TOMO XX -SENTENCIA- T.S.J..-
REGISTRO Nº 683
FOLIO Nº 3973 | 3983
PROT. ELECT. TSSI 011 S.211
Río Gallegos, 16 de abril de 2021.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados: **"COSSANI RAQUEL C/ FIORINO NUNCIO Y POLICLÍNICO SAN JOSÉ S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"**, Expte. Nº **C-9197/01** (C-2154/17-TSJ), venidos al Acuerdo para dictar sentencia; y

CONSIDERANDO:

I.- Que llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia en virtud de los recursos de casación interpuestos por el Dr. Nuncio Juan Fiorino, a fs. 1508/1519, y el Policlínico San José S.A., mediante su apoderado, Dr. Carlos V. Muriete, a fs. 1521/1532, contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, obrante a fs. 1489/1499 vta.. Esta última modifica parcialmente el fallo de Primera Instancia.-

La sentencia de Primera Instancia hizo lugar parcialmente a la demanda incoada por la Sra. Raquel Cossani contra el Dr. Nuncio Fiorino y el Policlínico San José S.A., en razón de una mala praxis médica. En consecuencia, los condenó al pago de doscientos noventa y un mil novecientos setenta pesos ($291.970) en concepto de varios rubros indemnizatorios (lucro cesante, daño moral y reintegro de gastos), con más los intereses conforme la tasa activa promedio mensual que utiliza el Banco de la Nación Argentina, a devengarse de la siguiente manera: a) por el rubro lucro cesante se condena al pago de treinta mil pesos ($30.000) y los intereses se computarán desde el 1° de enero de 2001; b) por daño moral, cuyo monto asciende a doscientos cincuenta mil pesos ($250.000) y los intereses desde el 2 de octubre de 1999; y c) por reintegro de gastos, once mil novecientos setenta pesos ($11.970), a calcularse desde el 1° de enero de 2001 (cfr. fs. 1130/1142 vta.).-

Por su parte, la sentencia de la Excma. Cámara de Apelaciones, revoca el segundo punto del fallo de Primera Instancia en lo que respecta al monto del lucro cesante y el cálculo de sus intereses, elevando el monto de la condena del ítem lucro cesante a la suma de sesenta y un mil pesos ($61.000) y debiendo calcular los intereses de dicho rubro como también los intereses del reintegro de gastos desde el evento dañoso (2 de octubre de 1999) hasta la fecha de la sentencia de Primera Instancia (18 de diciembre de 2013) conforme la tasa pasiva de uso judicial que publica el Banco Central de la República Argentina, toda vez que el cálculo indemni-

zatorio se realizó utilizando la teoria que actualiza los valores. Desde la sentencia de Primera Instancia y hasta su efectivo pago se aplicaría la tasa activa promedio mensual que utiliza el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento. Asimismo determina que el momento a partir del cual comenzarán a correr los intereses respecto del rubro "reintegro de gastos" será desde el evento dañoso (2 de octubre de 1999) (cfr. fs. 1489/1499 vta.). Se confirma todo lo demás que fuera materia de agravio en las apelaciones.-

II.- Que en su recurso de casación, el Dr. Nuncio Juan Fiorino plantea que la sentencia de Segunda Instancia es nula ya que participó en su conformación el Dr. Carlos Arenillas, quien resultaría ser un juez parcial pues habría fallado en contra del Policlínico San José y de su persona en los autos caratulados: "Caballero Carlos Alberto c/ Fiorino Nuncio y/o Policlínico San José S.A. s/ Daños y perjuicios, Expte. N° C-18268/00", que tramitaron por ante el Juzgado Provincial de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 1 (cfr. fs. 1510 vta./ 1511).-

Entiende que dicho Magistrado debió haberse excusado de intervenir en el proceso toda vez que ya había dictado sentencia en contra de las partes demandadas; lo que plasmaría su parcialidad en el presente fallo. Le enrostra que: "...mantuvo su postura donde también rechaza las pretensiones de la demandada y mejora la situación de la actora." (cfr. foja 1511). Para fundar su planteo invoca los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 9, 10 y 11 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial; y los Principios de Bangalore (cfr. foja 1511/1512 vta.).-

Afirma que en este caso: "...ha existido prejuzgamiento y parcialidad por lo tanto denegación de justicia, afectando las garantías constitucionales por lo que devine (sic) el fallo en nulo." (cfr. foja 1511 vta.).-

Califica a la sentencia de arbitraria y contradictoria porque fija: "...la actualización de intereses con un sistema mixto de tasa pasiva hasta la sentencia y tasa activa a partir de la misma y hasta su efectivo pago. Y luego establece una segunda modalidad de actualización de tasa activa en forma exclusiva." (cfr. foja 1513).-

Sostiene que la resolución impugnada es autocontradictoria por: "...tratar los intereses en dos momentos del fallo en forma diferentes (sic), aplicando dos sistemas de actualización de intereses." (cfr. foja cit.). En función de lo antedicho, advera que se viola el principio de no contradicción y agrega que: "...así como de cualquier principio lógico, implica un error in cogitando. Recordemos que el principio, ontológicamente, se enuncia afirmando que 'nada puede ser y no ser juntamente'. En su versión lógica tiene esta forma: No se puede afirmar y negar juntamente una

misma cosa de un mismo sujeto'." (cfr. foja 1513 vta.).-

Asimismo, sobre el tema intereses, postula que la Exema. Cámara de Apelaciones: "...no fundamenta cuales son los cambios de la incidencia del sistema financiera (sic) sobre la tasa activa y pasiva. Ello no lo puede fundamentar toda vez que esa afirmación es una falacia, utilizada sólo para dar un fundamento aparente en contra de las pretensiones de esta parte. Se trata de fijar una suma que, corrigiendo los desvíos de una aplicación automática de índices, mantenga el mandato consagrado en la sentencia que ha adquirido autoridad de cosa juzgada y constituya la reparación integral por los daños sufridos...Por lo tanto no se deben conceder pautas abusivas sino equitativas, se trata de una reparación no de un enriquecimiento." (cfr. foja 1513).-

Expresa que la sentencia incurre en arbitrariedad al carecer "de la debida prueba" y fundamentación para otorgar y ampliar el lucro cesante a favor de la actora. Señala que la arbitrariedad se agrava porque no sólo se convalida ese ítem indemnizatorio, sino que se amplía al doble de lo otorgado en la sentencia de Primera Instancia. Afirma que no existió daño actual, ni prueba de los salarios de la actora para otorgar el lucro cesante. Además agrega que éste no se presume (cfr. fs. 1514 vta./ 1515).-

Añade que el fallo confunde prejudicialidad penal con daños resarcibles. Destaca que la pericia médica realizada con posterioridad a la sentencia penal y exclusiva del proceso civil -de foja 1042- concluye que la actividad renal de la actora era perfecta. Afirma que es competencia exclusiva del juez civil resolver la cuestión relacionada con el daño resarcible -como la procedencia de la reparación pecuniaria y la configuración de la responsabilidad civil- sin que pueda influir lo que el juez penal pueda haber dicho sobre ese tema ni sobre la cuantificación de la indemnización. Agrega que en la prejudicialidad penal ha existido falta de identidad de las partes entre los procesos civil y penal, toda vez que el Policlínico San José S.A. nada ha tenido que ver en la condena y que no se le ha permitido la discusión de "daños y secuelas". Estima, por lo expuesto, que se presenta un supuesto de privación de justicia y afectación de la defensa en juicio (cfr. fs. 1515 vta./1516).-

Asegura que la actora no posee lesiones actuales, ni causa que la incapacite; ni afectación en sus tareas laborales. Por tal motivo entiende que la indemnización resulta abusiva y contraria a la lógica. Manifiesta que la sentencia incurre en arbitrariedad toda vez que no se puede presumir el daño de un evento que no existió (cfr. foja 1516).-

Dice que el monto de la condena de daño moral es arbitrario: "...toda vez que la valoración de la prueba queda sujeta al arbitrio del juez y de la misma surgen valores y pautas de ponderación 'falsas' y hechos 'inexistentes' evalua-

dos como daño psíquico lo que torna arbitraria toda sentencia que base sus fundamentos en conclusiones periciales erróneas." (cfr. foja 1516 vta.).-

Señala que la pericial de fs. 795/796 se ha elaborado en base a presunciones falsas e inexactas que se contradicen con otros elementos probatorios serios del proceso. Asegura que se ha realizado una valoración de la prueba aislada y fragmentaria. Califica de falacia la afirmación de la pericial psicológica acerca de que la actora siente su cuerpo roto y frágil; y que su esquema corporal se haya alterado. Destaca, paralelamente, que la pericial médica del Dr. Álvarez, de fs. 823/824, al evaluar estudios radiológicos y urogramas excretores, daría cuenta de que el paciente presenta riñones funcionales con buena evacuación sin dilataciones que sugieran estenosis ureteral ni fístulas activas; y que el Dr. Colombres -en sede penal- sostuvo que después de la reinserción del uréter no hubo secuelas funcionales (cfr. fs. 1516 vta./ 1517).-

Advera que es falaz la aseveración de la pericia psicológica que reza así: "La histerectomía...despierta angustia culpa y aparece la vivencia del castigo por las consecuencias de dicha operación...sentimientos de castración." (cfr. foja 1517), ya que la operación de útero y su extracción por tumoración fueron consentidas; y estipulada médicamente por su ginecóloga de cabecera, por lo que concluye que no es materia de agravio (cfr. foja cit.).-

Pone de relieve que nunca se ha discutido que la Sra. Cossani haya reclamado por una lesión en una operación de histerectomía, ni por la castración de los órganos sexuales. Señala que el caso siempre estuvo centrado exclusivamente en las consecuencias de la afección o no de los uréteres y riñones. Destaca que tampoco ha existido disminución de la capacidad funcional de los riñones, como afirmaría la pericial psicológica. Califica de falsa a la conclusión pericial que reza: "Temor a terminar en una máquina de diálisis. Temor que despierta una carga conflictiva de mucha intensidad...con dificultad de contacto social por temor a ser dañada.", pues esta es una probabilidad inexistente de acuerdo a lo probado en el expediente judicial (cfr. foja 1517 vta.).-

Señala que la: "...operación se realizó con todas las medidas de seguridad y los aparatos utilizados en la cirugía fueron peritados como aptos y adecuados para el funcionamiento en la medida y para la operación realizada." (cfr. foja 1518).-

Expresa que queda demostrado que no existió falta de servicio. Aduce que se condena al Policlínico San José S.A. por responsabilidad objetiva por su obligación de seguridad, y por la culpa del médico. Al respecto argumenta que no se ha probado ni un aprovechamiento del nosocomio de la actividad del Dr. Fiorino, ni la existencia de un nexo de relación entre estos. Apunta que no se ha demostrado

cuál ha sido la relación de causalidad entre el daño y la obligación de seguridad o, en su defecto, cual era la relación obligacional que unía al médico con el Policlínico (cfr. fs. 1517 vta./1518).-

Agrega que se ha otorgado una indemnización sin fundamento probatorio alguno (cfr. foja 1518 vta.).-

Señala que se impugna la sentencia por falta de motivación en el aspecto del daño moral, al referirse con exclusividad a una prueba, sin fundar su decisión (cfr. foja cit.).-

Deja planteado el caso federal (cfr. foja 1519).-

A fs. 1521/1532 se encuentra agregado el recurso de casación de la demandada Policlínico San José S.A., representada por su apoderado, Dr. Carlos V. Muriete. Este escrito reproduce de manera textual las postulaciones esgrimidas por el demandado Sr. Nuncio Juan Fiorino en su casación de fs. 1508/1519; a cuyo contenido nos remitimos en razón de brevedad.-

También deja planteado el caso federal (cfr. foja 1532).-

A foja 1550 y vta. este Tribunal declaró bien concedidos los recursos de casación. Se pusieron los autos a disposición de las partes, conforme lo estatuido en el artículo 8 del Libro I, Título IV, Sec. 6°, Parágrafo 2° -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-. Hizo uso de esta facultad la parte actora, quien, por los argumentos que allí desarrolla, solicita el rechazo de los recursos (cfr. fs. 1555/1565 vta.).-

A fs. 1568/1579, obra dictamen del Sr. Agente Fiscal ante este Alto Cuerpo, quien por los fundamentos que esgrime y a los que nos remitimos por razones de brevedad, concluye que se deben rechazar todos los agravios, con excepción del tipo de tasa de interés. Respecto de esta última cuestión postula que se debe aplicar la tasa pasiva.-

A foja 1584 se llaman autos para sentencia y a foja 1585 pasan los presentes a estudio.-

III.- Que conforme ha quedado planteada la cuestión extraordinaria provincial articulada por los demandados, ésta se desarrolla en el ámbito del carril impugnativo previsto en el art. 3 del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6°, Parágrafo 2° -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-. Por cuanto las impugnaciones se fundamentan en violación de la ley y arbitrariedad.-

En atención a que ambos recursos tienen un contenido análogo, se analizarán sus postulaciones conjuntamente.-

Con carácter previo a ingresar en el análisis de aquellas cuestiones, es menester determinar cuál es la legislación aplicable al *sub lite* en función a

la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.-

Las normas jurídicas tienen una vigencia limitada en el tiempo. Las mismas regulan hechos, situaciones y relaciones jurídicas que tienen una ubicación temporal. En función a las particularidades de la causa se debe determinar la legislación que las disciplinará. En el caso bajo análisis el momento crítico acaeció el 2 de octubre de 1999, fecha en que se produjo la operación de la Sra. Raquel Cossani, esto surge de lo afirmado en la demanda (cfr. fs. 26). Paralelamente, en la contestación de la demanda del Dr. Nuncio Juan Fiorino reconoce implícitamente que la operación fue anterior al 4 de octubre de 1999 (fs. 70 vta./71). Este reconocimiento es extensivo al Policlínico San José Sociedad Anónima, quien adhirió a la contestación de la demanda del Dr. Fiorino (cfr. fs. 44). También se reconoce al 2 de octubre de 1999 como fecha de la operación, en el informe del Bioingeniero Paulo Oscar Musich, obrante a fs. 194/203. También la sentencia penal que condena a Nuncio Juan Fiorino por lesiones culposas tiene como fecha de la intervención quirúrgica de marras al 2 de octubre de 1999 (cfr. fs. 1139/1146 de los autos: "Fiorino, Nuncio Juan s/ Lesiones Culposas", Expte. Nº F-1792/03, tramitaran ante la Excma. Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial, agregado por cuerda a este expediente). En dicha época se encontraba en vigor el derogado Código Civil, aprobado por la Ley Nº 340. Recién el 1° de agosto de 2015, entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación (cfr. art. 7 de la Ley Nº 26.994).-

Lo tocante a la aplicación de la ley en relación al tiempo lo resuelve el artículo 7 del Código Civil y Comercial, el que dispone que: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las 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".-

En atención al texto trascripto se sigue que las leyes, en principio, sólo operan hacia el futuro y que no tienen efecto retroactivo (cfr. art. 7 CC y C) (cfr. Herrera Marisa, Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián (Directores): "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Título Preliminar y Libro Primero", Infojus, Buenos Aires, 2015, pág. 22/32). Es decir que tienen aplicación inmediata. Pero ¿qué quiere decir aplicación inmediata?, la Profesora Aida Kemelmajer de Carlucci nos ilustra al respecto: "El efecto inmediato es el efecto propio y normal de toda ley: ella se aplica inmediatamente después de haber sido sancionada. Es el sistema que ya tenía el Código Civil argentino. Consiste en que la nueva ley se aplica a: (i) las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro; (ii) las existentes, en

cuanto no estén agotadas; (iii) las consecuencias que no hayan operado todavía. O sea, la ley toma a la relación ya constituida (por ej., una obligación) o a la situación (por ej., el matrimonio) en el estado en que se encontraba al tiempo en que la ley nueva es sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos. Los cumplidos, en cambio, están regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron. Del mismo modo, si antes de la vigencia de la ley nueva se han producido ciertos hechos aptos para comenzar la gestación de una situación según la vieja ley, pero insuficientes para constituirla (o sea, la situación o relación está in fieri), entonces rige la nueva ley." (cfr. aut. cit.: "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, pág. 29/30).-

Por lo tanto la legislación de fondo que regula este caso es el derogado Código Civil y la legislación complementaria vigente al 2 de octubre de 1999, al menos para la determinación, imputación y valuación del daño.-

Esta solución también es abonada por los dichos de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, quien nos ilustra: "Doctrina y jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso..." (cfr. aut. y ob. cit., pág. 100).-

Sin embargo, respecto de la determinación de los intereses (que son una consecuencia de la relación jurídica que gravita en torno a la mala praxis de marras) debemos arribar a otra solución en cuanto a la legislación aplicable, pues una porción de los mismos se devengaron mientras regía el derogado Código y parte con el nuevo Código Civil y Comercial. Entonces, para calcular los intereses devengados hasta el 31 de julio de 2015 se utilizará el derogado Código Civil, pues era la ley que regía hasta ese momento; ya que el nuevo Código Civil y Comercial no tiene aplicación retroactiva. Pero para los intereses que corren a partir del 1° de agosto de ese año se empleará el Código Civil y Comercial (en razón de su aplicación inmediata), ya que la nueva ley rige los tramos del desarrollo de la relación jurídica aún no cumplidos: los intereses por la mora del deudor desde la última fecha indicada (cfr. art. 7° del CC y C).-

Esta solución es avalada por lo decidido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a saber: "Al respecto, cabe observar que la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha posibilitado su aplicación tanto a las relaciones y situaciones jurídicas futuras, como a las existentes a la fecha de su entrada en vigencia, tomándolas en el estado en que se encontraban -rigiendo los tramos de su desarrollo no cumplidos-, así como también a las consecuencias no consumadas de relaciones y situaciones jurídicas constituidas bajo el amparo de la antigua ley (conf. art. 7 y cones., Cód. Civ. y Com.). En materia de in-

tereses, ello importa el empleo de las nuevas tasas legales para calcular los accesorios del capital, devengados en períodos posteriores a su entrada en vigencia, en tanto no se encuentren cancelados...Se trata de consecuencias no agotadas de tales relaciones jurídicas habidas entre acreedor y deudor, respecto de las cuales la aplicación de la nueva norma resulta inmediata. Así, ante la persistencia de la mora a la fecha de la entrada en vigencia de la nueva ley, la distinta regulación que ésta contiene -captando las consecuencias de la situación pendiente- resulta aplicable respecto del tramo ulterior de ésta..." (cfr.: "D. E. M. c/ L. P. S. s/ Incidente de aumento de cuota alimentaria", Causa LP C 120103 S, del 29/08/2017).-

En síntesis, los intereses devengados desde el hecho dañoso, acaecido el 2 de octubre de 1999, y hasta el 31 de julio de 2015 se deben estimar conforme al viejo Código Civil. En cambio, desde esta fecha hasta la del efectivo pago, con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.-

Consecuentemente, sirviéndonos de la legislación apuntada es que se resolverá el *sub lite*.-

IV.- Que en lo tocante a la invocada parcialidad y prejuzgamiento de parte del Dr. Carlos Enrique Arenillas, por haber supuestamente fallado en los autos "Caballero, Carlos Alberto c/ Fiorino Nuncio y/o Policlinico San José S.A. s/ Daños y Perjuicios (Expte. Nº C-18.068/00)", que tramitaron ante el Juzgado Provincial de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Mineria Nº 1 que estuviera a cargo del mencionado Magistrado, debe destacarse que los recurrentes ni siquiera acompañan testimonio de tal sentencia, lo que impide valorar si hipotéticamente la alegada intervención en tal resolutorio podria afectar su imparcialidad o podría configurarse un supuesto de prejuzgamiento.-

La alegación que efectúan los recurrentes no impone una estructura de argumentaciones convincentes y fundadas toda vez que los reproches argüidos (parcialidad y prejuzgamiento) distan de encontrarse abonados por fundamentos normativos serios, ni con respaldo documental (como es la omisión que se señaló en el párrafo precedente).-

Asimismo, cabe señalar que no utilizaron oportunamente el instituto procesal de la recusación -con o sin causa- para intentar el apartamiento del Magistrado de la Exema. Cámara de Apelaciones (cfr. arts. 14 y 18 del CPC y C).-

Tampoco se demuestra ni se advierte que la causal invocada pueda considerarse encuadrada en los supuestos de recusación que contempla el artículo 17 del CPC y C o que nos encontremos ante un supuesto de parcialidad. Más teniendo en consideración la interpretación restrictiva que se debe campear en estos casos, pues se podría afectar la garantía del juez natural (cfr. art. 18 de la C.N.). En atención a lo expuesto, es oportuno traer a colación lo ya dicho por este Alto Cuerpo:

"...que el instituto procesal de la recusación se halla enmarcado normativamente en específicos presupuestos temporales que hacen no sólo a su correcta formulación sino -fundamentalmente- a la directa vinculación [que] posee para su viabilidad formal. Así, el cumplimiento de requisitos, presupuestos o postulados de procedencia, cristalizan los principios procesales de convalidación, trascendencia, especificidad, protección y conservación. En particular, en el caso de la recusación con causa, el sistema vigente se sustenta en la numeración taxativa de los motivos que la hacen procedente, debiéndose interpretar con un criterio restrictivo -pues la imparcialidad de los jueces se presume-, requiriéndose una fundamentación seria y precisa por tratarse de un acto grave y trascendental. Sabido es, que el instituto de la recusación tiene por fin mantener la garantía del juez imparcial, pero con los alcances que impone el principio del juez natural, de modo que no se vea afectado, este último, por el uso inadecuado de este instituto; y evitar así el desplazamiento arbitrario de los jueces naturales. Por lo demás, el criterio restrictivo del instituto a que se hizo referencia más arriba es el que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados precedentes (Fallos: 310:2845; 324:802; 327:3578)." (cfr. Interlocutorio, Tomo XXVI, Reg. 3128, Folio 5123/5127).-

Por lo tanto debe rechazarse la alegada parcialidad del Juez Dr. Carlos Enrique Arenillas.-

En cuanto a la aplicación del instituto de la prejudicialidad penal, la Alzada ha decidido correctamente. En lo que aquí interesa sostuvo que: "...debo recordar que la sentencia penal firme, condenatoria del acusado, hace cosa juzgada en sede civil, limitando sus efectos a la declaración de la existencia del hecho principal que constituye el delito, a la culpa del condenado [...] La sentencia de grado que se basa en lo resuelto en sede penal con invocación de la prejudicialidad, de ninguna manera resulta arbitraria, sino coherente al fundamentarse en las conclusiones de la sentencia penal de acuerdo al método que se pone de manifiesto en el plan de la sentencia." (cfr. fs. 1491 vta./1492). Esta postulación se adecúa con el artículo 1102 del Código Civil que sostiene que: "Después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado.".-

En la misma inteligencia este Alto Tribunal ha decidido que: "Lo establecido a través de los artículos 1101 y ss. del Código Civil es de orden público, con el fin de evitar que en relación a la misma imputación fáctica se dicten dos sentencias contradictorias, deviniendo un indeseado escándalo jurídico. Existe una preeminencia del proceso penal sobre el civil en cuanto a la existencia del hecho y a su autoría..." (cfr. Sentencia, Tomo XV, Reg. 531, Folio 2979/2985). Ver también a Creus, Carlos, "Influencias del proceso penal sobre el proceso civil", Rubinzal y Cul-

zoni, Santa Fe, 1977, págs. 21/23.-

Recuérdese que en sede penal se condenó al Sr. Nuncio Fiorino a la pena de dos (2) años de prisión en suspenso e inhabilitación especial para ejercer la medicina por el término de tres (3) años por que le produjo lesiones en ambos uréteres a la Sra. Raquel Cossani en el curso del acto quirúrgico que le practicara el 2 de octubre de 1999 (cfr. fs. 1139/1146 de los autos: "Fiorino, Nuncio Juan s/ Lesiones Culposas", Expte. Nº F-1792/03, que tramitaron ante la Excma. Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial, agregado por cuerda a este expediente). Entonces, no se advierte ninguna irregularidad en el valor que se le ha otorgado a la sentencia penal en estos actuados.-

Tampoco es pertinente el argumento de que el Policlínico San José no fue parte en el proceso penal para quitarle virtualidad a la sentencia penal condenatoria. La sentencia, en estos casos, también produce el efecto que prevé el artículo 1102 del Código Civil. Así, se ha señalado en doctrina y jurisprudencia que los efectos de la sentencia penal condenatoria alcanza también al tercero civilmente demandado. Así se ha expuesto: "Los condicionantes que la sentencia penal crea, en el ámbito civil, para el obligado al resarcimiento en función de su culpa propia, se trasladan a quien o quienes, por intermedio de la propia ley (v. gr. arts. 43, 1113, 1114, Cód. Civil), son convocados por vía indirecta, refleja o vicaria, a resarcir las secuelas del ilícito cometido por su dependiente...[...] (Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala I, Juris, 15-155; ídem, LL, 34-982; Cám. Civ. y Com. Santa Fe, Sala I, Juris, 5-2000; ídem, JA, 1961-IV-15; CNCiv. y Com., Sala A, LL, 82-719; ídem, Sala B, JA, 1951-III-323; ídem, Sala C, LL, 141-669; ídem, Sala D, ED, 74, -192; ídem, Sala E, LL, 95-3; SCBA, LL, 132-250; ídem, DJ-BA, 125-10, etcétera.). Las defensas que podrá alegar -siendo que obviamente no ha sido parte en el sumario penal- serán sólo aquellas, de naturaleza civil, que afecten su responsabilidad indirecta con relación al autor material del hecho..." (cfr. Bueres, Alberto J. -Dirección- y Highton, Elena I. -Coordinación-: "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, Tomo 3A, págs. 321/322).-

Por lo tanto, no puede ser objeto de censura en esta instancia extraordinaria los efectos que la Excma. Cámara de Apelaciones le otorgó a la sentencia penal.-

En cuanto a la invocada arbitrariedad en la valoración de la prueba (cfr. fs. 1514 vta./1515 vta. y 1528 vta./1529 vta.), se debe señalar que el examen de las cuestiones de hecho y prueba son, en principio, ajenas a esta instancia extraordinaria; salvo que se demuestre arbitrariedad o absurdo. Lo que no se presenta ni se advierte en el caso *sub examine*.-

Examinados los términos de los recursos se observa que los

mismos contienen sólo meras discrepancias con los argumentos y fundamentos del decisorio en cuanto a la interpretación y valoración de la prueba, lo que los hace improcedentes. Paralelamente, se constata que la Alzada realiza una valoración razonable de los elementos probatorios.-

Así, en lo relativo a la base a tomar en cuenta para determinar la existencia del lucro cesante se confirmó el criterio del Juez de Primera Instancia. En este sentido, la Alzada entendió que: "No hay duda de que el lucro cesante se encuentra probado, ya que no es otra cosa que la frustración de un enriquecimiento patrimonial a raíz del hecho lesivo, que impide a la víctima obtener determinados beneficios económicos lógicos de su profesión..." (cfr. foja 1493 vta.). Con estas ideas la Cámara estimó razonable el uso de la autorización que fija el artículo 166 del CPC y C, realizado por el Juez de Primera Instancia, para cuantificar tal daño en atención a la profesión de la actora; y así calcular sus ingresos teniendo en cuenta el informe del Centro Integral de Kinesiología y Estética (CIKE) (cfr. foja cit.). Debe recordarse que el artículo 166 del CPC y C dispone: "Cuando la sentencia contenga condena al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, fijará su importe en cantidad o establecerá por lo menos las bases sobre que haya de hacerse la liquidación. Si por no haber hecho las partes estimación de los frutos o intereses, no fuese posible lo uno ni lo otro, se los determinará en proceso sumarísimo. La sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto.".-

En la misma inteligencia de lo resuelto por la Excma. Cámara de Apelaciones, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho: "...constituye la expresión de la facultad conferida al juzgador por la última parte del art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial [de contenido idéntico al art. 166 del CPC y C de la Provincia de Santa Cruz] en punto a la determinación del quantum de la indemnización por los perjuicios causados (ver asimismo causa B. 31.217, 'Acuña', sent. de 23-IX-1947, Fallos 321:635, considerando 6º in fine)." (cfr.: "Scandizzo de Prieto, Julia contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios", Causa LP C 120192 S, del 07/09/2016.). En sentido concordante ver en doctrina a Enrique M. Falcón: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, Tomo II, pág. 505; y Carlos Colombo y Claudio M. Kiper: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y Comentado", La Ley, Buenos Aires, 2006, Tomo II, págs. 219/220.-

La Cámara continúa diciendo que: "El problema que tenemos aquí es la ausencia de prueba de los salarios de la actora ya sea al momento del evento dañoso o su proyección al momento de la sentencia. En consecuencia, no queda otra posibilidad que optar por cuantificar de acuerdo al art. 166 del C.P.C. y C.,

pero no como lo hizo el Juez de grado, a fin de establecer el salario de la actora al momento del evento dañoso, sino para efectuar una proyección prudente y cautelosa que nos permita un resultado más acorde a la teoría valorista del lucro cesante. En este orden de ideas, lo que vamos a mensurar es el tiempo de convalecencia de la actora, desde el acto quirúrgico donde se produce la mala praxis (2 de octubre de 1999) hasta el completo restablecimiento de su capacidad laborativa..." (cfr. foja 1495 vta.), que se determina -en la sentencia de Primera Instancia- al 31 de diciembre de 2000, tres meses después de la operación en el Sanatorio Mitre (cfr. foja 1139 vta.). Luego resuelve que: "...El Juez de grado estableció una suma de $30.000 teniendo en cuenta un salario de $2.000. Como consecuencia de la teoría valorista que sostengo dicho monto debe ser elevado ya que los ingresos de la actora al momento de la sentencia obviamente debían ser mayores. Por ello, considero justo fijar el lucro cesante en la suma reclamada de $61.000." (cfr. foja 1495 vta.).-

Tampoco se advierte arbitrariedad o falta de fundamentación en el tratamiento que la Alzada le ha dado a la determinación del daño moral. Por el contrario, se constata que la Cámara ha efectuado una adecuada fundamentación sobre el tema en atención a las constancias probatorias de autos. Al respecto sostuvo: "...la cuantificación del daño moral debe computar la entidad y magnitud de la lesión o agravio, en función de la proyección de las personas en las esferas existencial y psíquica, de su padecimiento, dolor físico, de sus miedos, angustias y sufrimientos. Aplicando estas pautas al caso de autos, surge que la actora claramente ha sufrido un daño en su integridad física que le ha provocado un estado de angustia, desazón, inquietud y nerviosismo que, necesariamente conlleva la necesidad de obtener una reparación en los términos del art. 1078 del C.C.. Recuerdo que, producto del evento dañoso, conforme surge del material probatorio obrante en estos autos, la actora fue sometida a una serie de intervenciones quirúrgicas que implicaron derivaciones, traslados, extensos tratamientos médicos, además de una afectación concreta de su proyecto de vida. También la prueba pericial psicológica refiere a un daño psíquico de la Sra. Cossani como resultado del evento dañoso, que debe integrar la ponderación respecto del daño moral. En función de lo expuesto, teniendo en cuenta la índole de las lesiones, la gravedad de la culpa del autor del hecho, la existencia y cuantía de los perjuicios materiales, las condiciones personales de aquél y las de la víctima, considero adecuado el monto establecido por el Juez de grado, por lo cual los agravios, en este punto, han de ser rechazados." (cfr. fs. 1496 vta./1497).-

Esta postura es concordante con el contenido que estima este Cimero Tribunal, comprende el daño moral. En este sentido, ha sostenido que el daño moral (en relación con la aplicación de lo normado en el código civil vigente por entonces y aplicable al casos de autos, conforme lo referido en el punto III de estos

considerandos), comprende: "...todos aquellos perjuicios de índole extrapatrimonial que afecta a la persona. '…Es decir, no se debe concebir únicamente el daño moral como modo de reparación del *pretium doloris* -daño causado por el sufrimiento físico resultante de las heridas y de las curas médicas: por ejemplo, insomnio, tristeza, angustia, sufrimiento-, sino como omnicomprensivo de todos los perjuicios de índole extrapatrimonial que pueden afectar al ser humano, y que lesionan intereses amparados por el ordenamiento jurídico, generando alteraciones en las capacidades de querer, de sentir y de entender…' (cfr. Calvo Costa, Carlos A. ob. cit. pág. 495) El daño moral importa una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial...Dicho reclamo no necesita de una prueba directa de su existencia y extensión ya que en ciertos supuestos su padecimiento se tiene por acreditado por el solo hecho de las lesiones. Está en el orden normal de las cosas que quien sufre una lesión en el cuerpo, necesariamente ha padecido dolores, angustias e incertidumbre, todo lo cual, hace procedente una indemnización sobre la base de una adecuada relación de causalidad y probabilidad entre los daños efectivamente sufridos y las consecuencias disvaliosas, no debiendo perderse de vista a tales fines, la entidad de las lesiones, los tratamientos sufridos y las secuelas…" (cfr. Sentencia, Tomo XVI, Reg. 557, Folio 3151/3159).-

En efecto, la pericial psicológica da cuenta que la Sra. Raquel Cossani presenta un daño psíquico como resultado del acto quirúrgico del día 2 de octubre de 1999 y sus consecuencias. Sobre el particular pormenoriza que en su personalidad se produjo un desarrollo psicopatológico post-traumático caracterizado por: "Debilitamiento del Yo y de alguna de sus funciones (atención, concentración, implementación defensiva ineficaz). Alto monto de angustia y tensión psicológica. Alteración negativa del esquema corporal, con disminución de la autoestima e incremento de la inseguridad personal. Aparición de mecanismos defensivos primitivos (Regresión). Disminución del rendimiento en sus capacidades laborales e intelectuales, medioeres. Vivencia de deterioro y fragilidad. La relación afectiva con su entorno familiar es de sobredependencia." (cfr. foja. 796 vta.). Esta pericia da cuenta de la gravedad de las secuelas de la actora. Las que sumadas a los padecimientos propios de las intervenciones médicas que tuvo que soportar la actora a raíz de la mala praxis justifican la condena y monto de la condena por daño moral.-

A mayor abundamiento se debe recordar que ya ha entendido este Tribunal Superior de Justicia que lo vinculado a la cuantificación del daño moral

es una cuestión de hecho y prueba en el que son soberanos los jueces de grado y, en principio, detraída del conocimiento de esta instancia extraordinaria, salvo arbitrariedad o absurdo, lo que no se demuestra, ni avizora en el caso *sub examine* (cfr. Sentencia, Tomo XVI, Reg. 557, Folio 3151/3159).-

También es correcto lo resuelto por la Cámara en cuanto al factor de atribución del daño a los recurrentes, a saber: "...las lesiones de los uréteres de la Sra. Cossani, que tienen como causa adecuada la cirugía, son signos claros de mala praxis que le practicó el Dr. Fiorino. Tampoco surgen elementos de valor en la causa para inferir cualquier participación de la víctima o de terceros (eximentes de la responsabilidad) en el evento dañoso. En lo que se refiere a la responsabilidad de los sanatorios existe una teoría que explica la situación mediante la figura de la estipulación a favor terceros (cfr. art. 504 del Código Civil). En consecuencia, entre la clínica (estipulante) y el médico (promitente) se celebra un contrato a favor del enfermo (beneficiario). De este doble juego de relaciones surge entonces que las responsabilidades del galeno y del ente asistencial frente al paciente son directas y de naturaleza contractual...Se trata, asimismo, de una responsabilidad objetiva del ente asistencial ya que, probada la culpa del médico, la responsabilidad de aquel deviene inexcusable. De ahí que el paciente debe probar tan sólo la culpa del médico, no para hacer funcionar una responsabilidad refleja sino para acreditar la violación de la obligación de seguridad por parte del sanatorio..." (cfr. fs. 1492 vta./1493).-

El criterio de la Alzada encuentra respaldo jurisprudencial en lo resuelto por este Alto Cuerpo, que ha expresado: "Con relación a la manera en la cual deben cargar con la indemnización los deudores, vale decir que si bien no fue especificado en el fallo, el planteo no merece mayores comentarios pues es sabido que en estos casos pesa sobre los condenados una responsabilidad concurrente o *in solidum*, íntegra frente a la actora. En este tipo de obligaciones, todos los deudores responden por la totalidad frente al acreedor (confr. Vázquez Ferreyra, Roberto A., 'Importantísimos aspectos del derecho de daños en un fallo sobre responsabilidad médica', Publicado en: L.L. 1996-D, 447, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo V, 397; idem, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 28/02/1996, G., F. M. y otro c. Centro Médico Lacroze y otros, L.L., 1996-D, 451). En igual sentido, Trigo Represas postula que '...las responsabilidades del establecimiento asistencial y del facultativo frente al paciente damnificado, serán 'concurrentes' o '*in solidum*', ya que aquéllos aparecen indistintamente obligados por el todo de la misma prestación, la indemnización del perjuicio, frente a este último; pese a provenir cada débito de una distinta fuente contractual: para el sanatorio, el convenio de prestación del servicio de salud concluido entre el mismo y el enfermo, y para el médico el contrato a favor de tercero, celebrado como 'promitente', con la clínica u hospital actuan-

do este último a su vez como 'estipulante'. O sea, en suma, que se trata de dos deudas independientes entre sí para con un mismo acreedor, pese a mediar entre ellas la conexión resultante de estar referidas a idéntico objeto...' (confr. Trigo Represas, Félix A., 'Responsabilidad civil de médicos y establecimientos asistenciales', LA LEY, 1981-D, 133-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 127)." (cfr. Sentencia, Tomo XV, Reg. 523, Folio 2940/2946).-

En función de lo antedicho el pretenso agravio debe ser rechazado pues la decisión de la Excma. Cámara de Apelaciones se encuentra adecuadamente fundada.-

Por otro lado, en cuanto a la alegada violación de la garantía constitucional y convencional de imparcialidad, defensa en juicio y acceso a la justicia se advierte que los recurrentes se circunscriben a invocarla, pero sin realizar una relación específica al caso de autos con la debida fundamentación. Es que la sola mención de normas, garantías o principios constitucionales sin hacer referencia de su aplicación concreta en el caso y sin explicar de qué manera se habrían vulnerado no constituyen base idónea de agravio (cfr. TSJ Santa Cruz, Sentencia, Tomo XVIII, Reg. 601, Folio 3444/3452).-

V.- Que tampoco es correcta la afirmación de los recurrentes en cuanto a que la Excma. Cámara de Apelaciones incurre en autocontradicción al tratar el tema de los intereses en dos momentos del fallo en forma diferente (cfr. fs. 1513 y 1526). La sentencia no es autocontradictoria. Lo único que hace es fijar distintas tasas de interés para diferentes lapsos en atención al momento en que empiezan a correr los intereses y al tiempo en que se produce la valuación de los daños -según el rubro de que se trate-. Zanjada esta cuestión se pasará a analizar qué intereses corresponden en el caso *sub examine*.-

Como ya adelantamos, se utilizará para fijar los intereses el viejo Código Civil, respecto de los devengados hasta el 31 de julio de 2015; y el nuevo Código Civil y Comercial desde el 1° de agosto de 2015 hasta el efectivo pago.-

La mala praxis acaeció el 2 de octubre de 1999 y desde esa fecha se debe responder por los intereses moratorios. Estos son: "...aquellos que se deben en caso de mora del deudor en el cumplimiento de su obligación. El deudor, con su incumplimiento, priva ilegítimamente al acreedor de su derecho a percibir un capital y, como consecuencia de ello, se encuentra obligado a reparar el perjuicio ocasionado. Los intereses moratorios, en consecuencia, constituyen la indemnización de tal daño y requieren para su admisión que el incumplimiento le sea imputable al deudor. En el Código de Vélez se encontraban regulados en el art. 622, y en el CC y C por el art. 768..." (cfr. Herrera Marisa, Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián (Directores): "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Infojus, Buenos

Aires, 2015, Tomo III, pág. 59).-

Por consiguiente se deben determinar los intereses moratorios que deberá soportar el condenado. En el viejo Código Civil están previstos en el artículo 622, el que establecía en lo que aquí interesa que: "El deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación, desde el vencimiento de ella. Si no hay intereses convenidos, debe los intereses legales que las leyes especiales hubiesen determinado. Si no se hubiere fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar.".-

En el caso que nos ocupa, indemnización por daños y perjuicios, no existe interés legal ni convencional que discipline la cuestión, por lo tanto quien es llamado a fijar la tasa de interés es el Tribunal de la causa.-

Por su lado, el Código Civil y Comercial regula el tema en el artículo 768, el que reza: "Intereses moratorios. A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central.".-

Sobre los intereses moratorios en el Código Civil y Comercial se ha dicho en doctrina que: "El art. 768 del Cod. Civ. y Com. mantiene en términos generales análoga redacción al antiguo art. 622 del Código de Vélez, en los incs. a) (convenio de partes) y b) (ley especial). El inc. c) introduce una modificación: Ante la falta de previsión de tasa de interés moratorio fijada por norma (convencional o legal) la misma se determina 'por las tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central'. Este inciso ha suscitado dudas en la doctrina y la jurisprudencia en tanto podría interpretarse que las tasas judiciales son ahora fijadas por el Banco Central de la República Argentina (BCRA). Tal interpretación no resulta acertada -a mi modo de ver- y ello encuentra explicación en los Fundamentos del Anteproyecto donde se lee: 'No se adopta la tasa activa como se propiciara en el Proyecto de 1998 porque se considera que hay supuestos de hecho muy diversos y es necesario disponer de mayor flexibilidad a fin de adoptar la solución más justa para el caso' (Zannoni, Mariani de Vidal, Zunino, Shina, Ramos, Kemelmajer de Carlucci; 'Código Civil y Comercial de la Nación Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente. Exégesis de los fundamentos de la Comisión Redactora y las modificaciones del Poder Ejecutivo Nacional', Ed. Astrea, Bs. As. 2015, p. 245). Va de suyo, que quien adopta la solución más justa para el caso sólo pueden ser los jueces. Otro fundamento puede encontrarse en el art. 767 Cod. Civ. y Com. en cuanto faculta a los jueces a establecer la tasa de intereses compensatorios, a falta de tasa fijada por las partes o por los usos y costumbres. La doctrina mayoritaria entiende que es el juez quien fija la tasa pero limitada -ahora, por el nuevo Código- al amplio abanico de las diversas tasas

que fija el BCRA (Así, se dictaminó en la XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca, 2015, cuya Comisión 2 sostuvo, por mayoría el siguiente despacho 'la previsión del art. 768 inc. c) no implica la delegación al Banco Central de la fijación de la tasa, sino que siempre será el juez el que la determinará. Las tasas fijadas por las reglamentaciones del Banco Central servirán como pauta que podrá ser utilizadas por el juez en esta tarea'). En igual sentido, se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ('Cabrera, Pablo David', 15/06/2016) y también el Tribunal Superior de Córdoba ('Masi, Alberto c. Rosli'; 01/11/2016)." (cfr. SCJM en pleno, "Lencinas, Mariano c/ Citibank NA s/ Despido", del 30/10/2017, www.informaciónlegal.com.ar. Cita Online: AR/JUR/77894/2017). Compartimos este último criterio, por lo que servidos del mismo procederemos a determinar lo que se debe abonar en concepto de intereses.-

También utilizaremos la misma tasa de interés respecto del periodo anterior a la vigencia del Código Civil y Comercial, en función de la potestad que tienen los jueces de determinar los intereses moratorios según el artículo 622 del Código Civil.-

En primer término analizaremos los intereses aplicados al rubro lucro cesante, sin perjuicio de que varias de las afirmaciones servirán para determinar el interés a utilizar en la condena por daño moral y reintegro de gastos.-

Ahora bien, se debe tener en cuenta que el monto del lucro cesante se fijó a valores actualizados al momento del dictado de la Sentencia de Primera Instancia, 18 de diciembre de 2013 (tal fue la decisión de la Sentencia de la Excma. Cámara de Apelaciones, cfr. foja 1496), y que se encuentra prohibida la indexación de deudas. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Bedino", del 14 de marzo de 2017, recordó que: "...la ley 25.561 si bien deroga el régimen de convertibilidad impuesto por la ley 23.928, no modifica en lo sustancial los artículos 7° y 10 de esta última (ver art. 4° de la ley 25.561), por lo que se mantiene la prohibición de actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa" (cfr. Fallo 340:141).-

En cuanto a la liquidación de los intereses en las deudas de valor calculadas al momento de la sentencia, se ha dicho que el monto actualizado al que se llega debe estar vacío de intereses moratorios (cfr. Tula, Diego J.: "Los créditos laborales y la pasividad de los intereses en la Provincia de Buenos Aires", del 08/2014, La Ley, www.informaciónlegal.com.ar. Cita Online: AR/DOC/1748/2014). Jorge Mosset Iturraspe, por su parte, propone descomponer la tasa de interés en sus dos elementos: el fruto civil del capital y la prima por depreciación (constituida por el resto de la tasa), por lo tanto sostiene que el reajuste sobre el monto cubre la prima por depreciación y, entonces, los intereses sobre la cantidad global deben reducirse al

mero fruto civil del capital (cfr. aut. cit. y Miguel A. Piedecasas: "Responsabilidad por daños - Ley 26.994", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, Tomo I, Parte General, pág. 474). Por lo tanto, cabe hacer una excepción a la aplicación de tasas activas (o pasivas) en los casos de deudas de valor, en los cuales al momento del fallo se liquide en dinero el monto fijado a valores actuales. En estos casos los intereses deben liquidarse a razón de una tasa de interés puro, puesto que las tasas activas -y aun las pasivas- incluyen entre sus componentes una prima por desvalorización de la moneda (cfr. Méndez Sierra, Eduardo C.: "Obligaciones Dinerarias", Ed. El Derecho., Buenos Aires, 2016, pág. 240). En este orden de ideas la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, en un voto emitido en el marco de un plenario de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, recordó que si la suma de condena es un valor fijado al momento de la sentencia o contiene cláusulas de reajuste legalmente autorizadas, desde la mora hasta esa decisión devenga una tasa pura, y de la sentencia en adelante, corresponde la tasa bancaria (cfr.: "Aguirre Humberto por si y por su hijo en J. 146.708/39.618 Aguirre Humberto c/ OSEP p/ Ejec. de Sentencia s/ Inc. Cas.", Causa L.S.401-211, del 28/05/2009. Cita Online www2.jus.mendoza.gov.ar).-

Al respecto, sin perjuicio de lo expresado en el punto III de estos considerandos, y atendiendo a que en el fallo de la Excma. Cámara de Apelaciones se hace expresa mención (al momento de analizar la utilización de la alternativa valorista -fs.1495-) al artículo 772 del Código Civil y Comercial de la Nación, resulta ilustrativa la opinión de Ricardo Lorenzetti al comentar dicha norma, sosteniendo: "Como los intereses deben correr desde el momento en que se produjo el perjuicio, si éstos tienen entre sus componentes escorias inflacionarias (ver comentario a los arts. 767 y 768), en el caso de las obligaciones de valor necesariamente se impone aplicar dos tasas diferentes: una desde que la obligación se hizo exigible hasta que se determinó el valor de la prestación, y otra desde este último momento hasta su pago. La primera no debe contener escorias inflacionarias. Es que la razón de ser de estas últimas es, precisamente, compensar (por vía indirecta) la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, situación que no se presenta hasta el momento de la cuantificación, pues el monto de la obligación se determina de acuerdo al valor que ella reviste en dicho instante. No hay depreciación alguna. La tasa de interés, pues, debe ser pura, pues de lo contrario se estaría mandando a pagar dos veces lo mismo, con el consiguiente enriquecimiento sin causa para el acreedor." (cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis -Director- "Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, Tomo V, págs. 158/159).-

Estimamos entonces que en supuestos de montos actualizados al momento del fallo, la utilización de la tasa pura desde la fecha del hecho dañoso (desde cuando comienza a correr la mora del deudor) es la herramienta más razonable

y la que se debe emplear en el *sub lite* (criterio ya expresado por este Tribunal Superior de Justicia en la causa "Avilez" Sentencia, Tomo XIX, Reg. 654, Folio 3759/3767).-

Si se emplearan tasas bancarias (pasivas o activas) que han sido determinadas teniendo en cuenta el fenómeno inflacionario, se produciría una distorsión que alteraría el significado económico de la sentencia; y significaría una repotenciación del capital de condena y un enriquecimiento sin causa para la actora. Esta posición es la que actualmente esgrime la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en los fallos "Vera, Juan Carlos" (cfr. Causa LP C 120536, del 18/04/2018) y "Nidera S.A." (cfr. Causa LP C 121134, del 03/05/2018). Conforme este criterio, cuando el *quantum* de condena se determine a valores actuales, los intereses moratorios sobre el crédito deben liquidarse utilizando una tasa pura del seis por ciento (6%) anual a devengarse desde que se ha producido el prejuicio y hasta el momento que se ha tenido en cuenta para la valuación del perjuicio (en este caso la sentencia de Primera Instancia, del 18 de diciembre de 2013, cfr. foja 1130).-

De allí en adelante, estimamos que debe aplicarse la tasa pasiva promedio mensual del Banco Central de la República Argentina. Tasa que ha sido utilizada por este Alto Tribunal en los siguientes precedentes: Sentencias, Tomos XVI, Reg. 559, Folio 3163/3171, XVII, Reg. 579, Folio 3303/3311, XX, Reg. 667, Folio 3859/3864 y Reg. 669, Folio 3870/3879, entre otros. Tasa que además es una de las posibles a aplicar dentro del abanico de opciones que permite el artículo 768, inciso c) del CC y C.-

Otro fundamento para optar por la tasa pasiva, en vez de la activa, lo explicita el Cimero Tribunal Bonaerense, que sostuvo: "...la denominada tasa 'activa' tiene incorporado -además de lo que corresponde al 'precio del dinero'- un plus constituido por el costo financiero propio de las entidades que se dedican a la intermediación de capitales y que obviamente no pesa sobre la actora. Costo que, en nuestra economía, resulta desproporcionado por el sobredimensionamiento del sistema bancario y financiero. En sustancia, si el interés previsto en el art. 622 del Código Civil tiende a resarcir al acreedor el daño patrimonial causado por la falta de cumplimiento oportuno de la obligación, no debe perderse de vista que necesariamente habrá que tener en cuenta cuál podría haber sido la inversión ordinaria al alcance del acreedor si hubiese recibido la acreencia en término. Desde este ángulo es indudable que cualquier institución bancaria le hubiese abonado única y exclusivamente la tasa pasiva vigente al momento de la inversión o sus sucesivas renovaciones. La aplicación de otra tasa alteraría inexorablemente el fin propuesto alterando esa finalidad.". (cfr. "Cardozo, Félix María y otra c/ Crudo, Vicente Pascual y otras s/ Daños y perjuicios", Causa Ac 49.439, del 31/08/1993), SCBA "Ricart, Eduardo Valentín c/ Ma-

drid, Jorge Daniel y otros s/ Daños y perjuicios" (cfr. Causa LP C 120650, del 12/07/17). Hacemos nuestras estas reflexiones.-

Traemos a colación lo decidido por este Alto Tribunal en "Bilbao" (cfr. Sentencia, Tomo XX, Reg. 669, Folio 3870/3879), al inclinarse también por la tasa pasiva, a saber: "Si el interés previsto en el antiguo artículo 622 del Código Civil y actual 768 del Código Civil y Comercial de la Nación, tiende a resarcir al acreedor el daño patrimonial causado por la falta de cumplimiento oportuno de la obligación, necesariamente habrá que tenerse en cuenta cuál podría haber sido la inversión ordinaria al alcance del acreedor si hubiese recibido la acreencia en término. Desde este ángulo es indudable que cualquier institución bancaria le hubiese abonado única y exclusivamente la tasa pasiva vigente al momento de la inversión o sus sucesivas renovaciones. La aplicación de otra tasa alteraría inexorablemente el fin propuesto alterando esa finalidad (cfr. SCBA, 'Ginossi Carlos c/ Asociación Mutual UTA s/ Despido', Causa L. 94446, del 21/10/2009 y 'Organtini, Liliana y otro c/ Hilal, Diego y otros s/ Daños y perjuicios', Causa L 105.756, del 29/06/2011, opinión del Juez Eduardo Julio Pettigiani, entre otras). Esto último ocurriría, a nuestro entender, por la aplicación de la tasa activa determinada en las instancias de grado. En tal sentido no debe perderse de vista que, al contrario de lo que ocurre con las tasas pasivas, las activas -que son aquellas que las entidades financieras cobran por los prestamos que otorgan-, tienen incorporado, además de lo que corresponde al precio del dinero, un plus constituido por el costo financiero propio de las entidades que se dedican a la intermediación de capitales el que obviamente no puede beneficiar a la acreedora, que no reviste el carácter de entidad financiera, en desmedro de la deudora. Costo que, en nuestra economía, resulta desproporcionado por el sobredimensionamiento del sistema bancario y financiero (cfr. SCBA...'Jotafi Computación Interactiva S.A. c/ Municipalidad de Quilmes s/ Demanda contencioso administrativa', Causa B.58.903, del 18/06/2014, opinión del Juez Eduardo Julio Pettigiani). La activa, al no ser una tasa pura, lleva incluida en su monto una serie de 'escorias' (cfr. Molinario Alberto D., 'Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas', ED, Tomo 43, pág. 1155), como ser: el costo de captación o fondeo; el costo operativo y administrativo; el costo técnico (encaje); costo sistémico (expectativas del mercado); costo de morosidad (previsiones); costo impositivo; margen de beneficio (cfr. Kabas de Martorell María E., 'Tratado de Derecho Bancario', Ed. Rubinzal-Culzoni, Tomo II, pág. 53), todo esto es lo que tiene el banco en cuenta para obtener la tasa activa. Es por ello que para rechazar su aplicación la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha entendido que esos componentes en nada se compadecen con los intereses que debe afrontar el incumplidor moroso (cfr. SCBA, 'Ginossi' cit.)." (cfr. Sentencia, Tomo XX, Reg. 669, Folio 3870/3879).-

En síntesis, para el cálculo de intereses del lucro cesante se aplicará una alícuota del seis por ciento (6%) anual desde el momento del hecho dañoso, 2 de octubre de 1999, y hasta la fecha del dictado de la sentencia de Primera Instancia, 18 de diciembre de 2013 (oportunidad tenida en cuenta para la valuación de este rubro). De allí en más, se utilizará la tasa pasiva promedio mensual del Banco Central de la República Argentina.-

Por su parte, a los ítems condenatorios daño moral y reintegro de gastos se les aplicará la tasa pasiva promedio mensual del Banco Central de la República Argentina a contarse desde la fecha del hecho dañoso, 2 de octubre de 1999.-

Por lo expuesto, el agravio de los demandados tiene resultado parcialmente favorable, conforme el criterio sentado en este considerando.-

VI.- Que por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente a los recursos de casación articulados por los demandados, a fs. 1508/1519 y 1521/1532, y, en consecuencia, casar parcialmente la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción judicial obrante a fs. 1489/1499 vta., revocándola exclusivamente en cuanto a los intereses. Componer positivamente la *litis* y disponer que se calcularán los intereses conforme lo dispuesto en el considerando V.-

Debe confirmarse la sentencia recurrida en todo lo demás que hubiera sido motivo de agravios.-

En atención que lo resuelto fue parcialmente favorable a las pretensiones de los demandados, las costas en la presente instancia serán impuestas en razón del cincuenta por ciento (50%) para cada parte, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 71 del CPC y C, difiriendo la regulación de honorarios de los letrados intervinientes en la casación hasta tanto den cumplimiento con lo dispuesto por las leyes previsionales y tributarias vigentes (cfr. Resolución General AFIP N° 689/1999) y sean regulados en las anteriores instancias.-

Por todo ello, y oído que fue el Sr. Agente Fiscal, el Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°) Hacer lugar parcialmente a los recursos de casación interpuestos, por el Dr. Nuncio Juan Fiorino, a fs. 1508/1519, y por el Policlínico San José S.A., a fs. 1521/1532.-

2°) Casar parcialmente la sentencia de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial obrante a fs. 1489/1499 vta., revocando parcialmente exclusivamente en cuanto a los intereses.-

3°) Componer positivamente la *litis* y, en consecuencia, dispo-

ner que al capital de condena se le aplicarán los intereses conforme lo dispuesto en el considerando V.-

4º) Confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que hubiera sido motivo de agravios.-

5º) Imponer las costas de esta instancia a los actores y a la demandada en razón de un cincuenta por ciento (50%) para cada parte (art. 71 del CPC y C).-

6º) Diferir la regulación de honorarios de los letrados intervinientes en la casación hasta tanto den cumplimiento con lo dispuesto por las leyes previsionales y tributarias vigentes (cfr. Resolución General AFIP Nº 689/1999) y sean regulados en las anteriores instancias.-

7º) Tener presente las reservas del caso federal.-

8º) Regístrese y notifíquese. Oportunamente devuélvase.-

La presente sentencia se dicta con la firma de cuatro miembros del Tribunal, por constituir mayoría concordante en la solución del caso, en virtud de encontrarse aceptada la excusación de la Sra. Vocal Dra. Reneé Guadalupe Fernández (art. 27, 2º párrafo, de la Ley Nº Uno, t.o. Ley Nº 1600 y modificatorias).-

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Presidenta
Tribunal Superior de Justicia

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ENRIQUE OSVALDO PERETTI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ÁNGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia