar el actor hace 8 años cuando ocurrió al Tribunal en busca de justicia. Igualmente pregunta a este Tribunal, si se puede poner validamente en tela de juicio –nunca mejor usada la expresión- la existencia de daño moral en cabeza del padre. Luego en su extenso memorial transcribe párrafos precisos del fallo cuestionado por la demandada. Sostiene que de la reseña realizada surge con claridad la improcedencia del agravio en cuestión. De manera alguna puede

establecerse la cuantía de una reparación bajo el método de comparación, alejándose el juzgador de las características propias del caso particular. Finalmente pide por todo lo expuesto se rechacen los agravios con expresa imposición de costas. Deja planteada, para el hipotético e improbable supuesto de no receptar los argumentos vertidos por esa representación, planteada la inconstitucionalidad del Art. 1078 del Código Civil, con fundamento en los planteos doctrinarios y jurisprudenciales traídos a colación a lo largo del presente memorial de contestación de agravios. Hace reserva del caso federal y solicita se tenga por contestado los agravios, se rechace los mismos confirmando el pronunciamiento de primera instancia con costas, se tenga presente el subsidiario planteo de inconstitucionalidad y la reserva del caso federal.

Adelanto que he de coincidir con la decisión que adoptara mi colega, y con la abundante y dirimente jurisprudencia acercada. No obstante a fin de dar cumplimiento a la manda constitucional, emitiré el voto, toda vez que ya la Corte Pcial. y Nacional, a lo que siguieron los tribunales inferiores se han expedido sobre el alcance del Art. 1078 CC.

El Sr. Juez admite la culpa de la médica y del Hospital Regional, y ante la negligencia, debe responder al no haber atendido con prudencia y cuidado a la recién nacida, no así por la muerte. Y ello llega firme a esta instancia.

Es ante las conclusiones a las que ha arribado el sentenciante que el quejoso entiende que no corresponde indemnización del daño moral, a tenor de lo que dispone el Art. 1078 CC.

Olvida el apelante la evolución jurisprudencial y doctrinaria que ha sufrido el artículo en cuestión.

Ya en el año 1996 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo contencioso Administrativo, Sala III, en los autos "L.D: c. Estado Nacional y otros" siendo la víctima un desaparecido del proceso militar, sostuvo "Debe desestimarse el agravio referido a la falta de legitimación del actor para reclamar daño moral. Este tribunal ya se expidió en causa análoga in re "H." 31/3/92, a cuyos fundamentos cabe remitir en razón de brevedad (vide especialmente pto. VII), y en la que se decidió que el damnificado --en aquel caso padre de la desaparecida-- se encuentra legitimado para reclamar daño moral, dadas las especiales circunstancias de la causa, iguales a la presente, en que las víctimas no pueden presentarse a iniciar el pleito; lo que lleva a interpretar la norma del Art. 1078 del Cód. Civil) en concordancia con el sistema general de ese código. LEY 1996-C, 439 con nota de Agustín Gordillo. DJ 1996- 2, 156.

El fallo citado entre otros, por la Dra. Graciela B. Brito en "Responsabilidad Civil y Seguros". Año XIV, N° 12- Diciembre de 2012.Pág. 90 y sgtes, quien alude asimismo a la causa "Gómez Lucía y otro c. Transporte Ideal San Justo S.A. y otro" del 19 de febrero de 2008 donde se afirmó que resulta inconstitucional el Art. 1078 del CC.- En la misma obra Sabrina Berger comentando el fallo de la CNCiv, Sala J, 2012 del 4 de diciembre, "Soria, María Ester y otros c Gatti, Santiago Tomás y otros s/daños y perjuicios", que entendió se trata de un Leading case, señaló, que actualmente se brinda una comprensión

superior al valor del daño moral indirecto, ofreciendo mayor apoyo y derechos a quienes rodean al damnificado directo, los cuales sufren un daño propio que, en pos del principio de la reparación del daño, no puede ser soslayado.(Pág. 104 y sgte).

Con tales antecedentes y reitero, lo transcripto por la Sra. Juez preopinante es preciso determinar si lo que prevé el Art. 1078 del CC es un obstáculo insalvable para que el actor sea indemnizado por daño moral, y la respuesta surge de lo ya dicho.

Si bien en los autos A., N. B. y L., J. S. c/ G., R. y otro s/ Demanda indemnizatoria" no encontré razones para apartarme de los términos del Art. 1078 del CC en su 2° párrafo; un nuevo estudio del tema y la doctrina y jurisprudencia, me llevan a modificar el criterio.

El Art. 1078 del Código Civil, en lo que aquí interesa, establece que: "La acción por indemnización del daño moral sólo competerá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

Ha sostenido J.J. LAMBIAS en que el derecho a la reparación del agravio moral no es un derecho sucesorio, que se ejerza "iure hereditatis", sino que es un bien que se demanda por derecho propio y no en cuanto sucesor del muerto. Por ello, el autor sostiene que lo relevante es atender al carácter de pariente íntimo del difunto (conf. "CODIGO CIVIL Anotado", To. II "B" (Hechos Jurídicos)", pág. 328).

