

Partes: M. G. N. c/ Clínica Las Heras s/ daños y perjuicios, Macchi Luís María c/ Clínica Las Heras S.A. s/ daños y perjuicios

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala/Juzgado: A

Fecha: 14-jul-2021

Cita: MJ-JU-M-133689-AR | MJJ133689 | MJJ133689

Responsabilidad de una obra social por el fallecimiento de un paciente con esquizofrenia cuando intentaba abandonar el lugar utilizando una sábana y una frazada atadas en forma de soga, sujetadas a la baranda del balcón de la habitación.

Sumario:

1.-La Clínica no arbitró todas las medidas de seguridad pertinentes y por demás exigibles, ya que en el caso concreto, y atento los antecedentes con los que contaba el menor hijo del accionante -padecía esquizofrenia-, era una posibilidad que éste intentara fugarse del establecimiento clínico, por lo que se debió prever esta circunstancia y extremar las medidas del caso, ya sea ingresándolo en una habitación que no contara con salida al exterior, que la misma no se encontrara en un segundo piso, o simplemente asignar más personal para afrontar cualquier situación que pudiera suscitarse.

2.-La Clínica no contaba con la seguridad suficiente, comenzando por la endeble estructura que presentaba la ventana existente en la habitación del paciente fallecido; además, se encuentra acreditada la escasez de personal con la que contaba el establecimiento el día del lamentable suceso, ya que solo se contaba con una enfermera y una médica para atender a 35 pacientes.

¿Aún no estás suscripto a Microjuris? [Ingresá aquí.](#)

3.-La obra social, desde que presta la asistencia de salud a través de prestadores de servicios como son las clínicas, institutos o sanatorios, contrae la obligación de atención médica adecuada al requerimiento del paciente y asume además una obligación tácita de seguridad de carácter accesorio, que la hace responsable no solamente de que el servicio se preste sino también de que se realice en condiciones tales que el paciente no sufra daño por deficiencia de la prestación prometida.

4.-La obra social asume la responsabilidad directa de brindar un servicio asistencial que a su vez confiere la necesaria cobertura médica al paciente; esta obligación de prestar cobertura médica lleva implícita una obligación tácita de seguridad, de carácter general, que requiere la preservación de la salud de las personas contra los daños que puedan originarse en la defectuosa prestación obligacional.

5.-No podría eximirse a la Obra Social de responder por el deficiente servicio de salud brindado por la Clínica, en tanto aseguró a la actora seguridad y calidad en la elección de dicho centro asistencial.

6.-La responsabilidad del establecimiento asistencial por el perjuicio causado al damnificado indirecto a raíz de la muerte del paciente no deriva del incumplimiento de un contrato sino del hecho ilícito, de modo que la pretensión debe considerarse ejercida iure proprio y no iure hereditatis.

7.-Puede sostenerse que existe una prolongación de la obligación de seguridad al ámbito extracontractual o bien que el contrato pasado en vida por el causante con la clínica, donde esta asume -como propio- un deber médico eficiente, ha sido un medio extracontractual de perjudicar a terceras personas en los términos de los arts. 1109 , 1113 y sgtes. del CC..

8.-Frente al fallecimiento del paciente, debe resolverse en base a las normas que rigen la responsabilidad extracontractual de los demandados, pues entre éstos y los reclamantes no se verificaban obligaciones preexistentes.

9.-El contrato de seguro, como contrato de adhesión, es de contenido predispuesto, de ahí que se debe restar valor a aquellas cláusulas, cuando por su contenido y por el ejercicio que se ha hecho de ellas, se presentan circunstancias violatorias de principios rectores tales como el orden público, la moral y las buenas costumbres.

10.-El monto asegurado previsto en la póliza en estudio resulta irrazonable para afrontar un eventual reclamo por daños y perjuicios, si se tienen en cuenta los acontecimientos dañosos más asiduamente producidos y traídos a la órbita de la justicia que superan holgadamente ese límite ínfimo.

11.-Límites de cobertura tan reducidos como el establecido en la póliza bajo consideración resultan inoponibles a la víctima, ello así, toda vez que, ante un supuesto de seguro obligatorio, dicho límite resulta irrazonable y desnaturaliza la finalidad del contrato, provocando un caso de no seguro , contrario al principio de buena fe que debe guiar la celebración, ejecución e interpretación de los contratos.

12.-Corresponde rechazar la indemnización del valor vida, toda vez que el causante padecía un trastorno esquizofrénico y de control de impulsos no especificado y deficiencia intelectual, con lo cual es poco probable, siguiendo el orden de la evolución ordinaria de los hechos, que el menor estuviera en algún momento en condiciones de ayudar económicamente a sus progenitores.

Fallo:

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 14 días del mes de julio del año dos mil veinte, reunidos en acuerdo -en los términos de los arts. 12 y 14 de la acordada n° 27/2020 de la C.S.J.N.- los señores jueces de la Sala «A» de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: «M., G. N. c. Clínica Las Heras s. Daños y Perjuicios» (Expte. N° 66.195/2003) y «M., L. M. c. Clínica Las Heras S.A. s. daños y Perjuicios» (Expte. N° 19.313/2007)» respecto de las sentencias de fs. 614/652 y 791/829 respectivamente, establecieron la siguiente cuestión a resolver:

¿ES AJUSTADA A DERECHO LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores:

RICARDO LI ROSI – SEBASTIÁN PICASSO

A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL DR. RICARDO LI ROSI DIJO:

I.- La sentencia de fs. 614/652 hizo lugar a la demanda promovida por G. N. M. contra Clínica Las Heras S.A. en los autos «M., G. N. c. Clínica Las Heras s.

Daños y Perjuicios» (Expte. N° 66.195/2003). En consecuencia, condenó a ésta última y a su compañía aseguradora «SMG Compañía Argentina de Seguros S.A.» a abonar a G. N. M. la suma de Pesos Seiscientos Treinta Mil (\$ 630.000), con más sus intereses y costas.

Contra este pronunciamiento, se alzaron las quejas de G. N. M., introducidas el 8 de marzo de 2021, que fueron contestadas por la demandada con fecha 23 de marzo de 2021.- A su vez, la clínica demandada expresó sus agravios con fecha 8 de marzo de 2021, a los que adhirió la compañía aseguradora con fecha 10 de marzo de 2021, mereciendo la réplica de parte de la actora con fecha 17 de marzo de 2021.- Asimismo, la sentencia dictada a fs.791/829 de los autos «M., L. M. c. Clínica Las Heras S.A. s. daños y Perjuicios» (Expte. N° 19.313/2007) rechazó la demanda promovida por L. M. M. contra G. C. M., A. M. A., R. D. y su aseguradora. A su vez, hizo lugar parcialmente a la pretensión incoada por el actor contra Clínica Las Heras, Obra Social del Personal de Dirección de Acción Social de Empresarios ASE y Tito Antonio Rosan. En consecuencia, condenó a estos últimos y a su compañía aseguradora, SM Compañía Argentina de Seguros S.A., a abonar a L. M. M. la suma de Pesos Doscientos mil (\$200.000), con más sus intereses.- Contra este decisorio, con fecha 10 de marzo se alzaron las quejas del Sr. L. M. M., las que fueron contestadas por la clínica demandada con fecha 31 de marzo de 2021.- Con fecha 10 de marzo, formuló sus agravios Clínica Las Heras, mereciendo la réplica de la parte actora con fecha 29 de marzo de 2021.- La Obra Social del Personal de Dirección de Acción Social de Empresarios ASE expresó agravios mediante presentación digital de fecha 1 de febrero de 2021.- La Dra. G. C. M. fundó su recurso de apelación mediante escrito electrónico de fecha 4 de marzo de 2021.-

Finalmente, con fecha 8 de abril de 2021, fueron declarados desiertos los recursos de apelación interpuestos por Tito Alberto Rosan y «SMG Compañía Argentina de Seguros S.A.».

II.- Antes de comenzar a dar respuesta a los agravios formulados por las partes, creo conveniente realizar un breve resumen de los hechos que motivaron los presentes actuados.- a.- Expte. Nro.66195/2003 Relata la accionante que, en su carácter de empleada de la firma «SKF Argentina S.A.», se encontraba afiliada a «ASE Nacional» y por su intermedio a Medicus, al igual que su hijo.- Indica también que su hijo contaba con certificado de discapacidad emitido por la Secretaría de Atención Sanitaria del Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad, por padecer «trastorno esquizofrénico y trastorno de control de impulsos no especificado», habiendo sido calificado como deficiente intelectual. Agrega que, como consecuencia de ello, el niño D. N. M. se encontraba internado en la «Clínica Las Heras S.A.», habiendo anteriormente cursado varias internaciones.- Indica que el día 6 de febrero de 2003, aproximadamente a las 2.30 horas de la madrugada, el menor intentó abandonar el establecimiento por una ventana existente en la habitación donde se encontraba, cayó al vacío y falleció como resultado del impacto.- Por su parte, la demandada «Clínica Las Heras S.A.» reconoció la existencia del suceso, aunque indica que la prestación médica brindada fue la correcta, como así también que se tomaron las medidas de seguridad necesarias para evitar que el suceso ocurriera.

Asimismo, que la conducta adoptada por D. N. M. fue inevitable e imprevisible.- A su turno, la empresa «SMG Compañía Argentina de Seguros S.A.» reconoce la existencia de un contrato de seguro que lo vinculaba con la Clínica demanda e indica la existencia de un límite de cobertura de Pesos Cien Mil (\$ 100.000). Seguidamente adhiere al conteste efectuado por la Clínica demandada.

b.- Exp. Nro. 19.313/2007 Relata el accionante que, en las primeras horas del día 6 de febrero de 2003, su hijo, internado en Clínica Las Heras, cayó al vacío desde el segundo piso, perdiendo la vida a causa del impacto. La ventana de la habitación en la que se hallaba D. daba a un pequeño balcón de estilo francés, sobre la intersección de avenida Las Heras y Agüero.Aclara que su hijo intentó abandonar el lugar utilizando una sábana y una frazada atadas en forma de soga, sujetadas a la baranda del citado balcón.- Seguidamente, endilga responsabilidad a la médica y a la enfermera que se encontraban al cuidado de los pacientes del instituto médico. También a la jefa de enfermería, al director del establecimiento de salud mental, a la «Clínica Las Heras S.A.», a los prestadores de salud Medicus S.A. y a ASE, y cita en

garantía a SMG Compañía de Argentina de Seguros.- Por su parte, la Obra Social de Acción Social de Empresarios reconoce en primer término la forma en que acaecieron los hechos, como así también que la «accionante» M. internó a su hijo en la Clínica Las Heras frente a la patología que presentaba.- Seguidamente hace un análisis pormenorizado del historial médico del niño D. N. M. e indica que el suceso fue a todas luces imprevisible atento la patología que presentaba a la fecha del evento.- A continuación, expresa que el lamentable hecho ocurrió en un ámbito en el que no tiene obligación directa ni expresa de seguridad y que cumplió con su prestación al poner a disposición de la Sra. M. las necesidades médico asistenciales que requería su hijo menor de edad.- Por su parte, Clínica Las Heras S.A. reconoce la existencia del evento dañoso, aunque afirma que el mismo fue imprevisible e inevitable, por lo que alega como eximente de responsabilidad el caso fortuito.- Luego de realizar un detallado análisis del historial médico del paciente, narra en lo sustancial que brindó un correcto servicio de salud y que cumplió estrictamente con las medidas de seguridad tendientes a evitar autoagresiones y accidentes.

A su turno, R. D. hace un detallado análisis clínico del menor D. N. M. e indica los tratamientos que le fueron practicados en la Clínica Las Heras. En tal sentido, expresa que fue tratado diligentemente y en cumplimiento del deber de cuidado, toda vez que se le suministró la medicación apropiada para su patología.

Sostiene que la muerte de D. Nicolás ocurrió de manera impredecible, no habiéndose podido prever su accionar.- Finalmente, alega que tanto en su calidad de médica psiquiatra, como de coordinadora de la institución, realizó correctamente todas y cada una de las labores que le eran encomendadas.- El director del establecimiento de salud mental, Tito Alberto Rosan, expresa que a la fecha de la internación de D. N. M. se observó «oposicionismo» y negativa a ingerir medicación, excitación psicomotriz, trastorno del comportamiento y trastorno psicótico. A tal efecto, se remite a las constancias de la historia clínica, de donde surge su agresividad y sus intentos de fuga.- Explica que la muerte del paciente se produjo por caso fortuito o hecho de un tercero por el que no debe responder. En este sentido, destaca que la ruptura de una reja de protección es un hecho extraordinario, anormal y ajeno a su persona y cargo.- Asimismo, destaca que se tomaron los recaudos como para prevenir un accidente como el que ocurrió «lo que nos lleva a encuadrarlo dentro de lo que en doctrina se establece como la fuerza mayor». – En definitiva, sostiene que Clínica Las Heras S.A. extremo las medidas de seguridad más allá de la obligación legal que le correspondía; que el hecho protagonizado por la víctima interrumpió cualquier nexo causal que se pretendiera atribuirle y que el estado de salud del adolescente era irreversible.- «SMG Compañía a Argentina de Seguros S.A.» adhiere al responder efectuado por Clínica Las Heras S.A.- Asimismo, reconoce los contratos de seguro celebrados con Medicus S.A., con la Dra. Rosa Inés D., con Clínica Las Heras S.A. y con el Dr. Tito Antonio Rosan, y manifiesta que la suma M.asegurada para los dos primeros es de \$ 100.000 en cada caso, de \$ 200.000 para la clínica y de \$ 150.000 para Rosan.- Finalmente, G. C. M. contesta la demanda entablada y realiza una rotunda negativa de los hechos.

Manifiesta que el hecho dañoso se produjo por exclusiva responsabilidad de la víctima, quien intentó escapar por una ventana ubicada en el 2º piso y «por calculo imprudente» cayó al vacío, ocasionando de esa manera su propia muerte.-

III.- Liminarmente, creo necesario recordar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquéllos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. arg. art. 386, Cód. Procesal y véase Sala F en causa libre N° 172.752 del 25/4/96; CS, en RED 18-780, sum. 29; CNCiv., sala D en RED, 20-B-1040, sum. 74; CNFed. Civil y Com., sala I, ED, 115-677 -LA LEY, 1985-B, 263-; CNCCom., sala C en RED, 20-B- 1040, sum. 73; SC Buenos Aires en ED, 105-173, entre otras).- A su vez, atento a los pedidos de deserción formulados en autos «M., G. N. c. Clínica Las Heras s. Daños y Perjuicios» (Expte. N° 66.295/2003), debo destacar que el art. 265 del Código Procesal exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. En este sentido, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento, o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (conf. Fenochietto-Arazi, «Código Procesal Civil y Comercial, Anotado, Comentado y Concordado», tº I, pág. 835/7; CNCiv. esta Sala, libres n° 37.127 del 10/8/88, n° 33.911 del 21/9/88, n° 587.801 del 28/12/11, n° 003013/2012/CA001 del 19/9/17, entre muchos otros).- Bien vale destacar que la mera disconformidad con la interpretación judicial sin fundamentar la oposición, ni concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado no constituye la crítica que prescribe la norma (conf. CNCiv., esta Sala, 15/11/84, LL1985-B-394; íd. Sala D, 18/5/84, LL 1985-A-352; íd. Sala F 15/2/68 LL 131-1022; íd. Sala G, 29/7/85, LL 1986-A-228; esta Sala L. n° 587.801 del 28/12/11; íd. L. n° 003013/2012/CA001 del 19/9/17 entre otros).- Desde esta perspectiva, debería coincidir en que los pasajes a través de los cuales la Sra. G. Noemi M. y la Clínica Las Heras S.A. pretenden fundar sus quejas no alcanzan los requisitos antes referidos.- En tal sentido, la Sra. M. cita un párrafo del decisorio en crisis dejando entrever que el Sr. Juez de grado debería haber responsabilizado también a su obra social. Esta pretensión se ve reflejada también en el tercer párrafo, donde cita jurisprudencia que avala la postura asumida anteriormente.- Cabe destacar que la accionante no podría en esta instancia extender la demanda a la Obra Social.- En el segundo agravio, simplemente disiente con una manifestación efectuada por el Sr. Juez de grado.- En su tercer agravio sigue los mismos lineamientos que efectuara en el

primero. Pretende que se le endilgue responsabilidad a los dueños de la Clínica demandada, quienes no fueron emplazados por ella al momento de interponer la demanda.- Asimismo, los pasajes del escrito a través de los cuales la accionante pretende fundar su recurso respecto de la cuantificación de la partida por «tratamiento psicológico» no logran cumplir - siquiera mínimamente- con los requisitos referidos anteriormente. En puridad, la accionante se limitó a pedir que se actualicen las sumas otorgadas en el instancia de grado.- De este modo, se observa que la expresión de agravios carece de un discurso sistemático, y no transita de premisa a conclusión, mediante el examen orgánico de elementos pertinentes y conducentes de convicción incorporados a la causa. Discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento fáctico idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista, no permite alcanzar la necesaria idoneidad recursiva (cfr. voto del Dr. Peirano, CNCom., sala A, «Telecal S.A. c. Protelar S.A», del 12/05/2003, Publicado en: LA LEY 2004-B, 1015, Cita online: AR/JUR/3071/2003). De esta manera, no se aportan razones que justifiquen adoptar una solución distinta a la que arribó el Sr. Magistrado de la anterior instancia. – Corresponde, entonces, expresar que «criticar» es muy distinto de «disentir», pues la crítica debe significar un ataque directo y pertinente de la fundamentación, procurando la demostración de los errores fácticos o jurídicos que pudiere contener, mientras que el disenso es la mera exposición del desacuerdo con lo sentenciado (conf. esta Sala, voto del Dr. Escuti Pizarro en libre n° 414.905 del 15/4/05 y mi voto en libre n° 570.223 del 9/2/12).- Teniendo en cuenta ello, propondré al acuerdo se declaren desiertos el primero, segundo, tercer y sexto agravio esgrimido por la Sra. G. N. en su presentación electrónica de fecha 8 de marzo de 2021.- Igual suerte habrán de correr los agravios formulados por la demandada Clínica Las Heras S.A.- Se ha sostenido reiteradamente que el escrito que se limita a transcribir piezas procesales anteriores no satisface la exigencia del art. 265 del Código Procesal, porque en realidad ello no conforma una crítica de la sentencia, sino la reiteración de fundamentos de la demanda o del alegato, que han sido desestimados en la sentencia (conf. Fassi-Yáñez, Código Procesal comentado, anotado y concordado», t. 2, p.484, n° 22; Colombo, «Código Procesal, anotado y comentado», t. II, p. 566; Palacio, «Derecho Procesal Civil», t. V, p. 267, n° 599; Alsina, «Derecho Procesal», t. IV, p. 390; Costa, «El recurso ordinario de apelación en el proceso civil», p. 156, n° 93; Ibáñez Frocham, «Tratado de los recursos», p. 163, n° 67; esta Sala causas n° 98.531 del 13-2-92; n° 123.149 del 10-5-93; n° 100.752 del 27-9-93; n° 202.583 del 15-11-96; etc.).- Desde esta perspectiva, considero que los agravios del escrito de fundamentación formulado por la Clínica Las Heras rotulados como «la errónea merituación de las pruebas realizadas por el Magistrado de Grado», «La presunta responsabilidad contractual de Clínica Las Heras» son una copia textual de la contestación de la demanda y del alegato. De tal manera, no logra cumplir con los requisitos formales previamente señalados y se encuentra en franca contradicción con lo dispuesto por el art. 265, segunda parte, del Código Procesal.- Es que los recurrentes se limitan a reiterar postulados ya esgrimidos en su oportunidad, conformando, por tanto, una transcripción textual de las piezas obrantes a fs. 43/54 y 542/552. – En definitiva, acudieron a los mismos planteos que ya fueran desechados en la instancia de grado. – A su vez, respecto a los agravios sobre las partidas «Daño Moral», «Daño Psicológico» y «La imposición de costas», el apelante solo se limita a hacer consideraciones que se relacionan exclusivamente con la imputación de responsabilidad, pero nada se dice respecto a cuál sería el yerro del anterior sentenciante al otorgar dichas partidas o al momento de imponer las costas.- Nótese que simplemente el apelante expresa que «no corresponde condenar a las codemandadas a indemnizar a la aquí actora por un hecho dañoso del que no tiene responsabilidad». Esta expresión lejos está de constituir una crítica concreta y razonada.- Por todo lo expuesto, no cabe sino hacer efectiva la sanción dispuesta por el art.266 del Código Procesal y tener por desierto el recurso formulado respecto de los tópicos aludidos. – Por otro lado, en autos «M., L. M. c.

Clínica Las Heras S.A. s. daños y Perjuicios» (Expte. N° 19.313/2007) la clínica demandada, al momento de replicar los agravios formulados por el Sr. L. M. M. solicitó la deserción de los mismos.- En base a los parámetros arriba enunciados, considero que los pasajes a través de los cuales el actor L. M. M. pretende fundar sus quejas cumplen con los requisitos para una adecuada expresión de agravios.

Finalmente, la fundamentación del recurso efectuada por la Clínica demandada habrá de correr el mismo destino que en los autos conexos. Es que no sólo la expresión de agravios resulta ser idéntica a la formulada en autos «M., G. N. c. Clínica Las Heras s.

Daños y Perjuicios» (Expte. N° 66.295/2003) -nótese que sólo modifica en el segundo agravio el rótulo de «La presunta responsabilidad contractual de Clínica Las Heras» por «La presunta responsabilidad objetiva de Clínica Las Heras»-, sino que también resulta ser similar a la contestación de demanda y a la presentación de sus alegatos.- Por ello, en base a los argumentos antes esgrimidos, a los que remito en honor al principio de brevedad procesal, entiendo que debe tenerse por desierto el recurso formulado por la Clínica Las Heras S.A. respecto de los tópicos «la errónea merituación de las pruebas realizadas por el Magistrado de Grado», «La presunta responsabilidad objetiva de Clínica Las Heras», «Daño Moral», «Daño Psicológico» y «La imposición de costas».-

IV.- Sobre la base de tales precedentes, cabe señalar que en la causa nro. 66195/2003 llega firme a este Tribunal la responsabilidad endilgada a Clínica Las Heras S.A. y a su aseguradora SMG Compañía de Seguros S.A., conforme la deserción del recurso antes dispuesta.- Por otro lado, también se encuentra firme el rechazo de la demanda en el expediente nro. 19.313/2007 respecto a G. C. M., A. M. A. y su asegurador.- Asimismo, atento la deserción de los recursos de Tito

Alberto Rosan, SMG Seguros, y Clínica Las Heras S.A., también el decisorio de fs. 791/829 adquiere firmeza respecto a la responsabilidad de estos emplazados.- Así las cosas, sólo es objeto de recurso la responsabilidad que el pronunciamiento en crisis atribuye a Obra Social del Personal de Dirección Acción Social de Empresarios ASE.- No puedo soslayar que al menos 18 párrafos del escrito de expresión de agravios presentada con fecha 1 de febrero de 2021 resultan ser una copia exacta de los planteos formulados al momento de realizar el conteste de fs. 63/77. No obstante ello, debo ponderar que dicha presentación cumple al menos mínimamente con los requisitos que dispone el art. 265 del Código ritual, por lo que daré tratamiento a los agravios esgrimidos.- El sentenciante de grado encontró responsable a la obra social demandada, por entender que «al ser la Clínica Las Heras S.A., una institución médica prestadora de la obra social demandada, la responsabilidad objetiva de Obra Social del Personal de Dirección Acción Social de Empresarios ASE deviene irrefragable (arts. 504 y 1198 del Cód.

Civil), por lo que ambas deberán responder, en forma concurrente o indistinta, por los daños probados que guarden adecuado nexo causal con el hecho fuente (arts. 901 a 906 del Código Civil (responsabilidad que se extiende a la com pañía aseguradora» (ver fs. 791/829).- Contra esta decisión, se alzaron las quejas de la obra social accionada, las cuales están basadas en tres puntos neurálgicos: 1) el Sr. L. M. M.no era afiliado de la obra social y por lo tanto no guardaba ninguna relación ni vínculo contractual que implique la responsabilidad impuesta por el anterior Magistrado; 2) cumplió la prestación debida con la afiliada -G. N. M.- en tiempo y forma, por lo que nada se le puede reprochar; y 3) que la clínica demandada cumplió con todas las medidas de seguridad pertinentes a los efectos que un hecho como el ventilado en autos no ocurriera.- Respecto al primero de los agravios, sostiene el apelante que el actor no contaba con legitimación para interponer la acción.- En relación con dicho planteo, debo destacar que a todas luces el mismo resulta improcedente de acuerdo a lo normado en el artículo 277 del código adjetivo. Es que el sólo hecho de no haberse introducido dicha cuestión en la anterior instancia veda la posibilidad de que este tribunal se expida sobre el punto.- Dicho ello, debo adelantar que resulta adecuado el encuadre jurídico brindado por el anterior sentenciante, por cuanto la cuestión debe juzgarse a la luz de las reglas sobre la responsabilidad extracontractual en virtud del fallecimiento del menor D. N. M.- Esa responsabilidad del establecimiento asistencial por el perjuicio causado al damnificado indirecto a raíz de la muerte del paciente no deriva del incumplimiento de un contrato sino del hecho ilícito, de modo que la pretensión debe considerarse ejercida iure proprio y no iure hereditarias.- La acción derivada de la muerte de una persona se ejerce iure proprio y no iure hereditarias, pues como lo destaca Orgaz, la teoría que se inclina por la segunda vía cae en el despropósito de hacer nacer antes de la muerte un derecho a la indemnización , precisamente, por la muerte. El muerto no es el damnificado directo del homicidio, porque no sufre patrimonialmente por el hecho de su muerte; es solo el sujeto pasivo o la víctima personal del homicidio (conf. Orgaz, «El daño resarcible», p.98, nota 19). Nadie puede adquirir derechos cuando esta ì muerto, ya que la vida es requisito indispensable para esa adquisición, resultando absurdo sostener que antes de morir se adquiere el derecho a ser indemnizado por la propia muerte (conf. Boffi Boggero, Luis, «Tratado de las Obligaciones», t. 5, p. 471; Mosset Iturraspe, J., «Responsabilidad por daño s», t. II-B, p. 156; Belluscio-Zannoni, «Código Civil Comentado», t. 5, p. 169).- Sostiene Bustamante Alsina que «no puede nacer un derecho en favor de un muerto; eso te deja de ser persona en el mismo momento en que se produce el daño . La muerte en si misma no da lugar al nacimiento de una acción en cabeza del muerto que luego se trasmite a sus herederos; estos solo pueden accionar iure proprio, en razón del perjuicio que a ellos personalmente les ha producido aquel infortunio. La acción por la muerte de una persona, como cualquiera otra acción , no puede nacer sino en cabeza de personas vivas» (conf. Bustamante Alsina, J., «Teoría general de la responsabilidad civil», p. 435).-

En efecto, los herederos son ajenos al vinculo contractual que se concertó entre su antecesor y la clínica, o la obra social o la medicina prepaga. El contrato que se hubiere celebrado es res inter alios acta para los herederos, de donde estos no ì pueden invocar sus clausulas.

Por lo tanto, solo pueden demandar el pago de los daños y perjuicios que por la muerte del causante ellos han sufrido como damnificados indirectos por la deficiente prestación (conf. Casiello, Juan J., «Responsabilidad de las clínicas y de las obras sociales por mala praxis medica», LL 1995-E-50).- Cuando quien reclama la indemnización es el padre del paciente fallecido, la responsabilidad de que se trata posee naturaleza extracontractual. La clínica es deudora de un crédito a la seguridad, cuestión indiscutible en el ámbito contractual, pero que no parece tan clara en el terreno extracontractual. Empero, puede sostenerse que existe una prolongación de la obligación de seguridad al ámbito extracontractual o bien que el contrato pasado en vida por el causante con la clínica, donde esta asume —como propio— un deber medico eficiente, ha sido un medio extracontractual de perjudicar a terceras personas en los terminos de los arts. 1109, 1113 y ss. (conf. Bueres, Alberto, «Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos medicos», p. 37).- En torno a esta cuestión, se ha dicho que frente al fallecimiento del paciente, debe resolverse en base a las normas que rigen la responsabilidad extracontractual de los demandados, pues entre éstos y los reclamantes no se verificaban obligaciones preexistentes. De tal suerte, la responsabilidad de los galenos debe analizarse conforme las previsiones del art. 1109 del Código Civil, encontrándose en cabeza de quienes reclaman la demostración de la culpa del profesional. Dicho extremo no sólo será necesario para tener por configurada la mala praxis de los médicos emplazados, sino también para poner en juego

la presunción objetiva que sienta el art. 1113, primer párrafo, respecto de la responsabilidad refleja de la obra social y la clínica por la actuación de sus dependientes (conf. CNCiv., esta Sala, voto del Dr. Hugo Molteni, L. 039485/2003/CA002 del 23/10/14).- Dicho ello, y adentrándome en el análisis de las constancias probatorias, adelanto que he de coincidir con la solución adoptada por el Sr. Juez de grado, pues los agravios vertidos por el apelante no llegan a conmover dicha decisión.- Es así que la Obra Social ASE en ningún momento aportó elementos en sus agravios diferentes a los valorados por el Sr. Juez de grado que lleven a exonerar de responsabilidad a la Clínica demandada, por lo que deviene inexpugnable la responsabilidad endilgada a la apelante en la instancia anterior.- Simplemente, se limitó a expresar que la sentencia es arbitraria por entender que «la fuga del paciente era una conducta absolutamente previsible y evitable», y que en realidad la conducta asumida por el menor M.se subsume en el riesgo terapéutico y de lesión iatrogénica.- No puedo coincidir con ello. Como se verá, del análisis de los diferentes medios probatorios queda demostrado que el lamentable hecho por el que el hijo del accionante encontró la muerte podría haberse evitado.- De la causa Nro. 66.313/2000 surge que D. N. M. presentaba un síndrome de excitación psicomotriz y un trastorno psicótico especificado, por lo que fue internado en el Instituto Tobar García y posteriormente, con 12 años, fue internado en la Clínica Abril, donde permaneció por el término de 16 días (conf. fs. 96/13).- En abril del año 2000, el menor agredió a su madre físicamente, motivo por el cuál fue denunciado penalmente, concluyendo el Cuerpo Médico Forense, luego de entrevistarlo, que padecía «una afección mental que consiste en psicosis de inicio infantil, trastorno en el control de impulsos» y que no tuvo capacidad para comprender la criminalidad del acto, dirigir sus acciones y que resultaba peligroso para sí y terceros (fs. 252/279 de la causa punitoria).- El 6 de agosto de 2000, D. N. M. fue reingresado en la Clínica Abril con diagnóstico presuntivo de «episodio de heteroagresividad», dejándose constancia que padecía anuencia total de conciencia y trastorno de control de impulsos «grave», por lo que fue declarado inimputable (conf. fs. 125 y 128 de la Historia Clínica).

El niño D. fue trasladado a Clínica La Estancia de Pilar (fs. 148 de la H.C.) y el 30 de julio de 2002 fue ingresado al Centro de Tratamiento CETRAD SRL a fin de realizar la rehabilitación de su patología. En dicho instituto se dejó constancia de dos intentos de fuga, uno desde la institución y otro estando con permiso de salida con su madre.- Este es el primer indicio de que el intento de fuga que derivó en su muerte no era para nada imprevisible.- El 10 de enero de 2003 fue derivado a la Clínica Las Heras S.A., donde se dejó constancia de sus antecedentes médicos, los episodios de fuga y el motivo de su traslado. Además, se destacó que ese día tuvo conductas autolesivas y amenazó con agredir a terceros. Ante esta situación se le diagnosticó excitación psicomotriz, trastorno disocial y psicótico no especificado y se le indicó plan de medicación psiquiátrica (todo esto surge de la historia clínica que se acollara a los autos en sobre papel madera).- El día 14 de enero manifestó gran ansiedad e ideas de fuga, motivo por el cual se lo medicó y se le indicó «contención física» que perduró durante toda la noche. Los días siguientes expresó sus deseos de irse y perduraron sus ideas de autoagresión porque «no quiere continuar en una vida de internaciones». Se dejó constancia que el día 19 de enero presentó animo irregular y que el 3 de febrero de 2003 no participó de las actividades.- No resulta menor lo que se desprende del conteste del director de la Clínica Las Heras S.A., Tito Alberto Rosan, quien afirmó «en el caso traído a discusión inclusive se tomaron recaudos como para prevenir un accidente como el que ocurrió instalando protección en las ventanas» (conf. fs. 193 vta.).- Ante las situaciones y manifestaciones traídas a colación, no queda otra opción que concluir que la conducta adoptada por el menor D. N. M. el fatídico 6 de febrero de 2003 no fue un hecho imprevisible, anormal o extraordinario sino, por el contrario, un hecho ordinario y previsible.

Otro elemento importante de la previsibilidad del hecho se desprende de la propia impugnación de la pericia psiquiátrica practicada en autos efectuada por la Clínica demandada, cuando sostuvo que «en todo momento un acontecimiento letal estaba latente.» (conf. fs. 378 de la causa 66.313/200). – En cuanto a la supuesta inevitabilidad del lamentable suceso, también obran constancias probatorias que hacen presumir que el mismo podría haberse evitado.- A fs. 4/5 de la causa penal luce inspección real izada por personal policial el día del hecho, donde se deja constancia que en la habitación nro. 11 ubicada en el segundo piso de la clínica, donde se encontraba internado M., la reja y malla metálica que poseía el balcón se encontraba violentada en su parte inferior, ocasionando con ello un «agujero», advirtiéndose además el faltante de dos barrotes.- Resulta también relevante el informe realizado por los peritos en balística, quienes al ser consultados si una persona «normal» puede forzar los barrotes, indicaron que «se advirtió que en la gran mayoría de las restantes habitaciones que se encuentran en el mismo nivel que ésta, se encuentran doblados en su parte inferior, poniendo de manifiesto dicha circunstancia la posibilidad de que sea común para todos los internos que los tuerzan» (conf. fs. 125). De esta situación también dan cuenta las fotografías que lucen a fs. 131/134 de la causa represiva.- Palmario de todo esto es que las medidas de protección tomadas por la clínica demandada no revestían la condición suficiente como para contener a los pacientes y de este modo garantizar su seguridad.

Estas circunstancias reflejan, lamentablemente, que el fallecimiento de D. N. M. era evitable.

Sentado todo ello, mal puede la obra social demandada manifestar que la sentencia es arbitraria por entender el anterior sentenciante que «la fuga del paciente era una conducta absolutamente previsible y evitable», cuando en autos se encuentra probado que el hecho que derivó en la muerte de D. N. M. reúne esas condiciones.

Por otro lado, el apelante entra en una flagrante contradicción al manifestar que «no intenta culpar a la víctima del hecho desafortunado, pero lo cierto es que el intento de fuga se genera un alea posible de ocurrir y sobre el cual la OSASE no puede predecir ni mucho menos evitar». Teniendo en cuenta ello, mal puede la recurrente indicar en primer término que la fuga del paciente era imprevisible e inevitable, y por el otro expresar que el hecho de que el menor se escape era «un alea posible de ocurrir».- Asimismo, no comparto lo expresado en torno a que la Clínica arbitró todas las medidas de seguridad pertinentes y por demás exigibles, ya que en el caso concreto, y atento los antecedentes con los que contaba el menor hijo del accionante, era una posibilidad que éste intentara fugarse del establecimiento clínico, por lo que se debió prever esta circunstancia y extremar las medidas del caso, ya sea ingresándolo en una habitación que no contara con salida al exterior, que la misma no se encontrara en un segundo piso, o simplemente asignar más personal para afrontar cualquier situación que pudiera suscitarse.- Tampoco es posible sostener que por el hecho «que la Clínica estuviese habilitada y cumpliera con las condiciones para tratar la patología del menor, el hecho de que éste haya violentado la seguridad del establecimiento, no puede considerarse una falta imputable a ella». Por el contrario, se encuentra probado en autos que la Clínica no contaba con la seguridad suficiente, comenzando por la endeble estructura que presentaba la ventana existente en la habitación de D. Gastón M. Además, se encuentra acreditada la escasez de personal con la que contaba el establecimiento el día del lamentable suceso -nótese que solo contaba con una enfermera y una médica para atender a 35 pacientes-.- A su vez, debo destacar que se contradice el apelante al momento de presentar sus agravios. Es así que expresa que la clínica demandada contaba con los elementos de seguridad pertinentes y que ostentaba la respectiva autorización municipal, siendo un establecimiento idóneo para llevar adelante el tratamiento de D. N. M.; y seguidamente indica que «el hecho de que el menor haya violentado la seguridad del establecimiento, no puede considerarse una falta imputable a ella -a la obra social-«. En suma, si el menor -con las características y patologías que este presentaba- violentó la seguridad del establecimiento donde se encontraba internado, mal puede entenderse que el establecimiento médico cumplió con los estándares de seguridad que actividad desarrollada le exigía.- Finalmente, e incurriendo en una nueva contradicción, la obra social emplazada reconoce la responsabilidad de la clínica demandada. Tal es así que indica que «fue condenado por los hechos de un tercero que le resulta ajeno, puesto que todos los hechos relatados y circunstancias probadas en la causa surgieron en una órbita ajena a la obra social». A ello debo agregarle que, previo a realizar meras citas dogmáticas en torno a como se configuraría una mala praxis médica, la obra social demandada nuevamente endilgó la exclusiva responsabilidad a la clínica emplazada, indicando que «entiende que no debe responsabilizarse a la obra social sino a aquel que prestó el servicio».- En suma, desde mi óptica se encuentra por demás probada la deficiente prestación efectuada por la «Clínica Las Heras S.A.» que deriva en la responsabilidad refleja de Obra Social del Personal de Dirección Acción Social de Empresarios ASE.- Cabe destacar que la obra social, desde que presta la asistencia de salud a través de prestadores de servicios como son las clínicas, institutos o sanatorios, contrae la obligación de atención médica adecuada al requerimiento del paciente y asume además una obligación tácita de seguridad de carácter accesorio, que la hace responsable no solamente de que el servicio se preste sino también de que se realice en condiciones tales que el paciente no sufra daño por deficiencia de la prestación prometida. Desde que el paciente se somete a la asistencia de la obra social, aquél como beneficiario resulta aceptante de la estipulación y puede exigir el cumplimiento de la obligación contractualmente contraída por los «promitentes» (instituto asistencial o médico de su cuerpo profesional) quedando estos últimos civilmente responsables de los daños que el afiliado pueda sufrir como consecuencia de la deficiente prestación.- Si bien el paciente tiene una acción directa contra la entidad prestadora (instituto o clínica) y contra el médico, nacidas ambas acciones de aquella estipulación a su favor, también tiene una acción directa contra la obra social por incumplimiento o cumplimiento irregular de la asistencia debida en razón de la obligación tácita de seguridad implícita en el contrato. De este modo, resulta que la responsabilidad de la obra social es concurrente o conexas con la del instituto o clínica prestadora del servicio (conf. Bustamante Alsina, J., «Responsabilidad civil de las obras sociales por mala praxis en la atención médica de un beneficiario», La Ley 1998-A, 404).- La obra social asume entonces la responsabilidad directa de brindar un servicio asistencial que a su vez confiere la necesaria cobertura médica al paciente. Esta obligación de prestar cobertura médica lleva implícita una obligación tácita de seguridad, de carácter general, que requiere la preservación de la salud de las personas contra los daños que puedan originarse en la defectuosa prestación obligacional (CNFed. Civ. y Com., Sala III, 8/3/95, «Sepúlveda Pérez, J. I. y otros c. Obra Social Artistas de Variedades y otro», La Ley 1995- D, 583; CNCiv. Sala J, 29/9/94, «G. de J., A. y otro c. R., A. y otro», con nota de Compagnucci de Caso, R. H., «La responsabilidad médica y la omisión en la presentación de la historia clínica», La Ley 1995-D, 550; CNCiv. Sala F, 6/3/95, «B. de I., A. c. Instituto de Servicios Sociales Bancarios y otros», La Ley , 1996-B, 218; esta Sala, 15/6/89, «Zamudio de Pochettino, Mónica S. c. Obra Social del Personal de la Actividad Docente», J.A., 1980-II-106).- Esta obligación tácita de seguridad se potencia cuando el afiliado, como ocurre en la mayoría de los casos, carece de un derecho de libre elección por pertenecer a un sistema «cerrado» debiendo, a lo sumo, elegir entre los profesionales o los establecimientos de salud previamente seleccionados o elegidos por la obra social o sistema de medicina prepagada.

De conformidad con lo expuesto, habré de coincidir con el criterio asumido por la sentenciante de grado, en tanto extendió los efectos de la condena a la recurrente en forma concurrente. No podría eximirse entonces a Obra Social del Personal de Dirección Acción Social de Empresarios ASE de responder por el deficiente servicio de salud brindado por la Clínica Las

Heras S.A., en tanto aseguró a la actora M. seguridad y calidad en la elección de dicho centro asistencial,. No estimo viables los argumentos tendientes a endilgar la exclusiva responsabilidad del hecho al sanatorio, limitando los deberes de la Obra Social del Personal de Dirección Acción Social de Empresarios ASE a funciones de auditoría, fiscalización de infraestructura y o al sólo hecho de «no haber existido omisión alguna de la prestadora, ni falta de cobertura, ni negativa respecto a la provisión de medicamentos ni se requirió a la obra social ningún servicio adicional que le haya sido negado» (ver hoja 3 de la expresión de agravios de fecha 1 de febrero de 2021).- El proceso evolutivo doctrinario ha llegado a la conclusión, con fundamentos diversos, de que la responsabilidad de los entes asistenciales de medicina prepaga o similares, no se agota en proveer atención médica «a priori» inobjetable, sino que le corresponde además responder sobre la misma. Estos fundamentos, si bien variados, son coincidentes en la consagración de la responsabilidad, que para algunos se sustenta en la asunción del riesgo de la actividad lucrativa, en el deber de garantía por el hecho del dependiente, o para otros, en el deber de diligencia o vigilancia sobre la persona elegida para el cumplimiento de la obligación (conf. Gregorini Clusellas, E. L., «La obligación de seguridad en el contrato de medicina prepaga», La Ley 1996-C, 232).- En virtud de todo lo hasta aquí expuesto, habré de coincidir con la resolución apelada en lo que hace a la responsabilidad concurrente de la obra social demandada por los daños que genera ra al actor el deficiente servicio de salud brindado al menor D. Gastón M. En consecuencia, propondré confirmar la sentencia apelada en lo que a este punto respecta.

V.- Resuelta la cuestión relativa a la responsabilidad que compromete a los emplazados con el hecho de marras, debo ahora tratar los planteos relativos al límite de cobertura opuesto por la citada en garantía de la institución condenada.- Al respecto, la actora M. sostiene que las cláusulas predispuestas en la póliza adjuntada por la compañía aseguradora son abusivas y contradictorias, asegurando por un lado la indemnidad del asegurado y por el otro limitando el alcance de cobertura en contra de lo dispuesto por el artículo 1740 del Código Civil y Comercial. Asimismo, indica que el contrato celebrado por la compañía aseguradora y la clínica demandada contraría la normativa dispuesta por los arts. 987 y 988 del Código Civil y Comercial y el art. 109 de la ley nro. 17.418.- Ahora bien, cabe destacar que «SMG Compañía de Argentina de Seguros S.A.», al contestar la citación, denunció la existencia de un «límite de cobertura» (\$100.000), no ofreciendo ningún tipo de prueba a los efectos de respaldarlo (cfr. fs. 70).- No obstante ello, no puedo dejar de advertir que la parte actora, en oportunidad de contestar el traslado conferido a fs.71 bis, reconoció la autenticidad de la documental acompañada por la compañía citada en garantía (ver fs. 74).- Es menester precisar que tanto la firma demandada como la citada en garantía fueron representadas por las mismas letradas apoderadas, Dras. G. E. Ferrari y Ana C. Iglesias. Por ende, admitir un planteo de esas características importaría beneficiar a la aseguradora y perjudicaría a la sociedad asegurada que debería afrontar la totalidad de la condena. Estas profesionales no pudieron pues intervenir por ambas partes. El Código Procesal impone a los sujetos del proceso actuar con lealtad, probidad y buena fe (art. 35, inc. 5°); y también lo hace la ley 23.187 al imponer esa conducta a los abogados entre sus deberes específicos (art. 5, inc. e), así como la expresa prohibición de «representar, patrocinar y/o asesorar simultánea o sucesivamente, en una misma causa, intereses opuestos» (arts. 10 inc. a) y 20 inc. g) y art. 19 del Código de Ética dictado por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal).

Bien que, con relación a una situación no idéntica, el art. 54 del citado Código supone esa prohibición al admitir la unificación de la personería «siempre que haya compatibilidad en ella, que el derecho o el fundamento de la demanda sea el mismo o iguales las defensas».- Las nombradas profesionales han obrado así en violación a esos principios, y con ello, dada su naturaleza, en el aspecto de que se trata su actuación procesal ha sido ineficaz (art. 953, Cód. Civ.).

