



Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Dolores.

Belgrano N° 160 - 7100 Dolores (Bs. As)- Tel-Fax: (02245) 441592 / 441990 / 446343

Pagina web: www.colabdol.com.ar E mail: colabdol@speedy.com.ar

CIRCULAR N° 1337/07

UNREGISTERED

Dolores, 28 de mayo de 2007.-

Created by Unregistered Version

REF: “ Jurisprudencia Provincia de Bs As – CIVIL – RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - MALA PRAXIS - HOPITALES PUBLICOS. Incapacidad total y permanente sufrida por un menor por inhalación excesiva de vapores anestésicos. Cuadripléjia. Fijación de una renta mensual equivalente a un salario mínimo para atender los gastos periódicos de tratamiento futuro del menor. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS PROGENITORES para reclamar el resarcimiento del DAÑO MORAL sufrido. Art. 1078 del Código Civil. Rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la demandada ”.-

C. 85.129 - "C., L. A. y otra contra Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros s/ Daños y perjuicios" - SCBA - 16/05/2007

UNREGISTERED

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - MALA PRAXIS - HOPITALES PUBLICOS. Incapacidad total y permanente sufrida por un menor por inhalación excesiva de vapores anestésicos. Cuadripléjia. Fijación de una renta mensual equivalente a un salario mínimo para atender los gastos periódicos de tratamiento futuro del menor. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS PROGENITORES para reclamar el resarcimiento del DAÑO MORAL sufrido. Art. 1078 del Código Civil. Rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la demandada

Created by Unregistered Version

"... no existe duda en el caso de autos de la entidad y permanencia del daño moral que han sufrido y seguirán sufriendo los actores, ante el deterioro vital que padece su hijo, producido cuando contaba con apenas cuatro años de edad ... los padres fueron en busca de asistencia médica, para curar las lesiones sufridas por el niño S. en un accidente ocurrido en el jardín de infantes, y obtuvieron a cambio una inadecuada prestación del servicio de salud, con consecuencias irreparables. El solo pensar en las circunstancias de autos revela la existencia de un sufrimiento profundo y sucesivo que los padres conllevan de por vida y amerita ser de alguna forma restañado con una satisfacción económica, aunque cabe reconocer que no existe suma que pueda compensar semejante quebranto..."

"De la prueba producida, fundamentalmente de las pericias realizadas a las que me referí, resulta probada la lesión cerebral irreversible que padece S. A. , lo que incidirá por siempre, sin solución de continuidad, en las afecciones más íntimas de quienes se encuentran en relación familiar más estrecha con él, sus progenitores. La certeza adquirida sobre el daño cuya reparación se pretende y la relación causal adecuada con el hecho, también incuestionable, me afirman en el convencimiento de que la norma del art. 1078 del Código Civil debe ser descalificada y que debe mantenerse la solución plasmada en la sentencia del a quo, en tanto concede la reparación del agravio moral sufrido por los padres de S. A. C.."

"En consecuencia, juzgando que el art. 1078 del Código Civil es inconstitucional al confrontar materialmente con el art. 16 de la Constitución nacional, según las motivaciones explicitadas en este voto, concluyo que no se verifican en el fallo las violaciones denunciadas."

Fallo en Extenso:

C. 85.129 - 'C., L. A. y otra contra Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros s/ Daños y perjuicios' - SCBA - 16/05/2007

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

Dictamen de la Procuración General:

La Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala Segunda, dictó sentencia haciendo lugar al reclamo que por daños y perjuicios iniciaran L. A. C. y M. P. , por sí y en representación de su hijo menor de edad S. A. C. contra el Fisco de la Provincia de Buenos Aires y el doctor N. B. A. L. , y dispuso -a los fines que aquí interesan- una renta mensual a favor de la parte actora para atender a gastos periódicos futuros y el resarcimiento del daño moral para los progenitores del menor (fs. 1360/1378)./-

Contra dicho pronunciamiento se alza el Fisco demandado mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de fs. 1384/1392.-

Lo funda en la violación de los artículos 521, 522 y 1078 del Código Civil;; 34, 163, 272, 330, 375, 384 y 474 del Código Procesal Civil y Comercial; 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional así como en la conculcación de doctrina legal sentada por V.E. en Ac. 72.067. Denuncia absurdo.-

Sus agravios son los siguientes:

1)La fijación por parte de la Cámara de una renta mensual equivalente a un salario mínimo para atender a los gastos periódicos futuros de tratamiento, respecto de la cual -por no haber sido peticionada- media, según el quejoso, violación al principio de congruencia.-

2) El daño moral concedido en sentencia a favor de los padres del menor, por entender "que en derecho no () les corresponde". Ello así por entender aplicable al sub lite la previsión del art. 1078 del Código Civil (responsabilidad por daño moral en la órbita extracontractual) que sólo confiere dicha reparación al "damnificado directo".-

En mi opinión, el recurso -por los motivos que seguidamente pasaré a exponer- debe prosperar sólo parcialmente.-

La solución adoptada por la Cámara en punto al rubro "gastos de atención médica" -motivo determinante del primero de los agravios desarrollados- no importa, a mi ver, incongruencia alguna en tanto se ciñe a resolver sobre lo pedido pero con modalizaciones o adaptaciones que hacen a "la justicia del caso".-

En efecto. Al momento de demandar (ver fs. 107y vta./108), la parte actora, peticionó bajo el acápite "gastos médicos y

farmacéuticos, prótesis, accesorios aparatos de ortopedia", con cita del art. 1086 C.C. y exponiendo que los padres del menor deben y deberán asumir "diariamente" gastos de diversa índole (traslados, medicamentos y material descartable) que "acompañarán al menor por el resto de su vida", adicionando a simple título enunciativo, un costo estimativo de dichos insumos y, ponderando por un lado el tiempo restante de vida del niño damnificado y por el otro las erogaciones periódicas a realizar ("...cuantificando un daño mensual por tales conceptos muy moderados y calculando los mismos hasta la edad de 75 años..."), llegó a estimar prudentemente el resarcimiento de este rubro en la suma de \$ 150.000.-

A su turno la Cámara, en atención a las particulares circunstancias de la causa, apreciando los términos de lo peticionado y las diferentes pruebas rendidas al efecto, entendió correspondía -por razones de mayor justicia y ajustada adecuación al reclamo impetrado- desgajar lo peticionado bajo este acápite en dos ítems que hacen a la forma de percepción de la indemnización sin alterar la sustancia de lo pedido: por un lado una suma fija que cuantificó en \$ 50.000 y por el otro un monto mensual destinado a erogaciones periódicas cuya existencia atañe a la incapacidad total y permanente que pesa sobre el menor- resulta indiscutida) que mantuviera su valor adquisitivo a lo largo del tiempo, posibilitando un mesurado manejo de los fondos por parte de los progenitores del niño y con ello su óptima administración.-

Así, el sentenciante, procurando lograr la mejor reparación posible para tan desgraciada situación, en uso de facultades que le son propias, asumiendo un papel comprometido con su función jurisdiccional y acorde con las peculiares connotaciones del caso en juzgamiento que requiere la efectivización de la llamada "justicia de acompañamiento", abasteció el reclamo de este rubro estableciendo -además de un monto fijo- una renta periódica como modalidad integrativa del resarcimiento, lo que no implica -en atención a lo explicitado- un capítulo aparte, sino que constituye -reitero- una forma justa y equitativa de apreciar el reclamo y modalizar el rubro en cuanto a su percepción.-

Por su parte el recurrente no logra a través de sus consideraciones -que por más respetables que sean solo constituyen simples apreciaciones subjetivas- acreditar de manera contundente la existencia del absurdo que le imputa al decisorio en este tramo, lo que es bastante para sellar la suerte adversa de su reclamo (conf. S.C.B.A., Ac. 38.324, sent. del 29/9/87; Ac. 52.783, sent. del 26/7/94; Ac. 50.544, sent. del 28/5/96; Ac. 55.136, sent. del 15/4/97; e.o.).-

A mi ver, lejos de exhibir el fallo el "error palmario, grave y manifiesto" que caracteriza dicho vicio (conf. S.C.B.A, Ac. 71.327, sent. del 18/5/99; Ac. 74.337, sent. del 23/8/00; Ac. 78.294; sent. del 19/02/02; e.o.), la valoración efectuada en el mismo resulta -como lo señalara precedentemente- en un acierto -de acuerdo a las particularmente trágicas circunstancias fácticas que conforman la causa.-

Consecuentemente con lo hasta aquí desarrollado, no habiéndose configurado ni evidenciado las violaciones legales y constitucionales alegadas, el agravio no puede aceptarse (conf. art. 279 del C.P.C.).-

Distinta suerte habrá de correr el restante cuestionamiento traído.-

Sostiene el recurrente, haciendo pie en el precedente jurisprudencial de V.E. citado (Ac. 72.067), que en autos resulta inaplicable la normativa del art. 522 del C.C. y cobra vida el art. 1078 del mismo cuerpo legal -por tratarse en el caso de la responsabilidad por daño moral en el ámbito extracontractual- que excluye como legitimados activos de la indemnización a los progenitores del menor.-

Habré de acompañar aquí al quejoso, ya que entiendo le asiste razón.-

Ello por cuanto, sobre presupuestos fácticos similares al presente, V.E. estableció en la sentencia cuya doctrina se invoca conculcada que: "Resulta extracontractual la responsabilidad del Estado por la mala praxis imputable a un médico de un hospital público".-

En tales condiciones debo decir que, aunque resulte a todas luces injusto negar el reconocimiento de los padecimientos morales que soportaron hasta el momento los padres del niño e indudablemente sufrirán en el futuro como consecuencia del lamentable suceso que tuviera como directo protagonista a su hijo S. , el artículo 1078 del Código Civil veda la formulación del reclamo por sus propios derechos para casos como el sub examen.-

Por lo expresado, propicio -como lo adelantara- el acogimiento parcial del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que dejo examinado (conf. art. 298 del C.P.C.).-

Tal es mi dictamen.-

La Plata, 27 de diciembre de 2002 - Juan Angel De Oliveira

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 16 de mayo de 2007, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Roncoroni, Negri, Hitters, de Lázzari, Soria, Kogan, Genoud, Pettigiani, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 85.129, "C. , L. A. y otra contra Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros. Daños y perjuicios".-

A N T E C E D E N T E S

La Sala II de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata, modificó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda. La revisión se produjo con relación al monto de la condena al reconocerle indemnización por daño moral para cada uno de los progenitores y al establecer a favor del menor, a partir de quedar firme el decisorio, una renta mensual equivalente a un salario mínimo.-

Se interpuso, por la demandada, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.-

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

C U E S T I O N

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

V O T A C I O N

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Roncoroni dijo:

1. En lo que interesa destacar, la Cámara a quo modificó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda de daños y perjuicios. Revisó el monto de la condena al reconocerle indemnización por daño moral para cada uno de los progenitores y al establecer, a favor del menor, una renta mensual equivalente a un salario mínimo.-

Para así resolver la alzada entendió, en atención a las particulares circunstancias de la causa, apreciando los términos de lo peticionado y la prueba rendida, que correspondía por razones de justicia y ajustada adecuación al reclamo impetrado, respecto al rubro "gastos de atención médica", desgajar lo solicitado bajo el acápite en dos ítems que hacían a la forma de percepción de la indemnización, sin alterar la sustancia de lo requerido.-

Dispuso por un lado, una suma fija y por otro un monto mensual destinado a erogaciones periódicas, cuya existencia resultaba indiscutida en atención a la incapacidad total y permanente que sufre el menor, a fin de que mantuvieran su valor adquisitivo a lo largo del tiempo, posibilitándoles a los progenitores del niño un mesurado manejo de los fondos y una óptima administración.-

Señaló el a quo que los informes de los expertos coincidían en afirmar que el vaporizador no funcionaba normalmente, entregando concentraciones altas de anestesia (v. informe del perito ingeniero de fs. 1051, informe técnico de fs. 284/285), lo que se erigió en la causa del daño.-

Analizó también el reclamo por daño moral solicitado por los progenitores del menor y en suma dijo que: "... no existe duda en el caso de autos de la entidad y permanencia del daño moral que han sufrido y seguirán sufriendo los actores, ante el

deterioro vital que padece su hijo, producido cuando contaba con apenas cuatro años de edad ... los padres fueron en busca de asistencia médica, para curar las lesiones sufridas por el niño S. en un accidente ocurrido en el jardín de infantes, y obtuvieron a cambio una inadecuada prestación del servicio de salud, con consecuencias irreparables. El solo pensar en las circunstancias de autos revela la existencia de un sufrimiento profundo y sucesivo que los padres conllevan de por vida y amerita ser de alguna forma restañado con una satisfacción económica, aunque cabe reconocer que no existe suma que pueda compensar semejante quebranto..." (v. fs. 1374 vta./1375).-
2. Contra este pronunciamiento la demandada interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley denunciando absurdo y violación de los arts. 16, 17 y 18 de la Constitución nacional; 521, 522 y 1078 del Código Civil; 34, 163, 272, 330, 375, 384 y 474 del Código Procesal Civil y Comercial y doctrina que cita.-

En suma aduce que el fallo: a) viola el principio de congruencia al fijar una renta mensual equivalente a un salario mínimo para atender los gastos periódicos de tratamiento futuro, que no había sido peticionado por la actora; b) al conceder indemnización por daño moral a favor de los padres del menor, viola el art. 1078 del Código Civil que sólo confiere esa reparación al damnificado directo, por tratarse de una responsabilidad extracontractual.-

3. Respecto del primer agravio el recurrente sólo opone su punto de vista discrepante con lo resuelto pero sin demostrar -como era su carga- que lo decidido por el a quo sobre la base de las circunstancias de hecho de la causa respecto a la forma en que fijó la indemnización, pueda considerarse absurdo.-

Tiene dicho esta Corte que la determinación del monto de la indemnización del daño futuro constituye una típica cuestión de hecho reservada a los jueces de la instancia ordinaria que sólo puede ser reexaminada en esta instancia si se ha acreditado la existencia de absurdo (conf. doctrina. Ac. 49.673, sent. del 5-V-1992 en "Acuerdos y Sentencias", 1992-II-18; Ac. 38.342, sent. del 24-XI-1987; Ac. 46.115, sent. del 5-XI-1991; Ac. 48.547, sent. del 6-IV-1993; Ac. 54.246, sent. del 12-VIII-1997 en "Acuerdos y Sentencias", 1997-IV-38; Ac. 65.291, sent. del 23-III-1999; Ac. 74.875, sent. del 6-VI-2001).-

4. En disidencia con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, entiendo que el segundo de los agravios que trae el recurrente no debe merecer acogida.-

Distintos elementos de prueba explican cómo se desarrollaron las circunstancias que determinaron el hecho dañoso.-

En la demanda se puede leer (fs. 96/119) que el día 7 de mayo de 1992 a las 10,30 hs. los padres del menor concurren al "Hospital Zonal de Agudos General Manuel B. Gálvez" con su hijo S. de cuatro años de edad a fin de asistirlo de un traumatismo nasal, siendo atendido por los profesionales de la entidad, los que diagnostican fractura con hundimiento de tabique nasal derecho, reparable mediante una pequeña intervención quirúrgica.-

En el acto operatorio, como lo acreditan los distintos elementos de prueba (informe producido por la Asociación de Anestesiología, la Historia Clínica y los dictámenes periciales, v. fs. 960; 1015; 1200/1201 y 1135/1136), ocurre el accidente descrito como "braquicardia por inhalación excesiva de vapores anestésicos", que le produjo al menor lesiones cerebrales en virtud de las cuales a los cuatro años de edad, ha quedado cuadripléjico. La Hipoxia se originó en una falla del dispositivo vaporizador del aparato marca "Baguette" que suministraba la anestesia y que entregó concentraciones altas del producto debido a una modificación de las piezas del dial de regulación que lo llevaban a sobrepasar su tope de máxima y, por ende, importaron una descalibración del vaporizador.-

Surge del dictamen pericial presentado por la médico pediatra (fs. 995/1001) que S. A. presenta una incapacidad total y permanente del 100%, que puede considerarse irreversible, no progresiva y absoluta, por destrucción de los tejidos nobles. No tiene posibilidades de desarrollar las tareas propias de las actividades diarias, motrices, recreativas, intelectuales, sociales, laborales, sexuales, entre otras. Es una incapacidad para toda la vida, un problema médico, social, educacional y económico. Requerirá de por vida de ayuda de terceros (enfermero u otra persona especializada), por su severo déficit motor-cognitivo, para la alimentación, higiene, movilización, vestimenta, traslado.-

A lo antedicho quiero agregar parte de la muy ilustrativa experticia producida por la doctora G. E. E. , médica neuróloga, la que da cuenta de la magnitud del daño inferido al menor: "... Hipoxia cerebral por bradicardia extrema durante acto quirúrgico [...] que la cuadriplejía espástica produce imposibilidad de movimientos voluntarios, con gran rigidez y resistencia a la movilización pasiva (por otra persona). Pero S. A. C. padece parálisis deglutoria, ambliopía, hipoacusia, hidrocefalia (con válvula de derivación peritoneal), opistótonos de tronco, falta de sostén cervical con desviación permanente de cabeza, caída sobre tórax, falta de motividad vegetativa (no puede evacuar vejiga ni materia fecal sin ayuda externa...), no se comunica de ninguna manera, hay desconexión total con el medio. Debe alimentarse por sonda nasogástrica y alguna papilla mediante cucharita, pero como continuamente le produce aspiración pulmonar los especialistas que lo asisten consideran practicarle gastrostomía, para que el alimento se introduzca directamente por la sonda al estómago. Estas lesiones están corroboradas por los estudios que se adjunta y es debido a la destrucción del tejido cerebral [...] irreversible..." (v. fs. 875 vta./877).-

Anticipé que no comparto, en este punto, el dictamen del señor Subprocurador General y que la queja carece de fundamento.

Al así juzgarlo no puedo dejar de extrovertir la comprensión que comparto, mi conciencia como ser humano y como juez de cara a la tragedia que se ha instalado en la vida de los progenitores del menor S. A. C. . Situación a mi modo de ver más lacerante y dramática que aquélla que pudiera derivarse de la muerte de un hijo. Es que tener que afrontar diariamente la realidad que ha sido descripta por los expertos que dictaminaron en este proceso demanda, de quienes la deben afrontar, una cuota de sacrificio y heroísmo fuera de lo común. Son ellos quienes deben soportar recurrentemente el acicateo espiritual que les impone la presencia de ese querido cuerpo inerte, ese mismo que otrora, las horas previas a la intervención quirúrgica durante la cual se desencadenó el infortunio, condensaba en sí toda la vitalidad posible de un sano infante de cuatro años.-

Dominando este escenario en donde se enseñorea el inmenso dolor espiritual de los padres, se encuentra el art. 1078 del Código Civil, norma que en su último párrafo adoptó un sistema cerrado de legitimados activos habilitados para reclamar la reparación del agravio moral. Acorde con dicho precepto, solamente el damnificado directo tiene acción para reclamar la indemnización de dicho daño. Si la víctima sobrevive a las lesiones sufridas, por más real, intenso y profundo que fuere el sufrimiento espiritual sufrido por otras personas, como en este caso los padres, carecen de legitimación por ser ellos damnificados indirectos. Dicho en otros términos, si S. A. hubiera fallecido como consecuencia del daño cerebral ocasionado por la sobredosis de anestesia, sus progenitores hubieran podido reclamar la reparación del agravio moral que la pérdida del hijo produjo.-

