En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, reunida en acuerdo la

S. B de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Graciela Mercedes García Blanco, y asistencia del señor juez de Cámara Dr. R. Rubén Enrique Hayes y de la señora jueza de Cámara Dra. María Fernanda Zanatta, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"D. L. F., J. C. c/ A. E. S. M. COMODORO RIVADAVIA s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 335/18**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 460/14), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 748), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. María Fernanda Zanatta y Dr. R. Rubén Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 606/634vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por las partes, la aseguradora, contra la Sentencia Definitiva nro. 53/2017 del Juzgado Civil nro. 2 de la jurisdicción (fs. 606/634, fs. 635, fs. 636, fs. 659).

En la resolución en crisis, la señora jueza de refuerzo, en lo sustancial, hizo lugar parcialmente a la demanda incoada por J. C. D. L. F. y, en consecuencia, condenó a A. E. S. M. de Comodoro Rivadavia a abonarle la suma de $328.633,95; con más intereses devengados según tasa activa promedio del Banco de la Nación Argentina desde el 24 de julio de 2013.

Asimismo, extendió los efectos de la condena a la citada en garantía N. C. de S. S. A. y a los terceros Dres. H. A. S., E. O. T. y C. S..

Para decidir del modo en que lo hizo, la señora magistrada dijo que ambas partes son contestes en señalar que el día 24 de julio de 2013 el actor padeció una obstrucción esfágica; por la cual fue ingresado en el sanatorio de la demandada.

Allí se le practicó una radioscopía con líquido de contraste y luego una endoscopía para extraer un trozo de carne que quedó alojado en el esófago.

Dicha práctica terminó sin éxito y el actor debió ser internado en terapia intensiva en C. del V..

Ahora bien, mientras que la parte actora atribuye responsabilidad por lo ocurrido; la accionada lo rechaza por entender que lo acontecido fue consecuencia de los antecedentes patológicos del actor, los cuales habrían dificultado y prolongaron la intervención quirúrgica.

Así las cosas, luego de analizar los elementos probatorios reunidos, la sentenciante tuvo por probado que el actor no extendió consentimiento informado para que se lo someta a la práctica médica, que se omitió consignar en la historia clínica que sufrió un episodio de broncoaspiración del líquido de contraste y que por su sobrepeso, carácter de fumador crónico, diabético y con antecedentes de infarto agudo de miocardio y hernia diatal resultaba ser un paciente con grandes posibilidades de sufrir complicaciones.

Con base en lo anterior, la jueza *a quo* concluyó que los galenos intervinientes tenían un deber de mayor cuidado con respecto a un paciente como el actor, y que la inobservancia de tal deber provocó la neumonía química que configura la negligencia médica.

En consecuencia, consideró viable la atribución de responsabilidad.

A la hora de analizar los rubros pretendidos, se estimó una disminución total vital del 50%; la cual fue cuantificada en 268.633,95.

En concepto de daño moral, otorgó $50.000.

Por último, rechazó parcialmente la viabilidad del rubro daño patrimonial.

En lo que a los intereses se refiere, aplicó la tasa entes indicada.

Las costas fueron impuestas a los demandados solidariamente y se regularon honorarios.

A fs. 716/714 la parte actora expresa agravios; a efectos que este Tribunal modifique sustancialmente los guarismos de la reparación concedida; así como la cuantía y forma de regulación de los honorarios.

Sostiene la parte que la intervención fallida de los galenos alteró el proyecto vital del accionante y lo hizo para el resto de lo que le queda de vida; plazo que el recurrente entiende disminuido como efecto de la mala práctica.

Asimismo, entiende que el rubro daño moral fue devaluado por la sentenciante.

Alega el interesado que las minusvalías preexistentes al acto médico dañoso no deben ser consideradas en perjuicio de la víctima de acto médico fallido, toda vez que –dice- el resultado de la intervención las ha potenciado en su perjuicio.

Luego, afirma que la señora jueza, al imponer una supuesta minusvalía del 15% de la capacidad vital total, cuando solo la psíquica sería del 20%, no habría hecho otra cosa que omitir la incidencia que la intervención médica habría tenido en el deterioro del actor.

En lo que al daño patrimonial se refiere, postula que el accionante debió optar por la jubilación; en lugar de continuar desarrollando su actividad laboral.

Respecto de la relación entre el hecho dañoso acaecido y las patologías preexistentes del actor, se dice que jurídica y fenomenológicamente, dolencias precedentes no son causa de las consecuencias de la aspiración de bario; puesto que estas obedecerían a la falta de cuidado en la preservación de las vías aéreas en la oportunidad de la intervención.

Párrafo aparta es dedicado a cuestionar el modo en el cual la jueza a quo aplicó al nuevo Código Civil al caso. La recurrente entiende que el nuevo ordenamiento debe ser aplicado en su conjunto y no en forma parcial según los rubros que conforman la indemnización.

A tenor del cálculo que practica, entiende que la reparación del daño debe ser aumentada a $537.267,90.

Con fundamento en los padecimientos sufrido y alteración sufrida en su persona, el actor solicita que el monto reconocido por daño moral sea elevado a $150.000.

Por último, solicita la capitalización de los intereses; a tenor de lo normado en el artículo 770 y 772 del Código Civil y Comercial.

A fs. 725/728 la demandada A. E. S. M. de Comodoro Rivadavia expresa los agravios que la sentencia le causa.

En el primer planteo, se afirma que la magistrada de la instancia precedente desnaturalizó la pericia médica de autos y se habría alejado completamente de lo que esta determinó.

Afirma que aquello que complicó el desarrollo de la práctica médica fueron las patologías preexistentes del actor y no el accionar de los médicos.

Añade que los médicos cumplieron con los procedimientos a seguir ante un paciente con las características de actor.

Con base en lo anterior, entiende que si no se cuestionó el accionar médico respecto de la radioscopía, mal puede posteriormente hacérselo por la utilización del bario.

Por estos argumentos, solicita que la sentencia sea revocada.

En segundo lugar, la demandada se agravio de la circunstancia de haber la jueza a quo utilizado la fórmula matemática que la actora cuantificó el daño en la demanda.

Para fundar dicha afirmación dice que no corresponde resarcir un daño directo y probado sino la pérdida de chance.

Asimismo, cuestiona que se haya tomado para la integración de la fórmula matemática la edad promedio de 75 años y no, el plazo en que el actor razonablemente podría haber continuado con actividades productivas.

De este modo, postula la utilización de la edad de acceso a la jubilación; es decir, 65 años.

Por último, solicita que las costas de la citación de los terceros sean impuestas en el orden causado.

En tercer lugar, a fs. 733/736 expresa agravios la citada en garantía; a efectos que la sentencia en crisis sea revocada.

En primer lugar, se agravia por entender que la etiología del enfisema pulmonar no es la aspiración de contenido gástrico; puesto que esta produce neumonitis y edema pulmonar. Mientras que el enfisema es causado por el tabaquismo crónico.

En segundo lugar, dice que el perito no pudo cuantificar la incapacidad del actor por carecer de información necesaria; de allí, que la decisión de la jueza a quo no se encontraría justificada por elementos objetivos y certeros.

Siguiendo esta línea argumental, dice que es incorrecto que la incapacidad física del actor sea consecuencia de la aspiración de bario; puesto que la causa de la dolencia sería el tabaquismo crónico.

Luego, la demandada se agravia por el daño moral; por considerar que el importe otorgado carece de fundamento y basamento.

Por último, la parte se agravia de la tasa de interés.

Con fundamento en entender que el presente resulta ser un caso de responsabilidad contractual, el curso de los intereses debiera de comenzar a correr –dice- desde la constitución en mora por el traslado de la demanda y no desde la fecha del hecho.

Asimismo, solicita que se aplique la tasa de interés pasiva.

A fs. 739/741 y 743/744 vta. la parte actora contesta los traslados de las expresiones de agravios.

En primer lugar, el actor dice que según la atestación escrita en el protocolo quirúrgico, el accionante habría sido intubado; lo cual, explica, en caso de haberse ejecutado bien habría impedido la aspiración de líquido de contraste y de contraste.

En estos términos, los líquidos ácidos y nocivos para las vías aéreas del actor habrían sido aspirados por ausencia de adecuada protección.

En lo que a la diligencia del personal médico se refiere, el actor dice que el bocado atascado se fue solo con un vaso de agua en la C. del V.; por lo cual, dice que la práctica médica tuvo por finalidad percibir la suma de $10.000.

Luego, rechaza la pretensión de que se vea revocado el modo en el cual fueron impuestas las costas de la citación de los terceros.

Respecto de la edad que debe utilizarse para la confección de la fórmula, el actor aludo de jurisprudencia de la Corte Suprema que avalaría el polinomio denominado “Vuotto II”.

En la segunda pieza se contestan los agravios de la citada en garantía.

En respuesta al primer agravio, la actora expone su análisis de la relación de causalidad; y en lo que al segundo se refiere, invoca el artículo 165 del Código Procesal.

Al agravio relativo a la cuantía del rubor daño moral, lo replica alegando sobre su monto exiguo.

Por último, contesta el agravio relativo a la tasa de interés.

Análisis:

Cuestiones de buen orden metodológico aconsejan formular una serie de aclaraciones preliminares; de modo tal que quede precisado cuáles son los puntos a resolver.

La primera cuestión que el Tribunal está llamado a resolver es el relativo al nexo de causalidad; eso es, si el daño por el cual el actor reclama es consecuencia de lo acontecido en oportunidad de la práctica médica cuestionada o no.

En el supuesto de tener tal interrogante respuesta afirmativa, debe dilucidarse cuál es la relación –de existir- entre el cuadro preexistente del accionante y el actual; y de que modo incidió entre uno y otro lo ocurrido en el sanatorio de la accionada.

El esclarecimiento de los puntos anteriores, es aquello que permitirá determinar si los rubros indemnizatorios se encuentran correctamente concedidos o denegados y si los montos se ajustan a los hechos probados de la causa. Por lo cual abordaré en forma conjunta los agravios de las partes, recordando que los jueces no están obligados a seguir todas las alegaciones de las partes sino aquellas que sean conducentes a la solución del conflicto (CSJN fallos 272:225, 274:113 entre otros).

Por último, he de decir que en atención a lo resuelto a fs. 666 el recurso de apelación interpuesto por el letrado de la parte actora en relación a su regulación de honorarios deviene formalmente inadmisible.

La sentencia de grado determinó la existencia de nexo causal entre la actuación de los galenos que atendieron al actor y el resultado dañoso producido.

Consideró la magistrada que "el Sr. D. L. F., ingresó al quirófano de la demandada siendo un paciente con sobrepeso, fumador crónico, diabético, con un antecedente de infarto agudo de miocardio y con una hernia hiatal, todo lo cual la endoscopia digestiva, en un paciente como él, no se presentaba como un acto médico sencillo sino con grandes posibilidades de sufrir complicaciones, que es lo que en los hechos aconteció, pues su hernia hiatal influyó en la dificultad de extracción del bolo alimenticio que en definitiva no se pudo extraer y, en cuanto a los espasmos y

regurgitación, al ser un paciente que ingresó a quirófano con anestesia general al que se la había suministrado líquido de contraste que aún permanecía en su organismo, epilogaron en la broncoaspiración química -por bario- que impregnó y tatuó de por vida su pulmón izquierdo.

Habiendo analizado en forma detallada el colecto probatorio, concluyó que la concurrencia de los dos factores relacionados con los antecedentes patológicos del actor y la falta de toma de medidas por parte de los médicos, sumado a la ausencia total de consentimiento informado y las omisiones en la historia clínica, la llevaron al convencimiento que los galenos intervinientes tenían un deber de mayor cuidado con respecto a un paciente como el actor, y que la inobservancia de tal deber provocó la neumonía química del Sr. De la F., que configura en el caso la negligencia médica por parte de los galenos citados como terceros en directa relación de causalidad con el daño sufrido por el actor -paciente-.

La demandada denuncia el apartamiento de la prueba pericial por parte de la magistrada y sostiene con énfasis que de la pericia médica surge claramente que las patologías de fumador crónico, obesidad, hernia hiatal, diabetes tipo II que presentaba el actor fueron las que provocaron las dificultades al momento de la intervención quirúrgica, no así el accionar de los médicos de la demandada, quienes actuaron conforme lo indican los protocolos para estos casos.

La citada en garantía por su parte, refuta que el diagnóstico del actor sea producto de la aspiración de bario y sostiene con énfasis que las aspiraciones de contenido gástrico produce neumonitis y edema pulmonarque se resuelven como en el caso del actor-, y el enfisema se produce como consecuencia del tabaquismo.

Atento la relación existente entre los agravios expuestos los trataré conjuntamente.

El agravio de la demandada recurrente en principio parte de suponer erróneamente que el concepto jurídico de causa es idéntico a la noción física. "El derecho recurre a la causalidad para resolver un problema de responsabilidad, por lo tanto no interesa el problema filosófico o científico sino el dilema práctico de determinar hasta donde quiere la ley que los hombres respondan por sus actos. (…) "Cuando el juez recurre al auxilio de peritos no debe aceptar sus conclusiones como excluyentes para reconstruir la relación causal sino que debe él mismo conceptuarla en base a aquellos datos compaginados con los que aporte su propia observación (adecuación al relativismo dimensional) y con el recorte que produce la noción de lo justo ("La empresa Medica", R. Luis Lorenzetti, Tomo II, Rubinzal Culzoni, pág. 116/117).

Justamente es la labor a la que la juzgadora se abocó realizando un pormenorizado análisis tanto de la pericia como de las restantes pruebas aportadas.

Entiendo que no existió el apartamiento denunciado, sino que tal pericia que fue meritada a partir de un análisis integral de sus consideraciones.

La conclusión de tal análisis –las patologías preexistentes ameritaban un mayor deber de cuidado- sumado a la omisión de realizar el consentimiento informado; y probado que la historia clínica presenta serias deficiencias -fundamentos de suma importancia para la resolución de la causa que no han sido rebatidos a través del memorial de ninguna de las dos partes recurrentes- me llevan a coincidir con el razonamiento efectuado en la sentencia de grado, y adelanto que he confirmar la sentencia en este punto.

Quedó demostrado en autos que en la historia clínica no fue asentada la ingesta del bario, y tampoco el episodio de broncoaspiración del paciente sucedido en el transcurso de la práctica médica realizada por el gastroenterólogo, y como claramente expuso la magistrada no consta en autos "qué maniobras realizaron tanto el anestesista como el médico gastroenterólogo que lo

operó, para evitar la broncoaspiración y ante tal acontecimiento, qué maniobras se realizaron;(…)solo se consignó que se interrumpió la operación por la hernia hiatal que dificultó extraer el bolo alimenticio", dichas omisiones no pueden ser juzgadas a favor de los galenos, más bien constituyen presunciones que favorecen la versión del paciente hoy actor.

Es que, "aunque la historia clínica no pudiera considerarse nunca como prueba definitiva de falta de culpa del galeno (por aplicación de antiguo brocárdico "nemo propria manu sibi debi torem adscripbit"), cuando ella exhibe falencias, no solo no puede considerársela prueba en su favor, sino que constituye presunción en su contra (voto de la mayoría del Dr. Pettigiani al que adhirieron los Dres. De Lázzari, Negri y Hitters.) 109743 - "B., R. W. y otra vs. Sanatorio Privado María Mater S.C.A. s. Daños y perjuicios" - SCJ, Buenos Aires; 16/07/2014; Boletín de Jurisprudencia de la SCJ de Buenos Aires (Dr. Jorge M. Galdós); Ac. 97750; RC J 8006/14.

Más aún, he de recordar que desde el punto de vista procesal, la Historia Clínica participa de los caracteres de la prueba documental simultáneamente con los de la prueba informativa desde que queda un registro de ella en los archivos médico-asistenciales. Es un registro de hechos biológicos y médico asistenciales que interesan al paciente y un exponente de la calidad de la atención recibida. Precisamente para determinar cuál ha sido la calidad de la atención bridada le son aplicables por vía de analogía los principios de técnica documental que impone el Código de Comercio sobre el modo de llevar los libros. Y aquí es importante señalar que estaría prohibido alterar los asientos o registros, dejar blancos que posibiliten insertar un texto extemporáneo, hacer interlineaciones o enmiendas sin salvarlas mediante un nuevo asiento, tachar algún registro, arrancar o mutilar hojas o modificar la foliatura. La comprobación de algunos de estos vicios debería constituir una presunción en contra del establecimiento, en tanto dichos vicios dificultan la

reconstrucción de los hechos clínicos en discusión. Otros indicios que conspiran contra el ente asistencial o los médicos son el desorden y la desprolijidad, la ilegibilidad y las omisiones que más que un descuido crean la presunción que el ocultamiento de datos se debe a la presencia de un daño cierto, indudablemente vinculado a las falencias del registro. Las irregularidades que se detectan en una historia clínica deben ser objeto de un intenso análisis pues son ellas las que dificultan la efectiva auditoría sobre la calidad de la prestación. Finalmente en lo que se refiere a la propiedad de la historia clínica, su contenido (la información que la conforma) pertenece tanto al médico o establecimiento como al paciente, y en el caso de este último por la simple razón de ser parte de su propio patrimonio histórico-personal" (confr. Costa, Enzo Fernando - "La historia clínica: su naturaleza y trascendencia en los juicios de mala praxis"; Rev. El Derecho, del 15/7/96).

Así las cosas, la demandada y la citada en garantía recurrentes no lograron probar que la causa del diagnóstico médico del actor fueran sus antecedentes preexistentes o alguno de ellos, -el tabaquismo-, y los agravios esbozados, no logran conmover el razonamiento efectuado por la magistrada de grado, pues no evidencian el error en el que habría incurrido. No obstante, tales antecedentes serán considerados a la hora de resolver respecto de la extensión del daño, en tanto el colecto probatorio da cuenta de su real existencia.

Me permito destacar que "en materia de responsabilidad profesional médica, hay que tener presente que, cuando esta en juego la vida o la salud de un ser humano, la menor imprudencia, el descuido o la negligencia mas leve, adquieren una dimensión especial que les confiere singular gravedad (CN. Civ, sala e, in re "a. F. Y otro c/ gobierno de la ciudad de Buenos Aires", del 17.9.01, y doctrina allí citada).

Por ello, todo lo expuesto fue lo que tornó viable la atribución de responsabilidad de la A. E. S. M. de

Comodoro Rivadavia. Es que, probada la culpa de los médicos, emerge su deber de seguridad en los términos del art. 504 del Código Civil. Se rechazan los agravios de la demandada y aseguradora.

II. Como consecuencia de lo resuelto he de tratar a continuación lo referente a los rubros indemnizatorios, teniendo presente que los guarismos de la reparación y su cuantía, han sido motivo de agravio de las partes y la citada en garantía por los argumentos contrapuestos que exponen.

Sabido es, que conforme lo dispuesto por el art. 167 del C.P. los jueces deben fijar el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, atendiendo a las reglas de la sana crítica, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto.

A los fines de juzgar la razonabilidad de las sumas reconocidas en la anterior instancia, en forma liminar aclaro que considero que si bien las formulas matemáticas no proveen necesariamente la justicia de la reparación, ni eliminan por completo la discrecionalidad, contribuyen a reducir el margen de arbitrariedad que podría subyacer a la determinación de las indemnizaciones.

Las partes han cuestionado la decisión de la señora jueza a quo en cuanto a la indemnización fijada para el daño en la salud.

Ha de tenerse presente que en autos, la valoración de este rubro requiere de suma prudencia, pues si bien por un lado el daño está probado; no se ha acreditado específicamente como impactó la broncoaspiración en la salud del actor, es decir la magnitud, en tanto para ello por un lado debieron de haberse practicado estudios clínicos que no se realizaron; y por otro, la pericia psicológica tampoco fue practicada.

La finalidad de la actividad probatoria es crear la convicción del órgano jurisdiccional sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes en su correspondiente oportunidad procesal, lo

que no ocurrió en la especie, que son motivo de discusión y que no están exentos de prueba. Como he dicho en muchas oportunidades, la carga de la prueba señala a quien corresponde evitar que le falte la prueba de cierto hecho para no sufrir sus efectos perjudiciales. La carga no significa obligación de probar, sino que implica estar a las consecuencias que la prueba se produzca o no, ya que en virtud del principio de comunidad procesal, el material probatorio incorporado surte todos sus efectos quienquiera que los haya suministrados (Devis Echandía "Teoría de la prueba judicial", t.I pág. 426, Bs. As.70, Sentis Melendo, S. "Teoría y práctica del proceso", t.III, pág. 200, Bs.As.). En consecuencia, la actividad probatoria no supone ningún derecho del adversario sino un imperativo del propio interés de cada parte. Es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no acredita los hechos que invoca como fundamento de su derecho, pierde el pleito (Couture, Eduardo, "Fundamentos del derecho procesal Civil", pág. 42).

Frente al déficit probatorio señalado, la jueza de grado utilizó un dato objetivo que emerge del estudio médico realizado al actor, -tomografía computada que se le practicó al Sr. De la F. el día 26 de julio de 2013 (fs. 373) y determinó el porcentaje de incapacidad del actor siguiendo la Tabla de Evaluación de Incapacidades Laborales establecida en el decreto 658/96 como parámetro indicador para dificultades respiratorias Estadio II, pero consideró acertadamente que el total del deterioro del estado de salud del Sr. De la F. no obedece la negligencia médica de los galenos actuantes, por ello es que no utilizó el tope del baremo -30%-, sino que lo redujo prudencialmente a la mitad para obtener como parámetro un porcentaje del 15%.

Es que coincido con la magistrada de grado en cuanto a que resulta insoslayable ponderar los antecedentes patológicos que se encuentran acreditados en autos, toda vez que si bien la indemnización debe atender al principio de reparación integral, no debe importar un

lucro indebido para quien la recibe, y tampoco debe redundar en desmedro del responsable. Y demostrado está que el actor no contaba previamente con un estado de salud óptimo, justamente, por ello es que el deber de cuidado de los médicos era mayor tal fue ponderado.

Como es sabido, a la hora de fijar la indemnización de un daño a la persona, este no solo abarca las actividades laborales, sino también las demás como las sociales, deportivas, etc., tema sostenido reiteradamente por este cuerpo que integro y la jurisprudencia en orden nacional.

Entiendo que a tales efectos debe valorarse la "vida probable" del actor, y no su vida útil laboral como pretende la demandada, teniendo en cuenta además que el actor de autos se encuentra jubilado.

En el mismo sentido, se explicita que 'El poder cumplir en plenitud actividades vitales, así no sean laborales o no reditúen beneficios dinerarios, tiene un significado económico: la posibilidad de subir a un ómnibus, de conducir un vehículo, de higienizarse personalmente, de limpiar un piso o lavar un automotor, de realizar trámites o pagar impuestos, de cumplir en fin cualquier tarea cotidiana con libertad tienen también un significado económico. Es veraz que la víctima ya no tenía potencialidad productiva (por su edad y estado físico) y, sin embargo, ve aminorada su capacidad vital. Razonó que, ni la jubilación ni la edad avanzada constituyen per se el cese automático de la productividad de un sujeto, de modo que nada dicen respecto del tópico en análisis.

Así se ha sostenido que el cobro de una jubilación únicamente trasunta la obtención de beneficios previsionales al cabo de ciertos años de servicios y determinada edad, pero no significa que la 'vida útil' de la persona no pueda volcarse a otros ámbitos diferentes de la anterior ocupación laboral, apuntando en que la realidad demuestra numerosos supuestos en que se sigue trabajando más allá de la teórica 'edad laborativa', así como el desenvolvimiento de actividades

de algún modo útiles y productivas fuera de la órbita de las retribuidas o rentables dinerariamente’. Sentado ello, resulta útil recordar que la incapacidad física ha sido clasificada por autorizada doctrina en: laborativa (la que atiende estrictamente al ámbito productivo) y vital o amplia (proyectada a las restantes actividades o facetas de la existencia de la persona).

En resumidas cuentas, la incapacidad física muestra dos rostros: uno, que se traduce en la minoración de las posibilidades de ganancias connatural con el ser humano en el empleo de sus energías; y otro, relacionado con las restantes actividades de la persona, disminuida por una incapacidad son independientes de la existencia de una incapacidad laboral o de cualquier tipo que, en consecuencia,puede o no concurrir con el menoscabo de algún aspecto de la personalidad integra.

Por ello, la incapacidad es resarcible –a título de daño patrimonial- no sólo en su faz laborativa sino también en su aspecto vital. Es decir, la incapacidad apreciable patrimonialmente no es sólo la directamente productiva, sino que también debe apreciarse –aunque se lo aprecie de manera mediata- el valor material de la vida humana y de su plenitud. Y es que, la incapacidad padecida aunque no acarree una directa ‘merma de ingresos’, sin dudas provoca una clara ‘insuficiencia material’ para desenvolverse por sí y realizar actividades ‘útiles’, lo que tiene una indudable proyección económica que merece ser reparada. Por ello coincido con la jueza de grado y confirmo el monto calculado y no encuentro en los memoriales de agravios argumentos que enerven el razonamiento y la conclusión. Por ello el daño por el ítem será de $268.633,95. Como la jueza de primera instancia utilizó para el calculo valores a la fecha del evento dañoso, es decir julio 2013, los intereses se computan a la tasa dispuesta a partir del 24 de julio de dicho año y hasta el efectivo pago.

Como no fue materia de agravios se mantiene la condena por el daño patrimonial de $10.000 por los

gastos del actor también con los intereses al momento del evento dañoso.

En cuanto al daño moral, recuerdo que nunca resulta fácil traducir en una suma de dinero la valoración de este rubro pues sólo la víctima puede saber cuánto sufrió al estar en juego sus vivencias personales.

En el particular, la jueza de grado lo estimó en la suma de $50.000, suma que consideró adecuada, y adelanto no comparto por exigua.

De la Historia Clínica resulta que el actor estuvo internado del 24 de julio de 2013 al 25 del mismo mes y año en La española y el 25/7/13 en C. del V. terapia intensiva 48hs. y sala común hasta el 2 de agosto 2013.

Resulta evidente que el hecho lesivo de autos ha provocado en el actor considerables padecimientos espirituales, fundamentalmente angustia por no poder desarrollar sus actividades habituales y sociales, el verse físicamente disminuido, impedido durante ese periodo prolongado de internación, en general, un cúmulo de sensaciones disvaliosas que han alterado negativamente su espíritu.

Sobre esta indemnización, la jurisprudencia sostiene que "para apreciar si el daño moral está probado, previamente hay que discernir si el acontecimiento que lo ha generado tiene la virtualidad para provocarlo, de acuerdo con el curso normal y habitual de las cosas, pues si el caso encuadra en tal situación, no existe necesidad de prueba, quedando suplida por la aplicación de máximas de experiencia del propio juez o por su calificación como 'hecho notorio'" (C.Civ. Com., Mar del Plata, S. II, 12-08-03, El Derecho, 206-81) (Citado por Matilde Zavala de G., Doctrina Judicial – Solución de Casos, Tomo 7, Alveroni ed., 2010, pág. 81).

Se señaló en el mismo sentido Bustamante Alsina: "Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho y las cualidades morales de la víctima para establecer

objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto. No creemos que el agravio moral deba ser objeto de prueba directa, pues ello resulta absolutamente imposible por la índole del mismo que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser de auténtica expresión" (*cf*. Bustamante Alsina, J. "Equitativa evaluación del daño no mensurable", LL, 1.990-A-655. En este sentido, Rezzónico, J. nota a fallo, JA, 28.02.67, p. 1; Morello, A. "Indemnización del daño contractual", p. 207, T. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.967; Arazi, R. "Prueba del Daño Moral", p. 105, Revista de Derecho de Daños, N° VI, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1.999, entre muchos otros). Asimismo, destaca Léon: "La prueba es imposible, pues estamos hablando de fenómenos de orden espiritual. Pero tampoco es necesaria. Es de aplicación a este problema el principio de las presunciones. La ley presume que el agravio se ha producido, teniendo en cuenta la índole del hecho generador. Continuando con el pensamiento del jurisconsulto italiano Ferrini…si el demandante se presenta a reclamar la reparación del agravio que es susceptible de ser sufrido, en vista del hecho dañoso, por la generalidad, el agravio es reparable"(*cf*. León, P. "El agravio moral. Su indemnización en el Código Civil Argentino", p.36, Córdoba, 1.926). Zavala de G. enseña que en tal situación "…nadie sostiene que la prueba del daño moral debe versar sobre lágrimas vertidas, ni que se requiera un peritaje psicológico para acreditar la efectiva alteración espiritual del afectado. Es decir, por propia naturaleza de aquel, es especialmente idónea una evaluación presuncional: a partir de contextos fácticos que permitan inferirlo, acordes con patrones de regularidad y normalidad de la vida…" (*cf*. Zavala de G., M. "El proceso de daños y estrategias defensivas", p. 241, Juris, Rosario, 2006).

Comparto plenamente tales consideraciones. En materia de daño moral no siempre es posible producir una

prueba directa sobre el perjuicio causado, pues la índole espiritual y la subjetividad del menoscabo suele ser insusceptibles de tal forma de acreditación y, en el caso de autos, no se requieren mayores pruebas para saber que las circunstancias vividas por la actora llevan a cualquier persona a sufrir alteraciones espirituales y afectivas que deben ser indemnizadas. Es que resulta claro que toda persona, a pesar del mayor o menor grado de sensibilidad que la pueda caracterizar, sufre daño espiritual si sufre una lesión como la de los presentes autos que lo obligaron a estar internado, que ha quedado con una disfunción que fue probado en cuanto a su capacidad respiratoria, su capacidad en general de disfrute. Resulta evidente que el actor debió padecer dolores, no solo por la lesión producida al momento de la intervención o practica medica, sino por la posterior internación y tratamiento de recuperación, sumado a las incomodidades, molestias y dificultades para la autosuficiencia.

No debo olvidar la extrema dificultad que presenta el juzgador en la estimación de este rubro, pues tratándose de vivencias personales, no puede saberse con certeza cuánto sufrió el damnificado a raíz del suceso, ni la repercusión en sus sentimientos que fueron consecuencia de dicho evento, pero en el supuesto de autos resulta claro que existió un daño de consideración. En consecuencia, corresponde confirmar el rubro reclamado en cuanto a su procedencia y con respecto a su la cuantificación del daño, dejando salvada la aclaración de que siempre resulta difícil la cuantificación del daño moral, y no es este caso una excepción.

Habiendo entrado en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual denomina al daño moral “consecuencias no patrimoniales”, corresponde tomar en cuenta el nuevo parámetro para la cuantificación de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales fijado en el art. 1741 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación vigente el cual expresa que: “El

monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas". Dicha norma resulta de aplicación a los presentes autos debido a que la cuantificación del daño debe efectuarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina su medida o extensión. Es que, como bien ha señalado Jorge Galdós "…la determinación del quantum del daño se efectúa en el momento de la sentencia por lo que a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código para la cuantificación del daño se deben acudir a las pautas del nuevo Código. Así para el daño moral corresponde aplicar el art. 1741 "ultima parte"" (GALDÓS, Jorge Mario; "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", Publicado en: LA LEY 16/11/2015, 3). Explica el autor que en la sentencia declarativa de responsabilidad, se efectúan dos operaciones o etapas: una, mediante la cual se determina el contenido del daño, que abarca lo relativo a la existencia, entidad y oscilaciones que haya podido tener o que previsiblemente pueda tener el daño, y otra, en la cual se determina el valor o cuantía del daño, es decir, se define su entidad económica o su significación pecuniaria, operación que se efectúa al momento de la sentencia de condena. - A nuestro modo de entender, la primera de estas operaciones se rige por la normativa vigente al momento en que se produjo el daño o el mismo se tornó previsible, mientras que la segunda, tal como lo afirma el autor, se rige por el derecho vigente al momento del dictado de la sentencia. Afirma Galdós que esto último se funda en varias razones: "En primer lugar porque no procede apartarse del principio general de que la medida del daño que no esté cristalizado en el momento de su producción (es decir el momento del incumplimiento de la obligación o de la violación del deber general de no dañar a otro, art. 1716 CCCN) corresponde que se determine, por regla, en la etapa en la que el juez lo liquida en la sentencia; es decir al momento de la sentencia liquidatoria (DE CUPIS Adriano "EL Daño. Teoría general de la

responsabilidad civil", Ed. Bosch, Barcelona, 1975, p. 377), que es la oportunidad de estimación de los valores considerando las variaciones del daño (ZANNONI Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil", ed. Astrea, Bs. As., 2005, p. 306). En suma: en materia de a valuación, cuantificación o determinación de la medida del daño, esto es de su quantum, siempre rige el Código Civil y Comercial porque constituye el derecho vigente en el momento de dictarse la sentencia de condena (art. 7 CCyC). –

En consecuencia, siendo que la cuantificación de este rubro se efectúa mediante la presente resolución, momento en el que se encuentra vigente el Código Civil y Comercial de la Nación, corresponde su aplicación para la operación de cuantificación. Como segundo argumento, señala Galdós que, resulta aplicable el nuevo Código debido a que "…la obligación resarcitoria constituye una deuda de valor, categoría prevista en el art. 772 CCyC que dispone expresamente que "si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda ...". Sobre el tema en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en Octubre de 2015 se estableció que "Deben encuadrarse como obligaciones de valor las indemnizaciones de daños…". Finalmente, agrega que "Además también puede sostenerse que la cuantificación del daño corresponde a una "consecuencia" de la relación jurídica en la medida que no se haya consumado. En tal sentido afirma Zavala de G. que "determinar el valor del daño es definir su entidad económica o significación pecuniaria a fin de precisar la medida justa en que debe ser indemnizado; y al indagar sobre su valor, nos traslada a la consecuencia jurídica; el resultado preparatorio" (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños" 2da Daños a las personas (integridad psicofísica), Ed. Hammurabi-J. Luis Depalma Editor, p. 473)". Comparto ampliamente las citas transcriptas. A su vez, cabe señalar que, aun en caso

de que se considerase que corresponde la aplicación del Código Civil derogado, de igual modo correspondería la aplicación del art. 1741 in fine del CCCN pues, siendo que aquel ordenamiento carece de disposición alguna que establezca el modo en que debe cuantificarse el daño moral, la nueva normativa opera como doctrina interpretativa. El silencio normativo del Código Civil derogado respecto de esta cuestión, implica una inexistencia de conflicto normativo y una vigencia plena del Principio de Aplicación Inmediata del nuevo Código emanado del art. 7 del CCyCN. Este nuevo criterio para la cuantificación del daño moral, ha sido utilizado del siguiente modo por la jurisprudencia: "…atendiendo a la naturaleza del daño moral, que relativiza la función reparadora del dinero, única jurídicamente posible, necesariamente debemos ponderar la aptitud adquisitiva de un monto determinado, como medio de acceso a bienes o servicios, materiales o espirituales (tesis de los "placeres compensatorios"), que conduce a otorgar una suma que según el prudente criterio del juzgador, resulte suficiente para causar a la víctima una satisfacción que opere como una suerte de contrapeso por el menoscabo espiritual padecido. Así lo entiende la Dra. Matilde Zavala de G., quien sostiene que en tanto "no es factible establecer una ecuación entre dolor e indemnización, debe introducirse un tercer término: el valor de los bienes elegidos al efecto del consuelo... que conduce a la indagación de los "bienes o servicios sustitutos del daño moral" con cuyo ingreso se procura causar una satisfacción que opere como una suerte de contrapeso por el menoscabo espiritual padecido" ("Cuánto por daño moral" ya citado)" (C.Ap.CC y Cont. Adm. de 1° Nom. Río Cuarto; "Cruseño, María Fernanda c. Abel Bonacci s/ daños y perjuicios", Expte. 442977, 13/02/2012, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/1331/2012). De este modo "Se busca en cambio dar al damnificado medios para paliar los efectos del dolor; dotarlo, en fin, de capacidad económica para acceder a algún deleite que mitigue la tristeza, como una suerte

de precio sí, mas de "pretium consolationis". Es que si "la delectación es un remedio para mitigar toda tristeza, cualquiera sea su procedencia" y tal delectación tiene por causa las actividades connaturales no impedidas (Santo Tomás de Aquino, "Suma teológica", I-II-38-1, ed. B.A.C. 1954, IV- 386 y 887), hemos de referirnos al precio de los bienes que permiten desarrollarlas" (Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, "G. D. A. y otra c. T. G. y otro", 18/03/2009, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/4050/2009).