Dice Podetti: «La idoneidad del acto procesal, es la suficiencia del mismo para el fin que la ley y la voluntad presumida del sujeto que lo cumple, le atribuyen. Esa idoneidad resulta de la admisibilidad, fundabilidad y moralidad del acto. Un acto procesal no solamente debe ser lícito, en el sentido de no ser contrario a las leyes y al orden público del Estado (arts. 502 y 944, cód.civ.), sino que en su forma y contenido debe ajustarse a las reglas de lealtad y probidad, y no expresar hechos falsos. Si bien el juez no puede juzgar intenciones cuando ellas no se exteriorizan, tiene el deber de rechazar los actos que objetivamente resulten contrarios a los principios enunciados» (Tratado de los actos procesales» (J. Ramiro Podetti, «Tratado de los actos procesales», p. 188/9). La Sala «H» de esta Cámara se ha pronunciado en sentido análogo en los autos «Zapata, Joaquín Horacio c/ Transporte Sol de Mayo y otro s/ daños y perjuicios», el 15 de agosto de 2008. Y también la ha dicho esta Sala a partir de la sentencia recaída en los autos «BRIZUELA, Silvia Ester c/ NUDO S.A. y otros s/ daños y perjuicios», expte. 28.402/2006, el 3 de diciembre de 2009 (Conf. CNCiv., Sala I, voto del Dr. Hugo Molteni en libre «Zonis, G. M. c/ Navarro, Iván R. y otros s/ds. y ps.» del 13/08/2013).- Por tales razones, el pedido de que la condena sea soportada en la medida del seguro resulta inadmisibles por el modo como fuera propuesto.- No obstante lo expuesto, y en aras de satisfacer la crítica en cuanto a la inoponibilidad del límite de cobertura opuesto por la accionante G. N. M., laminarmente, entiendo pertinente dejar sentado que la cuestión bajo estudio debe ser analizada dentro de la órbita del objeto de los actos jurídicos, en general, y de los contratos, en particular, y a la luz de la buena fe negocial (arts. 953 y 1198 del Código Civil).- En lo referente al objeto de los actos jurídicos, el art. 953 del Código Civil establece que aquél no puede ser contrario a las buenas costumbres. Se ha sostenido que esta regla dirigida a los jueces es una norma no subordinada sino subordinante, pues cubre todas las instituciones y actos jurídicos que pueden celebrarse, y que no la pueden violar ni en sus cláusulas ni en su ejecución. También que el art.953 es base del ordenamiento legal que impone a todo acto jurídico

satisfacer un objeto-fin social. Esta norma ha puesto el acento en los principios de moral y equidad, proporcionando a los jueces medios adecuados para evitar que por excesivo apego a fórmulas legales o judiciales se consoliden situaciones de irritante injusticia (conf. Cifuentes, Santos en «Código Civil y leyes complementarias Comentado, Anotado y Concordado», dirigido por Augusto C. Belluscio y coordinado por E. A. Zannoni, T° 4, pág. 346, núm. 9).- El contrato de seguro, como contrato de adhesión, es de contenido predispuesto. De ahí que se debe restar valor a aquellas cláusulas, cuando por su contenido y por el ejercicio que se ha hecho de ellas, se presentan circunstancias violatorias de principios rectores tales como el orden público, la moral y las buenas costumbres, debiendo el Juez resolver la cuestión de acuerdo con los principios generales en materia de consentimiento en los contratos y por las disposiciones de los artículos 21, 953 y 1071 del Código Civil, respecto del abuso de derecho, interpretándolos a la luz del artículo 1198 del Código citado (conf. CNCiv., Sala H, en autos «Gómez, Ángel Ermindo c/ Transporte Metropolitano Gral. San Martín S.A. s/ daños y perjuicios» del 29/08/14).-

En la especie, no se trata de un seguro de responsabilidad civil contratado por una empresa de transporte público de pasajeros, por lo cual, no es de aplicación la doctrina sentada por esta Cámara en los plenarios «Obarrio, M. Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otro s/ daños y perjuicios» y «Gauna, Agustín c. La Economía Comercial S.A.de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios» del 13/12/2006.- Tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que la enumeración de los riesgos abarcados por el contrato de seguro y la extensión de la cobertura deben apreciarse literal, restrictiva o limitativamente, y es inadmisibles la interpretación analógica o extensiva de la póliza para determinar el riesgo asegurado (conf. esta sala en voto del Dr. Molteni libre n° 608.324, «El Comercio Compañía de Seguros a Prima Fija S. A. c/ C., Félix Rafael y otros s/ Cobro de sumas de dinero» del 19/3/2013; íd. mi voto en libre en Expte. n° 106.450/09 del 21/5/15). Esta pauta esencial de interpretación debe ser complementada con los principios de buena fe, finalidad y economía del contrato, el principio in dubio contra stipulatorem y el predominio de las condiciones particulares por sobre las generales (conf. Campo, Francisco, «El riesgo. Delimitaciones y exclusiones a la cobertura», en Ciencia, Técnica y Poder Judicial, Academia Judicial Internacional – La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 26).- En el caso, el monto asegurado previsto en la póliza en estudio resulta irrazonable para afrontar un eventual reclamo por daños y perjuicios, si se tienen en cuenta los acontecimientos dañosos más asiduamente producidos y traídos a la órbita de la justicia que superan holgadamente ese límite ínfimo.- Al respecto, se ha decidido que límites de cobertura tan reducidos como el establecido en la póliza bajo consideración resultan inoponibles a la víctima. Ello así, toda vez que, ante un supuesto de seguro obligatorio, dicho límite resulta irrazonable y desnaturaliza la finalidad del contrato, provocando un caso de «no seguro», contrario al principio de buena fe que debe guiar la celebración, ejecución e interpretación de los contratos (conf. CNCiv., Sala L, en autos «Guimares, Ricardo Abel y otros c/ Aravena, Raúl Ernesto y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ les.o muerte)» del 16/7/2015).- En el especial caso de autos, la suma establecida como límite de cobertura resulta tan reducida que afecta el principio de la buena fe que debe primar en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos y vulnera el principio de moralidad del objeto de los actos jurídicos (conf. arts. 953, 1167 y 1198 del Código Civil; arts. 279, 958, 961,1004 y 1061 del Código Civil y Comercial) (conf. mi voto en libres n° 054398/2012/CA002 del 20/9/16 y n° 051968/2010/CA001 del 22/9/16).-

Por las razones expuestas, entiendo que las cláusulas que limitan la cobertura a los montos o porcentuales pactados en la póliza resultan inoponibles a la parte actora.- Por las razones expuestas, debería hacerse lugar al agravio formulado por la actora M. en la causa nro. 66195/2003, correspondiendo que la condena de autos sea extendida y pueda ser ejecutada contra la aseguradora «SMG Compañía de Argentina de Seguros S.A.».-

VI.- Resuelta como fuera la cuestión relativa a la responsabilidad y a la inoponibilidad del límite de cobertura, debo ahora tratar las quejas que se alzan contra los rubros indemnizatorios reconocidos en el pronunciamiento apelado. – VI.a.- Valor vida:

Se agravan los actores en sendos expedientes por considerar que la indemnización otorgada a cada uno de ellos resulta reducida.- Por su parte, «Clínica Las Heras», solicita el rechazo de la presente partida por entender que el Sr. Juez de grado partió de una «hipótesis positiva respecto a la evolución del cuadro del paciente».- Dicho ello, teniendo en consideración el particular caso de autos y el estado psiquiátrico del hijo de los accionantes, adelanto que no comparto el temperamento adoptado por el magistrado de la anterior instancia.- Esta Sala, en su composición por los Dres. J. Escuti Pizarro, Ana M.Luaces y Hugo Molteni, en criterio que al que he adherido en mis 30 años de ejercicio de la judicatura, ha decidido que la vida humana no posee un valor económico susceptible de apreciación, por lo que su pérdida debe resarcirse teniendo en cuenta el efectivo detrimento material que se irroga a los damnificados por la falta del aporte material que les produce la desaparición de quien podía prodigar tales beneficios (conf., entre muchos otros, voto del Dr. J. Escuti Pizarro en la causa n° 150.863 del 25-4-96 y sus citas).- Esta posición, adecuada a los conceptos fundamentales del daño patrimonial resarcible, lleva a concluir que, careciendo la vida humana por sí misma de un valor económico, su pérdida no puede ser indemnizada sino cuando y en la medida que represente un detrimento de esta clase para quien reclama la reparación, o sea, en la medida que exista un daño actual o futuro, lo cual necesariamente debe traducirse en la privación de una «chance», cuya definición exige de desconocidas variables que no hacen atinado un cálculo matemáticamente exacto. Así, pues, no se

trata de reparar un perjuicio concreto, sino de resarcir la pérdida de una «chance», que en el caso sería la potencial ayuda que podrían recibir los padres del menor D. Nicolás, una vez que éste hubiere llegado a la mayoría de edad o estuviera en condiciones de generar ingresos que le permitieran tal ayuda.- Están contestes las partes que el menor D. Gastón M. al momento de su muerte contaba con 16 años al momento de su muerte y desde los ocho años padecía un trastorno de excitación psicomotriz y control de impulsos, por lo que transitó varias internaciones en diferentes instituciones.- Asimismo, obra en autos que, como consecuencia del padecimiento del menor, el Ministerio de Salud le otorgó un certificado de discapacidad por padecer trastorno esquizofrénico y control de impulsos no especificado y deficiencia intelectual con validez hasta el 26 de septiembre de 2006 (ver en tal sentido fs. 13 del Expte. Nro. 66.313/2000).-

De la historia clínica confeccionada en Clínica Las Heras, se desprende que «Aparentemente no hay historia de deterioro cognitivo ni fallas en el aprendizaje según refiere la madre». En dicha dirección, no escapa que el menor había completado el séptimo grado, ello debido a las diversas internaciones y que se encontraba bajo los efectos de un plan de medicación psiquiátrica.- También, debo ponderar que en autos «M. c. Clínica Las Heras s. Daños y Perjuicios» (Exp. Nro. 66.195/2003), obra pericia psiquiátrica efectuada por el Dr. Ricardo Alejandro Frigerio el que estableció que «la evolución de su patología psiquiátrica fue crónica» y que «su evolución previsible es la cronicidad que en algunos casos puede llegar a lograrse una mejoría sintomática, que no implica la curación, es decir la desaparición definitiva de los síntomas» (fs. 370).- Añadió el experto que «tenía bajo coeficiente intelectual de acuerdo al discurso y que de acuerdo a la sintomatología que presentaba el fallecido no tenía posibilidad de inserción laboral alguna, apenas si tenía una mínima integración inicial en cada internación» (ver fs. 400).- Valorando todo ello, no caben dudas que D. N. M. padecía un trastorno esquizofrénico y de control de impulsos no especificado y deficiencia intelectual, y que había tenido varios brotes que derivaron en diversas internaciones y hasta en la denuncia penal efectuada contra el menor por parte de su madre, lo que me lleva a concluir -en apoyo con el dictamen pericial- que la enfermedad que padecía el menor era crónica. Así las cosas, y pese lo dicho por el experto a fs. 370 que «puede lograrse una mejoría sintomática, lo que no implica la curación» y el hecho de haber completado el séptimo año, estimo poco probable, siguiendo el orden de la evolución ordinaria de los hechos, que el menor estuviera en algún momento en condiciones de ayudar económicamente a sus progenitores, por lo que estimo que el presente rubro debe ser desestimado.- Es que, en el excepcional caso de autos, surge de la historia clínica un ominoso pronóstico de los trastornos padecidos por el menor D. Gastón M., que había requerido de reiteradas y prolongadas internaciones psiquiátricas en escasos años, lo que torna sumamente conjetural que hubiera podido obtener ingresos suficientes como para constituirse en una ayuda o beneficio económico para sus padres.- Por todo ello, propondré al acuerdo se desestime el presente rubro, modificándose en lo que a este punto refiere el decisorio recaído a fs. 614/652 de los autos «M., G. N. c. Clínica Las Heras s. Daños y Perjuicios» (Expte. N° 66.195/2003) y a fs. 791/829 de los autos «M., L. M. c. Clínica Las Heras S.A. s. daños y Perjuicios» (Expte. N° 19.313/2007).- VI.b.- Incapacidad Psíquica:

Se alzan las quejas de G. N. M., en la causa nro.66.195/2003, en relación con la cuantía otorgada en concepto de «Incapacidad Psicofísica», por considerarla baja.- Cabe destacar que la indemnización por esta partida está dirigida a establecer la pérdida de potencialidades futuras, causadas por las secuelas permanentes y el resarcimiento necesario para la debida recuperación, teniendo fundamentalmente en cuenta las condiciones personales del damnificado, sin que resulte decisivo a ese fin el porcentaje que se atribuye a la incapacidad, sino que también debe evaluarse la disminución de beneficios, a través de la comparación de las posibilidades anteriores y ulteriores. A tal efecto, no pueden computarse las meras molestias, estorbos, temores, recelos, fobias, que casi siempre son secuelas propias de este tipo de accidentes (conf. esta Sala, mi voto en libres n° 465.124, n° 465.126 del 12-3-07, n° 527.936 del 24/06/09, n° 583.165 del 12/04/12 entre muchos otros).- La incapacidad económica -o laborativsobreviniente se refiere a una merma de aptitudes que sufre el individuo para obtener lucros futuros, sea en las tareas que habitualmente suele desempeñar o en otras, es decir, una chance frustrada de percepción de ganancias (Trigo Represas, Félix A. – López Mesa, Marcelo J.; «Tratado de la responsabilidad civil», La Ley, Bs. As., 2006, vol. «Cuantificación del Daño», p. 231 y ss.).- En cambio, debe repararse en el aspecto laboral, la edad, su rol familiar y social; es decir, la totalidad de los aspectos que afectan la personalidad (conf. Llambías, J. Joaquín, «Tratado de Derecho Civil—«, Obligaciones, T° IV-A, pág. 129, núm. 2373; Trigo Represas en Cazeaux-Trigo Represas «Derecho de las Obligaciones», T° III, pág. 122; Borda, Guillermo A. «Tratado de Derecho Civil-Obligaciones», T° I, pág. 150, núm. 149; Mosset Iturraspe, J. «Responsabilidad por daños», T° II-B, pág. 191, núm. 232; Kemelmajer de Carlucci, Aída en Belluscio-Zannoni «Código Civil Comentado, Anotado y Concordado», T° V, pág. 219, núm. 13; Alterini-Ameal-López Cabana «Curso de Obligaciones», T° I, pág.292, núm. 652).- Es cierto que la edad de la víctima y sus expectativas de vida, así como los porcentajes de incapacidad, constituyen valiosos elementos referenciales, pero no es menos cierto sostener que el resarcimiento que pudiera establecerse, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (conf.

CNCiv. Sala «F», L-208.659, del 4/3/97, voto del Dr. Posse Saguier).- Ello, por cierto, concuerda con las pautas de valoración establecidas en el art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por la ley 26.994, que comenzó a regir el 1° de agosto de 2015 (según la ley 27.077), en tanto que «para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuentas las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación» (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis «Código Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado», T VIII pág. 528, comentario del Dr. J. Mario Galdós al art. 1746).- Adoptados estos principios, y a fin de decidir sobre la procedencia o no de las alegaciones en estudio, deviene necesario analizar el informe pericial de fs.361/371.

El médico psiquiatra pone de resalto que la actora «presenta una depresión aguda y grave que puede llevarla al suicidio.». Agregó además que «luce un importante estado tímico depresivo referido a la pérdida de su hijo, que padece retracción a los afectos, paralización e inhibición en el andar, su vida social es nula y la laboral nunca se ha visto perjudicada.».- El experto diagnosticó a la actora «un cuadro de base esquizoide con una depresión postraumática grave, por el que estimo una incapacidad del 40%».- Señala asimismo como «Es posible establecer, que el cuadro psíquico que en la actualidad presenta la peritada, obedece a un trauma complejo y que guarda un nexo causal directo con los sucesos que se investigan.».- Ahora bien, no enervan lo expuesto por el idóneo las observaciones que mereciera su dictamen (ver fs. 377/379), pues estimo que el peritaje se encuentra suficientemente fundado en principios técnicos que no han logrado ser desvirtuados al momento de formular tales impugnaciones. Ello, aún soslayando que dichos cuestionamientos se deducen sin el respaldo de consultor técnico y que derivan, por tanto, en meras apreciaciones subjetivas que carecen de análoga relevancia técnica, insuficientes para conmovir las conclusiones que arrojan los informes periciales. Por ello, habré de otorgar a las pericias la fuerza probatoria del art. 477 del Código Procesal, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 386 del mismo cuerpo legal.- Corresponde aclarar que la calidad del peritaje médico legal es de suma importancia, ya que en el informe que brinda el médico, ya sea oral o escrito, el inicial o el definitivo, se basará la Autoridad Judicial como eventual elemento de prueba para considerar y dictar sentencia. Este estriba en una presunción concreta, de que el perito es sincero, veraz y su dictamen con toda probabilidad acertado. Se lo presume honesto, capaz y experto en la materia a la que pertenece el hecho sobre el cual dictamina. Existen dos motivos para la admisión de la fuerza probatoria: presupuesto de que el perito no cae en el error, y por otro lado, el presupuesto de que no tiene intención de engañar. El dictamen sirve entonces para brindar mayor o menor fe sobre la existencia de las cosas objeto del mismo (conf. Virginia Berlinerblau – Claudia Moscato, «Calidad del Dictamen Médico Legal: Herramientas para su Valoración» en «La Prueba Científica y Los Procesos Judiciales», págs. 44/45; Academia Judicial Internacional; La Ley; 2006).

Por otra parte, habré de señalar, como sostuviera al principio del presente considerando, participo del criterio jurisprudencial que relativiza el valor probatorio de los porcentajes de incapacidad, porque si bien constituyen un dato de importancia a los efectos de orientar al juzgador, lo cierto es que no obligan a éste, a quien, en definitiva, lo que le interesa a los fines de precisar la cuantía resarcitoria es determinar previamente la medida en que la disfunción puede repercutir patrimonialmente en la situación de la víctima, a cuyo fin no podría sujetárselo a estrictas fórmulas matemáticas que, en general, no son aptas para traducir fielmente el verdadero perjuicio que el ilícito provocó en el damnificado (conf. esta Sala, L. n° 250.357 del 4/2/99, L. N° 509.931 del 07/10/08, L. N° 585.830 del 30/03/12, L. N° 615.638 del 12/08/13, entre otros).- En este sentido, el Máximo Tribunal sostuvo que aunque los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos constituyen un elemento importante a considerar, no conforman una pauta estricta que el juzgador deba seguir inevitablemente, ya que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las demás consecuencias que afectan a la víctima (C.S.J.N., Fallo: 310:1826).- Para una cabal estimación de la partida, deben considerarse también las condiciones personales de la damnificada, quien a la fecha del hecho contaba con 47 años al momento del hecho, de estado civil divorciada, trabaja como empleada administrativa en la firma SKF Argentina S.A. (v. fs.263), labor por la que percibía la suma de \$ 1.006 al mes de agosto de 2003 (v. fs. 11 del beneficio de litigar sin gastos), cuenta con estudios secundarios completos y vive sola en un departamento alquilado en la ciudad de Buenos Aires (cfr. constancias obrantes en autos y en el Beneficio de Litigar sin gastos que solicitara la actora, expte. 66.196/2003).-

En virtud de lo señalado, haciendo uso de las facultades permisivas otorgadas por el art. 165 del Código Procesal, y teniendo en cuenta los antecedentes de la Sala que han de servir como parámetros objetivos para la solución del conflicto, entiendo procedente proponer a mi distinguido colega elevar el monto otorgado por la presente partida en la suma de ochocientos cincuenta mil pesos (\$850.000).-.

No paso por alto que el monto que aquí se fija excede el reclamo inicial. No obstante, el mismo fue supeditado a lo que en más o en menos resulte de la prueba (cfr. fs. 31 vta.), de modo que al acreditarse con las probanzas rendidas un perjuicio mayor al estimado en un principio, me persuade de la necesidad de adecuar el monto indemnizatorio a su justa medida para arribar así a una decisión equitativa.

VI. c.- Daño Moral:

También se encuentra objetado por cada uno de los accionantes -por considerarlo bajo-, el monto de \$200.000 y \$150.000 otorgado a G. N. M. y L. M. M. respectivamente, en concepto de «Daño Moral».- El daño moral puede ser definido como la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más grandes afectos, a lo que se puede agregar que, ya sea que se caracterice como la lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales o como el que no menoscaba al patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley o el que se infiere a los sentimientos, a la integridad física o intelectual, o a las afecciones legítimas, es decir que se causa a los bienes ideales de las personas, es condición esencial para esa indemnización que él exista o se haya producido (conf. Llambías, J. Joaquín «Tratado de Derecho Civil- Obligaciones», tº I, pág. 271, núm. 243; Cazeaux en Cazeaux-Trigo Represas «Derecho de las Obligaciones», tº I, pág. 215; Mayo en Belluscio- Zannoni «Código Civil Comentado, Anotado y Concordado», Tº II, pág. 230; Zannoni, E. «El daño en la responsabilidad civil», pág. 287, núm. 85; Bustamante Alsina, «Teoría General de la Responsabilidad Civil», pág. 179, núm. 556/7; Orgaz, Alfredo «El daño resarcible», pág. 223, núm. 55).-

Si bien pertenece al sagrado mundo subjetivo de los damnificados, para su reparación económica debe traducirse en una suma dineraria y no resulta sencillo determinar su quantum; para ello debe tenerse en consideración las circunstancias del hecho, la persona de la víctima y el daño sufrido en los valores mencionados. Corresponde, pues, concluir que el daño no puede medirse en razón de las secuelas que denuncia la víctima, pues debe tenerse en cuenta en qué medida los padecimientos ocasionados pudieron haber significado un grado de afectación y quebrantamiento espiritual (conf. esta Sala, mis votos en Libres n. 466.988 del 19/3/07 y n.509.508 del 20/10/08, entre otros).- Pueden destacarse dos cualidades en el daño moral: primera, que él supone, no sólo el dolor de afección, sino también el que resulta de cualquier atentado a la integridad de la persona humana: dolor físico, perjuicio estético. Segunda, que el daño moral debe ser el resultado de un ataque a los derechos de la personalidad, a su patrimonio moral, sea directa o indirectamente, sin que obste a ello la circunstancia de que a la par de él se produzca un perjuicio material para la víctima (conf.

Acuña Anzorena, Arturo, «La reparación del agravio moral en el Código civil», La Ley, t. 16, n. 532).- Los reclamantes resultan ser los padres del fallecido, por lo que se encuentran legitimados para reclamar esta pérdida (conf art. 1078, párrafo segundo in fine del Código Civil).- No existe palabra, gesto ni acto que pueda demostrar o medir -nunca reparar- la pérdida del hijo de los demandantes.

Pero si ello es así en cualquier caso, mucho más lo es cuando esa pérdida es abrupta. Con este alcance, y con todo el pesar que el Suscripto tiene al leer las páginas de este expediente, como consecuencia la deficiente prestación brindada por la Clínica Las Heras S.A., cabe acceder al rubro reclamado.

Ahora bien, resulta sin duda difícil graduar la cuantía para enjugar el daño moral, pues el sufrimiento por la pérdida de su hijo habrá producido un profundo dolor en la demandante.- Sin embargo, constituye un deber del Juzgador fijar una pauta o parámetro que mida lo que a primera vista aparece como inabarcable, para lo cual resulta menester objetivar la dolorosa situación, dado que al ser el sufrimiento humano un elemento netamente subjetivo, relacionado con la sensibilidad de cada persona, podría derivarse en considerables desproporciones. Con esa finalidad, resulta de gran utilidad trazar analogías con casos similares, para de esa manera crear cierta uniformidad que no deje librado este importante concepto a variables que dependan de los afectos más íntimos o subjetivos de cada persona.- Bajo estas directivas, considerando las circunstancias de autos, las condiciones personales de los reclamantes, y haciendo uso también de las facultades que me otorga el art. 165 del Código Procesal, entiendo que debería elevarse la suma otorgada en la sentencia apelada.- En base a lo expuesto, propondré se otorgue, en concepto de daño moral, la suma de un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000) en favor de G. N. M. y la suma de un millón trescientos mil pesos (\$1.300.000) en favor del L. M. M., monto que fuera establecido a valores vigentes a la fecha de la demanda (arg. arts. 1738 in fine y 1741 del Código Civil y Comercial).- Ello, sin pasar por alto que la evaluación del perjuicio moral constituye una tarea delicada, ya que no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior como en principio debe hacerse de acuerdo al art. 1083 del derogado Código Civil -noción que actualmente se encuentra receptada en el art. 1740 del Código Civil y Comercial-. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata sólo de dar algunos medios de satisfacción, lo que no es igual a la equivalencia. Sin embargo, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, dolor físico, los padecimientos propios de las curaciones y actuales malestares subsistentes (conf. CNCiv., Sala F, en autos «Ferraiolo, Enrique Alberto c/ Edenor S.A. y otros s/ daños y perjuicios», voto de la Dra. Elena Highton de Nolasco, del 6/9/2000; CSJN, en autos «Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros» del 12/04/2011, Fallos: 334:376).- Es que, cuantificar este daño es tarea ardua y responde a una valuación necesariamente subjetiva por tratarse de daños insusceptibles de ser apreciados cabalmente en forma pecuniaria. La valoración de los sentimientos presuntamente afectados debe ser hecha por el Juez en abstracto y considerando objetivamente cuál pudo ser el estado de ánimo de una persona común colocada en las mismas condiciones concretas en la que se halló la víctima del acto lesivo. Se llega así a la determinación equitativa de la cuantía de este daño no mensurable (conf.

Bustamante Alsina, J. «Equitativa valuación del daño no mensurable», publicado en «Responsabilidad Civil-Doctrinas Esenciales-Partes General y Especial», dirigido por Félix A. Trigo Represas, T° III, pág. 689).- VII.- Intereses:

Respecto a los agravios referidos a la tasa de interés a aplicar, de acuerdo a lo establecido por la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Civil en los autos «Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios» del 20/04/09 y lo dispuesto por el art. 303 del Código Procesal (según ley 27.500), sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.- En este sentido, el art. 768 del Código Civil y Comercial obliga en los supuestos como el de autos -en los que no existe convención ni leyes especiales (incs.a y b)- a liquidar intereses moratorios de acuerdo con las «tasas que se fijen según la reglamentación del Banco Central», cumpliendo tal requisito la tasa activa prevista en la citada doctrina plenaria.

En función de lo expuesto, entiendo que desde la fecha del hecho (6 de febrero de 2003) y hasta el efectivo pago, deben calcularse los intereses a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.- En consecuencia, si mi voto fuera compartido, debería modificarse el pronunciamiento apelado en autos «M. G. N. c. Clínica La Heras S.A. s. Daños y Perjuicios» (Exp. Nro. 66195/2003) respecto a los intereses allí establecidos.

VIII.- Costas:

La demandada G. C. M. disiente en la forma en que fueron impuestas las costas al momento de rechazar la demanda contra ella incoada. En tal sentido, entiende que, en virtud del principio procesal de la derrota, las costas deberían de haber sido impuestas al accionante L. M. M.- En torno a esta cuestión, entiendo que conforme las circunstancias en la que se dio el lamentable fallecimiento del menor D. N. M. podría considerarse que el progenitor, a la hora de promover su demanda, tenía motivos que «prima facie» justificaban el emplazamiento de todos aquéllos que hubieren podido estar involucrados en el desencadenamiento del hecho el día del accidente. Por lo que, opino, que las costas respecto de esa acción desestimada, debería ser impuesta en el orden causado, eximiendo por tanto de su carga al actor, conforme lo autoriza el artículo 68 segundo párrafo del Código Procesal, tal como lo decidió el Magistrado de la anterior instancia. Así lo propongo al acuerdo.- IX.- En consecuencia, si mi opinión resulta compartida, debe modificarse parcialmente la sentencia de grado, en el siguiente sentido: 1.- En autos «M., G. N. c. Clínica Las Heras s. Daños y Perjuicios» (Expte.N° 66.195/2003): a.-

Declarar inoponible la limitación de cobertura opuesta y por lo tanto correspondiendo que la condena de autos sea extendida y pueda ser ejecutada contra la aseguradora «SMG Compañía de Argentina de Seguros S.A. en su totalidad».-; b.- Desestimarse el rubro valor vida; c.- Elevarse la suma reconocida por «incapacidad sobreviniente» a la de pesos ochocientos cincuenta mil (\$850.000); d.- Incrementar la partida otorgada en concepto de «daño moral» en favor de la Sra. G. N. M. en la suma de pesos millón quinientos mil pesos (\$1.500.000); e.- modificarse la tasa de interés aplicable conforme lo dispuesto en el considerando «VII»; y f.- confirmarse la sentencia en crisis en todo lo demás que decide y fue materia de agravio.- 2.- En autos «M., L. M. c. Clínica Las Heras S.A. s. daños y Perjuicios» (Expte. N° 19.313/2007): a.- Desestimarse el rubro valor vida; b.- Incrementar la partida otorgada en concepto de «daño moral» en favor del Sr. L. M. M. en la suma de pesos un millón trescientos mil pesos (\$1.300.000); c.- confirmarse la sentencia en crisis en todo lo demás que decide y fue materia de agravio.- Las costas de alzada deberían ser impuestas de acuerdo al siguiente detalle:

* Las costas de la alzada se imponen a la «Clínica Las Heras S.A.», a la Obra Social del Personal de Dirección Acción Social de Empresarios ASE y a SMG COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS S.A., en virtud del principio procesal de la derrota (conf. art. 68 del Código Procesal).- * por último, los gastos causídicos del recurso interpuesto por la Dra. G. C. M., sin imposición de costas por no haber mediado oposición.- A LA MISMA CUESTION, El Dr. SEBASTIÁN PICASSO DIJO:

I. Considero necesario aclarar que, en la medida en que la responsabilidad, respecto del expte.n.º 19.313/2007, se encuentra enmarcada en la órbita extracontractual, resulta inconducente determinar si existía o no una obligación de seguridad.- De cualquier manera, coincido con el Dr. Li Rosi en que la responsabilidad de la obra social demandada encuentra sustento en el art. 1113, primer párrafo, del Código Civil, en la medida en que la Clínica Las Heras -dependiente de aquella- obró de modo culpable al no haber adoptado las medidas necesarias para asegurar la integridad física del menor (art. 1109 del citado código).- II. Con relación al límite contenido en la póliza, coincido con el primer voto en que la intervención de las mismas letradas para representar a la asegurada y la aseguradora debe conducir a la ineficacia de su actuación en lo que se refiere a la posibilidad de hacer valer aquel límite de cobertura.- Estimo que esta sola constatación es suficiente para hacer lugar al agravio de la actora y extender el total de la condena contra SMG Compañía de Argentina de Seguros S.A., sin necesidad de ingresar en el análisis de la razonabilidad de la suma asegurada, que no puede efectuarse con los mismos parámetros que la jurisprudencia suele emplear para los casos en que hay un seguro obligatorio.- III. En reiteradas oportunidades he dicho que, para valorar la incapacidad sobreviniente, resulta aconsejable el empleo de criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (o de la valuación de las tareas no remuneradas que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita al damnificado obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una

cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba a la víctima.- Este es el criterio que ahora sigue expresamente el art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo texto reza:

«Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado».- No cabe ninguna duda de que esa redacción conduce necesariamente al empleo de fórmulas matemáticas para evaluar la cuantía del resarcimiento por incapacidad (y, por analogía, también por muerte), pues únicamente por medio de ese instrumento puede mensurarse el capital al que alude la norma (López Herrera, Edgardo, comentario al art. 1746 en Rivera, Julio C.(dir.) – Medina, G. (dir.) – Esper, Mariano (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV, p. 1088/1089; Picasso Sebastián – Sáenz Luis R. J., comentario al art. 1746 en Herrera, Marisa – Caramelo, Gustavo – Picasso, Sebastián (dirs.) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. IV, 9. 461; Carestia, Federico S., comentario al art. 1746 en Bueres, Alberto J. (dir.) – Picasso, Sebastián – Gebhardt, Marcelo (coords.), Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. 3F, p. 511; Zavala de González, Matilde – González Zavala, Rodolfo, La responsabilidad civil en el nuevo Código, Alveroni, Córdoba, 2018, t. III, p. 335; Picasso, Sebastián – Sáenz, Luis R- J., Tratado de Derecho de Daños, La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 440 y ss.; Pizarro, Ramón D. – Vallespinos Carlos G., Tratado de responsabilidad civil, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, p. 761; Ossola, Federico A., en Rivera, Julio C. – Medina, G. (dirs.), Responsabilidad Civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016. p. 243; Azar, Aldo M. – Ossola, Federico, en Sánchez Herrero, Andrés (dir.) – Sánchez Herrero P. (coord.), Tratado de derecho civil y comercial, La Ley, Buenos Aires, 2018, t. III, p. 560; Acciarri, Hugo A., «Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código», LL, 15/7/2015, p. 1; ídem, «Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad», JA 2017-IV, cita online: AR/DOC/4178/2017; Galdós, J. M, «Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746 CCCN)», RCyS, diciembre 2016, portada; Sargana, Fernando A., «Las fórmulas matemáticas del art. 1746 del Código Civil y Comercial», RCyS 2017- XI , 5; Carestia, Federico, «La incorporación de fórmulas matemáticas para la cuantificación del daño en caso de lesiones a la integridad psicofísica. Un paso necesario», eDial.com – DC2B5B).- Al respecto se ha señalado:»Frente a la claridad de la directiva (del art. 1746 recién citado), parecería exótico -al menos- sostener que se cumplen las exigencias constitucionales de fundamentación de las sentencias sin exponer, en una fórmula estándar, las bases cuantitativas (valores de las variables previstas por la norma) y las relaciones que se tuvieron en cuenta para arribar al resultado que se determine. La cuestión no merece mayor esfuerzo, ni desarrollo» (Acciarri, Hugo A., «Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código», LL, 15/7/2015, p. 1).- Por añadidura, destaco que -a diferencia de lo que sucede con el grueso de las disposiciones referidas a la responsabilidad civil- el mencionado art. 1746 del nuevo código sí resulta directamente aplicable al sub lite, en tanto no se refiere a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar), sino solo a las consecuencias de ella (art. 7, Código Civil y Comercial de la Nación). En efecto, la regla no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima; únicamente sienta una pauta para su liquidación. Por lo demás, el empleo de fórmulas matemáticas para cuantificar la reparación era ya el método más adecuado bajo la vigencia del Código Civil derogado, aunque -a diferencia de lo que sucede actualmente- la ley no estableciese expresamente la necesidad de su empleo.- Así las cosas, y dado que el importe que propone el Dr. Li Rosi para enjugar este rubro luce equitativo a la luz de las pautas descriptas, votaré con él también en este aspecto.

IV.- Dispone el art. 1741 in fine del Código Civil y Comercial:»El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas». Resalto deliberadamente el término «debe», que señala muy claramente que no se trata de una simple opción para el magistrado, sino que existe un mandato legal expreso que lo obliga a evaluar el perjuicio moral mediante el método establecido por la ley (vid. Picasso-Sáenz, op. cit., t. I, p. 481; Márquez, José F., «El daño moral contractual: interpretación, facultades de los jueces y prueba», RCyS 2020- VII, 63).-

Entonces, por mandato legal expreso el daño moral debe «medirse» en una suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (vid. mis votos como juez de esta sala, 2/8/2017, «M., Enrique Daniel c/ D., José Luis y otro s/ Daños y perjuicios», expte. n.º 81.603/2010; ídem, 19/5/2017, «T., Leandro R. y otro c/ C., Luis Agustín y otro s/ Daños y perjuicios», expte. n.º 93.222/2013, entre muchos otros).- Desde ese prisma, aunque considero que los importes propuestos en el primer voto son insuficientes para compensar las consecuencias

extrapatrimoniales del hecho ilícito, las cantidades reconocidas son proporcionales al reclamo de la Sra. M. de \$ 200.000, efectuado en el año 2003, y al del Sr. M. de \$ 150.000, realizado en el año 2007.- En efecto, es sabido que, en principio, nadie mejor que la víctima puede cifrar esta clase de perjuicios, en atención a su carácter subjetivo y personal. Por ese motivo, aun cuando el reclamo se haya sujetado -como en el caso- a lo que en definitiva resultare de la prueba a producirse en autos, no corresponde conceder más de lo solicitado si las producidas en el expediente no arrojan elementos adicionales a los que pudieron haber tenido en cuenta la actora al demandar respecto de este punto (esta sala, 22/8/2012, «R., Flavio E. c/ Bayer S. A. y otros s. Daños y perjuicios», L n° 584.026; ídem, 18/2/2013, «S., Sebastián Nicolás c/ Transportes Metropolitanos General Roca S. A. y otros s/ Daños y perjuicios», L. n° 534.862). Sin perjuicio de ello, tengo en consideración también que por tratarse de una deuda de valor es procedente que el juez fije el importe del perjuicio extrapatrimonial evaluando su cuantía al momento de la sentencia, aunque -por los motivos atinentes al carácter subjetivo del rubro, que ya he señalado- debe procurar mantener una razonable proporción con lo solicitado al momento de interponerse la demanda.- En esos términos, habré de concordar con las sumas de \$ 1.500.000 y \$ 1.300.000 propuestas por mi distinguido colega.

V. Con estas aclaraciones, adhiero al primer voto.- La vocalía n°2 no interviene por hallarse vacante.- Con lo que terminó el acto.

RICARDO LI ROSI

SEBASTIÁN PICASSO

Buenos Aires, 14 de julio de 2021.

Y VISTOS:

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, SE RESUELVE: modificar parcialmente la sentencia de grado, en el siguiente sentido:

1.- En autos «M., G. N. c. Clínica Las Heras s. Daños y Perjuicios» (Expte. N° 66.195/2003): a.- Declarar inoponible la limitación de cobertura opuesta y por lo tanto corresponde que la condena de autos sea extendida y pueda ser ejecutada contra la aseguradora «SMG Compañía de Argentina de Seguros S.A. en su totalidad».-; b.- Desestimar el rubro valor vida; c.- Elevar la suma reconocida por «incapacidad sobreviniente» a la de pesos ochocientos cincuenta mil (\$850.000); d.- Incrementar la partida otorgada en concepto de «daño moral» en favor de la Sra. G. N. M. en la suma de pesos millón quinientos mil pesos (\$1.500.000); e.- modificar la tasa de interés aplicable conforme lo dispuesto en el considerando «VII»; y f.- confirmar la sentencia en crisis en todo lo demás que decide y fue materia de agravio.- 2.- En autos «M., L. M. c. Clínica Las Heras S.A. s.daños y Perjuicios» (Expte. N° 19.313/2007): a.- Desestimar el rubro valor vida; b.- Incrementar la partida otorgada en concepto de «daño moral» en favor del Sr. L. M. M. en la suma de pesos un millón trescientos mil pesos (\$1.300.000); c.- confirmar la sentencia en crisis en todo lo demás que decide y fue materia de agravio.- Las costas de Alzada se imponen de acuerdo al siguiente detalle:

* Las costas de la alzada se imponen a la «Clínica Las Heras S.A.», a la Obra Social del Personal de Dirección Acción Social de Empresarios ASE y a SMG Compañía Argentina De Seguros S.A., en virtud del principio procesal de la derrota (conf. art. 68 del Código Procesal).- * Los gastos causídicos del recurso interpuesto por la Dra. G. C. M., sin imposición de costas por no haber mediado oposición.- Atento lo decidido precedentemente corresponde adecuar los honorarios fijados en la instancia de grado, de conformidad con lo establecido por el artículo 279 del ordenamiento adjetivo.- Liminarmente cabe aclarar que este tribunal entiende que las normas que organizan los procedimientos -como resulta ser la ley 27.423- son de aplicación inmediata.- En esta inteligencia, más allá que la labor fuera desarrollada con anterioridad, lo cierto es que al momento de cuantificar la remuneración de los profesionales intervinientes se encuentra vigente el nuevo arancel, razón por la cual deberá estarse a lo preceptuado por la nueva ley (conf. CIV09990/2011 DEL 18/03/2019 entre muchos otros).- Así las cosas, valorando la calidad, extensión y resultado de la labor desplegada por cada uno de los profesionales intervinientes dentro de las tres etapas en que se dividen los juicios ordinarios, monto de la condena con sus intereses y lo establecido por los artículos 1,3,16,19,20,21,29 y 59 de la ley 27.423,corresponde fijar los honorarios de los letrados intervinientes de la siguiente manera: Expediente n° 66195/2003; para el letrado apoderado de la parte actora hasta fs. 308, Dr. P. M. L..UMA -PESOS.(\$.) por el principal y en .UMA -PESOS. (\$.) por la incidencia de fs. 293, los del letrado de la misma parte por su intervención en el resto del proceso Dr. D. G. F. en .UMA -PESOS .(\$.),

los de la letrada patrocinante Dra. N. S. P. en .UMA -PESOS. (\$.); los de la dirección letrada de la parte demandada y citada en garantía, Dras. G. E. F. y A. C. I., en conjunto, en .UMA -PESOS .(\$.); los del perito psiquiatra Dr. R. A. F. en .UMA -PESOS .(\$.) y los de la mediadora P. L. G. en PESOS.(\$.).- Por su labor en la alzada que diera lugar al presente fallo, de conformidad con lo establecido por el artículo 30 de la ley arancelaria, se fijan los honorarios del Dr. D. G. F. en .UMA - PESOS. (\$.), los del Dr. H. S. P. en .UMA -PESOS.(\$.) y los de las letradas de la aseguradora que adhirieron a los agravios, Dras. G. E. F. y A. C. I., en conjunto, en .UMA -PESOS.(\$.)-

En el expediente n° 19.313/2007, teniendo en cuenta la existencia de un litisconsorcio pasivo en parte perdedor y en parte ganador, se fijan los honorarios de la siguiente manera; para la dirección letrada de la parte actora, Dres. M. B., A. M. y J. B., en conjunto, .UMA -PESOS.(\$.); los del letrado apoderado de la Obra Social, Dr. V. H. P. en .UMA – PESOS.(\$.); los de la dirección letrada de la Clínica, Dras. G. E. F. y A. C. I., en conjunto, en .UMA – PESOS.(\$.); los de la letrada patrocinante de la codemandada D. P., Dra. C. M. P. en .UMA – PESOS.(\$.) y los de la Dra. T. F. en .UMA -PESOS.(\$.); los del letrado patrocinante de Rosan, Dr. F. G. G. en .UMA -PESOS TRESCIENTOS MIL (\$.); los del letrado apoderado de M., Dr. L. R. P. en .UMA -PESOS. (\$.); los de las peritos M. S. y S. E. E. en . UMA -PESOS.(\$.) para cada una de ellas y los de la mediadora R. B. O.en PESOS.(\$.)-.

Asimismo, por las incidencias decididas de conformidad con lo establecido por el artículo 33 de la ley 21.839 al que corresponde acudir analógicamente toda vez que el artículo 47 de la normativa vigente se encuentra observado, teniendo en cuenta el monto comprometido en cada una de ellas y la importancia de la labor desplegada por los profesionales intervinientes, por la incidencia de fs. 419/420 corresponde fijar los honorarios del Dr. L. P. en .UMA -PESOS. (\$.); por el incidente de fs. 711 vta.pto.2, se fijan los honorarios de los Dres. J. B. y A. M. en .UMA -PESOS.(\$.); por la incidencia de fs. 453/460 se fijan los honorarios de los Dres. C. U. y J. M. S., en conjunto, en .UMA -PESOS. (\$.); por el incidente de fs. 453/460 pto. I, se fijan los honorarios del Dr. J. B. en .UMA -PESOS. (\$.); por el incidente de fs. 453/460 pto. III se fijan los honorarios del Dr. J. B. en .UMA -PESOS. (\$.) y por lo decidido en el pto. IV, se fijan los honorarios del Dr. L. P. en .UMA -PESOS.(\$.)-.

Por su labor en la alzada que diera lugar al decisorio de fs. 519/523 se fijan los honorarios del Dr. L. P. en .UMA -PESOS. (\$.), los de los Dres. J. B. y A. M. en .UMA -PESOS.(\$.); por la incidencia con Medicus los de las letradas de SMG, Dras. G. E. F. y A. C. I., en conjunto, en .UMA -PESOS.(\$.), los del Dr. J. S. en .UMA -PESOS.(\$.) y los de los Dres. J. B. y A. M., en conjunto, en .UMA -PESOS. (\$.)-.

Por las tareas desplegadas que culminaron con la resolución del 22/10/2020 se fijan los honorarios de las Dras. G. E. F. y A. C. I., en conjunto, en .UMA -PESOS.(\$.), los de la Dra. T. F. en .UMA -PESOS. (\$.) y los del Dr. V. P. en .UMA -PESOS. (\$.)- Asimismo por su labor que culminó en el presente fallo definitivo, se fijan los honorarios del Dr. V. H. P. en .UMA -PESOS.(\$.), los de los Dres. J. B. y A. M. en conjunto, en .UMA -PESOS.(\$.) y los del Dr. H. S. P. en .UMA -PESOS. (\$.)-.

Notifíquese, en los términos de las Acordadas 31/11, 38/13 y concordantes de la C.S.J.N, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica.

RICARDO LI ROSI

SEBASTIÁN PICASSO