En la singular situación que hoy nos toca enfrentar no sólo queda patente aquella paradoja que fuera tematizada primero y a título de ejemplo por Mazud y Tunc, que luego nos recordaran Bueres y Highton (conf. "Código Civil", Hammurabi, Buenos Aires, 1ª edición, tomo III-A, pág. 180, nº 9 y nota nº 30 de la pág. 181), sino también, y advierto que con no menos énfasis, la pregunta sobre la constitucionalidad de un precepto limitante como el que contiene el art. 1078 del Código Civil, cuya iniquidad resulta ostensible (conf. Ghersi, Carlos A., "Daño moral y psicológico", Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 140).-

Ninguna de las excepciones al cerrojo que impone la norma jurídica permite superar el escollo que advertimos. La primera, porque se refiere al supuesto de la muerte de la víctima inmediata, caso en el que quedan legitimados para accionar iure proprio por el daño moral sus herederos forzosos (art. 1078). El segundo, porque se refiere al supuesto concreto de injurias contra familiares (art. 1080).-

Así las cosas, entiendo, adhiriéndome a la solución propugnada por Bueres y Highton, que el único camino transitable para realizar la justicia en el caso concreto, es el del ejercicio de oficio del control difuso de constitucionalidad, que obviamente se impone al mediar denuncia de violación de la norma cuya validez vamos a poner entre signos de interrogación (conf.

Bueres y Highton, op. cit. pág. 181; art. 279 del C.P.C.C.).-

Comienzo por señalar que en la faena jurisdiccional se llevan a cabo, esencialmente, dos valoraciones. El juez debe valorar los hechos que vienen confirmados y se constituyen como las circunstancias particulares del caso y, además, debe valorar las normas jurídicas que resultan aplicables en función de tales hechos. Si en el presente caso coincidimos en que la norma aplicable es el art. 1078 del Código Civil, él define claramente que los progenitores no se encuentran legitimados para reclamar, como damnificados indirectos, la reparación del agravio moral. Otra posibilidad sería que dicha norma se valorara como no aplicable al caso, supuesto en el que el error en iudicando es evidente, configurándose violación de la ley por omisión de aplicación a caso concreto. Tal la queja del recurrente.-

Lo que a mi juicio no es posible hacer, es valorarla como aplicable y no aplicarla, quedando en foco en tal caso la vivencia de contradicción que embargaría la conciencia del juez. La única forma posible de hacer desaparecer semejante compromiso, es examinar la validez formal y material de la norma jurídica en cuestión. En la cuenta que la infracción en cualesquiera de dichos planos habilita, por el ejercicio del control difuso que tienen los jueces, la declaración de inconstitucionalidad.-

Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que debe ser descalificada por arbitraria la sentencia que, reconociendo que una norma integra el orden jurídico positivo, no la aplica al caso concreto sin debate y resolución sobre su constitucionalidad. Es decir, que la sentencia, no resultaría en tal caso derivación razonada del derecho vigente (conf. C.S.J.N., D-359, sentencia del 14-VI-1965; citado por Carrió G. y Carrió A., "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, tomo I, pág. 178, nota 3).-

Debo aclarar, además, que ya he manifestado mi adhesión a la tesis según la cual los jueces, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad, no sólo pueden sino que deben declarar de oficio la invalidez de una norma pues la Constitución no rige cuando alguien lo pide, sino siempre (art. 31, Const. nac.). Por cierto, eso no significa que los jueces reemplacen a los legisladores, lo que también sería inconstitucional, pues resultaría contrario a régimen republicano (art. 1, Const. cit.; conf. L. 71.014, sent. del 29-X-2003). También he afirmado que la pregunta relevante no es si es posible o no la declaración oficiosa, sino bajo qué requisitos lo es, debiendo examinarse si ellos se cumplen en el caso en juzgamiento.-

Debe repararse que no es del todo exacto que en este juicio la declaración de inconstitucionalidad sea oficiosa, pues esta sentencia que hoy dictamos sólo es posible ante un pedido concreto del recurrente, quien denuncia como violado el art. 1078 del Código Civil, circunstancia que habilita la competencia constitucional para pronunciarse al respecto y sin soslayar el control difuso de constitucionalidad (art. 279 del C.P.C.C.), pues el tema de su congruencia constitucional debe ser resuelto cuando las circunstancias de la causa así lo exigen (conf. causa Ac. 75.329, sent. del 18-IV-2001).-

El respeto al principio republicano se encuentra asegurado, evitándose una ilegítima intromisión judicial en la esfera de atribuciones que la Constitución asigna a otros Poderes del Estado. En efecto, la declaración de inconstitucionalidad de la norma (o más exactamente, la inconstitucionalidad de su aplicación al caso), no se proclama en abstracto, sino en una causa abierta. Tampoco se trata de un dictum, u opinión de los miembros del tribunal, sino de una declaración estrictamente determinada, provocada, por pretensión de mejoramiento del resultado del proceso en que el recurso intentado consiste.-

Los requisitos a que me he referido fueron explicitados por la Corte Suprema nacional ("Mill de Pereyra c/Prov. de Corrientes" [Fallo en extenso: elDial - AAAA3] ", "Fallos" 324:3219), y por cierto que esos límites no resultan del hecho de que hayan sido reconocidos por el más Alto Tribunal de la Nación, sino que derivan de la división de poderes que ordena la Constitución. Así, señaló la Corte federal que la declaración de inconstitucionalidad "es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable ... la declaración de inconstitucionalidad sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa" ("Mill de Pereyra" [Fallo en extenso: elDial - AAAA3] " cit., considerando 10).-

Dicho cuanto antecede deseo reconocer que antes de ahora, integrando como juez la Sala III de la Cámara I de Apelaciones en lo Civil y Comercial (conf. RSD 28/91, sentencia del 4-III-1991), me he expedido siguiendo las doctrinas judiciales y autorales reinantes, aunque dejando entonces a salvo mi opinión adversa de lege ferenda y que hoy intento expresar de lege data. Afronto entonces la recta final para concluir con mi voto negativo. Ello así, por cuanto la singularidad del presente caso ha sido vivenciada por mí como ariete efectivo para encarar un nuevo examen de la cuestión relacionada con la limitante impuesta por el art. 1078 del Código Civil. Dicha norma, al constituirse en un escollo insalvable para la realización de la justicia en el caso concreto, impone a la jurisdicción someterla al test de constitucionalidad.-

Dos normas, ambas del Código Civil, resuelven con distinto criterio la situación de los damnificados indirectos. El art. 1078, consagrando, en la esfera del daño moral, que los únicos que pueden reclamar su resarcimiento son los perjudicados directos. El art. 1079, esta vez en el ámbito del daño patrimonial, tematizando la legitimación de los damnificados indirectos. Bien señalan Bueres y Highton (conf. op. cit., pág. 181) que esta disparidad de tratamiento implica una desigualdad ante la ley y que por ello no debería superar con éxito el control de constitucionalidad (art. 16 de la Constitución nacional). Se trata en efecto de un caso de incompatibilidad material entre la norma inferior y la norma superior (art. 31 de la Constitución citada), al establecer la primera una diferenciación para la categoría de damnificados indirectos que no es razonable, pues si el daño es moral carecen ellos de la legitimación que sí se les concede cuando el daño sufrido es patrimonial (arts. 1078 y 1079 del Código Civil). La ley, tal como lo ha expresado la Corte Suprema, debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias (conf. C.S.J.N., "Fallos" 16:118; id. 200:424; id. 1198:112; id. 312:826; id. 200:428; cf. Quiroga Lavié, H. y otros, "Derecho Constitucional Argentino", Rubinzal-Culzoni, 1ª. Edición, Buenos Aires, tomo I, pág. 376; Gelli, M. A., "Constitución de la Nación Argentina", La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 136; González, J. V., "Manual de la Constitución Argentina", La Ley, Buenos Aires, 2001, pág. 70), resultando arbitrario el criterio empleado al radicarse en la necesidad de evitar la proliferación de acciones que pudieran proponerse, cómo si ello pudiera ocurrir sólo cuando el daño es moral. La existencia de un daño cierto y la relación causal adecuada son, a mi entender suficientes, para poner coto al desmadre que se quiere evitar desconociendo legitimación activa en casos como el que nos ocupa y que se nos presenta como un supuesto de especial gravedad que no puede ser resuelto sin más bajo el principio restrictivo indicado (conf. Pizarro, Ramón D., "Daño moral", Hammurabi, Buenos Aires, 1996, págs. 212-213).-

El principal argumento utilizado para defender la norma en cuestión no tiene entidad de cara al reclamo axiológico que el conflicto mismo exige y que, en este caso, resulta de una patencia incontestable. Por otra parte, el criterio que propugno en este acuerdo en modo alguno habrá de constituirse en un portalón que facilite la cascada de reclamos indemnizatorios de damnificados indirectos. Las circunstancias del caso son lo suficientemente elocuentes para destacarlo en su singularidad, en particular, por el dolor real y profundo infligido a los progenitores como consecuencia del daño irreparable ocasionado ilícitamente a su hijo. Además, de la prueba producida, fundamentalmente de las pericias realizadas a las que me referí, resulta probada la lesión cerebral irreversible que padece S. A. , lo que incidirá por siempre, sin solución de continuidad, en las afecciones más íntimas de quienes se encuentran en relación familiar más estrecha con él, sus progenitores. La certeza adquirida sobre el daño cuya reparación se pretende y la relación causal adecuada con el hecho, también incontestable, me afirman en el convencimiento de que la norma del art. 1078 del Código Civil debe ser descalificada y que debe mantenerse la solución plasmada en la sentencia del a quo, en tanto concede la reparación del agravio moral sufrido por los padres de S. A. C.-

En consecuencia, juzgando que el art. 1078 del Código Civil es inconstitucional al confrontar materialmente con el art. 16 de la Constitución nacional, según las motivaciones explicitadas en este voto, concluyo que no se verifican en el fallo las

violaciones denunciadas.-
En consecuencia, voto por la negativa.-
A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:
El recurrente plantea dos agravios respecto de la sentencia de grado:
1. Violación del principio de congruencia (habría condenado a un resarcimiento no pedido) y
2. Transgresión del art. 1078 del Código Civil (habría concedido una reparación por agravio moral a quien no es damnificado directo).-
Ninguno de ellos prospera.-
3. Tal como dictamina el señor Subprocurador General a fs. 1606 y ss. (precisando cuidadosamente tramos y vicisitudes del proceso), la actora formuló su petición de resarcimiento en términos suficientemente amplios, que comprenden los rubros que le han sido reconocidos.-
Cierta discordancia clasificatoria entre lo peticionado y resuelto no significa una violación del principio de congruencia, como se denuncia.-
Es sólo terminológica: una razonable derivación apenas de "... las particulares circunstancias de la causa ... y las diferentes pruebas rendidas..." (fs. 1607).-
La interpretación del alcance de la demanda ha sido hecha por el tribunal de grado en ejercicio de facultades privativas (conf. L. 35.803, sent. del 17-III-1983; L. 41.306, sent. del 12-IV-1989; Ac. 34.491, sent. del 18-X-1988; Ac. 78.449, sent. del 19-II-2002; Ac. 80.193, sent. del 23-IV-2003 y muchas otras). No advierto, en la lectura realizada, absurdo que permita descalificarla como demasia decisoria.-
4. El límite que para la acción de indemnización del daño moral establece el art. 1078 del Código Civil fue desplazado por la sentencia en recurso con fundamento en la normativa de la responsabilidad contractual.-
Este desplazamiento ha sido expresamente cuestionado por el recurrente.-
Sin embargo, no encuentro útil discutir en autos, dado el contenido de los agravios propuestos, el carácter extracontractual de la responsabilidad atribuida.-
La aplicación del art. 1078 del Código Civil no haría en este caso, variar el resultado que se controvierte.-
Dicho esto porque de la lectura de la sentencia se deduce que el Juez de grado ha receptado como cierto el hecho del daño moral de los padres ("... un sufrimiento profundo...") por los sucesos que aquí se refieren y la postración de su pequeño hijo.-
En esas condiciones, pensar que ellos no sean también damnificados directos, entender que su mortificación es sólo refleja, sería contrariar lo probado.-
Los padres están sufriendo por ellos mismos, en los afectos de su paternidad lastimada por lo acontecido.-
Y en ese sentido, son tan legitimados directos como su propio hijo.-
(El carácter directo de su damnificación no puede ser abolido por la unicidad del hecho dañoso, como erróneamente propone el recurrente.-
Un hecho puede dañar directa y moralmente a más de una persona: esto es lo ocurrido aquí).-
Cualquiera haya sido la intención del legislador al establecer el límite que ha impuesto en el art. 1078 del Código Civil, lo cierto es que al intérprete le cabe siempre la posibilidad (y hasta el deber) de una renovada lectura. Mas aun cuando la justicia del caso lo reclama.-
La palabra directo en castellano significa inmediato, sin intermediarios: y surge de la reconstrucción de los hechos, que llega firme a esta instancia, el inmediato y sin intermediarios daño moral infligido a los padres.-
No se puede razonar como si la ley hubiese dicho: "la acción por indemnización por daño moral sólo competará al damnificado por el daño material".-
Este no es su contenido. Lo que la ley dice es: "la acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo..."-
Y el damnificado directo es el que por sí mismo sufre el daño moral.-
No es el lastimado en lo físico sino el directamente lastimado en sus afectos.-
(Daño material y moral concurren, pero uno no es el componente ontológico del otro. Son apenas concomitantes.-
De otro modo no sería posible la acción autónoma por daño moral, sin un daño material al que asociarse, ni una independencia cuantitativa de los respectivos resarcimientos).-
Aquí ha habido daño moral directamente causado a los padres de la víctima. Es una cuestión de hecho y prueba, que sin absurdo resolvió la sentencia de grado, más allá de un posible equívoco en el encuadre legal que luego le diera.-
El resarcimiento procede, en su extensión no cuestionada, con fundamento también en el art. 1078 del Código Civil.-
Este tramo del recurso tampoco puede prosperar.-
Voto por la negativa.-
El señor Juez doctor Hitters, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Roncoroni, votó también por la negativa.-
A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lazzari dijo:
I. En relación al primer agravio planteado por el recurrente, que atañe a la fijación de una renta mensual equivalente a un salario mínimo para atender los gastos periódicos de tratamiento futuro del menor, adhiero íntegramente a los conceptos vertidos por el doctor Roncoroni.-
II. En lo que concierne al segundo de los planteos, el vinculado con el otorgamiento de una indemnización por daño moral en favor de los padres, también adhiero al excelente voto del colega que lleva la palabra en el acuerdo. Como él, también considero que en el caso corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, formulando de mi parte consideraciones complementarias.-
1º) No es necesario abundar sobre las excepcionales circunstancias del sub lite, en el que -tal como lo pone de manifiesto el colega- se exhibe con extraordinaria nitidez un supuesto en que la solución prevista por la norma aplicable conduce a irrefutable injusticia. Esa inocultable vivencia seguramente ha sido percibida por la Cámara, quien por el atajo de una instalación del problema en el ámbito de la responsabilidad contractual ha entendido posible remontarla. Sin embargo, el enclave es el extracontractual y así, por principio, asiste razón al recurrente en cuanto a que el art. 1078 del Código Civil ha sido quebrantado. Entonces, en ejercicio de la competencia positiva que asiste a este Tribunal (art. 289 del C.P.C.), corresponde resolver el litigio.-
2º) Porque, con ser cierto que la norma específica traduce una solución desestimatoria, la función del juez posibilita otro examen. Es el del control de constitucionalidad. Y, como se señala en el pronunciamiento al que adhiero, esa labor no sólo puede sino que debe ser cumplimentada por los magistrados. En ese sentido, la primacía que consagra el art. 31 de la Constitución nacional se complementa, desde la perspectiva local, con la expresa admonición contenida en el art. 57 de la Constitución de Buenos Aires.-
En innumerables ocasiones la Corte Suprema de la Nación ha afirmado que la misión más delicada de la justicia es saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes, y ha reconocido el cúmulo de facultades que constituyen la competencia funcional del Congreso de la Nación, como órgano investido de poder de reglamentar los derechos y garantías reconocidos por la Constitución nacional con el objeto de lograr la coordinación entre el interés privado y el interés público. Pero también ha expresado que esa afirmación no puede interpretarse como que tales facultades puedan ejercerse desconociendo derechos constitucionales, pues en nuestro

