

## Danos Y Perjuicios Mala Praxis Intervencion Quirurgica Responsabilidad Del Establecimiento Asistencial Y De La Obra Social

### JURISPRUDENCIA

### Daños y perjuicios. Mala praxis. Intervención quirúrgica.

Responsabilidad del establecimiento asistencial y de la obra social Se mantiene la sentencia que hizo lugar a la demanda por mala praxis derivada de la intervención quirúrgica de rodilla del hijo de los actores. Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 2 días del mes de Noviembre de dos mil quince, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados: ?Garnica, Héctor Oscar c/ Osuomra Policlínico Central s/ daños y perjuicios? respecto de la sentencia de fs. 331/334 el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden Señores Jueces Doctores: MAURICIO LUIS MIZRAHI.- CLAUDIO RAMOS FEIJOO.-ROBERTO PARRILLI.- A la cuestión planteada el Dr. Mizrahi, dijo: I. Antecedentes La sentencia de primera instancia, obrante a fs. 447/461, dispuso hacer lugar parcialmente a la demanda promovida por Héctor Oscar Garnica y Erica del Valle Godoy Ayala contra la Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina (OSUOMRA) y el Dr. Miguel Ángel Strassera. En consecuencia, condenó a éstos al pago de una suma de dinero, con sus respectivos intereses y las costas del proceso; y ello a raíz de la intervención quirúrgica practicada al hijo de los actores, A. M. G. La causa tiene su origen en la demanda de fs. 91/97 por mala praxis médica. En dicha oportunidad los accionantes afirmaron que con fecha 13 de septiembre de 2007 se le efectuó a su hijo ?A. M.-una intervención quirúrgica en el Policlínico Central de la OSUOMRA; acto quirúrgico que estuvo a cargo del co-demandado Dr. Strassera. La intervención era necesaria ya que se verificaba una necesidad de corrección, pues el paciente padecía de Genu Valgo Izquierda (rodilla izquierda), para lo cual requería de la colocación de unas ?grampas?. Continúan señalando los demandantes que las referidas grampas fueron mal colocadas por el cirujano, por lo cual el niño debió someterse a una nueva intervención en el Hospital Garrahan; y de ahí la demanda de daños aquí promovida. II. Agravios en materia de responsabilidad Dada la condena efectuada en primera instancia, los emplazados deducen los pertinentes agravios. OSUOMRA manifiesta en su presentación que el juez realizó un análisis parcial y erróneo de la experticia médica. Invoca que los problemas al niño se le generaron no por un obrar negligente del médico interviniente sino por la deficiente condición física que presentaba aquél en la oportunidad de ser sometido a la operación. A su turno, el co-accionado Dr. Strassera se expide en sentido similar; pues indica que el fallo realiza un examen fragmentario y parcial del dictamen médico. Empero, a su vez, ataca la misma experticia; habida cuenta que afirma que el perito incurrió en una ?falacia? en su razonamiento. Esta supuesta falacia quedaría configurada pues entiende el quejoso que si se sostiene por el experto que al estar insertadas las grampas en el cartílago de crecimiento fueron mal colocadas, no puede decirse al mismo tiempo que existieron dos posibilidades; una de las cuales sería que las grampas pudieron haber migrado del lugar donde fueron instaladas originariamente. Concluye el apelante que en el caso es muy probable que ?las grampas migraran?; y que resulta inadmisibles que el perito asuma que no se extrajo ninguna radiografía del post-operatorio. Por otro lado, sostiene que la existencia o no de esta placa no ejerce influencia en la misma colocación de las grampas. En definitiva, el supuesto agravio fundamental es que el magistrado anterior habría realizado una inversión del onus probandi; y que eran los actores quienes debían haber probado la culpa médica, lo que no han hecho; pues no existe ninguna prueba certera de que hubo en el inicio una incorrecta colocación de las grampas. III. La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1° de la ley 27.077 (B.O n° 33.034 del 19-12-2014), que modificó el art. 7 de la ley 26.994, el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por esta última, que fuera promulgada por decreto 1795/2014 (B.O. n° 32.985 del 8-10-2014), ha entrado en vigencia el 1 de agosto pasado por lo que, dada la cuestión relativa a la vigencia de las normas sucesivas en el tiempo, se hace necesario determinar los alcances del nuevo texto legal en el presente caso. Al respecto el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación fija en su artículo 7° las reglas a seguir en estos casos estableciendo que: ?A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo?. Como se aprecia, en materia de derecho intertemporal, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo y salvedad hecha de la evidente omisión incurrida en el primer párrafo del adverbio ?aún?, el nuevo cuerpo legal ha decidido mantener el mismo texto y sistema que el derogado art. 3° del Código Civil, según reforma de la ley 17.711. De este modo, con las aclaraciones ya realizadas en materia

contractual, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación es aplicable a las relaciones y situaciones jurídicas futuras; a las existentes a la fecha de su entrada en vigencia, tomándolas en el estado en que se encuentren -en este caso regirá los tramos de su desarrollo no cumplidos- y también, a las consecuencias no agotadas de relaciones y situaciones jurídicas constituidas bajo el amparo de la antigua ley. Pues bien, al ser el daño un presupuesto constitutivo de la responsabilidad (cfr. arts. 1716 y 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación y art. 1067 del anterior Código Civil), aquél que diera origen a este proceso constituyó, en el mismo instante en que se produjo, la obligación jurídica de repararlo. En consecuencia, dicha relación jurídica, al haberse consumado antes del advenimiento del actual Código Civil y Comercial de la Nación, debe ser juzgada -en sus elementos constitutivos y con excepción de sus consecuencias no agotadas- de acuerdo al sistema del anterior Código Civil - ley 17.711 (ver en este sentido, Luis Moisset de Espanes, "Irretroactividad de la ley?", Universidad de Córdoba, 1975, en especial p. 22 y 42/43, p. IV, apartado "b?"). Esta es la solución que siguió este Tribunal en pleno, in re, Rey, José J. c. Viñedos y Bodegas Arizu S.A.? del 21/12/1971, publicado en La Ley on line, AR/JUR/123/1971, cuando luego de sancionarse la reforma de la ley 17.711 se produjeron resoluciones contradictorias respecto de la aplicación temporal de ésta. Allí, la mayoría entendió que el hecho ilícito se produce instantáneamente, no quedando sometido a acción alguna del tiempo, por lo cual corresponde atribuir a la ley antigua la regulación de los presupuestos de existencia de la obligación de reparar el daño causado, así como su contenido, inclusive la extensión del daño y su evaluación (cfr. Belluscio Augusto C.- Zannoni Eduardo A., "Código Civil y leyes complementarias...?", Buenos Aires, 1979, tomo 1, p. 28). Lo expuesto no significa que no participemos de la opinión de que todo lo atinente a la aplicación temporal del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación debe seguirse una hermenéutica que no limite su efectiva vigencia. Es que, como con acierto lo recordaba Vélez Sarsfield en su nota al viejo art. 4044 -luego derogado por la ley 17.711- "el interés general de la sociedad exige que las leyes puedan ser modificadas y mejoradas, y que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto antes a las antiguas, cuyos defectos van a corregir?". Sin embargo, por las razones antes expuestas, en este caso puntual ha de regir la limitación ya señalada por aplicación del principio consagrado en el art. 7 del mismo cuerpo legal. De todos modos, con Código viejo o nuevo, la interpretación que guíe esta decisión, y cualquier otra, no puede desconocer la supremacía de la Constitución Nacional, ni los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, no ya solo porque lo recuerde el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1º y 2º), sino porque así lo manda la Constitución Nacional (cfr. art 31 y art 75 inciso 2º). Sin duda, tampoco pueden soslayarse los valores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico; los que se sintetizan en el mandato de "afianzar la justicia?", contenido en el Preámbulo de nuestra Constitución, que no es letra vana.

IV. Encuadre jurídico de la responsabilidad médica

A los fines de la determinación de la responsabilidad que se imputa en los presentes actuados, resulta indispensable expresar primeramente cuales han de ser los criterios que se han de aplicar en relación a la actuación de los galenos, clínicas y entidades que prestan servicios médicos.

IV.1. Criterios respecto a la responsabilidad de los médicos

En lo que se refiere a los médicos, el eventual obrar culposo se juzgará conforme a los parámetros previstos en los artículos 512, 902 y 909 del Código Civil vigente en la oportunidad respectiva. Sobre este punto, cabe precisar que si bien la culpa se apreciará en concreto, en tanto que se analiza el accionar del obligado en función de los hechos acontecidos y demás circunstancias, de todas formas podría sostenerse que nuestro sistema en materia de culpa es mixto en buena medida, dado que se confronta la actuación concreta del agente con un tipo abstracto; en el caso, cómo hubieran desempeñado su labor médicos prudentes. Vale decir que, para juzgar la diligencia o negligencia en un comportamiento, la comparación se realiza con un modelo que, por supuesto, no existe en la realidad y debe ser imaginado (ver Trigo Represas, Félix Alberto, "Responsabilidad civil de médicos y establecimientos asistenciales", LL, 1981 D 133). De lo delineado se desprende, en consecuencia, que la obligación que asumen los médicos en sus prestaciones es de medios, y no de resultado, en atención a que el galeno no es un garante de la salud del paciente. Por otra parte, la ley 17.132 prohíbe a los profesionales "anunciar o prometer la curación" y "anunciar o prometer la conservación de la salud" (art. 20, incisos 1º y 2º). Sin perjuicio de lo descrito, es necesario aclarar que la diligencia y pericia que se exigirá a los médicos presentará ribetes especiales. Es que si bien hace ya más de un cuarto de siglo fue destacado que la ciencia médica tiene sus limitaciones y que siempre existe un álea que puede escapar a las previsiones más prudentes, se subrayó de todos modos que cuando está en juego la vida o la salud de las personas hay una natural predisposición a juzgar con rigor la actuación profesional (ver CNCiv., Sala E, 19 12 1977, LL, 1979 C 20, voto del Dr. Néstor D. Cichero). Dado entonces que la diligencia de los médicos se ha de apreciar con un criterio severo, se advertirá que en esta materia no se han de excluir las "culpas pequeñas". Ello es así porque -como se dijo- al intervenir valores tan trascendentes, la menor imprudencia, negligencia o descuido más leves, tendrá una dimensión especial que le ha de conferir una singular gravedad; susceptible de desencadenar la responsabilidad profesional. Esto significa que lo que se ha de exigir es una diligencia máxima teniendo en cuenta la mayor capacidad de previsión del profesional; el que en todo tiempo debe tener una posición de prevención, con el deber de adoptar todos los recaudos que resulten indispensables para atender a la seguridad del paciente (ver CSJN, 13-10-89, "Amante c. Asoc. Mutual Transp. Automotor?", ED, 136-679 , y JA 1990-II-126; esta Sala, "Simone

de Del Moral, Emilia Rosa y otros c/ Granja, Miguel Angel y otro s/ daños y perjuicios? , del 18-03-2008, Expte. Libre N° 488.465, JA, 2009-I, LLonline; íd., íd., ?Martín, Alicia Irene c/ Obra Social Bancaria Argentina s/Daños y Perjuicios?, del 18-07-2008, Expte. Libre N° 492.538, el Dial AA4B8C, JA, del 5-11-2008; íd., íd., ?Berard de Meligrana, María Beatriz c/ Medicus S.A. y otro s/ daños y perjuicios?, del 08-04-2008, Expte. Libre N° 472.151, ED, del 3-5-2010, LLonline; íd., íd., ?Sinicalco, Elisabet Gladys y otros c/ Clínica Boedo SRL?, del 4-3-2009, Expte. Libre N° 502.255; íd., íd., Devita de Varela, Alicia F. c/ Estado Nacional?, del 8-9-2009, Expte. Libre N° 518.481; íd., íd., 16-05-2011, ?Gutiérrez Salazar, Jaime Ramiro c/ Clínica Bazterrica S.A.?, Expte. Libre N° 562.329; íd., íd., ?Avalos de Olazábal, Alejo c/IOS?, del 21-10-2010, Expte. Libre. 570.202; CNCiv., Sala A, 29-8-1989, ?Abraham, Julio c/ Covaro, Jorge A.?, libre N° 43.828; CNCiv., Sala H, 21-6-1995, ?Gutierrez, María E. c/ Intermedics?, libre N°161.624; CNCiv., Sala A, 10-9-2001, ?Romero, María Inés c/ M.C.B.A.?, libre N° 307.751; Cám. Fed., Civ. y Com., Sala I, 10-8-84, ED, 111-110 y LL, 1985-A-612, 36.757, S; CNCiv, Sala F, 29-2-2008, ?B., J. V. y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires?, JA, 2008-IV, fascículo N° 10, del 3-12-2008, p. 59). Ahora bien, resulta claro que la sola existencia del daño - como el que aquí invoca la actora- no será suficiente para provocar la responsabilidad de los demandados. Y entonces entran en juego dos cuestiones que deben deslindarse cuidadosamente: la causalidad material, por un lado, y la causalidad jurídica, por el otro. La relación de causalidad puramente material -la imputatio facti- se presenta cuando un determinado daño puede ser imputado objetivamente a una persona; sencillamente se verifica una relación causal entre un antecedente y un consecuente y, en función de ella, se determina entonces que el daño acontecido es consecuencia de un hecho determinado (ver Carranza Latrubesse, Gustavo, ?Responsabilidad médica y causalidad?, LL, 2003-E-1031; Orgaz, Alfredo, ?La relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño?, LL, ?Páginas de Ayer?, N° 4-2003, p. 23 y sigtes.). La imputatio facti comportaría -en el caso de la práctica médica-la llamada iatrogenia, entendida ésta no como la interpreta cierta doctrina (ver Costa, Enzo Fernando, ?La interrupción del nexo causal en la responsabilidad médica?, ED, 159-1041), sino en un sentido amplio, como surge claramente del diccionario de la lengua y se corresponde con su etimología; o sea la alteración del estado del paciente producida por el obrar del médico, cualquiera sea su causa (ver Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, ps. 766 y 842, vigésima segunda edición, Madrid 2001; Moliner, María, ?Diccionario del uso del Español?, t. II, p. 80, ed. Gredos, Madrid, 1991). Es por eso que si bien toda mala praxis en general lleva implícita una iatrogenia, ésta no necesariamente se ha de producir por aquélla. La patogenia o las consecuencias negativas que sufre el paciente podrán tener origen en su propia predisposición, constitución o sensibilidad; vale decir, en sus factores individuales, de manera que la intervención del galeno lo que hace es disparar o poner en marcha elementos patológicos que hasta ese momento estaban latentes en aquél. Sin embargo, desde un enfoque legal, es indudable que no alcanza la mera verificación de la causalidad material para responsabilizar a un sujeto pues, de lo contrario, la serie progresiva de los daños podría prolongarse en forma ilimitada. Es por tal motivo que es necesario que intervenga la causalidad jurídica -la imputatio iuris-, lo que significa decir -como bien se sostuvo-que aparecerá en escena una valoración del magistrado, como la es el juicio de previsibilidad y el principio de normalidad, lo cual implicará recortar aquella causalidad fáctica para arribar finalmente a una causalidad que estará impregnada de una impronta propiamente jurídica. Se trata de una depuración que hay que efectuar con un prisma humano y arribar así al adecuado factor de atribución que, en nuestro caso, es desentrañar si medió o no un obrar culposo de cada uno de los emplazados (ver Bueres, Alberto, ?Responsabilidad de los médicos?, ps. 297 y sigtes, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992; López Mesa, Marcelo, ?Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada?, La Ley, ejemplar del 12-8-2013, p. 1 (2013-D). En consecuencia, el concepto de causalidad jurídica nos permitirá delimitar hasta dónde deberá responder la persona por sus actos voluntarios; vale decir, qué consecuencias dañosas son las que deberán atribuírsele. Los hoy derogados arts. 520, 903, 904, 905 y 906 del Código Civil (pero aplicables al caso), claramente marcan cuáles son los límites en el responder. Así, con el deslinde que realizan los referidos dispositivos legales, el derecho argentino se aparta de la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la conditio sine qua non; de manera que no todas las condiciones que conducen a un resultado son la causa de él; de modo que -con la mentada discriminación-se evita que la responsabilidad por un hecho determinado se extienda hasta el infinito, imponiéndose exagerada e injustamente el deber de resarcir aún a aquel que, digamos, solo ha contribuido a producir ese resultado con un alcance que solo puede calificarse de mínimo. En resumidas cuentas, y por lo ya señalado, el derogado Código Civil aplicable en la especie adhirió a la doctrina de la causalidad adecuada (art. 906 y concordantes). Esto significa que se atribuye la categoría de causa jurídica solamente a aquella condición que generalmente es apropiada para producir el resultado. En este sentido, no todas las condiciones necesarias de un hecho determinado son equivalentes. Causa de un daño es solo aquella que, según el curso natural y ordinario de las cosas, es idónea para producir el resultado. Las demás condiciones, que no producen normal y regularmente ese efecto, serán sólo condiciones antecedentes o factores concurrentes. Por lo tanto, sólo corresponderá atribuir la entidad de causa idónea de un hecho la que, según un juicio de probabilidad, lo que ocurre habitualmente y conforme a la experiencia de la vida (principio de normalidad), produce u ocasiona el daño que, entonces, se ha de atribuir a aquel evento (ver Bustamante Alsina, Jorge, ?Teoría general de la

responsabilidad civil?, novena edición, p. 270, N° 590; Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", ed. Marcos Lerner, p. 43; esta Sala, 5-4-1999, "Tarrío Cabanas de Ludovico, Mercedes c/ Cabanne, Ana María s/ Daños y Perjuicios", Expte. libre N°255.011; íd., íd., 23-11-2005, "Ayam, Alicia Mónica c/ Fernández Humble, Raúl s/ Daños y Perjuicios", Expte. libre N° 390.230, "La Ley Online?", Gaceta de Paz, Año LXXI, n° 3406, 27/4/2006, p. 1 y ss.; Infobae.com, del 13/2/2006; elDial.com AA3133; Uol Noticias, del 13/2/2006; Cifuentes, Santos, en Belluscio-Zannoni, "Código Civil y Leyes complementarias?", t. 4, ps. 46 y sigtes., ed. Astrea, Buenos Aires, 1982). Por supuesto que, para realizar el juicio de probabilidad, debe atenderse a una regularidad o habitualidad in abstracto, y no in concreto; pues, de lo contrario, no será posible llevar a cabo aquel juicio. A este efecto, el juez debe tener en cuenta patrones jurídicos y máximas de experiencia; reglas que tienen su basamento en el correcto entendimiento humano y en la observación, tras un conocimiento experimental de las cosas. Juega también su papel, desde luego, la lógica; lo que significa decir que la resolución a dictarse tiene que ajustarse a la aplicación de la sana razón (ver Couture, Eduardo J., "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", ps. 221/222, 4° edición, Ed. Bdef, Buenos Aires, 2005; Cifuentes, Santos, en Belluscio-Zannoni, "Código Civil y Leyes complementarias?", t. 4, p. 58, obra citada).

IV.2. La responsabilidad de las clínicas, entidades de medicina prepaga y obras sociales

En lo que hace a las clínicas, entidades de medicina prepaga y obras sociales, y por aplicación de los principios generales, su responsabilidad -en casos como el autos-- recién surgirá cuando se acredite la culpa médica. Vale decir, que el responder de aquéllos necesariamente va a estar ligado al incumplimiento previo de los deberes que estaban en cabeza de los galenos que tuvieron a su cargo la atención de la víctima. Es que en relación a los mencionados entes se reconoce sin mayores discusiones que pesa sobre ellos una obligación tácita de seguridad hacia quien acude a los servicios que brinda. Vale decir, que rige una cláusula sobreentendida de garantía que se traduce en atender a la seguridad del paciente, y que tiene su fundamento en el principio general de la buena fe (art. 1198, primer párrafo, del Código Civil hoy derogado pero aplicable al caso). En otras palabras, existe la obligación de quien presta servicios médicos de realizar adecuadamente su labor, lo cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general o accesoria para la preservación de la personas de los contratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato. Es que si la entidad se ha obligado a proporcionar asistencia médica, no solamente será responsable por el servicio que se ofrezca, sino también de que se preste en condiciones tales para que el paciente no sufra daños por una eventual deficiencia de la prestación prometida (Ver Vázquez Ferreyra, Roberto, "La obligación de seguridad", suplem. especial La Ley, septiembre de 2005, p. 4; Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", p. 468, N° 1431 quáter, 5° edición, Buenos Aires, 1987; CNCiv., Sala A, del 2/6/2004, LL del 10/11/2004; Bueres, Alberto "Responsabilidad civil de los médicos", p. 383/384, Buenos Aires, 1992; CNCiv., Sala G, del 25/6/1981, en autos "Abalo, Omar Ulises c/ Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor", Expte. libre n° 269.599; CNCiv. Sala H, 21-6-1995, "Gutiérrez, María E. c/ Intermedics Inc.?", libre N° 161.624). Adviértase que para decretar la responsabilidad en estos supuestos ni siquiera es necesario acudir a sostener que la obligación que pesa sobre las mencionadas entidades es de resultado, como lo han sostenido pronunciamientos de nuestro fuero (ver, en tal sentido, CNCiv., Sala E, del 25/11/1980, LL 1981 D 133; CNCiv., Sala C, del 9/2/1984, LL, 1985 C 638, s. 36.846; CNCiv., Sala C, del 5/9/2000, in re "Parisi, Roberto J. v. Girado, Juan M.", voto del Dr. Alterini, JA, 2001 II 571; CNCiv., Sala M, del 5/6/2001, en autos "González de Toloza, Perla c/ Armada Argentina", Lexis Nexis n° 1/70005627 1; etcétera). Aunque nos ubiquemos en el ámbito de las obligaciones de medios, se verá que es exigible al ente asistencial una prestación diligente, idónea y técnicamente irreprochable (ver Trigo Represas, Félix, "Responsabilidad civil de médicos y establecimientos asistenciales", LL, 1981 D 133; esta Sala, "Simone de Del Moral, Emilia Rosa y otros c/ Granja, Miguel Angel y otro s/ daños y perjuicios", del 18-03-2008, Expte. Libre N°488.465; íd., "Martin, Alicia Irene c/ Obra Social Bancaria Argentina s/Daños y Perjuicios", del 18-07-2008, Expte. Libre N° 492.538).

En lo que respecta específicamente a las obras sociales y entidades de medicina prepaga, por supuesto que deben responder por los perjuicios ocasionados a sus afiliados cuando éstos son atendidos en establecimientos y médicos contratados por ellas, como es el caso de autos. Poco importa, pues, que la actora -para la ejecución de la prestación requerida-- haya tenido que contratar a su vez con terceros, ya que en definitiva al afiliado o al asociado le resulta indiferente que su deudor cumpla sus compromisos por sí mismo o que, como ha sucedido en el presente juicio, se valga de otras entidades y personas con las que tiene una conexión directa contractual para la satisfacción de sus obligaciones (ver, entre tantos otros, a Acuña Anzorena, Arturo, "Responsabilidad contractual por el hecho de otro?", en JA, 53-64; Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., "Tratado de la Responsabilidad Civil?", t. II, ps. 485/486, ed. La Ley, Buenos Aires, 2005). No puede soslayarse, además, que la obra social y la entidad de medicina prepaga también asume ante sus afiliados o asociados una obligación accesoria y tácita de seguridad por la eficiencia del servicio de salud prestado; por lo que su responsabilidad quedará comprometida en los casos de culpa o negligencia de los profesionales intervinientes, o cuando mediere un deficiente servicio de los entes que prestan servicios médicos que integren su red de servicios. Sobre el punto, bien se ha dicho que la vida y la salud revisten indiscutible interés social, el que trasciende de lo meramente privado y se proyecta más allá hasta el ámbito del orden público (ver, Trigo Represas, Félix A. -

López Mesa, Marcelo, "Tratado de la Responsabilidad Civil", T. II, pág. 484/487, ed. La Ley, Buenos Aires, 2005). V. Las experticias en la responsabilidad médica Merece destacarse especialmente que en este tipo de juicios la prueba pericial deviene relevante ya que el informe del experto no suele ser una mera apreciación sobre la materia del litigio, sino un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos (CNCiv., Sala D., en autos "Yapura, Gregoria Erminde c/ Transporte Automotor Riachuelo S.A. s/ Ds. y Ps.", expte. libre n° 77.257/98, del 8/10/02; íd., "Fiorito, José Luis c/ Petersen, José y otro s/ Ds. y Ps.", expte. libre n°105.505/97, del 20/09/91). La función de la prueba pericial es de asesoramiento, pues se trata de cuestiones ajenas al derecho respecto de las cuales el Juez no tiene conocimientos específicos. No será el perito quien defina el pleito, pero es indudable que -fundando debidamente su informe- esta actuación, por su peso y envergadura, desplaza por lo regular y quita valor convictivo a otros elementos que no resulten definitorios. Al respecto, es oportuno aclarar que la mera opinión de los litigantes -o lo que abstractamente se haga saber por la vía de la prueba informativa- no puede prevalecer sobre las conclusiones de los expertos, en especial si se advierte que no hay argumentos valederos para demostrar que las mentadas conclusiones fueron irrazonables. La solvencia técnica que se desprende de cada profesión indica que la prueba pericial es la más adecuada, pues ella es el fruto del examen objetivo de las circunstancias de hecho, de aplicación a éstas de los principios científicos inherentes a la especialidad, y de los razonamientos que siguen para dar respuesta a los temas sometidos al dictamen (ver CNCiv., Sala "D", en autos "Quiros de Delgado, Nélica c/ Ferrocarriles Metropolitanos S.A. s/ Daños y Perjuicios", expte. libre n° 25.403/93 del 27/12/96. Ver, además, mi anterior voto in re "Chomsky c/ Palavecino s/ ds. y ps.", del 15/12/2005). A pesar de lo expresado, corresponde resaltar que las experticias en cuestión se han de evaluar según las reglas de la sana crítica (art. 477 del ritual) y la libre convicción del juez; labor intelectual que tiene que estar sustentada, desde luego, en patrones jurídicos y máximas de experiencia. En este aspecto, téngase presente que las normas adjetivas no acuerdan el carácter de prueba legal al dictamen de los peritos (ver esta Sala, in re "Tarrio Cabanas de Ludovico, Mercedes c/ Cabanne, Ana María", expte. libre N° 255.011, del 5/4/1999). VI. Estudio de los agravios en materia de responsabilidad VI.a. Una vez precisados los criterios aplicables, he de señalar que sólo realizando un particular esfuerzo se puede sostener que los agravios de los demandados en materia de responsabilidad cumplen con los requisitos exigidos por el art. 265 del ritual; pues resulta harto dudoso que los escritos en cuestión estén revestidos de la necesaria suficiencia recursiva; esto es, la impugnación cabal y punto por punto de las motivaciones del fallo apelado. Sin embargo, no he de proponer que se declare desierto el recurso de marras en atención a la necesidad de salvaguardar el principio de defensa en juicio (art. 18 de la C.N.). Es este precepto, precisamente, el que para mi concepto impone utilizar la facultad que acuerda el art. 266 del C.P.C.C.N. con un criterio restrictivo; vale decir, acudir a ella cuando de una manera clara y acabada se opera una transgresión a la citada preceptiva legal; circunstancia que no se presenta en supuestos dudosos como los de autos. En tal sentido, este Tribunal viene declarando de modo concordante que en la sustanciación del recurso de apelación el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos aun ante la precariedad de la crítica al fallo apelado. En otras palabras, si la fundamentación cumple en cierta medida con las exigencias del art. 265 del C.P.C.C.N., según un criterio de amplia flexibilidad, cabe estimar que se ha satisfecho la mentada carga procesal (ver al respecto mis votos in re "Hinckelmann c/ Gutiérrez Guido Spano s/ liq. de soc. conyugal" del 28/10/2005, ED 217-327, JA 2006-I-845, LA LEY, 2006-A, 679; íd., en autos "Menéndez c/ Alberto Sargo S.R.L. s/ ds. y ps." del 23/11/2005; íd., in re "Berguer y otro c/ Periodismo Universitario S.A. s/ ds. y ps.", del 31/3/2006, RcyS 2007-II-109. Ver, también, CNCiv sala E, del 24/9/74, LA LEY, 1975-A, 573; íd., Sala G, del 10/4/85, LA LEY, 1985-C, 267; íd., Sala H, del 15/6/2005, JA 2005, III, Fascículo 12, del 21-9-2005, p.58; entre muchos otros). Dado que aquel requisito mínimo tal vez se haya satisfecho en autos -empleando el mencionado criterio amplio- procederé al estudio de los agravios. VI.b. Anticipo desde ya que entiendo que los agravios de los quejosos, en lo que hace a la atribución de responsabilidad, carecen de todo asidero. Para sustentar este aserto procederé -como corresponde- a analizar la experticia médica efectuada en la causa. Veamos. El perito, a fs. 290 vta., señala que las cuatro grampas gruesas están mal posicionadas. Es verdad que el experto hace mención a dos posibilidades (como dicen los agraviados), pero con precisión se aclara que esas "dos posibilidades" son solo "en el campo teórico"; y que en el presente caso "la primera alternativa es la real"; o sea, que las grampas estuvieron mal ubicadas "desde el inicio". Es que resulta acertada la conclusión del perito de que en el parte quirúrgico para nada se hace referencia a una "pobre o nula fijación de los implantes en el hueso"; de lo que surge que no parece haber tenido el médico interviniente complicación alguna en el acto operatorio. Por otra parte, también es atinada la afirmación de que no se le exhibió al idóneo "ninguna radiografía con las grampas en correcta posición". Asimismo, es definitiva la conclusión del perito de que "las grampas mal posicionadas están "clavadas" en mala posición (en el cartílago de crecimiento) desde su inicio, no se pudieron clavar después"; situación que, de manera terminante, descartaría en la especie una hipotética migración de tales grampas. El idóneo interviniente es categórico en lo que venimos exponiendo. En efecto, a fs. 291 vta. nos dice que la "indicación de la operación fue correcta pero no la técnica quirúrgica realizada"; e insiste en que "no fue vista ninguna radiografía con las grampas correctamente colocadas como para inferir

que se movilizaron?. Por lo demás, a fs. 348, el perito vuelve sobre la cuestión. Hace referencia a la ?ineficaz ubicación de las grapas y que derivó en una reoperación?; y a fs. 348 vta. reitera el porqué, desde el vamos, el galeno interviniente realizó una instalación incorrecta. Es que ?las grapas mal posicionadas están ?clavadas? en mala posición desde su inicio, no se pudieron clavar después?; a lo que se agrega que no se registra en el parte quirúrgico ninguna complicación en la operación. Y este dato también es fundamental; el propio médico demandado reconoce y admite que no tuvo complicaciones en el acto quirúrgico; lo cual ?hacen poco probable el aflojamiento y migración de los implantes en tan corto plazo?. Sucede entonces que al no haberse presentado ninguna complicación --como hubiera sido, verbigracia, una pobre fijación de los implantes--no es dable presumir un eventual movimiento de las grampas (ver fs. 390). Empero, vale la pena reiterarlo, el propio demandado reconoce que tal complicación no existió; lo cual -en suma-define esta litis en contra de lo postulado por los quejosos. Se equivocan los apelantes cuando afirman que es contraria a derecho la presunción de mala praxis del médico demandado; tal como la deduce el juez que me precedió. Al respecto, téngase presente que el art. 377 del ritual es claro: ?Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción?; y aquí vemos con claridad meridiana que los aquí quejosos muy lejos estuvieron de cumplir esa carga. Como si lo referenciado fuera poco, no puede soslayarse el deber de cooperación que tienen los intervinientes en el pleito para el buen resultado de la jurisdicción, pues el proceso judicial es un obrar compartido que, por lo tanto, se traduce en un esfuerzo común (ver Peyrano, Jorge, "De la carga probatoria dinámica embozada a su consagración legislativa", JA, 2003-II-1049; Lépori White, Inés, "Cargas probatorias dinámicas", JA, 2003-II-1030; Morello, Augusto M., "El deber de colaboración en el ámbito de la prueba", LL, 2004-D-214; Mosset Iturraspe, Jorge, ?Negocios fraudulentos y simulados?, t. I, p. 226 y sigtes.; Borda, Guillermo A., ?Tratado de Derecho Civil. Parte General?, t. II, p. 365 y sigtes., 6 edición, ed. Perrot; Zannoni, Eduardo A., en Belluscio- Zannoni, ?Código Civil y leyes complementarias?, t. 4, p. 422 y sigtes., ed. Astrea, Buenos Aires, 1982; CNCiv., Sala A, 28-3-1994, ED, 158-593; CNCiv., Sala G, 3-4-1995, LL, 1995-D-682; CNCiv., Sala I, 16-4-1999, ED, 187-605, y la abundante doctrina y fallos que menciona este pronunciamiento). Es evidente que esta tarea conjunta que mencionamos no fue comprendida por los emplazados cuya inactividad probatoria en puntos cruciales es llamativa. Ningún intento han realizado para tratar de acreditar su versión. A mi juicio, en resumidas cuentas, con lo expuesto queda sellada la suerte del presente juicio en lo que a responsabilidad se refiere. Por lo tanto, propondré al Acuerdo que se confirme la sentencia de primera instancia en lo que hace a esta cuestión. VII. La cuestión de la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil anterior declarada por el juez de grado Sobre el punto, comenzaré por decir que el artículo 1078 del Código Civil (hoy derogado) es claro cuando establece que sólo podrán reclamar daño moral los damnificados directos. Estoy persuadido de que en el caso de autos no hay motivos para apartarme del límite establecido por el legislador a la titularidad de esta acción; y entiendo a su vez injustificada una declaración de inconstitucionalidad (que ni siquiera fue solicitada en el escrito inaugural) que siempre debe ser la última ratio del ordenamiento jurídico. Por supuesto, ello es sin perjuicio de lo que pueda corresponder decidir en otras situaciones sustancialmente diferentes a lo que acontece en la presente causa. Asimismo, el criterio que aquí se sostiene es el de esta Sala en un fallo reciente (ver mi voto in re ?Serrano, Miguel Angel c/Nazar, Romulo Gabriel y otro s/daños y perjuicios?, Expte. Libre N° 609.164 y acumulados, del 01/10/2013). Por lo demás, la decisión que anticipo tampoco se vería modificada con la redacción del Código Civil y Comercial. Al respecto, el artículo 1741 hoy vigente también dispone como regla general la legitimación para reclamar por las consecuencias no patrimoniales al damnificado directo, para luego especificar que ?si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible?. Ninguna de estas hipótesis acontece en el presente pleito. En efecto, el hecho de marras no generó una gran discapacidad en el niño pues, como surge de las constancias de autos, no cuenta con secuelas físicas en la actualidad derivadas de la mala praxis médica. A tenor de lo descripto, habré de proponer al Acuerdo que se revoque la sentencia de grado en este aspecto (en cuanto declaró la inconstitucionalidad de oficio del artículo 1078 del Código Civil) y se rechace la indemnización concedida a los padres en concepto de daño moral. Tal ha de ser mi voto. VIII. Los agravios de las partes en materia indemnizatoria VIII.1. Para comenzar, me referiré a las quejas interpuestas por la citada en garantía respecto del importe concedido por daño psíquico (\$...). Sobre el punto, cabe recordar que con la partida de daño psicológico se tiende a indemnizar la falta de salud mental derivada de un hecho ilícito, debiéndose verificar -a los fines indemnizatorios- la naturaleza y la entidad del interés lesionado. Tal como sucede con las lesiones físicas, se está ante una inhabilidad o dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales, sin que importe que tal disminución no afecte la capacidad productiva del individuo, dado que existe también un derecho en el sujeto a conservar ilesa e intacta su psiquis. Desde otra perspectiva, la jurisprudencia ha dicho que para fijar el monto indemnizatorio por la incapacidad derivada de un accidente, debe estarse al prudente arbitrio judicial. El órgano jurisdiccional apreciará así la trascendencia de las lesiones sufridas, la edad de la víctima, su actividad, condición social, estado civil, trabajos cumplidos, situación económico social de la unidad familiar, cantidad de personas a cargo del afectado, etc. (cfr. CNCiv.,

Sala D, del 7/11/1968, ED, 25-428; íd., íd., del 9/5/1972, ED, 43-740; íd., Sala E, del 23/3/1961, ED, 1-58; entre muchos otros). Al respecto, anticipo desde ya que no coincido con el criterio de la compañía aseguradora que sostuvo que el daño psicológico no podía erigirse en un rubro autónomo al daño moral. No considero que se verifiquen razones plausibles para identificar ambos detrimentos toda vez que, como lo ha sostenido esta Sala en reiterados pronunciamientos, a los que me remito, la indemnización por el daño moral no apunta a reparar incapacidad alguna; como, en cambio, sucede con el daño psicológico (ver, entre otros precedentes, lo señalado por mi ex-colega, Dr. Sansó, en autos "Alarcón, H. O. y otros c/ Sánchez, L. G. y otros s/ Daños y perjuicios", del 15/2/2008, Expte. libre n 480.436). El experto designado en autos sostuvo el niño padeció un trauma psíquico; que "la huella traumática opera como causal, ya que en esta primera intervención opera el fracaso, sin dejar expectativas de curación quedando en el psiquismo esa impronta"; y que "M. ... presenta una personalidad aún en formación donde aparecen mecanismos defensivos de negación y disociación en referencia a la situación traumatizante experimentada, que incide directamente en el desarrollo evolutivo de su psiquismo". A su vez, recomendó la realización de un tratamiento psicoterapéutico "no menor a un año y supeditado a la evolución del tratamiento, con una frecuencia mínima de 1 sesión semanal" (v. fs. 287). Me permito reiterar que cuando la experticia está debidamente fundada, y no existen argumentos científicos de mayor valor que logren desvirtuar el dictamen vertido en los informes técnicos cuestionados (tal es el caso de autos), ni obren pruebas que determinen que éstos fueron irrazonables, lo que resulta lógico y atinado es aceptar las mentadas conclusiones del idóneo (arg. art. 477 del ritual; Daray, Hernán, "Accidentes de Tránsito", Ed. Astrea, tomo I, pág. 560). En virtud de lo expuesto, teniendo en cuenta las afecciones psíquicas sufridas, la necesidad de realizar un tratamiento psicoterapéutico, las circunstancias de autos, y particularmente que no se ha agravado sobre este punto la parte actora, considero que debe confirmarse la sentencia de grado en este aspecto. VIII.2. A continuación, trataré los agravios de la compañía aseguradora con relación al monto concedido por daño moral a A. M. G. (\$...). Sobre la cuestión, he de destacar que en general se admite que para que estemos ante un daño de esta índole es indispensable que se trate de una lesión a los sentimientos o afecciones legítimas, perturbándose la tranquilidad y el ritmo normal de vida, por lo que representa una alteración desfavorable en las capacidades del individuo para sentir, querer y entender; traduciéndose en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho. Es que el daño moral -en tanto configura un menoscabo a los intereses no patrimoniales- es el conjunto de sinsabores, angustias, pesares, sufrimientos, etcétera, que el injusto provocó en el damnificado; más allá de las secuelas de orden psíquico que el episodio pueda o no dejar en la víctima, según su peculiar sensibilidad y circunstancias personales (ver Cammarota, Antonio, "Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos", ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 102; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños, T. 2b, pág. 593 y ss.; Zannoni, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, p. 287; CNCiv, Sala C, 22-12-2005, "Vega Rubilan, Soria de las Mercedes c/ Transporte Automotor General Las Heras SRL", LL, online; íd., Sala E, 26-5-2006, "Montalbeti, Carlos F. y otros c/ Microómnibus Sur SAC y otros"). No puede discutirse que el daño moral recae en el lado íntimo de la personalidad, y en este sentido es verdad que nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia, y en su caso la intensidad, del padecimiento y angustia que se invoca. Es que se trata de un sentimiento que, como decía Kant, representa un estado que "no contiene más que lo subjetivo puro" (ver Principios metafísicos del Derecho, p. 13, Imprenta de José María Pérez, Madrid, 1873). No obstante lo expuesto, la circunstancia de que nos hallemos ante supuestos de alteraciones emocionales profundamente subjetivas e inescrutables no ha de impedir la evaluación del juez, la que -necesariamente- tendrá que ser objetiva y abstracta; para lo cual se considerará cuál pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo de una persona común, colocada en las mismas condiciones concretas en que se encontró la víctima del acto lesivo (ver Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad civil", p. 247, 9 edición, Abeledo-Perrot, 1997). Desde esta óptica, no parecería un requisito necesario la demostración por el accionante de la existencia en sí del daño moral; a tal punto que se ha sostenido que dicha prueba -de producirse- sería irrelevante para el Derecho, pues lo que hay que tener en cuenta es el dolor o sufrimiento moral que el hecho en cuestión produce normalmente en los sujetos, dado que se estaría ante un efecto "previsto de antemano por la norma" (ver Brebbia, Roberto H., "El daño moral", p. 86, Ed. Orbir, 2 edición, Rosario, 1967). De todas maneras, y en lo que hace a la magnitud y el alcance del daño moral, es verdad que podrá ser presumido por el juez por vía indirecta, tras la prueba por la víctima de determinadas situaciones por las que ella transita a raíz del injusto (ver Zabala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", T. 2b, p. 593 y ss.). Claro está que, a los fines indemnizatorios, no sólo se debe tener en cuenta las condiciones personales de la víctima al momento del hecho sino también evaluar los padecimientos de esta índole que razonablemente pudo haber sufrido a consecuencia del hecho dañoso. A la luz de lo referido, de acuerdo a las circunstancias particulares de autos, considerando la edad del damnificado, que debió someterse a otra intervención quirúrgica y diversos tratamientos médicos, estimo que el importe fijado por el juez que me precedió resulta adecuado para enjugar el daño sufrido (arg. art. 165 del CPCCN). En consecuencia, propondré a mis colegas su confirmación. VIII.3. En lo atinente a los gastos de atención médica, de farmacia y traslados (\$...) la

jurisprudencia ha decidido que resulta procedente el reintegro de este tipo de erogaciones en que debió incurrir la víctima como consecuencia de un hecho ilícito. Y ello es así aunque no exista prueba documentada que demuestre precisa y directamente su erogación, siempre que resulte razonable su correlación con la lesión sufrida y el tiempo de su tratamiento. Lo propio acontece aún en el caso de que el damnificado haya sido atendido en hospitales públicos o que cuente con cobertura social, toda vez que siempre existen erogaciones que no son completamente cubiertas (cfr. esta Sala, ?Chaparro c/ Coop. Ltda. de Seguros Bernardino Rivadavia s/ ds. y ps.?, del 18/4/96; íd., mi voto in re ?Hidalgo c/ Rolón?, del 5/3/07). A tenor de lo expuesto, dadas las particularidades del sub iudice, y que sólo se ha agraviado la compañía aseguradora, estimo ajustado a derecho el monto establecido por el juez de grado. De tal guisa, propondré al Acuerdo su confirmación.

IX. Los intereses En lo que respecta a los intereses, la citada en garantía se agravió de que el juez de grado haya decidido aplicarlos a la tasa de interés activa desde el momento del hecho y hasta el efectivo pago, por considerar que se fijaron valores actuales. En primer lugar, he de precisar que no comparto la postura del magistrado que me precedió relativa a la ?actualidad? de los valores indemnizatorios. Es que, vale la pena resaltarlo, las indemnizaciones que establecen los jueces no pueden contener actualización alguna pues -de lo contrario- se violarían las leyes 23.928, 25.561 y sus decretos reglamentarios (ver, entre tantos precedentes, esta Sala in re ?Walas c/ Fernández?, del 20/12/2007 y el fallo de nuestra Corte Federal en ?Massolo, Alberto José c/ Transporte del Tejar S.A.?, 20-4- 2010, LL, del 25-10-2010, p. 9). Más aún, de hecho no surge del pronunciamiento cuestionado que se haya aplicado alguna tabla que contenga índices de actualización monetaria por la inflación acaecida; lo que de por sí descarta que los valores determinados puedan calificarse de propiamente actuales. Por otra parte, cabe destacar que en el caso se impone la vigencia del art. 303 del ritual, precepto que considero vigente en su redacción originaria conforme lo decidido por esta Sala (R. 621.758, del 30/08/2013, ?Perez Horacio Luis c/ Banco Saez S.A s/ ejecución de honorarios?, LL, Online, AR/JUR/55224/2013). A la luz de la mencionada norma, entonces, se establece para todo el fuero la obligatoriedad de los fallos plenarios. Así las cosas, en la sentencia de esta Cámara, en pleno, en los autos ?Samudio de Martínez, Ladislada c/ Transporte Doscientos setenta S.A. s/ Daños y Perjuicios?, dictada el 20 de abril de 2009, se resolvió dejar sin efecto la doctrina fijada en los fallos plenarios ?Vazquez, Claudia c/ Bilbao, Walter y Otros? (del 2-8-1993) y ?Alaniz, Ramona Evelia c/ Transporte 123 S.A.? (del 23-3-2004), disponiéndose aplicar desde la mora (en el caso, desde el día del hecho; en tanto puede echarse mano al hoy derogado artículo 1107 del Código Civil) la tasa de interés activa cartera general (préstamos), nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Es verdad que el mentado plenario admite una solución diversa cuando acontezca ?una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido? (tal cual propone la citada en garantía en su expresión de agravios). Pero esa singular especie comporta una situación harto excepcional, que se aparta de la regla general, y que -para que pueda tener lugar- debe ser acreditada fehacientemente y sin el menor asomo de duda en el marco del proceso. A mi juicio no obran en la causa constancias que certifiquen que, con la aplicación de la tasa activa desde el día del evento, se configuraría el mentado ?enriquecimiento indebido?; como tampoco existen elementos que siquiera lo hagan presumir. En atención a lo expuesto, y en cumplimiento de la mencionada doctrina plenaria, he de proponer al Acuerdo que se confirme la decisión del magistrado que me precedió en cuanto a la aplicación de los réditos. Para finalizar, debo aclarar que con relación a los intereses devengados a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y hasta el efectivo pago, al ser una consecuencia no agotada de la relación jurídica que diera origen a esta demanda, la tasa que resulte aplicable para liquidarlos por imperio del art. 768 del citado ordenamiento, nunca podrá ser inferior a la que aquí se dispone, pues ante la falta de pago en tiempo de la indemnización y dadas las actuales circunstancias económicas, iría en desmedro del principio de la reparación plena del daño que se ha causado (ver. art. 1740 del mismo código).

X. La imposición de las costas Con relación a las costas, no hay motivo alguno para apartarme del principio objetivo de la derrota; de manera que las erogaciones causídicas devengadas en primera y segunda instancia se aplicarán a la parte demandada que ha resultado sustancialmente vencida en el pleito (artículo 68, primera parte, del CPCCN).

XI. Conclusión Por las consideraciones fácticas y jurídicas desplegadas a lo largo del presente voto, propongo al Acuerdo confirmar la sentencia de primera instancia en lo principal que decide y, también, en lo que se refiere al monto de condena a favor de A. M. G., a la tasa de interés aplicable, y en la forma en que deben ser impuestas las erogaciones causídicas. A su vez, se decide modificar el fallo de autos en lo que respecta a la indemnización a favor de Héctor Oscar Garnica y Erica del Valle Godoy Ayala (en tanto se revoca la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil dispuesta por el a quo), la que pasará a ser de pesos ... (\$...). Las costas de Alzada se imponen de igual modo que en primera instancia. Los Dres. Ramos Feijóo y Parrilli, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Mizrahi, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto: MAURICIO LUIS MIZRAHI.- CLAUDIO RAMOS FEIJOO -. ROBERTO PARRILLI -. Es fiel del Acuerdo.- Buenos Aires, ... Noviembre de 2015.- Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, resuelve confirmar la sentencia de primera instancia en lo principal que decide y, también, en lo que se refiere al monto de condena a favor de A. M. G., a la tasa de interés aplicable, y en la forma en que deben

ser impuestas las erogaciones causídicas. A su vez, se decide modificar el fallo de autos en lo que respecta a la indemnización a favor de Héctor Oscar Garnica y Erica del Valle Godoy Ayala (en tanto se revoca la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil dispuesta por el a quo), la que pasará a ser de pesos ... (\$... ). Las costas de Alzada se imponen de igual modo que en primera instancia. Teniendo en cuenta como se decide en esta instancia, se difiere la adecuación dispuesta por el art. 279 del Código Procesal respecto de las regulaciones practicadas a fs. 461/vta., así como la determinación de los honorarios correspondientes a la tarea desplegada en la Alzada, hasta tanto exista liquidación definitiva aprobada. Regístrese, protocolícese y notifíquese. Oportunamente publíquese (conf. C.S.J.N. Acordada 24/2013). Fecho, devuélvase.

005000E