Ante esto, estimo justo y equitativo ampliar el monto condenado a $250.000

suma que a la fecha de la sentencia considero razonable a los fines de hacer frente al daño sufrido.

Es que la suma aproximada de $250.000 le implica la posibilidad de esparcimiento, por ejemplo 15 días en Santo Domingo un hotel *all inclusive* aproximadamente una persona esta valorado en dólares estadounidense 3.516 (www.Barcelo.com). Estimo una persona porque no existen constancias en la causa que el actor tuviera una pareja conviviente ni hijos cohabitando con él. Por ello estimo la razonabilidad del monto propuesto para compensar los daños padecidos.

En consecuencia, estimo justo y equitativo fijar la suma del daño moral en el monto de pesos $250.000 por cuanto al costo de una estadía, debe agregarse el traslado internacional, y alguna gratificación como la compra souvenirs, o gastos de estadías en terminales de aeropuertos, comidas en espera, siempre en el patrón escogido como compensatorio de placeres, con más los intereses tema en que me explayaré seguidamente.

III. Intereses:

Si bien he compartido y aplicado a lo largo del tiempo en un todo de acuerdo con los criterios de este Cuerpo que integro que el inicio del curso del cómputo de intereses debe ser en todos los casos el día en que se produjo el daño.

Respecto al hito inicial para los intereses, de vieja data se sostuvo que tratándose de un régimen contractual cuando se trata de obligaciones a plazo cierto -aunque se trate de un plazo tácito o legal-, porque en esos supuestos la mora se produce por el simple vencimiento de dicho plazo (art. 509 Cód. Civil).

La obligación de reparar el daño causado por el incumplimiento, sustituye a la prestación originaria, tratándose de una nueva obligación (arts. 505 inc. 3°, 506 a 509, 511 a 514, 519 a 522, 616 a 646 y concs. del Cód. Civil).

Tanto el incumplimiento obligacional como el acto ilícito extracontractual dan lugar al nacimiento de una nueva obligación —en los términos del art. 499 del Cód. Civil—, consistente en reparar los daños causados a la víctima.

Es que constatado el menoscabo, la óptica del fenómeno se centra en reparar el daño causado, a través del mecanismo de la obligación resarcitoria. La indemnización sustitutiva, en rigor, no nace del incumplimiento, sino del "hecho dañoso" del cual aquel forma parte. En el fondo, la fuente de la obligación es siempre la misma: "el daño irrogado" al acreedor (en la responsabilidad contractual) o a la víctima del hecho ilícito (en la extracontractual).

Toda responsabilidad dimana de un ilícito civil, de *damnum* inferido a un acreedor previo o que nace ex instante *damni infecti*.

Así, causado el daño —cualquiera sea su fuente, contractual o extracontractual—, nace en cabeza del responsable —siempre que concurran todos los presupuestos de la responsabilidad civil— una obligación dineraria, consistente en resarcir ese perjuicio, que es claramente distinta del deber preexistente vulnerado, y cuyo régimen no puede ser otro que el establecido en los arts. 616 y ss. del Cód. Civil, sea la responsabilidad contractual o no (Picasso, Ramón, “Los intereses en la responsabilidad extracontractual”, LL

Intereses 2004 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales TII, 01/01/07, 1553).

Como los intereses deben correr desde el momento en que se produjo el perjuicio, si estos tienen entre sus componentes escorias inflacionarias (ver comentario a los arts. 767 y 768), en el caso de las obligaciones de valor necesariamente se impone aplicar dos tasas diferentes: una desde que la obligación se hizo exigible hasta que se determinó el valor de la prestación, y otra desde este último momento hasta su pago. La primera no debe contener escorias inflacionarias. Es que la razón de ser de estas últimas es, precisamente, compensar (por vía indirecta) la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, situación que no se presenta hasta el momento de la cuantificación, pues el monto de la obligación se determina de acuerdo al valor que ella reviste en dicho instante. No hay depreciación alguna. La tasa de interés, pues, debe ser pura, pues de lo contrario se estaría mandando a pagar dos veces lo mismo, con el consiguiente enriquecimiento sin causa del acreedor. Ahora bien, una vez determinado el valor de la obligación, si es que usualmente se manda a pagar tasas de interés moratorio que contengan escorias inflacionarias, en el caso que nos ocupa éstas deben integrar dicha tasa. Es que como se aplican lisa y llanamente las reglas que emergen a partir del artículo 765 del Código, ya no será posible una nueva operación de cuantificación a valores reales y actuales.“ -todas las bastardillas son textuales y pertenecen al original- (Ossola, Federico Alejandro, su comentario al art. 772 del Código Civil y Comercial en Lorenzetti, R. Luis -director-: Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo V, Rubinzal-Culzoni, 2015, pág. 158/159).” seguir el criterio adoptado en Sentencia Definitiva nro. 16/2018 autos “Rocha, Ceferino c/ Serco SRL s/ sumario” expte.682/17 que se encuentra en los archivos del Tribunal.

En aquella oportunidad se dio una situación análoga y reflexioné al abordar este tema, que no es de evitar

la -inexorable discreción judicial- sino de exigir a quienes han de practicarla la clara exposición de las razones en que se sustenta el modo, el sentido, en que ella ha sido ejercida.

Mediante tal expediente, pues, el servicio de administración de justicia mostrará las razones que sustentan sus resoluciones, de modo tal de permitir un debate público a consecuencia del cual podrá acaso desentrañarse si los encargados de aplicar las leyes, por enmarcar cada una de sus decisiones en un sistema consistente de teorías, justifican coherentemente sus opciones.

"Solo así, en suma, podrá apreciarse si los jueces deciden los asuntos que les son llevados para su estimación, de modo racional, razonado y consistente, en el marco de un sistema de pensamiento, un sistema de opiniones "... en el que los pareceres, una vez explicados a partir de los criterios que los agrupan, puedan extenderse sin riesgo de conflicto a otros casos posibles, semejantes entre sí en los aspectos... relevantes para la aplicación de esos mismos criterios" (G. Arocena "Ensayo sobre la función judicial", pág.82, ed. Mediterránea-2006).

La decisión a adoptar debe contener la posibilidad de aplicarse a situaciones similares que se presenten, porque el criterio establecido no puede ser modificado antojadizamente en plazos breves y sin justificativo alguno ni sujeto al voluntarismo ocasional porque así lo exige la seguridad jurídica que deben brindar las sentencias. Desde ese punto de vista y en la convicción que el capital generó interés, entendiendo por tal el fruto civil del capital, su rédito o ganancia, rendimiento o provecho financiero, recepto los agravios en este punto y modifico la sentencia (ver Villegas – Schujman, intereses y tasas, pág.86).

Partiendo entonces de dichos conceptos, digo que si la tasa activa que fuera reconocida se devengara desde el momento mismo de producido el evento dañoso y hasta el del efectivo pago, en la medida que coexista

con indemnizaciones fijadas a valores actuales al momento de decidir, tal proceder representaría lisa y llanamente un enriquecimiento indebido a favor del acreedor y en desmedro del deudor, que la Justicia no puede convalidar.

Es que, sin lugar a dudas, en tal caso se estaría computando dos veces la pérdida del valor adquisitivo de nuestro signo monetario operado entre el hecho y la sentencia, cuando en ésta se contemplan valores a la época, en tanto la referida tasa capta, en cierta medida y entre otros elementos, la depreciación de la moneda. Por ello, confirmo la tasa de interés impuesta por la sentenciante de grado, en cuanto a aplicarse al daño físico y daño patrimonial porque fueron calculados los montos en el momento del hecho dañoso, varia respecto del daño moral cuyo calculo fue efectuado en esta instancia, y el componente de actualización monetaria de la misma ya se vería compensado con la liquidación a valores actuales que utilicé.

Entiendo justo y equitativo que de interés para el daño moral se aplique una tasa pura del 12% anual a partir de la fecha del hecho y hasta quedar firme la presente, y a partir de allí y hasta su efectivo pago se aplicará la tasa activa fijada en la sentencia apelada hasta el efectivo pago con relación al daño moral, como indique en párrafos precedentes los demás rubros se mantiene la tasa dispuesta por la a quo desde el evento dañoso.

En la expresión de agravios el accionante solicita se aplique anatocismo, conforme la facultad discrecional que otorga el art.771 del CCyCN, rechazo el pedido.

IV. Habiendo sido modificada la sentencia de grado las costa y honorarios se readecuaran. Por ello carece de virtualidad jurídica expedirse sobre la apelación de honorarios del letrado de la acciónate.

En este orden de ideas dispongo imponer las costas de la instancia de grado a las demandadas vencidas conforme principio objetivo de la derrota (art. 69 CP).

A excepción de lo que se decidida seguidamente punto VI..

Mantener la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en dicho estadio en los porcentuales dispuestos por la sentenciante de grado.

V. Las costas de la Alzada las impongo en forma proporcional al éxito obtenido, a las demandadas en un 90% y a la actora en un 10% art. 71 del código ritual. Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

VI. A fs. 727vta./728 la demandada S. E. S. mutuos se queja por la imposición de costas por la citación de terceros dres. H. A. S., E. O. T. y C. S. sosteniendo que conforme el art. 78 del ritual la carga debe ser soportada cuando fueron desestimados los pedidos, situación que no se dio en la especie. De la simple observación de lo actuado en la instancia inferior surge que asiste razón al apelante por lo cual hago lugar al agravio y modifico la sentencia venida en crisis imponiendo que sean por orden causado.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

1) Receptar parcialmente los agravios de las partes actora y la demandada, modificar la sentencia de primera instancia exclusivamente en el rubro daño moral que se fija en $250.000 con los intereses y la imposición de costas en el orden causado por la citación de terceros, conforme considerandos respectivos.

2) Costas de la alzada en forma proporcional: el 90% a la parte demandada y el 10% a la actora. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La sentencia definitiva de fs. 606/634vta. rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 623 del Código Civil. Hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a la A. E. S. M. de Comodoro Rivadavia a abonar al actor Sr. J. C. F. la suma de $328.633,95, con más intereses tasa activa promedio del Banco de la Nación Argentina en materia de préstamos personales a liquidar

desde el 24/07/2013. Hizo extensiva la condena para la citada en garantía N. C. de S. S. A. y declaró que la sentencia alcanza a los citados como terceros Dres. H. A. S., E. O. T. y C. S., como a los litigantes principales en los términos del art. 97 del Código Procesal. Impuso las costas por la acción principal a la demandada vencida y citada en garantía y por la citación de los terceros al sanatorio demandado y se regularon los honorarios profesionales.

1. Los recursos:

Las partes apelaron la sentencia, a fs. 635 la demandada, a fs. 636 la citada en garantía y a fs. 659 la parte actora. El abogado G. C. L. a fs. 652 apeló los honorarios por derecho propio.

A fs. 716/724 obran glosados los agravios de la actora, a fs. 725/728 los agravios de la demandada que fueron contestados a fs. 739/741 por la actora y a fs. 733/736 los agravios de la citada en garantía que fueron contestados a fs. 743/744vta. por la actora.

Quien abre el acuerdo ha sintetizado suficientemente el contenido de las quejas, razón por la que me remito a tal relato con el fin de evitar repeticiones estériles.

2. Antecedentes:

El actor, mediante letrado apoderado en noviembre de 2014, promovió demanda de indemnización de daños y perjuicios contra la A. E. S. M. por la suma de $476.000, o lo que en más o en menos resulte de la prueba, con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A., capitalizados en forma trimestral a fin de paliar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, desde la fecha de la demanda y hasta la fecha del efectivo pago, con más las costas y los gastos del juicio. Para el caso de que a la fecha de la sentencia no estuviera en vigencia el Código Unificado, planteó la inconstitucionalidad del art. 623 del Código Civil, en cuanto prohíbe la capitalización de los intereses, salvo los supuestos que admite.

Expuso que el 24 de julio de 2013 padeció una obstrucción esofágica provocada por alimento, por lo que concurrió a C. del V. para ser atendido y por haber muchos pacientes que lo precedían, fue al sanatorio de la demandada donde fue atendido en la guardia por el Dr. S., quien le realizó una radioscopia con ingesta de bario. Se le indicó la necesidad de practicar una endoscopía, el costo del procedimiento y que la práctica debía hacerse de inmediato. No se lo instruyó acerca del consentimiento informado, ni de ninguna dificultad o peligro que pudiera derivarse de la práctica, que el médico le aseguró que era sencilla y rápida. Dijo que ingresó al quirófano clínicamente estable, hemodinámicamente compensado y en buena condición general y luego de 4 horas de quirófano, lo trasladaron a terapia intensiva y con insuficiencia respiratoria. Al día siguiente fue derivado a la C. del V. por su obra social, con diagnóstico de neumonía por aspiración y allí le constataron neumonitis química por aspiración del líquido de contraste (bario) ingresando con baja saturación de oxígeno. Estuvo internado hasta el 2 de agosto de 2013. Dijo que la práctica que le realizaron en las instalaciones de la demandada le produjeron un daño grave en su salud (ingesta de bario, aspiración durante la endoscopía), no solucionaron su dolencia, padeció un intenso daño moral, una disminución permanente de su capacidad vital, originaron la pérdida de sus programadas vacaciones y debió pagar por anticipado la suma de $10.000.

Relató que vio disminuida en forma permanente su capacidad vital y que debe efectuar controles periódicos. El material de contraste lo afectó de por vida en su pulmón izquierdo, pues no se degrada ni elimina y es observable en radiografías, quedando como un tatuaje. El mal control de su diabetes preexistente se agrava y complica por el uso prolongado de corticoides. Padeció un fuerte estrés físico, que ha disminuido su capacidad vital. Sufre el displacer y la ansiedad por la sensación y efectiva falta de aire y la

impotencia que le genera para movilizarse libremente. No se dejó constancia en la historia clínica de la broncoaspiración, no se considera la ingesta alimentaria ni la de bario. Concluyó que perdió como mínimo un 30% de su capacidad vital, con más las consecuencias de la afectación psicológica, estrés postraumático e incidencia sobre su ánimo, por lo que su afectación psicológica debiera establecerse en una cuantía no inferior al 20% de la total vital, lo que arroja un total del 50% de disminución vital, sujeto a la mayor o menor que resulte de las pruebas producidas y sobre un plazo probable de vida no inferior a 75 años.

En definitiva, cuantificó su reclamo por daños a la salud en $350.000, daño moral en $100.000 y daño patrimonial en $26.000.

La demandada se opuso a la pretensión, citó como terceros a los médicos tratantes y en garantía a la aseguradora N. S.A. Dijo que previo a la realización de la intervención, se le informó al paciente respecto en qué consistiría la intervención a realizarse y cuáles serían los eventuales riesgos de la misma, dándose toda la información necesaria para posibilitar su consentimiento al procedimiento, el que fue dado. Reconoce que no se consignó en la historia clínica la utilización de bario y que de la misma surge que se intubó al actor a los fines de proteger sus vías respiratorias y que la existencia de una hernia hiatal sumado a espasmos persistentes, impidieron la extracción del elemento extraño. La derivación a terapia intensiva se debió a las dificultades respiratorias y no a la broncoaspiración. Los daños que se pretenden no se deben a la intervención realizada sino que de existir están vinculados a las patologías preexistentes del actor (diabetes, tabaquismo, obesidad). Concluye que el actor interrumpió el nexo de causalidad pues salió de la esfera de responsabilidad de los médicos tratantes al haber continuado sus tratamientos en C. del V.. Se opuso y ofreció prueba.

A su turno, la citada en garantía contestó citación y acompañó póliza de cobertura, enunciando límite de su responsabilidad, franquicia del asegurado y responsabilidad por costas. Adhirió a los hechos consignados por el tercero citado E. O. T. y ofreció prueba.

3. Análisis:

Atento el contenido de los agravios, corresponde analizar en primer lugar si existe responsabilidad médica en los daños denunciados por el actor y determinar si los profesionales que lo atendieron en el sanatorio de la demandada A. E., actuaron con la diligencia que les era exigible, atendiendo a la situación en que se encontraba el actor cuando se presentó en la institución.

Para que la responsabilidad del médico quede configurada, el paciente debe demostrar que el daño que padece sea consecuencia de un comportamiento culposo positivo u omisivo atribuible a la mala praxis del profesional, lo que exige que se vea obligado a acreditar no solo la culpa sino también la relación de causalidad. Y ésta debe quedar establecida con un grado suficiente de certeza y verosimilitud (ver Calvo Costa, Responsabilidad médica. Causalidad adecuada y daño: una sentencia justa, en LL 2006-D-69 y cita de la nota 9; Highton, Prueba del daño por mala praxis médica, en Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal, O. E. Garay, coordinador, ed. “La Ley”, pág. 947 n° 5.2), lo que a mi juicio, ha quedado debidamente demostrada en el caso conforme expondré a continuación.

El actor endilga responsabilidad a las consecuencias derivadas de la endoscopía realizada, concretamente la broncoaspiración del líquido de contraste bario en su pulmón, la que atribuye a la falta de protección de sus vías respiratorias, lo que provocó su derivación a la unidad de terapia intensiva por insuficiencia respiratoria, siendo diagnosticado posteriormente con neumonitis química por aspiración del

líquido de contraste. Por su parte la demandada afirma que el actor fue intubado en la intervención realizada y que su derivación a terapia intensiva se debió a las dificultades respiratorias del paciente y sus antecedentes patológicos (infarto agudo de miocardio, tabaquismo, diabetes y obesidad), y no a la broncoaspiración.

Ahora bien, el perito médico en su dictamen de fs. 543/547, no cuestionado por las partes, dijo que en casos de obstrucción esofágica es indispensable utilizar un medio de contraste para identificar la localización del cuerpo extraño y que habitualmente se deja constancia de ello en la historia clínica. Puntualizó que en caso de utilizarse anestesia general en la endoscopía, hay que tomar todas las medidas preventivas para evitar la aspiración por vómito o por regurgitación, tanto para la anestesia general, anestesia regional o sedación analgésica. Afirmó que, la obesidad aumenta riesgo de regurgitación y/o vómito y de bronco aspiración, la diabetes retrasa el vaciado gástrico, enfermedades de esófago como cirugías de esófago tienen mayores riesgos. El ayuno, el objetivo de ayuno preoperatorio es intentar que el volumen intragástrico sea el menor posible y que los alimentos estén digeridos en el momento de la inducción de la anestesia general o realizar cualquier tipo de anestesia.

Afirmó que en caso de ingesta de líquido de contraste pocos minutos antes de la práctica de endoscopia, es reglado la intubación del paciente para anestesia general, como así también la protección faríngea. Presión cricoide o maniobra de Sellick. La posición de trendelemburg dificulta la aspiración. Control de tubo, con balón inflado. Expresó que la aspiración de alimentos y/o líquidos estomacales durante una intervención quirúrgica, ponen en riesgo la vida del paciente y puede morirse.

En sus distintas respuestas vinculadas con el asunto, el perito dijo que la neumonitis química es la

inflamación del parénquima pulmonar, causada por la entrada de material en el árbol traqueo bronquial, que da como resultado cambios pulmonares graves, análogos a los originados por una quemadura química. La insuficiencia respiratoria es el primer signo de este accidente. No se pronunció sobre el grado de disminución de capacidad vital, refiriendo a que debe determinarse con estudios y examen médico.

El dictamen del perito, demuestra en forma contundente que hubo mala praxis en la atención del actor, contrariamente a lo afirmado por la demandada, que según sus apreciaciones considera que las patologías previas del mismo fueron las que desencadenaron su derivación a terapia intensiva.

Si bien las patologías del paciente podían desencadenar en una insuficiencia respiratoria, lo cierto es que el diagnóstico efectuado en C. del V. al día siguiente (fs. 426/428) fue neumonitis química, y ello fue como consecuencia de la práctica realizada en instalaciones del Sanatorio La E. y no de las patologías previas.

La defensa argumental de los codemandados en sus agravios, solo se basan en subjetividades y no en un análisis sistémico de los hechos probados en el proceso, que permitan arribar a la solución que pretenden.

Las conclusiones del experto, forman mi convicción respecto de que los galenos no evaluaron los antecedentes del paciente de manera correcta para tomar los recaudos necesarios para evitar una broncoaspiración, no obstante constar en la historia clínica la intubación del actor.

La especial predisposición a sufrir ciertas complicaciones, atento su obesidad y diabetes, no eximía a los profesionales, sino que implicaba que debían tomar las precauciones que el caso ameritaba e informarle en forma adecuada los riesgos que conllevaba la intervención. Nada de ello ocurrió.

En su escrito inicial, el actor denunció la falta de consentimiento informado y si bien la demandada

afirma que lo recabó, ello no surge de la documentación incorporada al proceso. Una cosa es informar verbalmente el procedimiento y otra son las consecuencias que del mismo puedan derivarse.

"No es la falta de información lo que provoca el daño y, en este sentido, no se vislumbra la relación causal entre la omisión del profesional y los perjuicios sufridos por el paciente. No obstante, las dudas son superables cuando se enfoca el tema en torno a la autonomía de la voluntad del paciente y su derecho a aceptar, o no, determinado riesgo… La asunción o rechazo de los riesgos era su facultad, su derecho y fue vulnerado. En este contexto, resulta justificado que el profesional que omitió dar la debida información responda por los daños que el estudio, aún correctamente realizado, provocó ("M.Z. y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/ responsabilidad médica", Expte. N° 36823/0 – Cam. Apel. Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de BSAS, SALA III – 20/03/2015).

Por último, debo destacar que las irregularidades destacadas por la sentenciante de grado, que se revelan en los asientos de la historia clínica del accionante, hace presumir la culpa de la demandada, pues llevado en debida forma y con asiento de todas las practicas realizadas, posibilita comprender cuáles han sido los sucesos en el caso concreto, lo que resulta fundamental para poder cotejar la actuación profesional obrada y la debida.

Lo expuesto, me lleva a rechazar los agravios de la demandada y citada en garantía respecto de la responsabilidad y confirmar la sentencia de grado en el punto.

Corresponde analizar ahora las partidas indemnizatorias.

Ambas partes se quejan tanto del porcentaje fijado por incapacidad como por los montos fijados en tal concepto y daño moral. El actor porque se determinó la incapacidad en un 15% y entiende que solo la psicológica

es del 20% y las condenadas porque consideran que no está determinada la incapacidad del mismo.

La señora jueza de grado determinó una incapacidad total del 15% y cuantificó la partida conforme lo peticionado por el accionante y teniendo en cuenta el salario percibido, el porcentual de incapacidad y la edad al momento del accidente, concluyendo que el monto indemnizatorio ascendería a la suma de $268.633,95.

No puedo dejar de destacar la contradicción incurrida por el accionante, dado que, en primer lugar en la demanda (fs. 49/49vta) luego de cuantificar a una incapacidad del 50% en $895.446,50 (conforme idénticos parámetros que utilizó la jueza), redujo la cuantía a $350.000 y en segundo lugar, en la expresión de agravios y luego de ser fijada la suma en $268.633,95 por 15%, pretende volver sobre la cuantificación original para el 30% de incapacidad. No resulta ajustado a derecho ni se vislumbra agravio, si en principio reclamó $350.000 por 50% de incapacidad y ahora pretende $537.267,90 por el 30% (fs. 721vta./722).

Y aquí debo recurrir nuevamente a la pericia médica obrante en autos, en la que se dictaminó que la aspiración de bario reduce la capacidad respiratoria y que si bien el pronóstico a largo plazo es satisfactorio, el líquido de contraste no es reabsorbido provocando una mancha en el pulmón. Tal como concluyó la magistrada y siendo que el actor padecía patologías previas a la intervención, sumado a ello que era fumador crónico, no se puede determinar que su limitación de capacidad se deba exclusivamente a la mala praxis, razón por la que será confirmada la decisión de grado en cuanto al porcentaje de incapacidad.

Respecto del daño psicológico estimado en la demanda en el 20%, la queja se centra en que no se han dado razones científicas para apartarse de las conclusiones de la psicóloga particular consultada (fs. 46). Debo destacar que se encuentra ausente, en este caso, la prueba pertinente del daño psicológico practicada por profesional médico especialista, toda vez

que la designación de los peritos debe ser hecha por el juez de la causa y no puede ser suplida por informes particulares de profesionales, por lo que no corresponde resarcirlo como perjuicio material diferenciado del moral. En suma, no probado este daño, el rubro será rechazado como autónomo (S., Trigo Represas y López Mesa: Código Civil T 4 A p. 485 n° 5, en comentario al art. 1068, p. 521 n° 2 a 523 n° 2 ter. en comentario al art. 1086; 1999; Devis Echandía: Compendio de la prueba judicial, T II, p. 105, y ss, Rubinzal Culzoni 2007).

Ingresando ahora a la revisión del monto condenado, destaco que en las acciones de daños y perjuicios, la cuantificación del resarcimiento efectuado en la demanda, reviste aristas particulares que sin dejar de ser una pretensión de condena, coloca en manos del tribunal la determinación final del monto reclamado. La petición efectuada en la demanda, quedó emplazada en el carácter de una mera estimación provisoria, destinada a abastecer la carga impuesta por el art. 333 del CPr. [DJ], de designar la cosa pedida con toda exactitud y a posibilitar a la contraria un razonable conocimiento de lo que se le reclama.

Así lo ha decidido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto frente la reserva de "lo que en mas o menos resulte de la prueba" el juez, sobre la base de la ponderación de los elementos probatorios arrimados al proceso, puede acordar una indemnización mayor a la inicialmente estimada por los accionantes, sin que ello importe exceder los términos de la Litis ni decidir "ultra petita" (Fallos 266:233 doctrina que se originó en la causa "Pribluda de Hurevich, Beatriz c/ Hernández, Martín G." del 30/11/66; Fallos 272-37; y más recientemente CS 17/11/94 LL 1995-D, 971,.

En el caso, al utilizar la formula "lo que en mas o menos resulte de la prueba" (fs. 43), el actor exhibió su intención de no inmovilizar su reclamo al monto peticionado de condena.

Pero además de ello, también autoriza la revisión propuesta, considerar que en la construcción de la

sentencia de daños existen dos segmentos diferenciados: el primero, relativo a la determinación de quienes son los responsables del deber de resarcir y que se relaciona con los presupuestos de la responsabilidad –daño, antijuridicidad, nexo causal adecuado y factor de atribución-El segundo segmento, es el referido a las consecuencias derivadas de la mala praxis y abarca la valoración y cuantificación del daño. Así lo he sostenido en anteriores pronunciamientos S.D. 28 /2017 "L", 51/2017 "CyC" entre otras.

En el caso y de acuerdo a la regla establecida por el art. 7 CCyC, la atribución de responsabilidad debe analizarse en base a la normativa del Código anterior, por ser ley vigente al momento de acaecimiento del hecho, tal como lo señaló la a quo y no mereció objeción por parte de los recurrentes.

No obstante, como señala Galdos, Jorge Mario, "La responsabilidad civil y el derecho transitorio" LL 2015-F, 567 AR/DOC/3711/2015 "…la determinación del quantum del daño se efectúa en el momento de la sentencia por lo que a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código para la cuantificación del daño se deben acudir a las pautas del mismo. Así para el daño moral corresponde aplicar el art. 1741 "ultima parte" y para la medida del daño por muerte o incapacidad rigen los arts. 1745 y 1746 CCyC.

En este orden de ideas, tanto doctrina como jurisprudencia sostienen que las reglas establecidas por el artículo 1746 del Código Civil y Comercial resultan inmediatamente aplicables, toda vez que no se refieren a la constitución de la relación jurídica, sino solo a sus consecuencias (art. 7 del ordenamiento citado). No varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, sino que únicamente sienta una pauta para su liquidación (cf. Sáenz, Luis R. J., "La aplicación de la ley con relación al tiempo y el derecho de daños", RCCyC 2015, diciembre 148 con cita del fallo de la Cam. Nac. Civ., sala A, 01/09/2015, "A. M., C. c. América TV y otros s/ daños y

perjuicios", expte. 51.782/07, voto del Dr. Sebastián Picasso).

Tal es el encuadre normativo del caso. Las previsiones del art. 1746 CCyC expresamente establecen que la cuantificación de la indemnización por incapacidad sobreviniente debe fijarse mediante la determinación de un capital que, invertido en alguna actividad productiva, permita al damnificado obtener mensualmente —mediante la utilización de una porción de ese capital y los intereses que obtenga por aquella inversión— una cantidad equivalente a los ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado.

Se incorporó así, la utilización de una fórmula matemática como método de cálculo de la indemnización por incapacidad sobreviniente permanente, receptando así la opinión doctrinaria de quienes preferían el empleo de fórmulas a los fines de cumplir las exigencias constitucionales de fundamentación de las sentencias.

Los requerimientos indicados (edad, ingresos, grado de incapacidad), que eran exigibles durante la vigencia del código anterior ahora en virtud de los artículos 1, 7, 1746 y concordantes del CCyC, resultan inexcusables (*cf*. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda Parte", Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As., 2016, p. 234 y ss.).

Ahora bien, no existe un modo unívoco para calcular el valor presente de una renta futura no perpetua; existen diversas fórmulas. Las más utilizadas son las denominadas fórmulas "Vuoto", "Marshall", "Mendez".

"Estas técnicas tienen una estructura de matemática financiera estable, constante y predeterminada a la que se le adicionan en cada caso las variables particulares (en general y principalmente: la edad de la víctima, sus ingresos probados o estimados, el tiempo restante o edad máxima para realizar actividades productivas o económicamente valorables) que permiten arribar al

resultado numérico final. De este modo se determina un capital que, puesto a interés, se amortice en un período calculado como probable de vida productiva de la persona, mediante la percepción de una suma mensual similar a la que hubiera recibido de no haber mediado el evento dañoso (Galdos, Jorge AR/DOC/3677/2016)

La fórmula "Vuoto" posibilita determinar un Capital (C), que colocado a una tasa de interés compuesto (i), le permita a la persona damnificada retirar mensualmente un importe equivalente al desgaste del sueldo que verosímilmente puede ocasionarle el porcentaje de incapacidad que detenta durante el tiempo de vida que le resta hasta el momento de lograr el derecho a la jubilación (n), momento en el cual el referido capital queda agotado por los retiros mensuales efectuados hasta ese momento: (C = a x (1 - Vn) x 1/i x % de incapacidad).

Las variables que permiten despejarla son la remuneración anual (a), la cantidad de años que le faltan a la víctima para cumplir 65 años (n), la tasa de interés compuesto anual del 6% (i) y el porcentaje de incapacidad laboral.

Esta fórmula ha sido superada por la denominada Méndez o Vuoto II que importó un cambio en las variables atendiendo a las observaciones efectuadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Arostegui. Concretamente se introdujo una modificación en la edad tope elevándola a 75 años teniendo en cuenta el fin de la vida útil de la víctima y que la merma de salario que el trabajador sufra como consecuencia de su incapacidad laboral se reflejara en la etapa pasiva en su haber previsional. También a los fines de evitar el congelamiento del ingreso de la victima, se introdujo un mecanismo para actualizar el salario a través de computar el ingreso al momento del hecho por el resultado que arroje de dividir 60 por la edad del damnificado al momento del accidente y se bajo la tasa de interés empleada en la fórmula original.

Así, se dio contenido a las variables del modo siguiente: Vn = 1/(1+i)n; a = salario mensual x (60 /

edad del accidentado) x 13 x porcentaje de incapacidad; n = 75 - edad de la víctima; i = 4% = 0,04).

En la causa se acreditaron las variables exigidas en las distintas fórmulas matemáticas que pueden resultar de aplicación esto es: edad (62), ingreso mensual ($10.597) y grado de incapacidad (15%) que por este voto se confirma.

Efectuados los cálculos conforme los requerimientos indicados y acreditados en la causa (edad, salario y grado de incapacidad) se advierte que el monto indemnizatorio fijado y que es objeto de queja es superior incluso al que arroja la aplicación de la fórmula Mendez, de allí que los agravios no resultan atendibles. Pues pese al esfuerzo argumentativo, queda demostrado que lo solicitado y lo concedido es mayor al resultado que arrojaría el parámetro que corresponde utilizar según el encuadre normativo determinado.

Aduno a lo dicho y en respuesta a los agravios de las demandadas recurrente que estas fórmulas constituyen la vía instrumental que permiten la determinación orientativa del capital al que se refiere el art 1746 CCCN y se erigen como un parámetro o guía que no puede ser omitido a la hora de medir los daños por discapacidad física o psíquica sin que conduzcan a la aplicación automática e inexorable del resultado numérico al que se arribe; y no excluye a los otros parámetros, provenientes de la sana crítica, la experiencia vital y el sentido común, pudiendo apartarse de la cuantía matemática fundando los motivos o razones por los que se reduce o incrementa aquél monto.

En el caso la sentenciante dio motivos por los que arribo al monto condenado.

De allí que la indemnización fijada por la jueza a quo resulta acorde y debe ser confirmada.

Respecto del agravio por la cuantificación del daño moral, se destaca que el actor solicitó una indemnización por la suma de $100.000 “o lo que en más o en menos surja de la prueba a rendirse”.

La demandada se opuso al progreso de la partida señalando que resulta improcedente por no haber causado ningún daño al paciente.

La sentenciante concedió por la partida la suma de $50.000. Consideró que con su fijación se trata de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones a lo que ha perdido, compensando, en la medida posible, un daño consumado.

En el memorial de agravios cuestiona que se no hayan dado razones para apartarse de las conclusiones de la Lic. Roxana Villegas –cuyo informe particular acompaño a la demandada y fue expresamente desconocido por la accionada (fs. 176).

Corresponde entonces tener en cuenta el nuevo parámetro para la cuantificación de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales fijados en el art. 1741 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

La nueva norma, siguiendo los criterios orientadores que la doctrina y jurisprudencia venían proponiendo, establece que para los supuestos de indemnización de las consecuencias no patrimoniales el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

Ya antes de la reforma se sostenía que el daño moral podía "medirse" en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (Galdós, Jorge M., "Breve apostilla sobre el daño moral como 'precio del consuelo' y la Corte Nacional", RCyS, noviembre de 2011, p. 259; asimismo ver CSJN en causa "Baeza" fallos: 334:376, Cita online: AR/JUR/11800/2011 y en LA LEY 12/05/2011, 5; LA LEY 2011-C, 218; LA LEY 30/05/2011, 11 con nota de Alejandro Dalmacio Andrada; J. Manuel Prevot; LA LEY 2011-C, 393 con nota de Alejandro Dalmacio Andrada; J. Manuel Prevot; Sup. Adm. 2011 (junio), 62; DJ 22/06/2011, 41; RCyS 2011-

VII, 53 con nota de Félix A. Trigo Represas: RCyS 2011XII, 261; LLP 2011 (septiembre).

Es por ello que en el caso no puede dudarse que la situación descripta por el actor y que fue relatada al inicio de este voto y acreditada en la causa, demuestran la existencia de la lesión extrapatrimonial. Es que una intervención simple para liberar la obstrucción esofágica que duraría una hora, culminó luego de 8 días de internación con las molestias, padecimientos, dolores, angustias e incertidumbres que todo ello generó.

Es así que teniendo en cuenta la gravedad objetiva de daño que referí, el periodo de internación, la edad en la que se produjo el accidente -62-, las consecuencias a nivel espiritual y la idoneidad del dinero para compensar restaurar o reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante, cosas, bienes o distracciones así como lo que he propuesto en otros casos análogos propongo elevar la indemnización concedida por el daño extrapatrimonial a la suma demandada de $100.000.

En consecuencia admito parcialmente el agravio.

La siguiente queja refiere a la cuestión de los intereses y capitalización y plantea el vicio de incongruencia, toda vez que la sentencia reconoce la aplicación inmediata del nuevo ordenamiento civil y comercial pero desconoce la aplicación de los arts. 770 a 772 del CCyC.

Efectivamente el vicio denunciado se constata.

El actor, al incoar la acción expresamente dijo “para el caso que a la fecha de la sentencia no estuviera en vigencia el Código Civil y Unificado con el Comercial” dejo planteada la inconstitucionalidad del art. 623 del CC en cuanto prohíbe la capitalización de los intereses.

El acápite referido a los intereses y su capitalización resulta una consecuencia no agotada de la relación jurídica nacida al amparo de la anterior

legislación pero a la que le son aplicables inmediatamente la normas del nuevo CCyC.

En el caso el recurrente introdujo la cuestión previendo la entrada en vigencia del mismo.

El art. 770 del Código Civil y Comercial dispone: "No se deben intereses de los intereses, excepto que: (...); b. la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda".

El artículo mantiene el principio general de prohibición del anatocismo, contemplando una serie de excepciones, entre las cuales, permite la capitalización cuando se demande judicialmente el pago de un capital y sus intereses disponiendo que la capitalización opera desde la fecha de notificación de la demanda sin embargo, no regula la frecuencia de la misma. Y ello es determinante pues, cuanto menor sea el plazo, en mayor medida crece el monto del crédito adeudado y se beneficia el acreedor; y viceversa, a mayor plazo se beneficia al deudor.

No obstante, como señala Pizarro la ley es clara. A partir del momento en que se notifica la demanda, opera la capitalización de intereses. De allí en adelante no hay más capitalización de intereses (salvo aquella que pueda producirse a tenor de lo pactado por las partes, en los términos previstos en el art. 770 inc. a), hasta el momento en que se produzca la liquidación judicial de la deuda (art. 770 inc. c) (autor citado, "Los intereses en el Código Civil y Comercial" LL 2017-D, 991).

El supuesto previsto en el inc. b) del art. 770 supone una deuda que viene devengando intereses, se demanda judicialmente su pago, y en la liquidación posterior se pueden capitalizar esos intereses devengados desde el momento de la mora hasta la fecha de notificación de la demanda (Santarelli, Fulvio German, "El anatocismo en el Régimen del Código Civil y Comercial", Revista del Notariado Julio 2018).

De allí que admito parcialmente el agravio y dispongo la capitalización de intereses a la fecha de entrada en vigencia el texto normativo el día 01/08/15 de conformidad a lo previsto por el art. 770 inc. b del CCyC, sin perjuicio de ejercer la facultad prevista en el art. 771 del CCyC en oportunidad de la liquidación de la deuda.

Con relación a la tasa fijada por la sentenciante y cuestionada por la citada en garantía, la misma debe mantenerse.

La actora solicitó la aplicación de intereses a la tasa activa del banco del Chubut S.A., capitalizados en forma trimestral. La citada en garantía solicitó que en caso de condena a valores actuales no se apliquen intereses, sin cuestionar la tasa pedida.

La sentenciante condenó a la tasa activa promedio del Banco de la Nación Argentina en materia de préstamos personales siguiendo el criterio de esta Alzada.

La tasa activa –aun de diferentes entidades bancarias- ha sido la aplicada desde el año 2000 en forma invariable con el propósito de mantener incólume el contenido económico de la sentencia y en ejercicio de la facultad judicial dispuesta en el art. 767 y 768 inc. c) ante la omisión del Banco Central.

Se busca resarcir al acreedor el daño moratorio sufrido por la indisponibilidad del crédito judicialmente reclamado, a cuyo efecto, se parte de la razonable presunción de que el actor, se ha visto necesitado de suplir esa indisponibilidad mediante el recurso a fuentes de financiación en el mercado de dinero. De ahí que las tasas activas que perciben los bancos constituyen una razonable pauta acerca del costo del dinero.

Frente a tales razones, se advierte que son inatendibles las alegaciones referidas a la improcedencia que el demandado soporte el pago de tasas que incluyen elementos propios de las personas ajenas al mercado sencillamente porque es la mora el correlato jurídico o causa obligacional de la imposición de

intereses y, conforme se viene diciendo, la causa por la cual el acreedor pudo haberse visto en la necesidad eventual de acudir al auxilio financiero para paliar tal situación. Se trata, de compensar adecuadamente este menoscabo económico haciendo prudente uso de la facultad judicial prevista en el CCyC conforme señalé.

En función de lo expuesto, desconoce el apelante el criterio fijado por esta Cámara por casi dos décadas y no brinda motivos suficientes que permitan variarlo.

Por otro lado, resulta claro el texto del art. 1748 del CCyC en cuanto dispone que el curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio, y en el caso analizado el perjuicio se produjo el 24 de julio de 2013.

En este sentido y por tales razones coincido en proponer rechazar el agravio.

El agravio de la demandada referido a la imposición de costas por la citación de terceros debe admitirse.

Las características del caso y lo decidido por la a quo respecto de que la sentencia alcanza a los citados como terceros como a los litigantes principales en los términos del art. 97 CPr., da cuenta que hubo justas razones para la citación dado que podrían resultan sujetos pasivos de una potencial acción regresiva, determinan que las costas deben imponerse en el orden causado (Loutayf Ranea: Condena en costas en el proceso civil, p. 206 ap. b) a 207, Astrea 2013).

Por último y respecto de la apelación de honorarios efectuada por el Dr. C. L., por no haber mencionado el mismo si apela por altos o bajos, corresponde su rechazo (Passarón, Julio Federico y Pesaresi, Guillermo Mario “Honorarios Judiciales” Tomo 2, páginas 228/231, Ed. Astrea; ver Sentencia Interlocutoria N° 220/17 esta S.).

Costas y honorarios:

La solución que propongo, aunque levemente modificatoria de la de primera instancia impone la readecuación de costas y honorarios (art. 282 del CPr.).

Las costas de esta instancia, en un todo de acuerdo con el resultado obtenido propongo sean impuestas a la

demandada y citada en garantía vencidas en el 90% y al actor el 10%.

Regular honorarios por los trabajos profesionales realizados en la instancia de grado de conformidad a las pautas previstas por los arts. 5, 6, 9 y 10 de la Ley XIII-4 y fijarlos a favor del Dr. G. C. L. como apoderado de la actora en el 21% y los de la Dra. C. M. por su actuación como patrocinante del actor a partir de fs. 512 en el 2%. A favor de los Dres. E. N. y R. C. W. como apoderados de la demandada conjuntamente en el 15% y a los Dres. C. M. Z., P. D. P. y N. A. C. como apoderados de la citada en garantía conjuntamente en el 8% y como patrocinantes de los terceros citados Dres. E. O. T. y C. S., conjuntamente en el 7%. A los Dres. L. I. M. y J. S. G. P. como apoderados del citado H. A. S. en el 9% y al perito médico Dr. C. A. B. en el 2%. En todos los casos los porcentajes deben calcularse sobre el monto total de la condena y adicionarse la alícuota del IVA si correspondiere.

Los honorarios por los trabajos profesionales ante esta instancia se fijarán de conformidad con las pautas establecidas en el artículo 5 y de acuerdo a la escala arancelaria prevista en el artículo 13 del régimen aplicable al régimen arancelario. En función de lo expuesto, corresponde sean determinados los del Dr. G. C. L. en el 27%, Dr. E. N. en el 25% y Dr. O. R. en el 25%, calculados sobre los de la anterior instancia, con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora, y en consecuencia modificar la sentencia fijando en concepto de daño moral la suma de $100.000 y admitir la capitalización de intereses de las sumas condenadas hasta el 01/08/2015 conforme al considerando respectivo.

2) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la demandada A. E. S. M. de Comodoro Rivadavia y modificar el fallo imponiendo las costas por

la citación de los terceros por su orden entre la citante y los citados.

3) Rechazar el recurso interpuesto por N. C. de S. S. A..

4) Imponer las costas de la primera instancia por la acción principal a la demandada y citada en garantía. Y las de esta alzada en un 10% al actor y 90% a la demandada y citada en garantía solidariamente.

5) Regular honorarios en el modo propuesto.

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo de la disidencia existente en los votos que me preceden respecto del agravio que expresara la parte actora en el marco del recurso de apelación interpuesto ante esta alzada, vinculado a lo resuelto en la sentencia de grado sobre el quantum de la reparación del daño moral reclamado. Ligado directamente al punto se verifica la consecuente disidencia respecto de los intereses a aplicar sobre el monto de capital de condena por la partida, también materia de agravio.

En tal contexto, el señor juez de grado estimó procedente reconocer por la reparación citada la suma de pesos cincuenta mil ($50.000) con más sus correspondientes intereses calculados a la tasa activa promedio del Banco de la Nación Argentina en materia de préstamos personales, desde la fecha 24 de julio de 2013, lo que provocó la queja del accionante quien apeló el monto antedicho por considerarlo insuficiente, requiriendo además la aplicación de la capitalización de intereses a tenor de lo normado por el art. 770 CCyC.

En la solución, y sin perjuicio de la coincidencia de mis distinguidas colegas preopinantes en el resto de los agravios planteados por las partes, existe discordia como adelanté, sobre el cuestionamiento del actor respecto de lo decidido en torno al monto otorgado en el decisorio venido en impugnación en concepto de indemnización por daño moral e intereses sobre el monto de condena por la partida. En tal contexto, ambas votantes postulan el aumento del capital con diversa

cuantía, y a la vez cada una de ellas sostiene con fundamentos distintos lo resuelto en torno a los intereses a aplicar.

En concreto, la Dra. García Blanco propone el aumento de la partida a la suma de $250.000 sobre la que habrá de aplicarse una tasa pura del 12% desde el momento del hecho y hasta su efectivo pago, y ante la mora que pueda producirse, firme ya la sentencia, la aplicación de la tasa activa de la tasa activa BNA. Por su parte, la Dra. Zanatta eleva sólo a $100.000 la indemnización por el rubro daño moral, mas aplica la letra del art. 770 del CCyC en lo que refiere al modo en que habrán de computarse los intereses.

Por lo expuesto precedentemente y en atención a la letra del art. 274 del CPCCCh, por el que se dispone que los miembros del tribunal emitirán su voto fundado examinando en el mismo las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios y que la decisión se adoptará por mayoría, "bastando para formarla los votos en sentido coincidente de quienes se expidan en primero y segundo término", dejando a salvo la facultad del tercero de emitir su opinión; en razón del lugar que me ha sido asignado para votar, en el caso particular me expediré exclusivamente sobre el punto al que hiciera mención más arriba, vinculado al monto del rubro daño moral y los intereses a aplicar sobre el mismo.

Antes de hacerlo, destaco que tal como lo ha sido sostenido por el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, la mayoría legal consiste en la coincidencia de opiniones de por lo menos dos de los tres jueces que integran el Tribunal y equivale a unanimidad cuando sólo actúan en los casos en que está permitido. Debe producirse respecto de cada cuestión esencial y para lograr coincidencia que forma mayoría, los jueces deben arribar a una conclusión idéntica (*cf*. SD N° 45/95; 26/SRE/99; 30/SRE/99; 04/SRE/04).

Ahora, ello no implica exigir fundamentos iguales. Cada juez puede dar los suyos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros miembros. De otra manera, la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido, pues no sería otra cosa que pedir una reiteración de fundamentos de cada miembro del Tribunal. La coincidencia hace referencia a que estos no sean contrapuestos, contradictorios, antagónicos, incompatibles o excluyentes entre sí. Es decir, lo que se procura es que estos puedan acumularse (*cf*. Loutayf Ranea, Roberto G. "El recurso de apelación en el proceso civil", pág. 292 y sgtes. Ed. Astrea).

También he de formular una consideración previa más, ello en razón de la hora en que me toca expedirme en el presente y la reciente entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (CCyC). En el caso puntual, y en atención a la letra del artículo 7 del cuerpo normativo, resulta de aplicación la ley vigente al momento en que se constituyera la relación jurídica, esto es cuando acaeciera el acto ilícito del que derivara el daño que aquí es reclamado, razón por la que corresponde sea juzgado a la luz de las disposiciones del anterior Código Civil.

Sin perjuicio de ello, corresponde aclarar que resulta aquí procedente hacer excepción a esta regla en lo que respecta a las normas relativas a la cuantificación del daño, dado que ellas no se refieren a la constitución de la mentada relación jurídica (obligación de reparar) sino solo a las consecuencias de ella, y no varían la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, pues se limitan a sentar una pauta para su liquidación. En este sentido sostiene la Dra. Kemelmajer de Carlucci: "Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones

y situaciones jurídicas existentes". Segunda parte, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 234).

Adentrándome así en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, acostumbro recordar en mis votos que no es preciso que el Tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Sostengo a la par que las limitaciones impuestas al juez, en cuanto a los hechos, no rigen tratándose del derecho, porque aunque las partes no lo invoquen o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación sustancial en litis y determinar la norma jurídica que rige. Así, "en virtud del principio iura novit curia los jueces se encuentran facultados para calificar autónomamente los hechos de la causa y subsumirlos en las normas jurídicas que los rigen, con independencia de las alegaciones de las partes o del derecho por ellas invocado (CSJN, 4/5/93, Rep. ED, 28-459, n° 16; íd., 8/3/94, Rep. ED, 29-453, n° 20/21; CNCiv, S. C, 12/6/01, ED, 194-220; Incom, S. B, 14/2/05, ED, 212-107).

Diré, asimismo, que atendiendo al detallado relato que comprende tanto la plataforma fáctica del caso como los principales argumentos que componen las expresiones del apelante, y que es desarrollado en el voto de mis colegas, me eximiré de incurrir en reiteraciones innecesarias que entiendo solo dilatarían la extensión de mi juzgamiento, ello con excepción de las citas puntuales que entiendo correspondan en cada caso.

Así, advierto con claridad que la queja se asienta en que el actor apelante considera bajo el monto otorgado por el sentenciante de grado en concepto de indemnización por daño moral, y asimismo cuestiona los intereses que han sido fijados en la sentencia.

Al respecto, bien cabe recordar que se ha dicho: “La afectación de la integridad física o psíquica que arroja una secuela que impide temporaria o definitivamente el restablecimiento del estado de cosas de que gozaba la persona con anterioridad al suceso dañoso, habrá de indemnizarse adecuadamente de acuerdo con las particulares circunstancias de cada caso” (CCiv. y Com. Morón, S. 2da., 23/10/84, JA, 1985I646).

Es por ello que la protección de la persona humana en toda su compleja dimensión vital, en su “mismidad” como solía decir el maestro Germán Bidart Campos, en opinión que comparto, constituye preocupación permanente del quehacer jurídico.

Es que, como la sostenido reiteradamente nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, el principio de reparación integral tiene status constitucional (Fallos, 321:487 y 327:3753, entre otros)- y ello importa, como lógica consecuencia, que la indemnización debe poner a la víctima en la misma situación que tenía antes del hecho dañoso (art. 1083, Código Civil), o bien acercar lo máximo posible su realidad a dicho momento.

Entiendo que para cumplir con dicha premisa, bien vale tener presente como lo señala Mosset Iturraspe, que "la indemnización de resarcir que pesa sobre el agente, damnificante o victimario, constituye una deuda de valor y no deuda de dinero". Así "si el resarcimiento… tiende a desmantelar el daño, reintegrando o colocando a la víctima en la situación anterior a su producción, ya sea de un modo específico o bien por equivalente, dinerario o no, es razonable concluir que cuando la indemnización se paga en dinero su importe debe cubrir todo el ‘valor’ del detrimento o menoscabo y que solamente merced a la liquidación de la deuda de resarcimiento se transforma de deuda de valor a deuda de moneda" (Mosset Iturraspe,

Jorge: "Responsabilidad por daños" - Rubinzal - Culzoni Editores - Santa Fe - 1998 - T. I - pág. 406 y ss.)

El doctor Lorenzetti comparte esta conceptualización y agrega: "Hay una realización de lo justo en la sentencia de daños y una instrumentación de ello en la liquidación dineraria… Partiendo de esta base conceptual se llega a la conclusión de que la obligación de resarcir no es determinada sino determinable y que esta última debe concretarse atendiendo al carácter sustitutivo de la reparación dineraria; no hay modificación del objeto". (Lorenzetti, R. L.: "La emergencia económica y los contratos" - Rubinzal - Culzoni Editores - Santa Fe - 2002 - pág. 319)

Por su parte, Mosset Iturraspe explica que una tesis pacífica en doctrina y jurisprudencia concluye, como consecuencia de tratarse de una deuda de valor, que: "a) A la indemnización, sea resultado del incumplimiento de la obligación o acto ilícito, no son aplicables los principios nominalistas y, "b) Para liquidar la indemnización o fijar el capital, se impone la elección del día de la sentencia como el más cercano al momento de la reparación real…" (ob. cít.).

Resulta asimismo sumamente valiosa la opinión de López Mesa y Trigo Represas, cuando expresan -siguiendo a Jourdain- que "el derecho a la reparación de la víctima nace el día de producción del daño. Desde esa fecha el derecho existe en principio; pero él no se encuentra todavía fijado en su cuantía. El crédito debe todavía tornarse líquido, es decir, valuado y expresado en moneda. La deuda del responsable aparece así como una deuda de valor… susceptible de variación y que resta aún determinar". (López Mesa, Marcelo y Trigo Represas, Félix A.: "Tratado de la responsabilidad civil. Cuantificación del daño" -LL, Bs.As., 2006, pág. 34).

A su vez, los autores nombrados, luego de citar jurisprudencia comparada que reconoce a la deuda resarcitoria como deuda de valor respecto del momento en que el daño debe ser evaluado, expresan que "el análisis anterior conduce a evaluar el daño lo más tarde

posible, siendo lo ideal determinar el monto del daño a ser pagado el mismo día de pago. Pero como ello es imposible en la práctica, la jurisprudencia ha admitido la cuantificación del daño en la sentencia de fondo, lo que permite a los jueces tener en cuenta todas las variaciones del daño anteriores a la sentencia". No cabe duda, a mi juicio, que el concepto de reparación integral que exige el CCyC impone tener presente los conceptos vertidos, y así cuantificar al momento de la sentencia la indemnización por el daño sufrido de manera de dar una respuesta coherente a la víctima.

En esa faena, comparto el criterio de la Dra. García Blanco, quien escoge enrolarse en la teoría que se ha dado en denominar "satisfacción sustitutiva" o también de los "placeres compensatorios" y que hoy es reconocida expresamente por la doctrina nacional, habiendo sido incorporada en el CCyC (art. 1741). Una vez más nuestro Derecho nacional pondera la indemnización de la víctima por sobre la sanción del victimario, lo que resulta correcto. Se trata aquí de compensar el displacer sufrido con un placer equivalente. Ello equivale a sostener que con nuestro CCyC ya no se cuantifica – en rigor de verdad – el daño moral, sino la satisfacción que se procura pueda otorgarse a la víctima del daño. Encuentro, en tal sentido, ajustada a derecho la suma de pesos doscientos cincuenta mil ($250.000) a la que propongo se eleve la partida por el daño moral sufrido por el actor, resultando ocioso que reitere idénticos parámetros a los que se une la cuantificación señalada.

Ya en relación con la cuestión vinculada a los intereses, anticipo que "el inicio del curso de los intereses en la deuda de valor no presenta particularidades especiales respecto a la deuda de dinero, y debe quedar sometida a las mismas reglas generales" (Belluscio, Augusto, y Zannoni, Eduardo: «Código Civil y leyes complementarias. Comentado. Anotado y concordado». Buenos Aires, Astrea, 1988, t. 3, p. 82). Es por dicha razón que corresponde efectuar el distingo entre la determinación del monto necesario

para resarcir el daño y la mora en el cumplimiento mismo de la obligación de reparar aquél.

Así, "en aquellos supuestos de deudas de valor, en tanto que el "quantum" fue valuado o cristalizado al tiempo de dictar sentencia, no corresponde la aplicación de la tasa activa» -*cf*. arg. art. 565 CCom. y «S. A. La Razón s/ quiebra inc. de pago profesionales (art. 288), del 27/10/1994 y CNApel. S. F "Ramírez J. P. y otro contra General Motors Argentina S. R. L. y otro sobre ordinario", del 7/7/2016.

En el macro de este último decisorios se sostuvo asimismo "ello pues la imposición de dicha tasa desde el origen de la mora consagra una alteración del capital establecido en la sentencia que configuraría un enriquecimiento indebido, "dado que uno de los factores que contiene la entidad de la referida tasa, lo constituye la paulatina pérdida del valor de la moneda, extremo ponderado al definir el daño a valores actuales" o, cuando se fija al tiempo de dictar sentencia la indemnización debida al tratarse de obligaciones de valor. Así en tales supuestos, "corresponde aplicar un interés que no englobe tal rubro y solo pondere el interés puro, que corresponda a la justa renta del capital".

Tal postura es la que me conduce a sostener que la misma línea de pensamiento que lleva a cuantificar la deuda de valor al momento de la sentencia, y por la que se interpreta que tal precepto incorpora una regla de justicia al establecer con actualidad aquel valor, impone consecuentemente la aplicación de una tasa de interés pura por oposición a la compuesta que incluye factores de actualización los que han venido a darse ya con el monto que se establece en esta etapa del proceso. En esa inteligencia, por los fundamentos expresados propondré se aplique sobre el capital de condena una tasa pura del 12% anual desde la fecha en que se produjera el perjuicio (art. 1748 CCyC) hasta su efectivo pago, y en caso en que se produjera mora en el mismo, deberá pues aplicarse a partir de que se

configure la misma la tasa activa del Banco de la Nación Argentina. Rechazo, por tanto, la capitalización pretendida.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, así voto:

Por coincidir con lo resuelto por la Dra. Graciela Mercedes García Blanco, adhiero a su voto, en lo que ha sido materia de apelación sometida a mi juzgamiento.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial de la Dra. Zanatta, la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora, y en consecuencia modificar la sentencia fijando en concepto de daño moral la suma de doscientos cincuenta mil pesos ($250.000), con los intereses conforme los considerandos pertinentes.

2) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la demandada A. E. S. M. de Comodoro Rivadavia y modificar el fallo imponiendo las costas por la citación de los terceros por su orden entre la citante y los citados.

3) Rechazar el recurso interpuesto por N. C. de S. S. A..

4) Imponer las costas de primera instancia por la acción principal a la demandada y citada en garantía.

5) Costas de la alzada en un diez por ciento (10%) al actor y en un noventa por ciento (90%) a la demandada y citada en garantía solidariamente.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia al Dr. G. C. L. como apoderado de la actora en el veintiuno por ciento (21%), la Dra. C. M. por su actuación como patrocinante del actor a partir de fs. 512 en el dos por ciento (2%), a los Dres. E. N. y R. C. W. como apoderados de la demandada conjuntamente en el quince por ciento (15%), a los Dres. C. M. Z., P. D. P. y N. A. C. como apoderados de la citada en garantía conjuntamente en el ocho por

ciento (8%) y como patrocinantes de los terceros citados Dres. E. O. T. y C. S., conjuntamente en el siete por ciento (7%), a los Dres. L. I. M. y J. S. G. P. como apoderados del citado H. A. S. en el nueve por ciento (9%) y al perito médico Dr. C. A. B. en el dos por ciento (2%), en todos los casos los porcentajes deben calcularse sobre el monto total de la condena y adicionarse el IVA si correspondiere.

7) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia al Dr. G. C. L. en el veintisiete por ciento (27%), al Dr. E. N. en el veinticinco por ciento (25%) y al Dr. O. R. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

8) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Presidenta

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2019
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO Secretaria de Cámara