ordenamiento jurídico la voluntad del constituyente prima sobre la del legislador (art. 31), por lo que atento las facultades de control de constitucionalidad de las leyes confiadas por la Constitución al Poder Judicial, corresponde que éste intervenga cuando tales derechos se desconozcan (ver "S. c/S. d. S. ", "Fallos" 308:2268).-

Con agudeza, Juan Francisco Linares señalaba sobre el control por interpretación que "cuando el juez decide un caso, y máxime si la cuestión le es planteada por las partes, debe no sólo aplicar la ley que directamente contempla el caso, sino también la Constitución y en general todo el orden jurídico" ("Control de constitucionalidad mediante interpretación", "Jurisprudencia Argentina", 1961-II, p. 94).-

3º) Antes de ingresar concretamente a los desarrollos conforme a los cuales estimo inconstitucional la aplicación en el caso del art. 1078 del Código Civil, debo detenerme en una etapa previa. Me veo obligado a ello en función del voto de mi distinguido colega doctor Negri, para quien los padres del niño son lisa y llanamente damnificados directos y por ende su reclamo igualmente encuentra fundamento en el ya citado art. 1078 del Código Civil. Esa posición, por cierto respetable, incluso sostenida por un sector de la doctrina, aunque minoritario (Ferreira, Merino y Dichiachio, ponencia presentada a las 2as. Jornadas Nacionales del Derecho del Seguro, Villa Carlos Paz, Córdoba, 1988), a estimo sin embargo incorrecta. En su obra "Resarcimiento de daños", t. 2 a, Daños a las personas (integridad psicofísica), Matilde Zavala de González esclarece esta problemática. Damnificado directo es la persona que sufre un daño en calidad de víctima inmediata del suceso. Son damnificados indirectos los demás sujetos distintos de la víctima inmediata, que también experimentan un perjuicio a raíz del hecho. La lesión al interés del damnificado directo es susceptible de menoscabar, además, un interés distinto: el perteneciente al damnificado indirecto. La única diferencia entre ambas clases de perjudicados radica en el modo en que el hecho afecta la esfera del damnificado indirecto: por vía de repercusión o reflejo. Y ello ocurre por mediar una conexión objetiva entre la situación de ese sujeto y la del damnificado directo: el bien o interés de éste satisface también y de algún modo un bien o interés de aquél (op. cit., págs. 623/624). Zannoni expresa, a este respecto, que es posible hablar de un damnificado indirecto toda vez que por causa de un evento dañoso, quien no fue su víctima inmediata -directa- experimenta no obstante un daño propio en razón de su vinculación o relación con la víctima inmediata ("El daño en la responsabilidad civil", pág. 168, cit. por la autora recordada). Asimismo, se difunde que el damnificado indirecto es la persona en quien el acto ilícito incide mediatamente por repercusión del agravio inferido directamente a otra, respecto de la cual aquélla se encuentra vinculada. (Farina, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. 1, p. 492, guillemes cit. por Zavala de González).-

En rigor, el criterio de considerar a los padres como habilitados para demandar en los términos del art. 1078 del Código Civil confunde el carácter personal o propio del perjuicio con la calidad de damnificado directo, existente sólo en la víctima inmediata del hecho. También los damnificados indirectos padecen un perjuicio propio y personal pero si es de índole moral su resarcimiento aparece vedado por dicha norma (conf. Zavala de González, cit., p. 649).-

4º) He anticipado ya mi adhesión a la metodología implementada por el doctor Roncoroni, consistente en formular el control de constitucionalidad del texto legal involucrado a la luz de las particularísimas circunstancias del caso, y también a la conclusión que ese examen arroja, consistente en la incompatibilidad del mismo con la Constitución nacional. En el voto que sigo se constata abierta colisión con la garantía de la igualdad que consagra el art. 16 de la Carta Magna. Ratifico mi concordancia, mas agrego de mi lado que el enfrentamiento también se verifica en relación a otras cláusulas supralegales, aspectos que intento desarrollar en los apartados siguientes.-

5º) El art. 19 de la Constitución nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, el alterum non laedere. Ese arraigo constitucional ha sido reconocido por la Corte Suprema de la Nación ("Fallos" 308:1118, 1144, 1109; "El Derecho", 120-649). La violación de este principio naturalmente depara como consecuencia una reparación, que debe ser plena o integral, vale decir justa, porque no sería acabada indemnización si el daño quedara subsistente en todo o en parte ("Fallos" 283:213, 223).-

Pero con independencia de ese sustento constitucional y paralelamente, esta garantía se encuentra consagrada por los Tratados. Por la vía de lo dispuesto en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución nacional, con fuerza y jerarquía superior a las leyes, contamos por de pronto con lo que estatuye el art. 21 punto 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa". Paralelamente, el art. 5 del mismo cuerpo supralegal ampara el derecho a la integridad personal al expresar que "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral". Incluso, sostiene el maestro Germán Bidart Campos, que "el derecho privado se ocupa del llamado 'derecho de daños'. Constitucionalmente no es errado hablar de un derecho al resarcimiento y a la reparación del daño, e incluirlo entre los derechos implícitos; el artículo 17 lo ha previsto en materia de expropiación, y surge asimismo ahora del artículo 41 en materia ambiental, a más del caso específico de la reparación por el error judicial, que cuenta con normas en Tratados de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional" (conf. art. 10 de la Convención Americana) ("Manual de la Constitución Reformada", t. II, Ediar 1997, p. 110); también ha adquirido jerarquía constitucional el derecho a la indemnización por las responsabilidades ulteriores cuando se ha afectado a una persona por medio de la prensa (art. 13 inc. 2 de la referida Convención). En suma a través de estas previsiones el derecho de daños tiene rango constitucional.-

6º) Desde otra perspectiva igualmente es descalificable, para el caso, la solución que preconiza el art. 1078 del Código Civil, atento su irrazonabilidad, lo que conforma violación de lo dispuesto en el art. 28 de la Constitución nacional. El art. 14 de la Carta Magna dispone que los habitantes gozan de sus derechos "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio" y el art. 28 establece: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".-

Se entiende por razonabilidad de las leyes la relación según la cual deben conformar medios aptos para el cumplimiento de los fines estipulados por la Constitución. Si carecen de aptitud para lograr el fin que se propuso esta última, pueden ser descalificadas por carentes de razonabilidad. Los medios adoptados han de ser rectamente apropiados en todas las circunstancias. La reglamentación legislativa no debe ser infundada o arbitraria sino justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido. Lo razonable en sentido jurídico político supone equilibrio, moderación, armonía. Lo razonable, en fin, quiere decir lo axiológicamente válido según las circunstancias del caso, lo oportuno, lo conveniente en función de todos los valores (conf. Linares Quintana, "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", ed. Alfa, t. III, p. 355 y sgts.).-

Ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: "La impugnación de inconstitucionalidad de las leyes reglamentarias de derechos individuales impone la consideración de su razonabilidad por cuanto, si fueran ellas arbitrarias, alterarían los derechos referidos por vía de reglamentación, en los términos del artículo 28 de la Constitución nacional" ("Fallos" 249:252).-

Los perjudicados indirectos poseen acción en la esfera patrimonial (art. 1079). ¿Porqué razón han de recibir un tratamiento distinto respecto del daño moral?. En este orden, la preocupación de evitar la multiplicidad de demandas o cadena indiscriminada de reclamos ante un hecho dañoso no puede erigirse en pauta determinante que cercene el derecho constitucional. En todo caso serán los jueces quienes sabrán apreciar y afrontar ese posible desborde litigioso, constatando rigurosamente la reunión de los presupuestos necesarios para la admisión de la responsabilidad y ejercitando activamente sus atribuciones para marginar abusos (art. 1071 del C.C.), o en su caso morigerar equitativamente las indemnizaciones en consideración a la situación patrimonial del deudor (art. 1069, 2º párrafo, C.C.).-

III. En definitiva, en los términos expuestos, adhiero al voto del doctor Roncoroni y me pronuncio por la negativa.-

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

1. En lo que interesa destacar, dado el alcance del presente recurso, la Sala II de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, modificó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, acogió la indemnización del daño moral reclamado por los progenitores de la víctima, y estableció en beneficio del menor el pago de una renta mensual equivalente a un salario mínimo a fin de cubrir los gastos futuros de tratamiento (v. fs. 1360/1378).-

2. Contra esta decisión se alza el Fisco de la Provincia de Buenos Aires mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de fs. 1384/1392, alegando la existencia de absurdo y la violación de lo preceptuado por los arts. 16, 17 y 18 de la Constitución nacional; 521, 522 y 1078 del Código Civil y 34, 163, 272, 330, 375, 384 y 474 del Código Procesal Civil y Comercial y de la doctrina legal que individualiza.-

3. El recurso no puede prosperar.-

a. De un lado, comparto las consideraciones formuladas por el doctor Roncoroni en el punto 3 de su voto -al que adhiero en tal parcela- a efectos de rechazar los agravios vinculados a la modalidad establecida por el tribunal de grado a fin de cubrir los gastos periódicos de tratamiento futuro del menor.

b. Del otro, estimo que tampoco puede ser receptada la crítica dirigida contra el resarcimiento del daño moral concedido a los progenitores de la víctima directa del hecho.-

i] En sustento de su decisión, el tribunal de la instancia sostuvo que "tratándose en el caso de autos del resarcimiento de los daños ocasionados por el incumplimiento de obligaciones contractuales, no resulta de aplicación el artículo 1078 del Código Civil, sino que el fundamento de la reparación por el perjuicio extrapatrimonial encuentra apoyo normativo en el art. 521 [rectius: 522] del referido ordenamiento legal" (v. fs. 1374 y vta.).-

En tal sentido, puntualizó que el citado precepto establece que en los supuestos de indemnización por responsabilidad contractual "el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo a la índole del hecho generador de responsabilidad y circunstancias del caso". Seguidamente, entendió que sobre la base de tal previsión no existían dudas, en la especie, acerca de "la entidad y permanencia del daño moral que han sufrido y seguirán sufriendo los actores, ante el deterioro vital que padece su hijo, producido cuando contaba con apenas cuatro años de edad y la ausencia de ayuda económica" (v. fs. 1374 vta.).-

Así, luego de efectuar una detenida reseña de los hechos y secuelas en motivo de la atención médica proporcionada al menor en el hospital público y las secuelas que ello trajo aparejado concluyó que "[e]l solo pensar en las circunstancias de autos revela la existencia de un sufrimiento profundo y sucesivo que los padres conllevan de por vida y amerita ser de alguna forma restañado con una satisfacción económica..." admitiendo en consecuencia el daño moral reclamado por los progenitores (arts. 521 del C.C.; 165, 330, 375, 384 y 474 del C.P.C.C.) (v. fs. 1375).-

ii) La decisión de la instancia anterior encontró fundamento en lo normado por el art. 522 del Código Civil, por un razonamiento que el Fisco provincial no ha controvertido con eficacia ante esta casación.-

En efecto, arguye el accionado que resulta inaplicable al caso el citado precepto que regula la reparación del agravio moral en los supuestos de responsabilidad contractual, puesto que toda vez que la pretensión debatida en la causa reviste naturaleza extracontractual ha de estarse a las reglas establecidas en el art. 1078, cuya actuación ha sido erróneamente descartada por la alzada (v. fs. 1388/1390).-

A todo evento, señala que "aún en la hipótesis de que se considere a la presente litis inmersa en el ámbito de la responsabilidad contractual del Estado, tampoco es aplicable ... el art. 522 invocado en la sentencia recurrida". Ello así, por cuanto -a su juicio- "si se accede al daño moral peticionado por los padres, se estaría indemnizando doblemente un mismo perjuicio. En primer lugar al damnificado directo, el menor víctima del hecho, y en segundo lugar a los padres, en calidad de damnificados indirectos, circunstancia que no está permitida en la legislación vigente" (v. fs. 1390 vta./1391).-

iii) Tales embates no pueden ser acogidos.-

Del cotejo de las presentes actuaciones surge que, en oportunidad de contestar la demanda, el Fisco sostuvo la naturaleza contractual de la responsabilidad médica imputada a su parte (v. fs. 131 y vta.) Por otra parte, tal fue el encuadre legal asignado al caso por el señor Juez de origen (v. fs. 1240 vta. de la sentencia de primera instancia), aspecto que no mereció réplica alguna del ahora recurrente (v. expresión de agravios de fs. 1309/1314). Para más, si bien la parte actora cuestionó ante la alzada que la responsabilidad fuera exclusivamente enmarcada en dicho ámbito (v. fs. 1296/1305), su queja fue desestimada por juzgar el a quo que "carecía de la entidad necesaria como para constituir agravio en los términos del art. 260 del Código Procesal Civil y Comercial" (v. fs. 1367 y vta.), tramo de la decisión que tampoco fue rebatido.-

Siendo ello así, los argumentos esgrimidos en esta instancia extraordinaria por el Fisco de la Provincia de Buenos Aires -quien, reitero, oportunamente afirmó la naturaleza contractual del reclamo articulado en su contra y consintió la decisión que sobre el punto adoptara el juez de primer grado- son fruto de una reflexión tardía (cfr. C.S.J.N., "Fallos" 306:111; 307:770, 311:2247, 321:1052) y -por tanto- resultan ineficaces para habilitar la vía intentada.-

Descartada entonces la crítica ensayada con apoyo en la naturaleza extracontractual y consecuente aplicación al sub examine de los límites fijados en el art. 1078 del Código Civil pregonada por el quejoso, deviene innecesario ingresar al análisis de la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil propiciada por mis distinguidos colegas.-

iv) Restan por examinar los restantes fundamentos mediante los cuales se pretende revertir el acogimiento del daño moral de los progenitores del menor.-

A fs. 1390 vta. el codemandado aduce que aún cuando se interpretara que la pretensión articulada debe dilucidarse bajo la órbita contractual, tampoco resultaría de aplicación el art. 522 actuado por el tribunal. Empero, los agravios que seguidamente desarrolla no sólo no se ocupan de evidenciar los motivos por los que debería ser descartado dicho precepto, sino que resultan contradictorios con lo sostenido a fs. 1388 de su recurso, en donde señala que "el art. 522 rige la reparación del agravio moral en los supuestos de responsabilidad contractual".-

Para más, si bien el recurrente alega que la indemnización del daño moral puede ser reconocida exclusivamente en beneficio del damnificado directo -en la especie, el menor- y no de quienes revisten el carácter de damnificados indirectos -esto es, sus progenitores- omite explicitar las razones de su aserto. En este sentido, vale puntualizar que resulta harto insuficiente la genérica referencia a que tal resarcimiento "no está permitid[o] en la legislación vigente" (v. fs. 1391), sin siquiera precisar qué normas concretas avalan tal aseveración.-

No altera tal conclusión la circunstancia de que la Cámara, al momento de fundar el rubro "daño moral" a favor del menor, hubiera citado el art. 1078 del Código Civil, pues este segmento del pronunciamiento de grado no ha sido materia de agravios ante esta Corte.-

En síntesis, a tenor al modo en que resolvió la alzada la cuestión referida al resarcimiento del daño moral reclamado por los progenitores, las objeciones que opone el recurrente devienen inidóneas a fin de evidenciar la contrariedad legal alegada, sellando así la suerte adversa de su recurso (art. 279 su doct. del C.P.C.C.).-

4. Por las razones apuntadas, que estimo suficientes para resolver el rechazo del remedio aquí planteado, voto por la negativa. Con costas al vencido (arts. 68 y 289 del C.P.C.C.).-

La señora Jueza doctora Kogan, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó también por la negativa.-

El señor Juez doctor Genoud, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Roncoroni, votó también por la negativa.-

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

Debiéndose tener presente la opinión vertida ya por el suscripto (Ac. 72.067 del 19-II-2002; Ac. 79.514 del 13-VIII-2003;

Ac. 84.389 del 27-IV-2005; Ac. 88.940 del 18-V-2005 y Ac. 77.960 del 14-VI-2006) en cuanto a que la relación del Estado a través del hospital público con el paciente y la relación médico-paciente, se desenvuelven en el ámbito del derecho público-derecho constitucional y/o administrativo (arts. 75 incs. 19 y 23, Constitución nacional y 36 inc. 8 de la Constitución bonaerense), y consecuentemente la responsabilidad se encuadra en el régimen extracontractual, adhiero al voto del doctor Roncoroni, así como a los fundamentos adicionales en apoyatura de dicha solución, propiciados por el doctor de Lázzari en los puntos 5º y 6º de dicho voto.-
Por todo lo expuesto, voto por la negativa.-
Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General, por mayoría de fundamentos, se rechaza el recurso extraordinario interpuesto;; con costas (art. 289, C.P.C.).

Notifíquese y devuélvase.//-

Citar: elDial - AA3D69

Dr. Alberto O. Belén.-
Secretario General.-

Dr. Adrián Rubén Lamacchia.-
Presidente.-

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version