

//tencia N° 366

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR FELIPE HOUNIE

Montevideo, veintiocho de setiembre de dos mil dieciséis

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"SANTURIO, Nerys y otros c/ BANCO DE SEGUROS DEL ESTADO y otros. Daños y perjuicios. Casación"**, IUE: 2-11257/2009, y su acumulado: **"FAR COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. c/ MONTANO DÍAZ, José. Daños y perjuicios"**, IUE: 2-1776/2007, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por el representante del Banco de Seguros del Estado contra la sentencia identificada como SEF 0005-000008/2016, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva de primera instancia, identificada como SEF 0109-000055/2015, la titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1^{er} Turno, Dra. María Isabel Vaccaro, acogió la excepción de falta de legitimación activa opuesta por el Banco de Seguros del Estado respecto de la citación en garantía que promovió José Montano en el acumulado y amparó parcialmente la demanda de Far S.A. En su mérito, condenó a José Montano "al pago de los daños provocados en la res-

ponsabilidad asignada, a liquidarse por la vía del art. 378 del C.G.P.", y rechazó la demanda contra el Banco de Seguros del Estado. Todo, sin especial condenación procesal (fs. 683-711).

II) En segunda instancia entendió el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, integrado por los Sres. Ministros, Dres. Álvaro França, John Pérez y Tabaré Sosa, órgano que, por sentencia definitiva identificada como SEF 0005-000008/2016, dictada el 18 de febrero de 2016, revocó parcialmente la recurrida y, en su mérito, condenó al Banco de Seguros del Estado a pagarle, en concepto de daño moral, U\$S30.000 a Nerys Santurio, U\$S20.000 a Cristhian Cardozo, U\$S20.000 a Mathías Cardozo y U\$S 10.000 a Álvaro Furtado, más el interés legal desde la fecha del fallecimiento del causante. Además, lo condenó a pagar U\$S6.000 por daño moral "iure hereditatis", más intereses desde la fecha del hecho ilícito.

Asimismo, acogió la reclamación del lucro cesante en los términos y sobre las bases del considerando 7 y fijó el monto del reembolso pedido en la forma establecida en el considerando 9, más el interés legal desde la fecha del pago por parte de la aseguradora (fs. 762-782).

III) El representante del Banco de Seguros del Estado interpuso recurso de casación (fs.

787-798).

Sostuvo, en lo medular, lo siguiente:

1) La Sala infringió los arts. 1342, 1344, 1348, 1594, 1595, 1598 y 2213 del C. Civil; los arts. 1 y 4 del decreto-ley 14.500 y los arts. 139.1, 140, 141 y 197 del C.G.P.

2) El Tribunal responsabilizó a su representado porque entendió que el fallecimiento de Raúl Cardozo se debió al incumplimiento de una obligación de resultado, conclusión errónea en la medida en que no se puede afirmar con certeza que un paciente internado no pueda contraer infecciones.

Como la obligación asumida por el Banco de Seguros del Estado es de medios, debió probarse que sus dependientes actuaron en forma culposa, lo que no se hizo. Pero, aun en sede de causa extraña, la posición de su representado es defendible, pues, como por más precauciones que se tomen es imposible obtener una asepsia total, el ámbito no es otro que el del caso fortuito o fuerza mayor.

La Sala se fundó en el peritaje realizado por la Dra. Zully Domínguez, por entender que fue el más completo desde que tuvo a la vista los otros peritajes y la autopsia forense, lo cual no parece un argumento sólido para descartar las pruebas

periciales realizadas con anterioridad. Tampoco especificó las razones por las que eligió ese peritaje para fundar su decisión, vulnerando, así, las reglas de la sana crítica, prueba que, además, fue agregada al proceso en forma improcedente.

3) Las sumas fijadas por concepto de daño moral exceden lo que la jurisprudencia señala para los casos de muerte de padre, hijo y hermano.

4) No corresponde indemnizar el daño premuerte.

5) La indemnización del lucro cesante se solicitó en función de la obligación alimentaria que el causante tenía con sus hijos, Mathías y Cristhian Cardozo. Por lo tanto, este rubro no está relacionado con el aporte al hogar que hacía el causante, razón por la cual no es correcto extender la condena hasta que éste hubiera cumplido 65 años de edad, sino hasta la fecha en que sus hijos cumplan la mayoría de edad.

El monto del lucro cesante es excesivo, ya que no se probaron los ingresos y "se tiene por bueno" que lo que el causante aportaba al hogar eran \$4.500, sin tener en cuenta que el salario mínimo en el año 2005 era de \$2.050.