A su vez la Corte Suprema de Justicia de la Nación, interpretando el alcance de la norma, asignó a

los vocablos "herederos forzosos" un sentido que abarque a todos aquellos que son legitimarios con vocación eventual, aunque -de hecho- pudieran quedar desplazados de la sucesión por la concurrencia de otros herederos de mejor grado, comprensión que, por otra parte, se compadece con el carácter "iure proprio" de esta pretensión resarcitoria y, además, satisface la necesidad de evitar situaciones disvaliosas. Me remito entonces a la doctrina sentada por el más alto Tribunal de la Nación en el fallo "Gómez Orue de Gaete y otra c/ Pcia. de Bs.As." (9/12/93), reiterada en "Bustamante c/ Pcia.de Bs.As." (10/12/96).

"Además de invocar la doctrina de la Corte Suprema favorable a la postura que enarbolo; quiero dejar expresado que la misma no se aparta del texto del Art. 1078 del Código Civil, sino que procura extraer el verdadero sentido de las palabras "herederos forzosos" que utilizó el legislador. Por lo tanto, no es necesario aguardar a una reforma legislativa para que pueda reconocerse legitimación a los mismos. Por lo demás, sabido es que la Corte Suprema siempre ha sugerido una interpretación de las leyes de conformidad con la Constitución Nacional, pues la declaración de que una norma es incompatible con el texto fundamental se considera la "ultima ratio" del ordenamiento jurídico.

De todos modos, no es ocioso recordar que prestigiosos tribunales han directamente considerado inconstitucional a la norma en análisis al no contemplar supuestos como el de autos (ver, en tal sentido, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 16/05/2007, "C., L.A. y otra c/ Hospital General Manuel Belgrano s/ daños y perjuicios", pub. en LexisNexis

J.A. 2007-III-222 y Sala "F" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 24-08-2009, "Contreras Mamani y otros c/Muñoz s/daños y perjuicios"). R.S.P. y Otro c/ estado Nacional, Ministerio de Defensa, Fuerza Aérea Argentina s/ daños y Perjuicios" CNAC y C federal, Sala 2 .15/julio 2009.

No admito que pueda discutirse que el padre que perdió a su hija, luego de los acontecimientos previos a la muerte, y ante los padecimientos espirituales, pueda no ser considerado un "daminificado directo", de allí que entienda que se encuentra legitimada para requerir indemnización por daño moral, máxime reitero, teniendo en cuenta los indudables padecimientos que deben haber sufrido el padre de la criatura que si bien no se pueden dimensionar con exactitud si se pueden presumir, ante las vicisitudes por las cuales pasó su niña.

Admitida la legitimación del actor, es preciso determinar el monto indemnizatorio que le corresponde al Sr. L. por el daño sufrido, de lo que se ha dicho y lo comparto que la determinación de la indemnización por daño moral respectiva es de gran complejidad.

El daño moral es una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (conf. PIZARRO, Daniel, "Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho", pág. 36, cita extraída del fallo de la Sala III de este tribunal "in

re" 17/6/08, "G. y otros c/ C. A. S.A."). Asimismo en punto al monto del daño moral que dispusiera el sentenciante y que es motivo de agravio subsidiario, entiendo que el mismo resulta excesivo.

Matilde Zabala de González enseña "por su parte, cuando llega el momento de dictar sentencia, toda la sapiencia y prudencia que pueda tener el magistrado no le sirven realmente para fundar de una manera objetiva y controlable la justicia de escoger un determinado quantum indemnizatorio" (Daños a las personas, Integridad psicofísica, Edit. Hammurabi, 2°a, pág. 591) y agrega a fs. 599 de la obra y autora en estudio, al referirse a la insuficiencia de las pautas cualitativas objetivas "la tesitura resarcitoria que sustenta el principio de integridad o plenitud en la reparación del daño, de modo que, al menos en general, llega a una mayor amplitud y generosidad en los montos indemnizatorios", "la fijación de la cuantía de la indemnización del daño moral, es asunto actualmente librado a la personal apreciación y decisión del magistrado, sin más guía que su intuición al efecto de esclarecer la equidad de la suma indemnizatoria" (op. cit., Pág. 605).

Pero aún sopesando todas las circunstancias del caso, la suma a fijar debe ser justa, ya que a decir de la Dra. González " Cada juez pone en juego su personal sensibilidad para cuantificar la reparación; la cantidad de dinero necesaria para servir de compensación del daño es la que le sugiere, caso por caso, su particular apreciación y comprensión del dolor ajeno".

Y en atención a lo dicho es que coincido con el monto que fijara la Dra. Alonso con relación al rubro en tratamiento.

Con relación a los gastos de sepelio: Advierto que si bien el Sr. Juez detalló las razones por las cuales tal rubro era procedente, y las mismas son válidas, no merituó que más allá de tales parámetros debía partir de un requisito fundamental y sin el que la indemnización requerida no puede prosperar y es que el artículo 184 del CC dispone la obligación de pagar todos los gastos del funeral en caso de muerte, a decir de Zavala de González en glosa a este artículo en "Código Civil. 3A" Bueres Highon, el nudo del problema radica en el daño que deriva de la muerte y no en la calificación del hecho que conduce a la responsabilidad.

Es ante ello y que la responsabilidad endilgada a la codemandada D. C. surge "por no haber atendido a la recién nacida con prudencia y cuidado" y no por la muerte y como consecuencia de ello el quejoso incurrió en violación del deber de seguridad, y por ende responde conjuntamente con la Dra. D. C., el agravio debe prosperar.

Se queja de los intereses que fijara el sentenciante.

Se agravia el demandado en punto a lo resuelto por el sentenciante "Hasta su total cancelación, la suma condenada devengará la tasa de interés activa promedio mensual utilizada por el Banco de la Nación Argentina en las operaciones de descuento de documentos de terceros. A las fracciones del período mensual en curso se aplicará el promedio del mes anterior y liquidados desde el 19.02.1998, fecha del hecho hasta el 15-05-

2012, fecha de esta norma individual, más los intereses que se generen a partir de esa fecha a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, hasta su cancelación total y definitiva (art. 622 del CC.)-

La decisión del a quo en cuanto ordena aplicar la tasa activa del Banco Nación, será admitida, con la salvedad que el cálculo que efectúa vulnera lo establecido en el art. 623 del CC, ya que el anatocismo aún se encuentra restringido a aquellos casos previstos por la norma, es decir, por convenio expreso de las partes o bien cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase a pagar la suma que resultase y el deudor fuese moroso en hacerlo; en tal sentido cabe recordar que "Si bien la reforma es fundamental, pues vino a permitir el anatocismo antes prohibido, se ha observado, con todo, que ella autorizó los pactos de capitalización, dejando subsistentes los demás condicionamientos ante la ausencia del pacto, esto es, liquidación judicial de los intereses, intimación al deudor, y resistencia de este (cf. Bueres-Highton, "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", pág. 492, ed. 1998), en igual sentido CS, "Jucalán Forestal Agropecuaria SA c/ Provincia de Buenos Aires", LL-D-1992), criterio que ya mantuviera en SD 26/2000.

Pero en autos tales requisitos no se advierten, no obstante, el juez ha capitalizado intereses mensualmente para que estos devenguen, a su vez, nuevos intereses, arribando la suscripta a tal conclusión previo a efectuar los cálculos pertinentes, y es allí donde asiste razón al apelante y debe modificarse.

Y teniendo en cuenta tales consideraciones que son más que precisas entiendo que el monto que fijara la Dra. Alonso, es el que debe prosperar.

A dicha suma corresponde se adicionen los intereses desde la fecha del hecho dañoso 1° de febrero de 1998, hasta su total cancelación a la tasa activa del Banco Nación de la República Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días.-

Costas y honorarios por mandato legal, ante la modificación de la sentencia, deben adecuarse.

Las costas de la instancia de grado se mantendrán inalterables, al no encontrar motivo para apartarme del principio objetivo de la derrota.

Las de esta instancia, la modificación de los rubros solicitados, no impiden condenar en costas al apelante, toda vez que se ha admitido el daño moral, y el monto, como ya dijera resulta de medir el sufrimiento de otro lo que no siempre es coincidente, a lo que se agrega que ha sido el quejoso quien con su actitud ha provocado que se llegara a esta instancias luego de más de 5 años de tramitación, que la demanda se interpuso en lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse y tratándose de un juicio de naturaleza indemnizatoria en un proceso de daños como el presente las costas, no existiendo motivos fundados, son siempre a cargo del responsable del daño causado, sin perjuicio de no haber obtenido el actor la totalidad de lo peticionado.

Con relación a los honorarios regulados en ambas instancias teniendo presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen, las etapas y demás pautas de los artículos 5,6,7,9,y 14 de la ley de aranceles,

coincido y hago propia la regulación que efectuara la Sra. Juez preopinante.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts, dijo:

Comparte la fórmula decisoria de la Dra. Silvia Alonso de Ariet.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los Art. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Nélida Susana Melero no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1°) Hacer lugar, en forma parcial al recurso de apelación interpuesto por la codemandada Provincia del Chubut.

2°) Revocar parcialmente el punto 1° de la parte resolutiva de la sentencia, fijando el monto de condena en la suma de pesos doscientos mil con más los intereses calculados desde el 19 de febrero de 1998 hasta su efectivo pago.

3°) Costas de esta instancia a la demandada.

4°) Regular los honorarios de primera y segunda instancia del modo propuesto.

5°) Tener presente la reserva del caso federal efectuada por la parte actora a fs. 766 vta.

6°) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2013
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"