

## Danos Y Perjuicios Hospital Publico Infeccion Intrahospitalaria Deber De Seguridad Pericia Medica Legitimacion Del Concubino

### JURISPRUDENCIA

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los

29 días del mes de octubre de 2019, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "E", para conocer en el recurso interpuesto en los autos caratulados: "J. M. C. C/G. D. L. C. D. B. A. S/DAÑOS Y PERJUICIOS" EXPTE. N° 11285/2014, respecto de la sentencia corriente a fs. 32319/325, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores GALMARINI. RACIMO DUPUIS. A la cuestión propuesta el Sr. juez de Cámara Dr. Galmarini dijo: I. M. C. J., C. S. J., R. C. J., M. L. J. y C. C. J., por medio de su apoderada, promovieron demanda por daños y perjuicios contra el Hospital Gral. de A. D. F. S. y/o el G. d. I.C. de B. A.. Señalaron que el día 22 de febrero de 2012, siendo aproximadamente las 6:00 horas, quien en vida se llamaba R. H. J., fue trasladado en una ambulancia al Hospital Gral. de Agudos Donación Francisco Santojanni, de esta ciudad, a causa de una caída que le produjo una fractura de cadera. Al no disponer de obra social ni tampoco de dinero para afrontar el costo de la prótesis, comenzaron los trámites administrativos para que el Ministerio de Salud de CABA se la provea, lo que demoraría 15 días con la preparación para la cirugía.

Manifestaron que todo ese tiempo el Sr. J. permaneció internado en el Servicio de Ortopedia y Traumatología. Relataron que el día 14 de marzo lo llevaron de urgencia a la Sala de Reanimación y Shock por una infección generalizada y que finalmente el día 23 de marzo falleció por la misma causa. Sostuvieron que no se le efectuaron al Sr. J. los debidos controles que hubieran evitado la sepsis irreversible. El Sr. juez luego de examinar las pruebas producidas en autos hizo lugar a la demanda incoada. El pronunciamiento fue apelado por la parte actora y por la parte demandada. La actora expresó agravios a fs. 343/347. Las críticas se refieren a los montos indemnizatorios establecidos por el Sr. juez de grado. La parte demandada fundó su apelación a fs. 349/365. Los agravios giran, en lo esencial, en torno a la errónea valoración de la prueba realizada por el Sr. juez de grado, a la procedencia y montos indemnizatorios otorgados, al cómputo del interés fijado, como así también respecto de la imposición de costas y del plazo fijado para el cumplimiento de condena. Las réplicas de la parte actora obran a fs. 308/316. II. Agravios relativos a la responsabilidad: La parte demandada se agravia por la responsabilidad que le atribuyó el juez de grado. Al efecto, cuestiona la valoración que efectuó el magistrado de las pruebas producidas en la causa. Cuadra recordar que "para que quede comprometida la responsabilidad del médico por los hechos cometidos en el ejercicio de la profesión, el paciente debe demostrar la culpa en la realización de la atención médica prestada, la existencia del daño que le hubiere sobrevenido a causa de ese hecho y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño experimentado, bastando que alguno de esos requisitos falle para que el profesional quede exento de responsabilidad por las consecuencias de su actividad (conf. CNCiv. Sala "E", junio 7/2006, "B.", de L. A. N. c/ C., M. y otros", LL diario 05/09/2006, p. 5, citado en López Mesa, Marcelo "Tratado de responsabilidad médica", pág. 161, Legis-Ubijus, Bogotá, Colombia, junio de 2007). El principio aún rector en materia de responsabilidad médica es el de que incumbe a quien ha sufrido un daño acreditar la relación causal entre la actuación del médico y ese daño, y que el profesional actuó con impericia, imprudencia o negligencia (CNCiv. Sala C, noviembre 11/1999, "Arnedo de Camera Marta c/ Heinsius Ricardo Juan y otros s/ daños y perjuicios" L. 271.739; Sala F, septiembre 23/2004, "Amato Eleonora c/ Guerrieri Claudio Juan s/ daños y perjuicios", L. 393.530). En el antecedente de la Sala C he recordado que aun entre quienes propician el criterio de las cargas probatorias dinámicas, se ha advertido que en materia de responsabilidad civil de los profesionales del arte de curar no existen presunciones legales generales de culpa. Esto significa que no existe una inversión general de la carga de la prueba, de ahí se ha entendido que la regla es que al paciente le corresponde cumplir con el imperativo procesal. Frente a las dificultades que a veces se presentan para lograr esa prueba, en esta materia cobran valor las presunciones (Roberto Vázquez Ferreyra, "Prueba de la culpa medica", p. 112, ed. Hammurabi, Bs. As., 1991), pero, como pone de resalto este autor, esto no significa que el paciente puede adoptar una posición más cómoda en la contienda, pues a él le corresponde probar todos los hechos indiciarios que luego formarán en el juez la convicción que lo lleve a tener por probada por presunción hominis la culpa galénica (op. y loc. cit.). Se ha dicho que los centros hospitalarios, las empresas de medicina prepaga y las obras sociales, tienen con respecto a los enfermos o pacientes una obligación tácita de garantía de seguridad con respecto a los productos de que se sirven y del personal que tienen a su servicio. Ergo, si por negligencia del personal que tienen a su servicio se produce un daño, se debe responder por los perjuicios causados al paciente, a quien se garantizó tácitamente la prestación hospitalaria (conf. Bueres, Alberto J., en Bueres-Highton, "Código Civil...?", Hammurabi, Buenos Aires, 1998, t. 2- A, página 382; mi voto en causa libre n° 543.005 del 2/07/2010. Plasmado ello,

corresponde analizar las constancias obrantes en autos a fin de verificar la concurrencia, en el caso, de los presupuestos referidos. No sin antes aclarar que, en el particular supuesto de autos, lo haré conforme las normas jurídicas vigentes a la época del hecho antijurídico (ver Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Código Civil y Comercial a la relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni editores, pág. 100 n° 48; Dell'Orefice, Carolina y Prat, Hernán V., La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio, Revista Código Civil y Comercial, ed. Thomson Reuters La Ley, año 1 n° 1, julio 2015, pág. 19, en especial, pág. 27, capítulo VI letra d; Lavallo Cobo en Belluscio, Código Civil y leyes complementarias, T.1 p.28 N°12 letra b). De la historia clínica remitida por el Hospital General de Agudos "F. Santojanni" obrante a fs. 79/185, se desprende que el Sr. J. ingresó a la guardia acompañado por familiar y ambulancia del SAME por politraumatismo debido a caída por una escalera 12 hs. antes, aproximadamente (fs. 83). Ingresó para su internación al servicio de Traumatología y Ortopedia del día 22 de febrero de 2012 con diagnóstico de fractura medial de cadera izquierda para su tratamiento de resolución quirúrgica. El 23/02/12 se solicita prótesis total de cadera no cementada (fs. 90 vta). En base a las hojas de enfermería la perito médica designada de oficio, a fs. 282 vta/283 sostuvo que: el 05/03/12, el Sr. J. comenzó con registros de cuadros febril de 38°C con mejoría de la curva termina con antitérmico (fs. 111 vta). Se registró cuadro febril de 42° el día 07/03/12 con descenso de la curva térmica con antitérmicos refiriendo intenso dolor en miembros inferiores, se constatan registros de edema generalizado, así como se registra manifestación de dolor a pesar de la medicación analgésica en los días posteriores. (fs. 113). La experta indicó que según la historia clínica, el Sr. J. continuó en control evolutivo, sin cambios hasta el día 12 de marzo, cuando fue evaluado por clínica médica con valores elevados en hepatograma: enzimas hepáticas (GOT y GTP) por lo que se indicó laboratorio. El día 14/03/12 presentó cuadro febril de 38 °C y se arribó al diagnóstico de poliartritis séptica, se indicó punción de articulación de codo derecho, con obtención de material purulento. Con signos de flogosis en codo derecho y ambos tobillos, se solicitó interconsulta con infectología, hemocultivo x 2 y laboratorio con hemograma, hepatograma y EAB. El día 15/03/12 es derivado a la sala de "Reanimación y Shock" con requerimiento de ionotrópicos con balance parcial + 1400 con edemas generalizados, frecuencia respiratoria 22 min. El 16 de marzo en su estado clínico presentó en pulmón derecho hipoventilación generalizada, con frecuencia cardíaca 10,0 min, TA 120/60. El 17/03/12 evolucionó con eritema y flogosis con dirección sobre cadera izquierda, codo derecho, se solicitó radiografía de tórax y laboratorio. El 18/03/12 continuó con estado clínico hemodinámicamente inestable con hipotensión, Glasgow 3/15 en asistencia respiratoria mecánica, con frecuencia respiratoria 16 min., incurre con taquicardia supraventricular y taquicardia ventricular que requirió cardioversión, febril 40°, mal estado general. El 19/03/12 se realizó interconsulta seguimiento por infectología, se registró hemocultivo positivo SAMR (Staphylococcus aureus meticilino resistente) de fecha 13 de marzo con perfil de sensibilidad a vancomicina -teicoplanina- resistente rifampicina G con vancomicina. Al examen con petequias subyuntivales bilateral en plantas de los pies muñecas y pre brazo. Bursitis bilateral. El 20/03/12 evolucionó con empeoramiento del cuadro séptico, se realizó toilette en articulación séptica de cadera y partes blandas del codo. Se decidió rotar antibiótico a daptomicina según sensibilidad, se indicó nueva toma de cultivos y toilette quirúrgica. El día 21/03/12, continuó en mal estado general, en ARM, cursando postoperatorio de toilette en cadera derecha por artritis séptica y drenaje de ambos codos por bursitis infectada. En cadera izquierda con hemosuctor con 500 ml de débito serohemático (fs.100 vta.). El día 22/03/12 se realizó ecotransesofágico constatándose insuficiencia mitral grave y vegetación sobre la válvula, a las 17 hs. incurre con taquicardia supraventricular, frecuencia cardíaca de 190 con mejoría de taquicardia e igual mal estado general 23.00 hs, se decidió inicio de daptomicina (fs. 36). El 23/03/12 9.00 hs. se constató livideces ventricular compleja y paro cardiorespiratorio. Se realizaron maniobras de RCP sin resultado favorable, se registró óbito 9.40 hs. Sobre la base de las constancias de autos la perito médica designada de oficio en su informe pericial obrante a fs. 282/288 sostuvo que "...En el caso en estudio la internación prolongada, los antecedentes de traumatismo y la aparición de fiebre obliga a realizar estudios a fin de evaluar posible foco séptico, principalmente hacer cultivos de sangre y fluidos con estudios por imágenes para diagnóstico y tratamiento con drenaje. Si bien estos estudios fueron realizados, los mismos se hicieron tardíamente, ya instalados los signos de falla multiorgánica...?" (fs. 282/288). Asimismo indicó que "...De acuerdo a la evaluación conjunta se concluye que el Sr. J. presentó internación por fractura de cadera izquierda como consecuencia de politraumatismo por caída desde una escalera. Presentó internación prolongada a la espera de prótesis para resolución quirúrgica. Presentó una evolución muy tórpida presentando diferentes focos sépticos articulares y poliartritis séptica, disfunción hepática, arritmias, insuficiencia respiratoria, edocarditis bacteriana con insuficiencia mitral grave (vegetación en valva posterior de la válvula mitral) conduciendo a una falla multiorgánico por shock séptico irreversible lo cual desencadenó el óbito. Se concluye que en el caso en estudio intervinieron los siguientes factores: la internación prolongada, el retraso en el diagnóstico del foco infeccioso con múltiples impactos sépticos articulares y válvula cardíaca por bacteriemia por SAMR, así como la indicación correcta pero tardía del tratamiento antibiótico y la demora en la indicación de debridamiento quirúrgico de dichos focos sépticos contribuyeron a la evolución tórpida del Sr. J...." (v. fs. 285 vta). Por último, con respecto a si el germen que atacó al causante es resistente al

tratamiento antibiótico y responsable de las complicaciones clínicas que presentó, respondió que "...El germen hallado en cultivo es resistente a algunos antibióticos. Se solicita remitirse a antibiograma descripto en el apartado 'estudios complementarios'. Se contesta que el germen hallado presenta un nexo de causalidad directo con las complicaciones clínicas presentadas por el Sr. J. (v. fs. 287). La parte demandada a fs. 290/293 con su consultor técnico impugnó la pericia médica. Argumentó que los médicos intervinientes actuaron en todo momento según la *lex artis*, y que el germen hallado en los cultivos fue un estafiloaureusmetilicino resistente el cual era sensible a vancomicina. Agregó que dicho antibiótico se lo administró desde un comienzo (fs. 290 vta). Para concluir sostuvo que la perito consideró como desencadenantes del óbito, entre ellos que la internación prolongada, es un apartamiento de objetividad médico-científica, no teniendo en cuenta las lesiones primarias, las complicaciones factibles y la atención terapéutica de los profesionales actuantes (fs. 292 vta/293). Es dable señalar que las impugnaciones no fueron sustanciadas con la perito médica. He sostenido que en este tipo de procesos la prueba más importante es la pericial médica y aun cuando el dictamen pericial no tenga carácter vinculante para el juez, éste para apartarse de sus conclusiones debe encontrar apoyo en razones serias, objetivamente demostradas o inferibles de las circunstancias del caso de acuerdo a los hechos comprobados de la causa reveladores de que el dictamen se halla reñido con principios lógicos o máximas de la experiencia o contradice el restante material probatorio objetivamente considerado -arg. art. 477 del CPCCN- (conf., Palacio, "Derecho Procesal Civil", t. IV, p. 720; CNCiv. Sala F, mayo 11/1995, 'Batán de Herrera María Sara c/ Aguirres Esteban Ramón s/ daños y perjuicios', L. 164.398 y antecedentes allí citados). En lo concerniente a las impugnaciones formuladas con apoyo en consultores técnicos, corresponde recordar que cuando median discrepancias entre consultores y peritos, se ha considerado que el Tribunal enfrentado a la duda interpretativa debe inclinarse por la opinión de tales peritos, en los cuales se supone una independencia de criterio que no siempre abrigan los consultores técnicos, pues se presentan en la litis sosteniendo la postura de la parte, la cual puede conspirar contra la objetividad de las conclusiones (CNCiv. Sala C, noviembre 14/1988, 'Casa Ruda c/ Aranda', L.36.226; id. Sala C, diciembre 27/2002, 'Avila c/ Rodriguez', L.351.433; id. Sala F, febrero 12/2016 'Di Lalla Nicolás y otro c/ Gómez Arnez Adam y otros s/ daños y perjuicios' Expte. N° 37002/2006; id. Sala F, junio 24/2016, 'Durán, Stella Maris c/ General Tomás Guido S.A.C.I.F. y otros s/daños y perjuicios' Expte. N°91.141/2010). Por lo tanto, en virtud de los fundados términos en los que fue realizado el informe pericial obrante a fs. 282/288, le otorgo plena eficacia probatoria (conf. art. 477 CPCCN). Lo informado por la perito médica me permite tener por acreditado que el actor sufrió un foco infeccioso con múltiples impactos sépticos articulares y válvula cardíaca por bacteriemia durante su período de internación que desencadenó en el fallecimiento del Sr. J. Como integrante de la Sala C (CNCiv. Sala C, septiembre 5/2000, 'Parisi, Roberto José c/ Girado, Juan Martín s/ responsabilidades profesionales', L. 286.795, L.L. T. 2001 A?, p. 271, fallo n 101.487 y J.A. T. 2001 II, p. 571), tuve ocasión de adherir al criterio según el cual la solución habrá que tomarla en cada caso partiendo del criterio de lo aleatorio, de modo tal que si la integridad de la persona del acreedor o de sus bienes es demasiado aleatoria, dependiendo poco de la exclusiva diligencia del deudor, la obligación será de medios; y si, en cambio, lo normal es que un mínimo de diligencia es capaz de llevar al resultado esperado, la obligación es de resultado (Roberto A. Vázquez Ferreyra, 'Las obligaciones de seguridad' en J.A. T. 1987 II, p. 952). En mi voto en la Sala C juzgué desacertado considerar que en los casos de infección intrahospitalaria lo aleatorio tuviera escasa incidencia, pues no puede aseverarse que con un mínimo de diligencia el personal auxiliar del ente asistencial encargado de cumplir las medidas de control y prevención de infecciones hospitalarias aconsejadas para una intervención quirúrgica, obtenga el resultado esperado, pues la multiplicidad de causas que pueden provocar la infección, la frecuencia con que se presenta, el porcentual de pacientes internados que según las estadísticas se infecta, obstan a que ese accionar sea asimilado a otros quehaceres más sencillos de los auxiliares, referidos al cuidado y atención del internado, que sí pueden incluirse entre aquellos que con un mínimo de diligencia basta para lograr el resultado de no causarle un daño distinto del que motivó la internación. Allí, en razón del elemento aleatorio me pronuncié en el sentido de que la obligación tácita de seguridad que asumen los establecimientos asistenciales era de medios en los casos de infección intrahospitalaria, lo que llevaría concluir que nos encontramos frente a un supuesto en el que el factor de atribución es el subjetivo, en los que, en principio, sería exigible al reclamante la acreditación de la culpa del personal auxiliar del establecimiento, pero juzgué excesivo que tal exigencia se imponga al damnificado y sostuve que en los casos como el presente en que la actividad del personal encargado de las tareas de control y prevención de infecciones, que en algunos aspectos ni siquiera es de incumbencia del cirujano controlar cómo han sido realizadas, no cabe duda de que la prueba no puede ser impuesta al paciente por la situación de inferioridad en que comúnmente se encuentra, sino a la entidad asistencial que está en mejores condiciones de aportar elementos de juicio demostrativos de que su personal ha cumplido diligentemente con las exigencias que la medicina hospitalaria impone en la actualidad como medios preventivos adecuados contra la propagación de infecciones, y aclaré que aunque no se participe del criterio que sustenta la carga dinámica de la prueba, corresponde llegar a la misma solución cuando se ha acreditado el incumplimiento y que éste obedeció a una infección hospitalaria, por entender que en tal situación "...era exigible al ente asistencial demandado la

prueba de que no hubo culpa de su parte, o más bien de parte de sus dependientes o del personal auxiliar del que se sirve en las tareas de desinfección de los ambientes, asepsia de instrumental y aparatología, higiene del paciente y del personal interviniente en la cirugía, y especialmente respecto de quien supervisa y coordina las medidas de prevención adecuadas? (ver antecedente cit. L.L. T. 2001 A, ps. 280 y 281). En el precedente citado de la Sala C también sostuvo que el solo hecho de que las infecciones hospitalarias rondan estadísticamente en un determinado porcentaje de los internados no basta para presumir que sean en ese porcentaje inevitables, porque las causas que desencadenaron la infección pudieron no estar incluidas dentro de ese porcentaje (L.L. T. 2001 A, p. 282). En este caso no se han aportado elementos con suficiente fuerza de convicción que sean reveladores de que el hospital hubiera cumplido con los estándares exigibles desde una perspectiva sanitarista para evitar las infecciones hospitalarias en intervenciones quirúrgicas como la de este proceso. Por no haber sido incluida esta cuestión dentro de los puntos periciales propuestos por las partes, no se ha pronunciado el perito médico acerca de las medidas de seguridad e higiene adoptadas antes, durante y después de la intervención quirúrgica que pudieran resultar de la documentación aportada a la causa. Ya he dicho que en estos casos resulta de la mayor importancia una prueba pericial técnica en cabeza de un ingeniero industrial experto en seguridad e higiene (en mi voto en *Vázquez de Garea, María c/ Centro Gallego de Buenos Aires y otro?*, julio 21/2006, L. 450.965). Prueba que aquí tampoco se ha producido. En razón a lo expuesto precedentemente, considero que la demandada resulta responsable por los daños y perjuicios sufridos por el Sr. J. a causa de la infección adquirida en el período de internación. Como así también, según lo expresado por el perito médico, por la tardía aplicación del tratamiento antibiótico y la demora en la indicación de debridamiento quirúrgico de los focos sépticos. En nada incide para esta solución lo alegado por la apelante en cuanto señala que en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires se han elaborado varias normas de prevención de las infecciones hospitalarias, respetadas en el Hospital Santojanni, ya que no se ha demostrado que se hayan adoptado medidas preventivas para intentar reducir la tasa de pacientes infectados. Por ello, propongo desestimar los agravios en este punto y confirmar lo resuelto por el Sr. juez de grado en este aspecto. Corresponde examinar a continuación los cuestionamientos de las partes respecto a la procedencia y a la cuantía de los rubros.

III. Valor vida. El Sr. juez de grado otorgó por este rubro la suma de \$ 500.000 a favor de la coactora M. C. J. La parte actora se agravia por el monto otorgado por este ítem. La parte demandada se agravia porque los actores no han acreditado el carácter de concubina de la Sra. J. También se agravia con relación al monto del ingreso mensual que presuntamente obtenía con el causante. La pérdida de la vida significa la pérdida del máximo e insustituible bien que comprende la salud, o sea, el estado de bienestar indispensable para el desarrollo de la vida en un ambiente social, cultural, propio de la persona como ser social. La pérdida de la vida es la pérdida total de la salud y de la integridad psicofísica de la persona. La muerte no es un daño abstracto sino el punto final de un proceso dañoso que comenzó con la afectación de la salud la integridad psicofísica en una posibilidad más grave. No es una causa sino una consecuencia. Un importante sector doctrinario entiende que la vida no tiene valor en sí misma. Se relaciona con lo que pueda significar en beneficios económicos para los que dependan del difunto. Para los herederos puede operar, la pérdida de la vida, como lucro cesante, pérdida de una chance, o sea como un daño indirecto. Aquí, en realidad, no se da valor a la vida sino a la pérdida de beneficios o expectativas ciertas de los que rodeaban al difunto. La vida, para algunos, no tiene valor, pues para el difunto no hay posibilidad de resarcir nada (conf. Gustavo Odorqui Castilla en *Daño Mortal?*, *Responsabilidad Civil?*, dirigido por Aída Kemelmajer de Carlucci, pág.532/533, edit. Rubinzal-Culzoni). La privación de los beneficios actuales o futuros que la vida de la persona reportaba a otros seres que gozaban o podrían gozar de aquéllos, constituye un daño cierto y así se mide el valor económico de la vida de la víctima por los bienes económicos que el extinto producía. No está de más puntualizar que, ni la ley ni los pronunciamientos judiciales, ha atribuido un valor a la vida humana independientemente de la consideración de los daños sufridos por su pérdida (CNCiv, Sala *F?*, 14/12/99, *Andrade, Diego Reynaldo, Luis c/Pereyra, Juan C. y otros s/daños y perjuicios?*). La proyección futura de la colaboración económica existente al tiempo del fallecimiento, ha de ser apreciada con prudencia, y se ha resuelto que la valoración de la chance, cuya definición exige de desconocidas variables, no hacen un cálculo matemático exacto (CNCiv. sala A, noviembre 15/ 1990, L.L. 1991-E-p.418, fallo 89.910). Las quejas vertidas por la parte demandada con relación a la falta de la relación concubinaría de la Sra. J. con el Sr. J., debe ser desestimada ante la acreditación de nacimiento de los hijos habidos entre ellos que resulta de las constancias obrantes a fs. 4, 6, 7 y 8, las cuales no fueron desconocidas. Tampoco tendrán acogida favorable las endeble quejas vertidas con relación al monto de ingreso mensual que obtenía la víctima, ello en virtud de lo que se desprende de las declaraciones testimoniales obrantes a fs. 81/82 y 83/84 del beneficio de litigar sin gastos, n°11285/2014/1, las cuales no fueron cuestionadas. Los testimonios fueron contestes en describir que la Sra. M. C. J. tiene una librería en su casa y que antes tenía una rotisería con su esposo, resultando ello coincidente con lo expresado en el escrito de inicio. Por otro lado, pese al esfuerzo argumental de la parte actora, utilizando fórmulas matemáticas de la Ley de Riesgos del Trabajo, las críticas resultan ser meras discrepancias con el monto otorgado por el Sr. juez de la anterior instancia, por lo que corresponde desestimarlas. Por los fundamentos expuestos precedentemente, ponderando la edad del Sr. J.

-66 años al momento del fallecimiento- y de la Sra. J. -65 años al momento de deceso de su concubino-, que juntos trabajaban en su casa preparando y entregando comida a domicilio (ver blsg), corresponde desestimar las quejas de los apelantes y confirmar el monto establecido en este punto. IV. Daño moral. EL Sr. juez de grado otorgó por este concepto la suma de \$300.000 para cada uno de los hijos y \$400.000 para la concubina. La parte actora se agravia por considerar bajos los montos otorgados por este ítem. La parte demandada, por un lado no reconoce el carácter de concubina de la Sra. J., argumenta que la reparación reconocida por el Sr. juez puso en crisis lo estipulado por el art. 1078 del Código Civil. Por otro lado cuestiona el monto asignado por este rubro. Cabe señalar que he adherido al criterio que considera inconstitucional el art. 1078 del Código Civil, en cuanto excluye la legitimación para reclamar el daño moral a todos los damnificados indirectos. Aclaro que me he inclinado también por el criterio según el cual aún de oficio puede declararse la inconstitucionalidad del precepto en cuestión, en tanto corresponde al juez aplicar el derecho, con independencia de las alegaciones de las partes, y va de suyo que esta tarea debe comenzar por la aplicación de la Constitución Nacional, que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, como ha sostenido la Corte Suprema de la Nación (Fallos, 324:3219, 327:3117, y 27/11/2012, ?Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios?, LL 2012-F, 559). Sentado ello cabe recordar que, tal como lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el derecho de las víctimas de daños no justificados a obtener una reparación integral tiene status constitucional, con asiento en el art. 19 de nuestra Carta Magna (CSJN, Fallos, 321:487, y 327:3753). Como integrante de la Sala F de este tribunal a partir de la sentencia dictada el 24 de agosto de 2009 en los autos ?Contreras Mamani, Gregorio y otros c/ Muñoz, Cristian Edgardo y otros s/ daños y perjuicios (Expte. n° 106.784/2000, causa libre n° 502.333) sostuve que los fundamentos expuestos por mis colegas en sus respectivos votos me llevaron a modificar el criterio que hasta ese momento venía sosteniendo con relación al límite impuesto por el legislador acerca de los sujetos que se encuentran legitimados para reclamar indemnización por daño moral (art. 1078, Código Civil). Allí expresé que ese delicado caso que nos ha tocado resolver ameritaba dejar de lado el criterio restrictivo que venía adoptando, sin que esto sentara un precedente para que cualquier sujeto decida lanzarse a reclamar indemnización por daño moral, por lo que entendí que en cada caso en particular debía evaluarse si correspondía determinar que la limitación prevista en el art. 1078 del Código Civil, en cuanto a los sujetos legitimados para reclamar el daño moral, transgredía normas constitucionales. El Dr. Posse Saguier en dicho antecedente expresó: ?con posterioridad a la reforma del año 1968 la legitimación para solicitar la indemnización del daño extrapatrimonial en caso de muerte del damnificado directo no alcanza a cualquier damnificado indirecto -en los términos de los arts. 1077 y 1079 del C. Civil-, sino únicamente a aquellos específicamente habilitados por la ley. El art. 1078 en su 2do. párrafo -t.o. según ley 17.711- establece: ?La acción por indemnización del daño moral, sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiese resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos!.? ?Está claro que la razón que funda el límite impuesto por la norma en estudio resulta ser la restricción del cupo de legitimados, atendible ?prima facie' para no multiplicar el número de los reclamantes comprendidos en la aflicción. Empero, a raíz del análisis que aquí se efectúa concluyo en que esta finalidad, desde mi modo de ver, confronta con preceptos reconocidos en la Constitución Nacional, máxime a partir de la reforma introducida en el año 1994 a través de la cual por vía del art. 75 inc. 22 se han incorporado con jerarquía constitucional Tratados Internacionales ratificados por el Congreso que tienden a la efectiva realización de los derechos humanos y que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por aquélla reconocidos.? ?Comparto en general la idea que no debe hacerse una utilización abusiva de los denominados tests de constitucionalidad frente a soluciones de derecho positivo que, aunque sean discutibles para algunos, no por ello implican una vulneración de la Carta Magna porque, por ese camino, también se corre el riesgo de que los jueces sustituyan al legislador contrariando la esencia del estado de Derecho, la separación de los poderes y, por eso, la forma republicana de gobierno (art. 1° de la Constitución Nacional). El meollo de la cuestión consiste en deslindar los casos en que una solución de lege lata es susceptible de ser sustituida según determinados y seguramente discutibles criterios axiológicos que son propios de la política legislativa, de aquellos otros casos en que la solución de lege lata vulnera explícitamente o, al menos, elípticamente, garantías constitucionales.? El Dr. Posse Saguier consideró de utilidad recurrir a la ?relectura? que propone Pizarro de normas como la que aquí se analiza, quien a la luz de la doctrina que emana del voto de la mayoría en el precedente de la Corte Suprema que cita (causa ?Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. del 29/09/04), aunque esté referido a la inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1° de la ley 24.557, se destaca que el Alto Tribunal proclama enfáticamente el carácter constitucional del derecho a la reparación y el rango igualmente constitucional del principio ?alterum non laedere? que prohíbe a las personas dañar los derechos de un tercero a la justicia social y a la dignidad humana (A.2652. XXXVII, Fallos 327:3753). Agrega que a través del art. 19 de la Constitución Nacional la Corte perfila y complementa racionalmente las bases del derecho a no ser dañado y a obtener una justa y plena reparación que no sería acabada si el daño quedara subsistente en todo o en parte (Fallos 308:213,223). Agrega en su voto el Dr. Posse Saguier: ?Desde esta perspectiva propuesta, es dable advertir que la limitación que trae el art. 1078 del CCiv., degrada, desde mi modo de ver, el derecho a la reparación integral del daño

injustamente sufrido que, como se explicó, reviste jerarquía constitucional. Pues, la aplicación lisa y llana al caso del derecho positivo vigente conduce al extremo de desconocer el explicable dolor de quien como hermano de la víctima también ha visto zozobrar su patrimonio espiritual con clara afectación de los valores de paz, seguridad y tranquilidad. En palabras del autor citado, no estamos frente a una mera reglamentación razonable de un derecho constitucional a la reparación del daño injustamente sufrido. Hay aquí una grotesca conculcación de la esencia misma de dicho derecho, que torna inconstitucional la solución normativa vigente (Pizarro, Ramón D. Vallespinos, Carlos G., Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. T. IV, p. 347, Ed. Hammurabi; en el mismo sentido véase Zavala de González, Tratado de Daños a las personas, Ed. Astrea, 2009, t. 2, ps. 442 y ss.). Más adelante agrega el nombrado colega de la Sala F: "Pero no sólo la garantía constitucional de la reparación integral se ve vulnerada como consecuencia del escollo que en este caso implica la aplicación del art. 1078 del C. Civil, sino también la de igualdad ante la ley (art. 16 C. Nacional recibido en el art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por ley 23.054), ya que discrimina injustamente a quienes sufren indirectamente en su espíritu, frente a la amplia legitimación de los damnificados indirectos en sus intereses patrimoniales-conf. doctrina emanada del art. 1079 del C. Civil que establece "La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta". En efecto, ya desde hace tiempo se ha venido sosteniendo que el orden jurídico a través de la fórmula excluyente que consagra el art. 1078 propone un trato discriminatorio al afectado por ese perjuicio -el moral- respecto del damnificado indirecto por el daño material (art. 1079), observándose que esta disparidad de cuidados implica una desigualdad ante la ley, y por ello no debería superar con éxito el control de constitucionalidad (arts. 16 y 31 de la Constitución Nacional).? En ese mismo antecedente se cita jurisprudencia que ha reconocido a la concubina supérstite la indemnización reclamada en concepto de daño moral (CCiv. y Com. Mar del Plata, sala 2da., "R. S. E. v. Bustos, Esteban y otra" del 23/11/04, publicado en JA 2005 IV, p. 284); y otro fallo que acogió el reclamo por daño moral peticionado por los padres en virtud de una mala praxis médica padecida por su hijo menor de edad en un hospital público (Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Buenos Aires en causa C. 85129, "C., L. A. y otra v. Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros s/ daños y perjuicios" del 16/05/07, JA 2007 III 222). También se hace referencia a la ampliación de los legitimados para reclamar daño moral que se propugna en el ámbito doctrinario. Sobre la base de los lineamientos expresados anteriormente y de la jurisprudencia y doctrina mencionadas, en el fallo de la Sala F se consideró vulnerado al menos elípticamente los contenidos normativos de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de igual jerarquía que postulan la reparación integral, por lo que se admitió la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil en cuanto ante la muerte de la víctima le niega al hermano la acción resarcitoria del daño moral (CNCiv. Sala F, agosto 24/2009, "Contreras Mamani, Gregorio y otros c/ Muñoz, Cristian Edgardo y otros s/ daños y perjuicios" Expte. N° 106.784/00, causa libre n° 502.333, voto del Dr. Posse Saguier). En su voto el Dr. Zannoni en sentido coincidente con el vocal preopinante sostuvo: "nada explica por qué sólo ciertos damnificados indirectos en caso de muerte de la víctima los herederos forzosos están legitimados para reclamar su resarcimiento y no otros, siendo que, con amplitud el art. 1079 establece que "la obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta". Esta última disposición alude a los daños patrimoniales cuya reparación puede reclamar todo damnificado que pruebe haberlos sufrido; el art. 1078 no tiene la misma amplitud pues hay damnificados indirectos que no podrían reclamar el daño moral provocado por la afectación de intereses de afección o no patrimoniales. Bien puede afirmarse que se está vulnerando la igualdad ante la ley por causa de una irrazonable discriminación. Si esto es así, hay una conculcación, como antes dije, al principio consagrado por el art. 16 de la Const. Nacional?.

Acerca de la declaración de inconstitucionalidad de oficio en otro antecedente de la Sala F en un supuesto en el que se trataban cuestiones similares al citado anteriormente el Dr. Zannoni puso de resalto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recordado (Fallos 333:1669, 70 del 31/8/2010) que "más allá de las opiniones individuales que los jueces de esta Corte tienen sobre el punto, el tribunal viene adoptando desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza es susceptible de ser tomada de oficio" (Fallos 327:3117). Y concluye en que "la doctrina del alto tribunal habilita a la sala a hacer aplicación de oficio de la declaración de inconstitucionalidad, habida cuenta de que, como se ha sintetizado: el examen de constitucionalidad de las normas es una cuestión jurídica y no fáctica; del antiguo adagio iura novit curia se desprende la obligación de los jueces de expresarse sobre el derecho existente en el litigio, aunque sea sin petición de parte, velando en todos los casos por la supremacía constitucional; efectuar el control de constitucionalidad de oficio no viola la división de poderes porque es una facultad exclusiva y primordial del juez declarar toda norma que se encuentre en contra de la Constitución sea a petición o no de las partes; la presunción de validez constitucional de los actos administrativos cede cuando choca con una norma de jerarquía superior, y la defensa en juicio no se encuentra menoscabada por la declaración de inconstitucionalidad de oficio por ser una costumbre en el Poder Judicial analizar habitualmente normas no invocadas por las partes (conf., Maraniello, Patricio, "Declaración

de inconstitucionalidad de oficio?, Ediciones Librería del Jurista, Buenos Aires, 2008).? (CNCiv. Sala F, junio 11/2012, ?G., M. A. c/ Club Gimnasia y Esgrima?, Expte. n° 18.717/2007). Sobre la base de fundamentos análogos a los expresados anteriormente, la Sala F ha decidido en favor de la legitimación de la concubina o concubino para reclamar la indemnización del daño moral, declarando la inconstitucionalidad de la limitación establecida en el art. 1078 del Código Civil (conf. CNCiv. Sala F?, octubre 22/2013 ?Banegas, Liliana Alejandra y otro c/ López, Manuel Alberto y otro s/ daños y perjuicios?, expte.N°1358/2005, voto del Dr. Posse Saguier; id. Sala F, julio 31/2018, ?Brutti Di Yorrio, Mariana Soledad y otros c/ Domínguez, Arturo Antonio y otro s/ daños y perjuicios? expte. N°10.066/2011, mi voto). Por todas estas razones juzgo que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil y por consiguiente, considero legitimada a la conviviente de la víctima para reclamar la reparación del daño moral que sufrió como consecuencia de la muerte de su compañero. En lo que atañe a la prueba y cuantificación del daño moral cabe señalar que, a tenor del principio que sienta el art. 377 del Código Procesal, se encuentra en cabeza de los actores la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones (Bustamante Alsina, Jorge, ?Equitativa valuación del daño no mensurable?, LL, 1990-A- 655). Tendré particularmente en cuenta para evaluar la suma que corresponde fijar en el sub lite en concepto de daño moral, las características del hecho generador, su repercusión espiritual en las víctimas, y las demás circunstancias del caso. Por lo expuesto, y teniendo en consideración el inmenso dolor que sin duda causó a los reclamantes el súbito deceso de su padre y conviviente-de 66 años al momento de su fallecimiento-, me lleva a concluir que el importe fijado para indemnizar esta partida resulta ajustado, por lo que propongo desestimar los agravios y confirmar las sentencia de primera instancia en este aspecto. V. Daño psíquico. El Sr. juez de grado otorgó la suma de \$ 100.000 a favor de la coactora M. L. J. y C. C. J. La parte actora se agravia por la suma otorgada a la coactora C. C. J.. Solicita su elevación en virtud del porcentaje fijado por la perito psicóloga. La parte demandada se agravia por la procedencia y cuantía del monto otorgado por este ítem. La incapacidad sobreviniente abarca todo menoscabo en la vida, la salud e integridad o armonía física o psíquica de la persona humana, por lo cual se ha resuelto que el daño debe ser resarcido por tratarse de una disminución en la capacidad vital, aun en los casos en que esa merma o deterioro físico no dificulte la realización de tarea alguna (CNCiv. Sala C, agosto 31/1993, L.L. T. 1994-B, p. 613, fallo n° 92.215; id. Sala C, septiembre 25/1997, L. 214.716; id. junio 6/2001, ?Maidana, Javier Y. c/ Reina Carlos E. y otros s/ daños y perjuicios?, L. 342.607; esta Sala en autos caratulados ?ArroDario Alejandro C/Furchi Lucas S/Daños y Perjuicios N° 15519/2013 del 5/08/2019, id. ?Melendez Martín c/Diaz Gastón Bernardo s/daños y perjuicios? N° 7270/2014 del 27/05/2019). La perito psicóloga designada de oficio respecto de la coactora M. L. J. en su informe pericial señaló que ?...la actora ha vivido una situación de stress post-traumático a partir del fallecimiento del padre...la actora padece una RVAN con una incapacidad del 10% estacionaria...? (v. fs. 231). La experta aconsejó una terapia psicológica con un mínimo de un año y medio, una vez por semana con un valor estimativo de \$350 la sesión, resultando un valor total de \$ 26.250 (fs. 231). Con relación a la coactora C. C. J. indicó que ?...no se registraron acontecimientos traumáticos anteriores al hecho de autos. El fallecimiento del padre desencadenó un trastorno aproximadamente dos años después del suceso...? (v. fs. 239). La experta expresó que ?... la actora padece una reacción vivencial anormal neurótica RVAN con manifestación histérica con componentes delirioses, que ha producido una incapacidad psicológica del 12%. Si bien se ha producido un daño psíquico que ha persistido en el tiempo, el trastorno que ha sido progresivo en su primera etapa, no se califica en la actualidad como tal...? (v. fs. 241). Asimismo señaló que: ?...la actora viene realizando tratamiento psicológico y psiquiátrico. Se estima -con aproximación- que el tratamiento total requiere un mínimo de dos años de duración con tratamiento psiquiátrico una vez por mes a razón de \$ 350 la sesión, lo que resulta en un costo total de \$ 8.750 y con una terapia individual una vez por semana a razón del mismo costo por sesión, con un costa total de \$ 35.000...? (v. fs. 241). La parte demandada a fs. 247/ 248, impugnó el informe pericial. Cuestionó el porcentaje establecido para la coactora C. C. J. como así también el tratamiento indicado por la experta. Es sabido que aun cuando las normas procesales no acuerdan el carácter de prueba legal al dictamen pericial, si el informe comporta la apreciación específica en el campo del saber del perito, para desvirtuarlo es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiese hecho de sus conocimientos técnicos o científicos, por lo que, para que las observaciones que formulen las partes puedan tener favorable acogida, es necesario que aporten probanzas de similar o mayor rigor técnico que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en el peritaje (CNCiv, Sala A, 30/11/2012, ?G., Aldo Rene y otro c/ Microómnibus General Pacheco S. A. y otros s/ daños y perjuicios?, L. n° 562.884; ídem, 18/6/2013, ?B. C., Martina y otros c/ M., Gustavo y otros s/ daños y perjuicios?, L. n 606.722). Por lo tanto, en virtud de los fundados términos en los que fueron realizados los informes periciales obrantes a fs. 227/231 y 237/242, respectivamente brindadas por la experta, otorgo eficacia probatoria a los peritajes presentados en autos (art. 477 CPCCN). Sobre la base de las conclusiones de la perito interviniente en autos, las secuelas padecidas, los porcentuales estimados en los informes periciales como pautas orientadoras, la incidencia que causó el fallecimiento del padre en las accionantes, considero

adecuado el monto de \$ 100.000 establecido para la coactora M. L. J. Por el contrario, juzgo reducido el monto fijado para la coactora C. C. J., por lo que propicio elevarlo a la suma de \$ 120.000. VI. Tratamiento psicológico. El Sr. juez de grado fijó la suma de \$26.250 para M. L. J. y la suma de \$35.000 para C. C. J. por tratamiento psicológico. La parte demandada se agravia por la procedencia de este ítem. En función de lo expuesto en el considerando que antecede, corresponde tener en cuenta que la perito psicóloga designada de oficio, indicó para M. L. J. una terapia psicológica con un mínimo de un año y medio, una vez por semana con un valor estimativo de \$350 la sesión, resultando un valor total de \$ 26.250 (v. fs. 231). Asimismo, para la coactora C. C. J., indicó un tratamiento total con un mínimo de dos años de duración. Con tratamiento psiquiátrico una vez por mes a razón de \$ 350 la sesión, lo que resulta un costo total de \$ 8.750, con una terapia individual una vez por semana a razón del mismo costo por sesión. Con un costo total de \$ 35.000 (fs. 241). En virtud de la incidencia que ha tenido el hecho en las actoras y ponderando que el tratamiento sugerido por la psicóloga traería aparejada una mejora en beneficio de la salud de aquéllas, la procedencia de esta partida es indudable y además en manera alguna puede considerarse excesivo, por lo que propongo rechazar los agravios articulados en relación a este punto, y confirmar lo decidido en la sentencia primera instancia sobre este aspecto. VII. Gastos de sepelio. El Sr. juez de grado estableció la suma \$ 20.000 por este ítem. La parte demandada se agravia por la suma otorgada por este rubro. Los gastos de sepelio integran el daño a resarcir por la muerte de una persona y están a cargo del responsable del hecho en tanto guarden relación adecuada con las circunstancias del caso; se deben aunque no se haya aportado prueba al respecto por tratarse de gastos que necesariamente debieron efectuarse (E.D. 57-455; E.D. 27-104; J.A. 1976-I, síntesis índice, p. 35, N° 33). Los endeblés argumentos vertidos por la apelante a fs. 360, punto IV, apartado f), en manera alguna bastan para demostrar que resulte excesivo el monto establecido por el sentenciante de la instancia de grado, por lo que propongo mantener lo decidido en este punto. VIII. Intereses. La demandada se agravia por la aplicación de la tasa activa de los intereses fijada por el Sr. juez de grado y por la fecha que se establece a partir del cual deberían correr los intereses. Sostiene que sólo podrían aplicarse intereses conforme tasa pasiva o eventualmente activa a partir de la sentencia que en definitiva las admita y en el peor de los casos, el 6 % anual desde la fecha establecida en el fallo apelado. Como integrante de la Sala ?F? de esta Cámara a partir del fallo dictado el 14 de febrero de 2014 en los autos ?Zacañino Loloir Z. c/ AYSA s/ daños y perjuicios? (expte. 162543/10, L. 628.426) adherí al criterio según el cual la tasa activa prevista en el fallo plenario ?Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios?, del 20 de abril de 2009, no representa un enriquecimiento indebido, por entender que en manera alguna puede considerarse que la aplicación de esa tasa en supuestos como el del caso implique una alteración del significado económico del capital de condena. Por ello, corresponde desestimar la queja de la apelante en este punto y confirmar la sentencia en este punto. IX. Costas. El sentenciante de la anterior instancia impuso las costas a la demandada vencida, quien se agravia por esa decisión. Sobre el punto, esta Sala reiteradamente ha decidido que las costas no importan una sanción para el perdedor, sino tan sólo el resarcimiento de los gastos que su contrario se ha visto obligado a afrontar con el objeto de asumir su defensa en el proceso (ver Colombo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado, 4a. ed., t. I pág. 164, nota 278; Sala ?A? en L.L. 1978-D-857 y E.D. 80-479; Sala ?D? en E.D. 87-611; esta Sala en L.L. 1987-B-433). Asimismo, cabe señalar que reiteradamente esta Sala ha hecho aplicación del criterio según el cual en esta clase de procesos y en los supuestos que la obligada resista la pretensión y ésta, en definitiva, prospere aunque por una suma menor que la reclamada, deberá cargar con las costas devengadas, habida cuenta que resulta ser la parte sustancialmente vencida al haber cuestionado el aspecto central de la controversia: la responsabilidad en el evento dañoso (conf. 48 y fallos?Orgaz, El daño resarcible [Actos ilícitos], 3a. ed., pág. 158, n citados en nota 117; CNCiv. esta Sala, causas 305.369 del 25-10-2000 y 312.050 del 15-5-01, entre muchas otras; ver, en el mismo sentido, CNCiv. Sala ?I?, en J.A. 2003-IV-248). Establecidos tales principios de carácter general, cabe señalar que en el caso no se advierte razón alguna para modificar este aspecto del pronunciamiento, toda vez que si bien la acción no prosperó en su totalidad, sí lo hizo en el aspecto central de la cuestión como es la responsabilidad por los daños y perjuicios. En consecuencia, corresponde confirmar lo decidido en la instancia de grado sobre este punto. X. Plazo de cumplimiento de condena. La parte demandada se agravia por la parte resolutive del decisorio en la cual establece que la condena deberá pagarse dentro del plazo de diez días. Sostiene que la decisión vulnera el art. 22 de la ley 23.982. He considerado que el art. 22 de la ley 23.982 resultaba aplicable a la Ciudad Autónoma por ser sucesora de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, que en su momento adhirió a la citada ley federal, destacando que el art. 5 de la ley 24.588 dispuso la continuidad del régimen jurídico federal ?en tanto no sea derogada o modificada por las autoridades nacionales o locales, según corresponda?. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires legisló sobre la cuestión adhiriendo al régimen del art. 22 de la ley mencionada, aunque con modificaciones, cuando aprobó el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, mediante el dictado de la ley n° 189 (CNCiv. Sala F, junio 22/2001, Barletta c/ M.C.B.A. s/ expropiación?, R. /2002, ?F.A.D.A. I.C.y F. S.R.L c/ M.C.B.A. s/?321.943; id. Sala F, febrero 1 cobro de sumas de dinero?, R.335.443; íd. Sala C, ?Antunes c/ G.C.B.A.? mayo 15/2001, R. 322.207; id. Sala C, marzo 6/2001,

?G.C.B.A. c/Sarabia, Juan?, R. 314.749). Este último ordenamiento señaló el carácter declarativo de las sentencias que condenan al pago de una suma de dinero a las autoridades administrativas, sujetándolas a la inclusión presupuestaria de la condena (arg. arts. 395 y 398 del Cód. Cont. Adm. y Trib. de la Ciudad de Bs. As.), con excepción de los créditos de carácter alimentario, estableciendo como principio general para las condenas al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dicha inclusión en el presupuesto en los términos del art. 399 y con el alcance previsto en el art. 400 del mismo código. Por ello entiendo que la exigencia de esa previsión presupuestaria para atender el pago de la condena por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debe realizarse por la autoridad administrativa local, por lo que nada obsta a que se aplique al caso la normativa contemplada en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Por los fundamentos que anteceden voto porque se confirme la sentencia de fs. 319/325 en lo sustancial que decide y se la modifique en cuanto al monto indemnizatorio del daño psíquico a favor de la coactora C. C. J., que se fija en la suma \$ 120.000. Asimismo, voto porque se modifique lo decidido en cuanto al cumplimiento de la condena contra el G.d. I. C. A. de B. A., para lo cual deberá cumplirse con la previsión presupuestaria prevista en la normativa citada en el considerando X. Con costas dealzada a la parte demandada (art. 68 del Código Procesal). El Sr. juez de Cámara Dr. Racimo dijo: I.- Por razones análogas a las expresadas por el Dr. Galmarini voto en el mismo sentido, salvo en lo atinente al daño moral, a la tasa de interés aplicable y al plazo para el cumplimiento de la sentencia. II.- En relación al agravio vertido por la demandada respecto al reconocimiento del daño moral en favor de la concubina, cabe señalar que esta Sala tiene dicho reiteradamente que, luego de la reforma introducida al art. 1078 del Cód. Civil por la ley 17.711, en tanto limita a los herederos forzosos la legitimación para incoar la acción pertinente en las hipótesis de fallecimiento de la víctima, no deja margen a una interpretación que extienda a otras personas la posibilidad de obtener una indemnización en concepto de daño moral. Ello es así, por cuanto -más allá de la injusticia que pueda representar la solución legal en algunos casos particulares- la claridad del texto legal impide hacerlo (conf. Belluscio, op. y loc. cit., pág. 115, n° 5), marcándose una notoria diferenciación entre el daño material y el moral, puesto que en el primero se admite el derecho resarcitorio de los damnificados indirectos, no así en el segundo, que sólo compete al directo con la única excepción de la hipótesis de homicidio, supuesto en el cual lo poseen también los herederos forzosos (conf. causas 80.463 del 13-12-91; n°79.378 del 4-7-91 y 132.593 del 17-8-93, c.132.910 del 30/8/93 entre otras; ver también, Zavala de González, "Daños a las personas-Integridad psicofísica", t 2a págs.555 y ss.,aps. b y c). Mientras tanto, los jueces sólo deben aplicar la ley, aún cuando pudieran no compartir la justicia de su solución. Lo contrario importaría que se conviertan en legisladores, lo cual repulsa al sistema republicano. En suma, si mi criterio fuera compartido, deberá desestimarse el presente rubro que el juez fijó en favor de la concubina. III.- Respecto al cuestionamiento de la demandada atinente a la tasa de interés aplicada por el juez de grado, cabe advertir que esta Sala ha señalado que con fecha 20 de abril de 2009 el Tribunal en pleno dejó sin efecto la doctrina fijada en los fallos ?Vázquez, Claudia Angélica c. Bilbao, Walter y otros s/daños y perjuicios? del 02/08/1993 y ?Alaniz, Ramona Evelia y otro c. Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios? del 23/03/2004, que lo ratificó, estableciendo la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, la que debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido (?Samudio de Martínez Ladislao c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios?). La Sala que integro considera que se configura esa salvedad si la tasa activa mencionada 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, puesto que tal proceder representaría lisa y llanamente un enriquecimiento indebido en favor del acreedor y en detrimento 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 la moneda operado entre el hecho y la sentencia, cuando en esta se contemplan valores a la época de su dictado; en tanto la referida tasa capta, en cierta medida y entre otros elementos, la depreciación de la moneda. Esta es la doctrina que en forma reiterada aplicó la Sala, vigente la anterior doctrina plenaria, que había receptado la tasa pasiva. Dicho enriquecimiento, en mayor medida se configura con la activa, cuya aplicación ahora se recepta (ver fallos de esta sala en causas 146.971 del 16/06/1994, 144.844 del 27/06/1994 y 148.184 del 02/08/1994, 463.934 del 01/11/2006 y 492.251 del 19/11/2007, entre muchas otras; Borda, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, 8a.ed., t.I pág. 338 n° 493; Casiello, Los intereses y la deuda de valor [Doctrinas encontradas y una saludable evolución de la jurisprudencia], en LA LEY 151-864, en especial, pág. 873 cap. V; Durañona y Vedia y Quintana Terán, La depreciación de la moneda y los intereses, en J.A. 1970-7-332, en especial, cap. V); esta Sala voto del Dr. Calatayud en c. 522.330 del 21/04/2009). De la misma manera, es la que cuadra adoptar a partir de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, ley 26.994 (conf. CNCivil, esta Sala, c. 80.509-10 del 27-8-15, con cita de Lorenzetti, Código Civil y Comercial comentado, ed. Rubinzal- Culzoni, t. V pág. 158, com. art. 772). En conclusión, si bien este tribunal en situaciones similares resolvió reducir la tasa establecida entre la fecha del hecho y la del pronunciamiento de primera instancia a la del 6% anual, devengándose con posterioridad y hasta el

efectivo pago la activa dispuesta en el pronunciamiento de la anterior instancia (conf. CNCivil, esta Sala, c. 527.451 del 12-5-09, c. 579.837 del 31-10-11, c. 615.823 del 14-8-13, c. 105.395-10 del 31-8-15, c. 85.237-11 del 7-9-15, entre muchas otras), a partir del fallo dictado el 13- 3-17 en el expediente caratulado ?Flores Sebastián M. c/ Expreso Nueve de Julio S.A. s/ daños y perjuicios? (n° 69.993/13), en el que tocara votar en primer término al Dr. Calatayud, la Sala modificó su postura y resolvió incrementar esa tasa al 8% anual a la luz de las nuevas circunstancias económicas que atraviesa el país y a este porcentual es el que propongo se reduzca el interés en el presente caso. IV.- Finalmente disiento con mi colega respecto al plazo para el cumplimiento de la sentencia. El Gobierno de la Ciudad reclama la aplicación de la ley 23.982 y del art. 398, 399 y 400 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para el pago de la deuda reconocida en la sentencia. Al respecto, cabe señalar no obstante que esta Sala ha resuelto que los plazos y procedimientos establecidos en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires no tienen vigencia en aquellos supuestos que se han iniciado y proseguido ante la Justicia Nacional, pues entonces rige lo estatuido en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ver causa 296.890 del 18-5-00), lo cierto es que al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como continuadora de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires le son de aplicación los principios fijados en la ley de consolidación n° 23.982 (ver art.2) que, sabido es, tiene carácter de orden público (art.16). Ello así y toda vez que aquél ha adherido al régimen del art. 22 de la citada ley (conf. fallo de esta Sala en causa 338.469 del 9-5-02), no cabe sino disponer que, para el cumplimiento de la condena en su contra, habrá de observarse el procedimiento que establece dicha norma (conf. esta Sala, voto del Dr. Calatayud en c. 376.789 del 22-8-03, votos del Dr. Dupuis en c. 542.071 del 23-12-09, c. 27.486-12 del 1-10-18 y 25.885-14 del 7-12-18) por lo que cabe atender a la queja planteada por la demandada en este punto. El Sr. juez de Cámara Dr. Dupuis dijo: Por análogas razones a las expuestas por el Dr. Racimo, voto en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto. FERNANDO M. RACIMO. JOSÉ LUIS GALMARINI (en disidencia parcial). JUAN CARLOS G. DUPUIS. Este Acuerdo obra en las páginas N° ... a N° ... del Libro de Acuerdos de la Sala ?E? de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires, 29 octubre de 2019.- Y VISTOS: En virtud a lo que resulta de la votación que da cuenta el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de fs. 319/325 en lo sustancial que decide y se la modifica, rechazando el rubro daño moral otorgado a la Sra. J., como así también se modifica la tasa interés y el plazo para el cumplimiento de la sentencia en la forma indicada en los considerandos II, III y IV del voto del Dr. Racimo. Las costas de alzada se imponen a la parte demandada (art. 68, del Código Procesal). Regulados que sean los honorarios de primera instancia se fijarán los correspondientes a esta alzada. Notifíquese y devuélvase. Fecha de firma: 29/10/2019 Alta en sistema: 05/11/2019 Firmado por: JUAN CARLOS GUILLERMO DUPUIS, JUEZ DE CAMARA Firmado por: FERNANDO MARTIN RACIMO, JUEZ DE CAMARA Firmado por: JOSE LUIS GALMARINI, JUEZ DE CAMARA 075392E