No debió aplicarse el mé-

todo de cálculo de la matemática lineal, con una detracción del 15%, sino que lo que correspondía era haber fijado una renta hasta la mayoría de edad de los hijos, aplicando un importe equivalente a un 20% de un salario mínimo vigente a la fecha del fallecimiento del causante.

6) Los intereses corren desde la fecha de presentación de la demanda.

7) En definitiva, solicitó que se casara la sentencia recurrida y que, en su lugar, se desestimara la demanda deducida en su contra.

IV) Las representantes de los actores evacuaron el traslado del recurso de casación abogando por su rechazo (fs. 804-813).

V) Por providencia del 13 de abril de 2016, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno resolvió conceder el recurso para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 815).

VI) El expediente se recibió en la Corte el 4 de mayo de 2016 (fs. 829).

VII) Por providencia N° 684/2016 se dispuso el pasaje a estudio sucesivo y se llamaron los autos para sentencia (fs. 830vto.).

VIII) Una vez cumplidos los trámites de estilo, se acordó dictar sentencia en el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia acogerá parcialmente el recurso de casación interpuesto y, en su mérito, casará la sentencia recurrida en cuanto al límite temporal de la condena impuesta en concepto de lucro cesante, que fijará desde el 16 de junio de 2005 hasta el 2 de febrero de 2017 en el caso de Mathías Cardozo, y desde el 16 de junio de 2005 hasta el 3 de noviembre de 2015 en el de Cristhian Cardozo.

II) El caso de autos.

Nerys Santurio y Álvaro Furtado, madre y hermano de Raúl Cardozo, y Nubis Almeida, en representación de sus menores hijos, Mathías y Cristhian Cardozo Almeida, demandaron al Banco de Seguros del Estado y a José Montano, con el fin que se los condenara a pagarles los daños y perjuicios que la muerte de Raúl Cardozo les causó.

El 29 de mayo de 2005, a raíz de un accidente de tránsito, Raúl Cardozo fue atendido en el Sanatorio del Banco de Seguros del Estado, con diagnóstico de tratamiento raquimedular, y fue tratado con analgésicos por vía intramuscular. Fue dado de alta definitiva el 7 de junio de 2005, pero el 11 de junio comenzó con dolor en la región glútea y fiebre, lo que motivó su reingreso al sanatorio. El 16

de junio de 2005, Raúl Cardozo falleció.

De acuerdo con los dichos de los actores, la muerte de Raúl Cardozo se produjo por los errores cometidos por los dependientes del Banco de Seguros del Estado, puesto que la inyección aplicada por la enfermera fue la causa directa de la infección que padeció, ya sea porque el medicamento que se le inyectó estaba contaminado o porque la desinfección previa de la zona glútea no fue la adecuada. Si a ello se agrega que el proceso infeccioso no fue diagnosticado a tiempo y que los antibióticos le fueron administrados tardíamente, la responsabilidad del Banco de Seguros del Estado resulta plenamente acreditada.

III) La naturaleza de la obligación de las instituciones de asistencia médica en relación con las infecciones intrahospitalarias.

Sobre este tema, los integrantes de la Corte tienen posiciones diversas.

1) Para los Sres. Ministros, Dres. Ricardo Pérez Manrique, Jorge Larrieux y Jorge Chediak, la obligación que pesa sobre la institución de asistencia médica de que el paciente internado no contraiga enfermedades ajenas a las que motivaron su internación es una obligación de seguridad y resultado, tal como sostuvo el tribunal "ad quem".

En tal sentido, la Corte,

en sentencia N° 48/1993, expresó: *La Corporación reiteradamente sostuvo que la obligación de prestar asistencia médica es de medios y no de resultado, pero a pesar de ello, se inserta lateralmente en esa tarea de asistencia médica, "... la obligación de resultado de no causar al enfermo males de salud que no deriven del proceso patológico que da mérito a la referida asistencia médica. Así existirá siempre responsabilidad si en el curso del tratamiento se afecta al asistido con males derivados de la falta de asepsia, aplicación errónea de medicamentos no recetados, etc."* (Sent. N° 66/90 del 26/7/90 en 'Fallos', ob. cit., 1990-1991, págs. 95-97).

Más recientemente, y en la misma línea de razonamiento, la Corte, en sentencia N° 510/2014, expresó: (...) *al configurarse una hipótesis de causa de infección exógena, la Corte coincidiendo con el pronunciamiento de primera instancia, entiende que corresponde atribuir a la demandada incumplimiento de una obligación de seguridad-resultado y, por ende rechazar la calificación realizada por el Tribunal, quién consideró que se trataba de una obligación de medios.*

Al respecto, la Corte en *Sentencia N° 580/2008* ha sostenido en términos que resultan perfectamente trasladables al presente que: "La

jurisprudencia vernácula asume en postura mayoritaria que en casos como el de autos gravita sobre la institución médica una obligación de seguridad resultado: el ente asistencial asegura que el paciente no contraerá infecciones hospitalarias; ese es el resultado prometido (Gamarra, Responsabilidad Civil Médica, T. II, p. 364). Partiendo de tal premisa la demandada, probada la infección intrahospitalaria, sólo podrá eximirse de responsabilidad acreditando la existencia de una causa extraña que no le sea imputable".

En el mismo sentido se pronunció la Dra. Dora Szafir al indicar que: "la obligación que se incumple cuando un paciente hospitalizado contrae una infección o enfermedad nosocomial (tétanos, estafilococo, piocianico) es de resultado (...)" . "Normalmente, el punto se vincula a la esterilización de los materiales y asepsia de la planta física (quirófanos que serán usados en la oportunidad, etc.).

Es conocido por todos que, pese a todas las medidas que se adopten, existe un porcentaje de microorganismos que no se pueden combatir en su totalidad, debido a que resisten los procesos conocidos de esterilización química. Ello se debe a que la cadena de eventos que va desde la esterilización en autoclave del material a ser usado hasta el empleo en el

paciente, supone un gran número de eslabones (manipulación por personal de enfermería, técnica del lavado de manos, manipulación del material por el resto del equipo quirúrgico) e implica que determinados gérmenes escapen al control humano (no a la esterilización). El incumplimiento de las normas estrictas de asepsia y antisepsia exponen al enfermo a infectarse por gérmenes exógenos o de la flora de los diferentes ecosistemas del propio paciente (flora indígena). Sin embargo, el porcentual de riesgo en tal sentido es bajo, lo que nos lleva, como de la mano, a sostener que los entes asistenciales, asumen en este punto, una obligación de seguridad y de resultado" (Anuario de Derecho Civil, T. XXV, pág. 601).

Por ello, partiendo de tales premisas y de acuerdo al material probatorio incorporado a la causa, se disiente con la conclusión a la que arribó la Sala, dado que en casos de infecciones hospitalarias la obligación, es sin duda de seguridad—de devolver al paciente indemne de otras enfermedades—, y de resultado porque el álea es baja (no inexistente, como exige el Tribunal), por lo que el incumplimiento del contrato se configura por el sólo hecho de producirse la infección ajena a su enfermedad, salvo que la Mutualista acredite que el daño fue producido por una causa extraña no imputable a su conducta (...).

Como se indicó en la ci-

tada Sentencia de la Corte N° 580/2008: "Probado el incumplimiento de la obligación de seguridad resultado (la infección) al demandado sólo le es posible exonerarse cuando acredita la causa extraña que no le es imputable (regla del art. 1342) y precisamente por ello es que ha de probar que la causa es endógena, por el requisito de la exterioridad de la fuerza mayor, que debe ser un hecho externo al deudor; mientras que si la causa es 'interna', como sucede en el caso de la infección hospitalaria o nosocomial, el daño tendrá que ser soportado por el deudor, esto es, por el ente asistencial. La división 'endógena-exógena', que corresponde al origen de la infección, no es otra cosa que la regulación de este caso concreto por la distinción básica entre la causa externa, que permite la exoneración del deudor y la interna, que no la tolera".

En función de ello, la demandada debió acreditar la causa extraña no imputable, es decir la hipótesis de un fenómeno externo al deudor, imprevisible e irresistible que le causara una imposibilidad absoluta de cumplimiento, a efectos de exonerarla de responsabilidad, lo que no aconteció (...).

2) Para la Sra. Ministra, Dra. Elena Martínez, así como también para el redactor, cabe reiterar lo que sostuvieron, en sentencia N° 164/2008, siendo integrantes del Tribunal de Apelaciones

en lo Civil de 6° Turno: (...) debe determinarse cuál es la naturaleza de la obligación de la mutualista con respecto a las infecciones intrahospitalarias, esto es, si se trata de una obligación de medios o de seguridad-resultado.

El Tribunal (...) adhiere a la doctrina que califica esta obligación como de medios.

Como ha sostenido la Sala Homóloga de 5° Turno, con anterior integración: "El resultado objeto de la prestación es el hecho de que el enfermo no contraiga infecciones, la aplicación de la diligencia debida de la conservación, higiene, esterilización y asepsia del block quirúrgico no es sino el comportamiento del deudor que corresponde a una obligación de medios de actividad, comportamiento, prudencia y diligencia, inidóneo para exonerar de responsabilidad en caso de inejecución de una obligación de resultado" (sentencia N° 209/2000, publicada en La Justicia Uruguaya, Tomo 123, c. 14.105).

El Prof. Gamarra también parece adoptar dicha posición, al examinar los posibles fundamentos de la jurisprudencia para sostener la teoría de la obligación de seguridad-resultado y la posición sostenida por Dora Szafir y Celso Silva.

Recoge las expresiones del

eminente médico cirujano cuando expresa que "debe admitirse un porcentaje aceptable de incidencia de infecciones para cada tipo de cirugía". Y concluye: "Entonces, si existe aleatoriedad, ¿cómo explicar esta obligación de resultado?".

Pero además sostiene que cuando Szafir y Silva expresan que "la institución podrá demostrar la inevitabilidad acreditando que se cumplieron todas las medidas conocidas para evitar el riesgo", en rigor, "lo que se describe aquí como prueba de la eximente no es tal; porque no justifica ningún hecho externo que rompa el nexo causal (como sería el caso, por ejemplo, del carácter endógeno de la infección) y en lugar de aportar una prueba positiva, está basada en una negativa (conducta diligente); aunque se diga que 'no se trata de demostrar la ausencia de culpa'.

En trabajo anterior sobre el tema, Szafir individualizaba el resultado 'en la conservación, higiene, esterilización', lo que no es —dice el Maestro— sino el comportamiento del deudor que corresponde a una obligación de medios (actividad, comportamiento, prudencia y diligencia), esto es, algo que forma parte del deber de atención cuidadosa, prudente y técnica, que caracteriza a la prestación asistencial como de medios" (Gamarra, Jorge, Responsabilidad Civil Médica, T. 1, ps. 239-249).

IV) En cuanto a la responsabilidad del Banco de Seguros del Estado.

La Corte, por unanimidad y por distintos fundamentos, considera que el agravio no es de recibo.

El recurrente cuestiona, en esencia, la valoración de la prueba realizada por la Sala, con especial referencia a la prueba pericial incorporada.

1) En cuanto al error en la valoración probatoria como causal de casación.

Al respecto, la Corte, en mayoría, ha sostenido, con base en el art. 270 del C.G.P.:

A pesar de que la referida disposición prevé, incluso, como causal de casación la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba, al ámbito de la norma queda circunscripto a la llamada prueba legal, o sea aquella en que la propia Ley prescribe que verificándose ciertos presupuestos por ella misma indicados, el Juez, aunque opine distinto, debe darle el valor y eficacia previamente fijados; o en el caso de apreciación librada a las reglas de la sana crítica, cuando incurre en absurdo evidente, por lo grosero e infundado.

Es jurisprudencia constan-

te de esta Corporación que tanto la revisión de la plataforma fáctica como la revalorización de la prueba no constituyen motivo casable, por cuanto el ingreso a ese material convertiría a esta etapa casatoria o de revisión meramente jurídica, en una tercera instancia no querida por el legislador (...).

A mayor abundamiento: El ingreso al material fáctico en instancia casatoria requiere una condición o código de acceso ineludible: es menester que el error en la valoración de la prueba en que haya incurrido la Sala de mérito configure un absurdo evidente, un razonamiento notoriamente ilógico o aberrante, en suma, que la infracción a la regla de derecho contenida en el art. 140 C.G.P. revista una excepcional magnitud, fuera de toda discusión posible (...), (cf. sentencias N^{os} 829/2012, 508/2013, 484/2014, entre otras).

A su vez, la Sra. Ministra, Dra. Elena Martínez, si bien comparte tales consideraciones, destaca que no sólo se requiere la existencia de una contradicción grosera de las reglas legales de valoración de la prueba, sino que, además, ello debe surgir de la forma en que se estructuraron los agravios, aun cuando el impugnante no hubiese utilizado, concretamente, las expresiones de absurdo evidente o arbitrariedad manifiesta. Es necesario que del contenido

de sus agravios surja, cualesquiera sean los términos que utilice, que lo que se denuncia es la existencia de una valoración absurda o arbitraria.

Por tratarse, entonces, de un extremo que no surge de la expresión de agravios, la Corporación no puede ingresar a su análisis, a riesgo de incurrir en un vicio de incongruencia. Y en apoyo de su posición, estima del caso citar la sentencia N° 522/2014 de esta Corte, en la que se expresó: *La trascendencia de la demanda de casación es inusitada, pues la Corte está limitada por ella, o sea que, siguiendo el principio dispositivo, sólo está en capacidad de examinar las causales presentadas por el recurrente dentro de los aspectos planteados por el mismo. Si existe una causal viable, pero que el recurrente no aduce, la Corte no puede actuar de oficio aun cuando observe objetivamente su conducencia. La Corte no puede inmiscuirse en la parte no tachada de la sentencia, ni en motivos no invocados expresamente, aunque fueran pertinentes...* (cf. Hernando Morales Molina: "Técnica de Casación Civil", pág. 98), (sentencias N°s 648/2006, 770/2008, 135/2009, 357/2009, 414/2009, 110/2010 y 520/2013, entre otras).

Por su parte, el Sr. Ministro, Dr. Jorge Larrieux, en una línea similar a la sustentada por la Dra. Elena Martínez, entiende que si

bien no es preciso utilizar los términos de "absurdo", "irracionalidad" o "arbitrariedad" -que, sin duda, señalan el apartamiento de la discrecionalidad ínsita en la sana crítica-, sí lo es que el recurrente lo explique o fundamente, por cuanto no puede limitarse a señalarlo, sino que, además, debe demostrar la incidencia del vicio denunciado sobre el dispositivo (cf. Fernando de la Rúa, "El recurso de casación en el derecho positivo argentino", edición Zavalía, 1968, pág. 469).

Sobre esa base, el Dr. Larrieux, señala: "No procede en el ámbito casatorio la revisión de los criterios de valoración del órgano de mérito, cuando se trate de pruebas libradas a los poderes discrecionales, bajo reglas de sana crítica.

Ello, por cuanto, implicaría una eventual alteración del material de hecho del fallo que es inmodificable y, sobre el cual debe, eventualmente, dictarse sentencia anulatoria, reemplazando los fundamentos jurídicamente erróneos".

A su vez, el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, considera que, tal como ha reiteradamente sostenido, la valoración probatoria realizada por el tribunal "ad quem" no resulta excluida de control en casación, en la medida en que, toda vez que se invoca como causal la infracción o la errónea aplicación del art. 140 del C.G.P., es posible ingresar

al análisis de la eventual vulneración de las reglas de la sana crítica, sin que sea necesario, para que proceda la referida causal, acreditar la existencia de absurdo evidente o arbitrariedad manifiesta, habida cuenta de que la Corte se encuentra habilitada para analizar la adecuación lógica de la decisión adoptada.

2) En cuanto a la valoración de la prueba cuestionada en autos.

Sin perjuicio de los diferentes matices que en torno a este tema sustentan los integrantes de la Corporación, todos coinciden en que el razonamiento probatorio de la Sala no supuso apartamiento alguno de las reglas legales de valoración de la prueba.

Por el contrario, se advierte una valoración probatoria que se ajusta estrictamente al sistema legal consagrado en el art. 140 del C.G.P.

2.1) Para los Sres. Ministros, Dres. Ricardo Pérez Manrique, Jorge Larrieux y Jorge Chediak, partiendo de las premisas que expusieron en el considerando anterior, habiéndose probado que la causa de la sepsis (bacteria estreptococo beta hemolítico del grupo A) que el paciente contrajo fue consecuencia del suministro de un medicamento por inyección intramuscular mientras estaba internado (véase, en especial, el consi-

derando 4 de la sentencia impugnada, particularmente, fs. 771-772) y teniendo en cuenta que el Banco de Seguros del Estado no acreditó ninguna causa extraña que no le fuera imputable, no resta más que concluir que se verificó la responsabilidad de la Administración estatal demandada.

Por su parte, el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, considera del caso destacar que la conclusión a la que arribó la Sala no resulta reñida con las reglas legales de la sana crítica, puesto que efectuó una valoración del material de convicción allegado a la causa de conformidad con las reglas del correcto entendimiento humano.

En el caso, se produjeron varios informes técnicos y periciales adecuadamente fundados que fueron evaluados por el tribunal "ad quem", lo que descarta que la valoración que realizó pueda calificarse como vulneratoria de las reglas legales de la sana crítica.

Así, a fs. 771, la Sala dio por probada la responsabilidad del Banco de Seguros del Estado al resultar acreditado que la infección fue contraída como consecuencia de los inyectables aplicados al paciente, cuestión que surge probada y recogida en las conclusiones del último dictamen pericial efectuado por la Dra. Zully Domínguez, que la Sala califica como

el más completo en mérito a haber sido el último dictamen que tuvo a la vista los peritajes anteriores, la autopsia forense en Sede penal y su consecuente valoración.

En la recurrida se aplicó correctamente el art. 184 del C.G.P., ya que el peritaje de la Dra. Domínguez no contiene ningún elemento capaz de desvirtuar sus conclusiones, ni resultó impugnado por las partes, que ni siquiera hicieron constar observaciones.

Asimismo, se trata de un informe pericial que fue ratificado en la audiencia complementaria, en la que se recibieron aclaraciones y ampliaciones del dictamen (fs. 645 y sgtes.), prueba que la Sala analizó junto con los demás elementos de convicción allegados a la causa al afirmar, a fs. 772, que lo escriturado por la experta fue tácitamente aceptado en la junta médica del Banco de Seguros del Estado del 31 de agosto de 2005 (conclusión N° 2, fs. 148), y que lo mismo concluyó la autopsia al establecer que la sepsis fue la causa del deceso (fs. 142 del testimonio penal acordonado).

En función de ello, el demandado debió acreditar la existencia de una causa extraña no imputable, es decir, la hipótesis de un fenómeno externo al deudor, imprevisible e irresistible

que le causara una imposibilidad absoluta de cumplimiento, a efectos de exonerarla de responsabilidad, lo que no aconteció (sentencia N° 580/2008 de la Corte).

Por lo tanto, para el Dr. Pérez Manrique, ningún error corresponde atribuir al pronunciamiento de segunda instancia cuando concluye determinando la plena responsabilidad del Banco de Seguros del Estado, conclusión que habilita la consideración de los daños reclamados por los actores (fs. 773).

2.2) Por su parte, la Dra. Elena Martínez señala que el impugnante no reprocha la valoración probatoria en punto a la configuración del nexo causal, pues no está en discusión que la infección y el ulterior deceso de Raúl Cardozo fue consecuencia del inyectable que se le aplicó.

Es cierto que el Banco de Seguros del Estado adujo la eximente de fuerza mayor y cuestionó la decisión en cuanto a que no la tuvo por configurada. Sin embargo, tal reproche no puede ser analizado en casación, pues apunta a revalorizar el material probatorio, sin que, a su vez, se hubiera alegado arbitrariedad o absurdo evidente en la operación intelectual llevada a cabo por la Sala.

Pero, aun de no compartirse este último enfoque, igualmente la decisión resistida

no es pasible de ser revisada en casación, porque, en el caso, se produjeron varios informes técnicos y periciales (fs. 88, 443/449, 463/469, 502/508, 517/530, 544/546, 576/593 y 645/649), todos adecuadamente fundados, pero con diferentes conclusiones, prueba que, como lo demostró el análisis realizado por el Dr. Pérez Manrique en el numeral anterior de esta decisión, fue correctamente valorada por el tribunal "ad quem", en un todo de acuerdo con las normas en la materia, conclusión que este redactor comparte íntegramente.

V) En cuanto al monto del daño moral.

La Corte, por unanimidad, considera que el agravio no es de recibo.

Ello, porque, como ha reiteradamente sostenido, la fijación de las cifras de reparación del daño moral pertenece a la órbita de discrecionalidad de los tribunales de mérito, en la medida en que la estimación se efectúa teniendo en cuenta, esencialmente, circunstancias de hecho (cf. Vescovi, El recurso de casación, pág. 82).

En este marco, la única posibilidad de ingresar a analizar el monto de la indemnización se da cuando la cantidad establecida resulta arbitraria o absurda, ya sea por lo ínfimo o por lo desmesurado, que no es el caso de autos (sentencias N^{os}

137/2008 y 408/2012, entre otras).

VI) En cuanto al daño moral "iure hereditatis".

La mayoría de la Corte, conformada por los Sres. Ministros, Dres. Ricardo Pérez Manrique, Jorge Chediak y Elena Martínez, así como también por el redactor, considera que el agravio no es de recibo.

Ello, porque comparten los fundamentos que, en torno a este tema, expuso la Corporación en la sentencia N° 183/2013: *En cuanto al agravio relativo al daño premuerte "iure hereditatis", se estima que el mismo es transmisible, correspondiendo en el subexamine su condena.*

Como lo ha sostenido la Corporación, el daño premuerte es trasmisible "iure hereditatis", en tanto "(...) existe un daño y corresponde que sea resarcido, ahora, en quienes sucedieron al que sufrió".

"(...) La acción pasa a los herederos conforme las reglas que regulan la sucesión hereditaria; no corresponde, en consecuencia, la exigencia de que sea el causante quien, en vida, haya iniciado la acción; la promoción de la pretensión no tiene virtualidad de variar la naturaleza del derecho que la originó".

"De lo que se trata no es de la trasmisión del dolor, del padecimiento, sino del derecho a obtener su reparación cuando éste es causado por el hecho ilícito de un tercero; y, en ese sentido, no se advierte razón alguna que obste a su transmisibilidad" (Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 60/2004).

Como enseña Gamarra, "Si bien existe una lesión a un derecho de la personalidad (derecho no patrimonial), el derecho al resarcimiento del daño se configura como un derecho al resarcimiento pecuniario; es un derecho de crédito que tiene por objeto una prestación pecuniaria", lo que determina que se trasmita a los herederos según las reglas de la sucesión hereditaria y que sean ellos los titulares de la acción (T.D.C.U.; T. XXIII, págs. 88-89), (cf. Sentencia N° 216/1997, 198/2005, 11/2008 de la Suprema Corte de Justicia).

En otras palabras, la lesión de derechos extrapatrimoniales hace nacer un derecho de crédito (a su reparación) y este derecho, que integraba el patrimonio de la víctima antes de su fallecimiento, es el que se trasmite a sus herederos.

Asimismo, tanto la Dra. Martínez como el redactor consideran del caso destacar que, tal como sostuvieran siendo integrantes del Tribu-

nal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, el daño moral premuerte debe ser indemnizado únicamente en las hipótesis en que la víctima fue consciente del padecimiento sufrido (sentencias N°s 200/2007 y 208/2011, entre otras), extremo este que no fue cuestionado en autos.

Finalmente, cabe señalar que el Banco de Seguros del Estado alude indiscriminadamente al daño moral premuerte o "iure hereditatis" (daño sufrido en vida por el causante, cuyo crédito indemnizatorio se transmite a sus herederos) y al "daño mortal" (daño por la pérdida de la vida) como si fuera una misma cosa. Se trata de conceptos ontológicamente diversos que apuntan a reclamos diferentes, cuya procedencia, en punto al "daño mortal", no ha tenido, en general, recepción jurisprudencial alguna, tal como el propio recurrente se encargó de reseñar a fs. 793 y 794. La confusión del impugnante es clara, por lo que únicamente cabe pronunciarse con respecto al daño moral "iure hereditatis", que fue lo que se reclamó.

VII) En cuanto al lucro cesante futuro.

La Corte, por unanimidad, considera que el agravio es parcialmente de recibo.

En efecto, en punto al al-

cance temporal de la condena, en la demanda se persiguió la reparación del daño como subrogado de la "obligación alimentaria" que la víctima ya no podrá cumplir para con sus hijos menores de edad (fs. 76).

Entonces, esta circunstancia, implícita pero inequívocamente, restringe el lapso de condena al máximo previsto por ley para esos casos, que se sitúa a los 21 años de cada uno de los hijos reclamantes (art. 50 del Código de la Niñez y la Adolescencia).

Por lo tanto, la Sala, al fijar la condena por un lapso no pedido (hasta que la víctima hubiera cumplido los 65 años edad), extendió la condena por un total de 30 años (véase que Raúl Cardozo falleció a los 35 años de edad) y, por ende, incurrió en incongruencia por "extra petita", tal como, sin decirlo con estas palabras, se invoca y se denuncia en la recurrencia (fs. 795), extremo que, por otra parte, los actores no cuestionaron (fs. 804-813).

En consecuencia, con respecto a Mathías Cardozo, la condena deberá limitarse al lapso que va desde el 16 de junio de 2005 (fecha de la muerte de su padre) hasta el 2 de febrero de 2017 (fecha en la cual cumplirá 21 años; fs. 10), mientras que en relación con Cristhian Cardozo deberá limitarse al período comprendido entre el 16 de junio de 2005 (fecha

de la muerte de su padre) y el 3 de noviembre de 2015 (fecha en la cual cumplió 21 años; fs. 9).

El pago del 50% de la suma fijada como salario (\$ 9.000) resulta acorde con lo que normalmente acontece en situaciones como la de autos, en la cual el ingreso percibido no es elevado. Por lo tanto, es presumible que la víctima volcara una cuota importante de su salario para satisfacer las necesidades de sus hijos.

En cuanto a la suma fijada como salario (\$ 9.000), el agravio es de rechazo, pues el embate crítico refiere a la valoración de la prueba realizada por el Tribunal, que no puede tildarse de absurda o arbitraria.

Finalmente, en cuanto al método de cálculo utilizado para arribar a una condena líquida, la Sala condenó al pago en capital con una detracción por percepción anticipada que, en el caso, estimó en un 15% (fs. 777).

Al respecto, el recurrente pretende que la condena se limite a imponer el pago de una renta a los beneficiarios legales.

No le asiste razón, pues, como sostuvo la Corte, (...) *el reproche no será recepcionado, en la medida que, sin perjuicio de haber optado el Tribunal por una forma de pago de la*

indemnización que –en principio– puede merecer objeciones, no habría por ello infringido las disposiciones que cita el recurrente, especialmente el art. 1.323 del Código Civil. En este sentido, enseña Gamarra: "En cuanto al procedimiento a emplearse para liquidar el lucro cesante futuro y su forma de pago el panorama de la jurisprudencia uruguaya está caracterizado por una pluralidad de respuestas, que coexisten sin que por ahora sea posible señalar una corriente o tendencia predominante (...). No existe una solución única que pueda recomendarse con prescindencia absoluta de las restantes (...)". Más adelante, agrega: "Los jueces tienen completa libertad para elegir entre capital y la renta, potestad que proviene de la ausencia de previsión legal al respecto" (autor citado, Tratado..., tomo XXIV, págs. 387 y 391).

Por su parte, la Corporación, en pronunciamiento N° 347/03, sostuvo: "(...) la Corte se ha manifestado repetidamente, en términos que ratifica en su actual integración, en el sentido de que la forma de indemnización (capital o renta) del lucro cesante futuro es de libre determinación de los tribunales de mérito; por lo que, no existiendo en el punto regulación legal, no puede configurarse al respecto, infracción legal alguna (Cf. entre otras, sents. N^{os} 272/97, 661/95, 54/99 y 220/01 citada)",

(sentencia N° 384/2004).

VIII) En cuanto al momento a partir del cual se computan los intereses legales.

La mayoría de la Corte, conformada por los Sres. Ministros, Dres. Ricardo Pérez Manrique, Jorge Larrieux y Jorge Chediak, considera que el agravio no es de recibo.

En tal sentido, reiteran su posición en cuanto a que los intereses legales, en casos de responsabilidad extracontractual, se deben desde la fecha del hecho ilícito (sentencia N° 9/2016 de la Suprema Corte de Justicia).

IX) La conducta procesal de las partes no justifica imponer, en esta etapa, especiales condenaciones en gastos causídicos (art. 279 del C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

Acógrese parcialmente el recurso de casación interpuesto y, en su mérito, anúlase la sentencia recurrida en cuanto al límite temporal de la condena impuesta en carácter de indemnización del lucro cesante, que se fija desde el 16 de junio de 2005 hasta el 2 de febrero de 2017 en el caso de Mathías Cardozo, y desde el 16 de junio de 2005 hasta el 3 de noviembre de

2015 en el de Cristhian Cardozo.

Sin especial condenación procesal.

Publíquese y devuélvase.

DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. FELIPE HOUNIE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE: únicamente respecto de lo dispuesto en el Considerando VI.

DR. JORGE T. LARRIEUX RODRIGUEZ Contrariamente a lo expuesto por la mayoría y,
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

manteniendo posición que sostuve siendo integrante del Tribunal de Apelaciones de Civil 4to. Turno, entiendo que no procede hacer lugar al rubro en cuestión.

Así, en Sentencia No. 236/2003 del citado Tribunal, quienes suscribimos tal pronunciamiento expresamos: "...con la lesión nace

el derecho de la víctima a reclamar, pero tal derecho se circunscribe al daño provocado por la lesión y presupone que el titular siga con vida, pues al producirse la muerte se extingue el sujeto de derecho y por tanto no hay titular del crédito resarcitorio emergente del hecho muerte".

"La posición adoptada no implica negar tutela jurídica al valor vida consagrado como derecho a la reparación total emergente del art. 1319 C.C., pues la función satisfactiva de la compensación refiere a la víctima y no a terceros. Como dice Orgaz (El daño resarcible, ed. 1967, p. 218-219) no se legitima que un tercero pueda invocar el dolor de otra persona para pretender indemnización; quien sufre por la muerte de otra persona puede reclamar "iure proprio" por las consecuencias dañosas del ilícito, pero no duplicar su pretensión solicitando indemnización por el daño del tercero..." (Sents. N^{os}. 96/93; 26, 81/95, 6/96; 1/99; 80/03 entre otras)".

DR. FELIPE HOUNIE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDES

PARCIALMEN-

TE: porque

entendemos

que, en ma-

teria de responsabilidad extracontractual, los intereses legales se computan desde la fecha de la demanda (cf.

discordia extendida recientemente en la sentencia N° 9/2016 de la Corte).

Y ello porque, tanto si se trata de una hipótesis de responsabilidad contractual como de extracontractual, los intereses legales corren desde la fecha de la promoción de la demanda. Ante la ausencia de norma específica en materia de responsabilidad extracontractual, consideramos que la norma análoga a la que cabe recurrir como medio integrativo (art. 16 del C. Civil) es la establecida en el artículo 1348 inc. 3 del C. Civil, en mérito a la similitud de fundamento que existe en uno y otro caso (sentencia N° 67/2009 de la Sala Civil de 6° Turno). Ciertamente, conforme a la teoría general de la responsabilidad civil, ella es una sola y atiende, fundamentalmente, a la traslación del daño de quien lo sufre al designado para soportarlo, por lo que nada impide, en la tendencia moderna de unificación de ambos regímenes, la aplicación analógica que propugnamos (sentencia N° 55/2014 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3^{er} Turno, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. 45, c. 432, págs. 407-408).

DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA