En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los 27 días del mes de abril del año dos mil nueve, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Silvia N. Alonso de Ariet y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C., M. A. c/ M., H. A. y otra s/ SUMARIO", expte. nro. 16953/08**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 3721/99), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 268 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 583), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dr. Fernando Nahuelanca y Dra. Silvia N. Alonso de Ariet.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 522/540vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia de fs. 522/540vta. es apelada por el codemandado H. A. M., tal como se informa en la planilla de elevación de fs. 561 y a tenor del informe de fs. 569/576, no siendo contestando por la actora.

Tras extensa introducción, recién a fs. 572, p. V., se vierten las quejas; en la primera argumenta respecto de la responsabilidad profesional que lo pudo haber cabido en los hechos y en la segunda en cuanto a la cuantificación de los rubros por los que

prospera el reclamo. Se formula reserva del llamado "caso federal".

En primer lugar vale recordar que, como consecuencia de los principios de plenitud y congruencia, el sentenciante no puede resolver cuestiones que no hayan sido objeto de demanda o reconvención (ver v.gr. SCBA, julio 31-1984, TySS 1985-117), ya que todo pronunciamiento debe ceñirse a los términos en que quedó trabada la litis a los efectos de no contrariar el principio de defensa en juicio e igualdad de las partes en el proceso (CNTrab., sala I, julio 29-1983, TySS 1983-864).

Además, no se puede sentenciar variando los términos en que ha quedado trabada la litis con lo dicho en la demanda y lo afirmado en el responde, sin que tenga la virtud de integrar la litis las afirmaciones del alegato, los requerimientos del escrito de prueba o lo que se expresa en los agravios (ver v.gr. CNTrab., sala VII, marzo 13-1981, TySS 1981-201).

Tales pautas de actuación no han sido tenidas en cuenta por la recurrente ya que olvida, con absoluta deshonestidad argumental, las contundentes afirmaciones iniciales respecto a la inexistencia del hecho que ahora cuestiona en cuanto a su grado de responsabilidad y de las imputaciones que formulara respecto de la víctima y de sus innobles apetencias económicas.

Así, comenzaba aquel reprochable libelo capitulado: "Realidad de los Hechos" (fs. 183 p. B), señalando que "No hay duda V.S. que esta demanda que hoy me toca contestar persigue un fin ilícito por cuanto, como sostuve en mis deposiciones en sede penal,

jamás practiqué una intervención quirúrgica a la actora y mucho menos en las condiciones y modalidades citadas por ella". Y sigue a renglón seguido: "Ahora bien no soy yo quien deba explicar el motivo que indujo a la Sra. C. a practicar un reclamo de este tipo, estimo yo que su mero ánimo de lucro y resentimiento la llevan a responsabilizarme por un hecho que no cometí...". Promete a continuación prueba cierta de estos asertos incluida la causa penal.

Ahora bien, a la luz de todas la prueba adquirida respecto a la negada autoría de la intervención quirúrgica causante del daño probado y de la condena firme en sede penal por tal proceder, al margen de tal mendacidad, el debate actual respecto al alcance de su probada negligencia resulta tardía, poco feliz e inadmisible.

En el caso, el a quo ha valorado adecuadamente la prueba adquirida sin advertir reproche alguno por parte de la víctima que de algún modo beneficie al recurrente en cuanto a su responsabilidad y la extensión de la misma en relación con la naturaleza de la obligación asumida (ver v.gr. Yungano-López Bolado – Poggi - Bruno en "Responsabilidad Profesional de los Médicos", ed. Universidad, 1982, pág. 181, parág. II).

Aún luego de confrontar posiciones doctrinarias como v.gr. de Vázquez Ferreira Roberto en "Daños y perjuicios en la cirugía plástica: Obligaciones de medio o de resultado", Revista Jurisprudencia Argentina del 8 de noviembre de 1995, p,. 36 y de Hersalis, Marcelo - Magri, Eduardo O. En "Cirugía Plástica. Régimen de la obligación que asume el profesional", LA LEY 2005-B, 431 con la de Alfredo

Mario Condomi en "Responsabilidad civil en cirugía estética"; Revista Doctrina Judicial, director Carlos J. Colombo del 28 de mayo de 1997, p. 191 y adherir a pautas más benévolas teniendo en cuenta el fin buscado por la víctima a través de estos métodos de embellecimiento, el recurrente puede escapar a las mínimas obligaciones que le impone la profesión a la luz de su ley reglamentaria y de las consecuencias de la misma a la luz de la normativa común vigente, máxime cuando afronta la atención del paciente en un medio absolutamente inadecuado y precario, sin respetar la mínima regla preventiva (información, consentimiento, asepsia en quirófano, protocolos, registros de evolución o historia clínica, personal auxiliar, obligaciones posteriores al hecho quirúrgico, cúmulo de deberes totalmente ignorados por el recurrente).

Pero en todo antecedente análogo he adherido a la corriente doctrinaria y jurisprudencial, sin perjuicio de considerar en alguna situación en particular conductas típicas de estos procedimientos estéticos tan en auge, que en las operaciones plásticas no cabe entender que el facultativo se obliga a lograr el resultado buscado por él y su cliente, sino más bien, a ejecutar con diligencia lo que la ciencia, la técnica y el arte médico indican como conducentes para ello, según las circunstancias de las personas, del tiempo y de lugar (ver v.gr. CNCiv., sala A, 2004/07/16- Longo, Gabriela R. V. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros- Rev. JA de diciembre 22-2004, JA 2004).

No resulta, tampoco procedente admitir como argumento que el paciente demandante hubiese roto cualquier nexo causal entre el daño y la actuación del

médico demandado, al ponerse en manos de otro profesional, en el supuesto en que habiéndose sometido a una cirugía reparadora, con derivaciones estéticas, ello no hubiese resultado favorable ni oportuno. Es que la obligación del paciente de seguir el tratamiento médico, tiene su límite en lo dispuesto por el art. 1111 CCiv., no pudiendo exigírsele al paciente que continúe con un profesional que le causa un daño en lugar de optar por otro que le alivia el dolor -art. 1049 CCiv.-, tal como ha quedado sobradamente probado en autos, más allá de la subjetiva interpretación y relación que busca a través de la pericial obrante en la causa criminal -argumento novedoso y no esgrimido en la etapa oportuna- (ver en igual sentido: "Delgado Marcela c/ Di Martino Carmelo s/ daños y perjuicios", CNCiv., Sala B, 29-dic-05, Cita: MJ-JU-M-6791-AR, MJJ6791).

Así, no cabe duda que en el caso es dable afirmar que la responsabilidad del médico por los daños ocasionados al paciente debe valorarse no sólo por las pautas del art. 512 del CCiv., sino además en virtud de la mayor capacidad de previsión profesional, de conformidad con lo dispuesto por el art. 902 del mismo ordenamiento (ver entre muchos CNCiv., sala A, marzo 7-997, JAgrup. Por Eduardo M. Rico n° 14, en LL de febrero 17-1999).

Si toda sentencia debe constituir una unidad lógico jurídica cuya parte dispositiva debe ser la conclusión final y necesaria por derivación razonada del examen de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en su fundamentación, tal como pacíficamente se ha admitido (ver v.gr. CS, abril 6-993- "Amaya, Mario A…", Rev. La Ley del 07/04/94, pág. 4, fallo

92.075). La impugnada, en cuanto a la atribución de responsabilidad por parte del profesional actuante ha quedado consentida por insuficiencia de la queja, que además de extemporánea no supera la mera disconformidad con lo resuelto sin que alcance al grado de crítica exigido por el art. 265 CPr.

Insisto, el art. 277 CPr., expresamente pauta la situación de los poderes de la magistratura que conoce en grado de apelación al indicar que "el tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia". En consecuencia el límite está en el thema decidendum propuestos por las partes en los escritos de constitución del proceso (conf. Falcón ob. cit. t. II, p. 438, entre otros). Y como segundo límite lo que ha sido materia de agravios, que en el caso controvierten todo lo expuesto al inicio, ignorando decisiones firmes que se imponen de conformidad al art. 1102 del CCiv. y sin razón normativa, doctrinaria o jurisprudencial alguna cuestionan el alcance de la responsabilidad atribuida al causante de los daños denunciados.

En cuanto a la cuantificación del daño corresponde, al igual que en el rubro anterior, desandar el camino y comenzar por lo afirmado y negado al contestar la demanda, esto es a fs. 185vta.

En cuanto a tal cuestión vale recordar que tal como enseñan Lino E. Palacio y Adolfo Alvarado Velloso en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal Culzoni 1997, pág. 432, la negativa genérica e indeterminada no satisface el requisito legal, que desecha fórmulas tales como "niego los hechos que no sean expresamente reconocidos", o "niego todos y cada uno de los hechos expuestos por el

actor, salvo los reconocidos en este escrito", pues la respuesta negativa no puede quedar circunscripta a una mera fórmula, por categórica que sea su redacción, sino que debe apoyarse en alguna razón que la justifique. La negación en otras palabras debe ser fundada, sea mediante la alegación de un hecho contrario o incompatible con lo afirmado por el actor o a través de algún argumento relativo a la inverosimilitud de ese hecho, tal insuficiencia alcanza al contenido del p. II de aquella presentación.

Ahora bien, la faltas de reconocimiento del valor de la prótesis y del gasto por honorarios los fundaba en la ignorancia de los hechos que los había ocasionado, era lógico, mal podría otorgar un recibo de pago por lo que no había hecho. Pero probado el hecho, tal defensa se diluye y nada alegó a modo subsidiario.

Así, conociendo el reclamo en todos sus ítems debió considerar una defensa adecuada que refleje con algún grado de certeza el gasto real y no simplemente escudarse en la mera alegación de exorbitancia. De tal modo el a quo, además de valorar adecuadamente los datos que le permitieron fijar el valor del daño patrimonial, lo ha hecho también con fundamento en su obligación emergente por el art. 165 CPr. y nada se argumentó en cuanto al uso inadecuado de las pautas que gobiernan tal deber.

No debe olvidarse que la recurrente, marcando una constante en su conducta procesal, no formuló ninguna impugnación o reserva respecto a la pericial del Dr. S., de modo tal que la queja actual con fundamento en dicho dictamen resulta absolutamente extemporáneo.

La misma suerte cabe para la queja por

daño moral cuando a la hora de cuestionar el rubro y el monto estimado lo consintió con su silencio.

Propongo al acuerdo, en consecuencia con lo dicho precedentemente que se desestimen todos los agravios vertidos por la recurrente con costas y se difiera la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán presentes las pautas arancelarias de la ley 2200 y 4335, también se tendrá presente la reserva formulada del llamado "caso federal".

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por el codemandado H. A. M. y, en consecuencia, mantener firme el fallo de fs. 522/540vta. en cuanto fue materia de agravios.

2. Costas de la alzada a cargo de la recurrente, difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo de conformidad con los considerandos pertinentes y teniendo presente la reserva formulada del llamado "caso federal".

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia de fs. 522/540vta., hace lugar a la demanda y condena a los codemandados H. A. M. y D. F. D, en forma conjunta y solidaria, a pagar a M. A. C. la suma de $69.000, plazo 10 días, con sus intereses y en concepto de daño moral y material. Rechaza los ítems por gastos futuros e incapacidad temporaria. Impone las costas a los codemandados y regula los honorarios de los profesionales intervinientes.

A fs. 541 se notifica a la psicóloga

forense y a fs. 542 apela por la parte actora la representación letrada. A fs. 543 apela la parte codemandada. Los recursos se conceden a fs. 554.

A fs. 569/576, expresa agravios el codemandado H. A. M., bajo apoderamiento letrado. Señala el objeto del recurso y los antecedentes de la causa. Que en la causa penal caratulada: "M. H. A. s/ lesiones culposas" – N° 1786/2001, se dictó la sentencia definitiva 22 año 2003, condenando al demandado a la pena de dos años de prisión, en suspenso y a cinco años de inhabilitación especial para el ejercicio de la medicina y costas del proceso (arts. 29, inc. 3°, y 486 CPP), como autor del delito de lesiones culposas reiteradas –2 hechos en concurso real (arts. 95 y 55 C.P.)–, en perjuicio de M. A. C. de G. y N. G. S., acto jurisdiccional firme. Determina los términos de la demanda de fs. 152vta. a 169vta., y de la contestación de fs. 183 a 185vta., en la que destaca que jamás practicó una intervención quirúrgica a la parte actora, que había una gran demanda de pacientes femeninas, consultado muchas veces y por lo que no recuerda haber evacuado una consulta a la actora acompañada de su prima; que no era un improvisado en la materia con más de 15 años en intervenciones quirúrgicas; que jamás implementó la técnica quirúrgica de incisión transareolar y que a fs. 39 de la causa penal la actora manifiesta haberse practicado curaciones con la ayuda de N. S. y señala sus peligros consiguientes en materia de infecciones (puntos 7 a 11 de fs. 571 y fs. 571vta. Manifiesta que la codemandada D. F. D no contestó la acción. En su punto 4 de fs. 571vta., señala lo que denomina "el plexo probatorio" y en IV (fs. 572, el contenido de la sentencia. Al

formular en el capítulo V del primer agravio (fs. 572), sostiene que la sentencia aplica erróneamente la norma sustantiva respecto a la responsabilidad del actor, por consecuencias mediatas del hecho reputado ilícito a título de culpa, de conformidad con lo previsto en los arts. 519, 520 y 521 del CC; que solo pasó más de un mes desde la fecha en que finalizó la intervención quirúrgica atribuida al Dr. M. (1/3/97), hasta que la paciente A. C. decide en fecha 7/4/97, consultar al Dr. E. B., especialista en implantes mamarios, quien la examina y le aconseja la extracción y que efectúa el Dr. B. con la asistencia del cirujano Dr. T. C.; que con posterioridad, curada la infección del pecho derecho se extrajo la prótesis del izquierdo en 7/7/97 y se colocó nuevos implantes por el Dr. E. S.. Que se incurre en defecto de fundamentación al sostener una relación de causalidad entre la conducta de M. y los consecuencias provenientes de actos médicos de otros profesionales, como que no se ha tenido en consideración el informe pericial de la causa penal de fs. 140/142 del Dr. B.. Que por ello resulta contradictoria la evaluación y porque se está dando crédito a profesionales que intervinieron en distintos tramos de asistencia. Cita L.L. 1981-D-132. Reitera que se responsabiliza a su parte por consecuencias mediatas, en cuanto la actora decide posteriormente realizarse otros reimplantes de ambas prótesis a los fines estéticos. Reitera, asimismo, los principios de los arts. 520 y 521 CC, que excluyen las consecuencias mediatas, porque se condena a título de culpa y no de dolo, que las consecuencias casuales y remotas no son indemnizables. Que la víctima solo puede reclamar las consecuencias del “meollo (núcleo) del daño” y cita

fallo DT 2001-B-1565. En el punto 2°) sostiene una inadecuada valoración de la causa al otorgar valor probatorio de los gastos de las intervenciones quirúrgicas en estimaciones subjetivas y extemporáneas del perito médico D. S., que formula su dictamen varios años después de las operaciones con datos de una realidad económica distinta. Transcribe en cursiva (fs. 574) lo que establece la sentencia sobre la necesidad de reparar las intervenciones quirúrgicas, la realizada por la propia demandada ($13.000), la segunda cirugía del Dr. B. y la del Dr. S. ($18.000) e impugna en cuanto se consideran razonables las sumas fijadas por el experto. Sostiene que de acuerdo a la prueba rendida no se ha podido determinar los honorarios profesionales que habría erogado la actora en su primer cirugía estética fallida, por la carencia de documental, con lo que considera por demás exorbitante la suma de U$s13.000. Consecuentemente considera desproporcionado el equivalente actualizado por la suma de $39.000. Establece consideraciones respecto a la finalidad de la indemnización de daños y perjuicios y cita jurisprudencia respecto a la equivalencia que debe guardar la indemnización respecto a la magnitud del daño. Se agravia por la cuantificación del daño moral por la suma de $30.000, sosteniendo que no guarda relación con las constancias de la causa. Reserva el caso federal (fs. 575vta./576).

Conforme resulta del memorial de agravios de la parte codemandada de fs. 569/576, queda determinado que se peticiona la revocatoria parcial de la sentencia, en tanto, la reclamación por daños y perjuicios que motiva el presente juicio interpuesto por la parte actora M. A. C., tiene el pronunciamiento

de la justicia penal correccional por la que el demandado M. es condenado a la pena de dos años de prisión en suspenso (art. 26 C.P) y de cinco años de inhabilitación especial para el ejercicio de la medicina, más las costas del proceso (art. 29, inc. 3°, C.P y art. 486 CPP, como autor responsable del delito de lesiones culposas reiteradas -dos hechos- en concurso real, por los hechos ocurridos a partir de los días 1/3/1997 y 24/3/1997, en perjuicio de M. A. C. de G. y N. G. S., respectivamente (fs. 361/390, autos certificados por cuerda, caratulados: "M., H. A. s/ lesiones culposas", expte. N° 1786, año 2001).

En el marco precedente la tesis de la agraviada que es errónea la norma sustantiva aplicada por la sentencia, imponiéndole las consecuencias mediatas del hecho reputado ilícito, la concurrencia de la parte actora al Dr. B. "...que aconseja la extracción de la prótesis del pecho derecho porque padecía supuestamente una infección", que la trata con antibióticos por tres meses para controlar la infección y en 7/7/97, continúa la accionante con el Dr. S. la extracción de la prótesis del pecho izquierdo (fs. 572vta., 1er. párr.), a juicio de la recurrente signados por el dictamen del Dr. B. a fs.140/142 de la causa penal, que indica que los tratamientos correctivos posteriores no estaban destinados a tratar las infecciones que se describen en autos. Afirma que se ha interrumpido el nexo de causalidad con la intervención de otros profesionales.

Pero la demandada nunca controvirtió el nexo vinculante, desde el momento en que su conducta consistió no ya en la mera negativa de los hechos afirmados por la actora, sino en la total negativa del

hecho vinculante de responsabilidad denunciado por ésta parte, que jamás le había practicado un intervención quirúrgica a M. A. C., pero que ahora por imperio de la condena reconoce. Agraviarse, entonces, en esta Alzada por la carencia de nexo vinculante entre la propia intervención quirúrgica de implante mamario practicada por el demandado y las posteriores intervenciones de los Dres. B. y Dr. S., caen por una parte en el caso de la improponibilidad establecida por el art. 277 del CPCCCh, ya que tal defensa no fue opuesta concretamente al Juez de Primera Instancia.

Pero por otra parte, el propio recurrente adelanta los límites del recurso, que en todo caso esta Sala debía citar de oficio ante las cuestiones prejudiciales definitivas por la condena que le ha sido impuesta por lesiones culposas en perjuicio de M. A. C..

Es la sede penal la que, asimismo, acota la materia en discusión y determinantes del nexo causal. Primero, cuando define las conductas del imputado, que mintió en forma consciente al negar que había realizado a la parte actora una intervención quirúrgica de implante mamario con alteración en la estructura física y en el funcionamiento del órgano, con lo que concluye dicha sentencia, que practicó la cirugía estética en el cuerpo de M. A. C., en la calle S. M. ***, X°. piso, donde funcionaba el I. M. E. del S., que no reunía elementales condiciones de higiene, seguridad y asepsia, al margen de no contar con habilitación (fs. 384vta., sent. correc.); también juzgó el Juez que el daño en el cuerpo y en la salud que presentó la parte actora, fue provocado por tal acto (fs. 385vta. sent. correc.) y finalmente –siempre

el Juez de Sentencia correccional– que los evidentes signos de infección demandaron en la víctima la necesidad de su curación de nuevas cirugías plásticas reparadoras (fs. 388, sent. correc.).

Con tales antecedentes, el propio recurso limitado y la condena aludida, la negativa a la relación de causalidad carece de todo respaldo al encontrarse probada la misma en la causa penal y los mismos hechos, a partir de la primera intervención quirúrgica, calificadas como necesarias en razón de la anómala conducta médica del demandado, con lo que constituyeron consecuencias inmediatas y necesarias del mismo hecho, en el concepto del art. 520 C.C. Se rechazan, en consecuencia, las impugnaciones a las conclusiones del sentenciante que se exponen a fs. 574, desde que la comprensión del Juez Civil resulta armónica con la sentencia que sienta las cuestiones prejudiciales. La agraviada opone como indebidos el crédito otorgado a los profesionales posteriores a su actuación, como asimismo expuestos a responsabilidades civiles, extremos que en modo alguno se encuentran en tela de juicio, pero, fundamentalmente, su adecuada intervención es asimismo cosa juzgada en sede penal como fundamento de los extremos de cargo, con lo que su aserción en materia civil se ajusta también a derecho. Debe recordarse que las conclusiones alcanzadas en sede penal no son discutibles en el fuero civil conforme con lo previsto en los arts. 1101 y 1102 CC, por existir identidad de sujeto, objeto y causa.

Se rechaza en consecuencia el primer punto de los agravios.

En cuanto en el punto 2°) de fs. 574 y ss., opone la agraviada la inadecuada valoración de la

sentencia para establecer el monto de la reparación, otorgando valor probatorio a la pericia médica del Dr. S. de fs. 485/489, formalizada varios años después que las intervenciones médicas tuvieron lugar.

En principio debe tenerse presente que si el Tribunal no puede fallar sobre puntos no sometidos a la decisión del Juez de Primera Instancia, sin embargo debe resolver sobre los intereses y daños y perjuicios (Conf. art. 277 CPCCCh).

Si bien señala el sentenciante al abocarse a determinar "la reparación", que la actora peticiona por daño material y moral la suma de $37.150 (gastos terapéuticos y de farmacia $4.750; incapacidad temporaria $2.400 y daño moral $30.000 = $37.150), no advierte que los daños que señala reclamados por la actora son conocidos al demandar, por lo que no ingresan a lo que resulte de la prueba en más o en menos. Es la inteligencia del art. 330, inc. 3, y en su relación al último párrafo, que solo permite apartarse del principio de determinación cuando las circunstancias no permitan fijar el monto, porque dependen de una actividad probatoria aún no realizada (Conf. C.Nac.Civ., Sala F., 19/10/76 – Jackelson, Raquel v. Alonso de Otegui, Olga E. y otros", en Rep. J.A. 1981-III p.817 n° 12). Debe agregarse que, asimismo, resulta factible la cuantificación del daño por el Juzgador, cuando ante su indeterminación, su existencia se encuentre legalmente comprobada (art. 165 CPCCCh).

La actora integró los reclamos resarcitorios, los que llamó "Gastos Efectuados" (fs. 166), donde incluyó el monto de las intervenciones quirúrgicas del demandado M. y del Dr. S. ($1.500 y

$2.250 respectivamente, con más $1.000 por erogaciones en farmacia, ello es un total de $4.750 que así especifica a fs. 167, con más los intereses desde la fecha del hecho. Demandó además $2400 por gastos futuros e incapacidad temporaria (estos rubros rechazados y firmes en primera instancia, fs. 539vta., punto C.) y $30.000 por daño moral, un total de $37.150, la suma que presidiera la demanda. Aunque no definió el monto de los honorarios del Dr. B., su intervención se encuentra legalmente comprobada (art. 165 CPCCCh), pero no responde a la sana crítica fijar valores en correspondencia con la pericia del Dr. S., totalmente desajustados a los que comparativamente demandó la propia actora. Adviértase que el Dr. S., a quien le cupo las intervenciones finales y de mayor importancia, facturó sus honorarios (fs. 145) por "Cirugía – Plástica de mama Bilateral – Reoperación de prótesis infectada... colocación de prótesis y plástica de mama bilateral – honorarios y gastos – Total $2.250.

En ejercicio de la facultad prevista en el art. 165 CPCCCh y las revisiones precedentes, se avalúa la intervención y gastos correspondientes a la intervención del Dr. B., comparativamente con la facturada por el Dr. S., en la suma de $2.250.

Las objeciones opuestas a la evaluación del daño moral, no explicitan en qué sector de los amplios fundamentos de la sentencia, se aparta de las constancias de la causa. En cuanto a la tesis de la desaparición del daño moral con afirmación de haber sido remediado el hecho estético de carácter disvalioso, con el nuevo implante de prótesis mamaria, es desprecio a los sufrimientos de la parte actora, víctima en principio de un delito del derecho penal de

la autoría de la recurrente por ofensa física a su persona y contraria a la naturaleza del daño, como si el dolo espiritual pudiera cesar abruptamente hacia el futuro y borrarlo hacia el pasado por una supuesta desaparición de la ofensa estética. Reiteradamente se ha señalado por esta Cámara que el daño moral es independiente del daño material, por su distinta naturaleza, porque se trata de una modificación disvaliosa de la sensibilidad, o de la voluntad de la persona o del espíritu. El daño moral incide en lo que el sujeto es: "La inmediatez o no de la repercusión o incidencia no afecta la esencia misma del daño el cual se clasifica con prescindencia de la clase patrimonial o moral del bien lesionado" ("El concepto de daño moral", Matilde Zavala de González, en J.A. 1985-I-726). En definitiva, la ley no excluye el resarcimiento en función de una "supuesta desaparición del daño sufrido", precisamente esta es la razón por la que impone: "La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos, comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral causado a la víctima".

Por otra parte, la recurrente no sigue las evaluaciones de la sentencia bajo el título de "Daño Moral" (fs. 538 y ss.), que la actora a partir del resultado infeliz de la primera intervención, sufre penurias en razón del sometimiento obligatorio a nuevas intervenciones, con seria sensación personal de disvalor estético y procesos de angustia y dificultades para conservar una conducta libre de sentimientos de inferioridad, derivando en trastorno adaptativo con estado de ánimo deprimido, configurante en definitiva de una lesión espiritual.

La cuantificación del daño moral queda librada al criterio del Juzgador, el dolor producido a los sentimientos por las circunstancias propias del caso. La norma del art. 1078 C.C. no define el resarcimiento como una pena, sino desde el punto de vista de la víctima, carácter reparatorio y de compensación o satisfacción por le daño moral sufrido. Es sabido que tal compensación o satisfacción en dinero "no colma por completo el vacío dejado por el daño" (palabras del Dr. Morello en su nota "Carácter resarcitorio y punitorio del daño moral – En pro de una posición funcional", en J.A. 1975, T. 27, pág.342), por lo que en definitiva, no controvertida las especificaciones del sentenciante, estimo debe confirmarse el monto establecido (art. 265 CPCCCh).

En consecuencia, de conformidad con lo expuesto en el presente agravio, entiendo que corresponde hacer lugar parcialmente al mismo, revocando de igual modo la sentencia, con lo que se determina que la sentencia ha de prosperar por la suma de $37.000, con los restantes alcances establecidos en el fallo.

Se tendrá presente la reserva del caso federal.

Costas y honorarios. La sentencia determinó honorarios en función del monto del juicio que en concepto del presente voto, solo prospera hasta la suma de $37.000. No obstante, en ejercicio de lo previsto en el art. 279 CPCCCh., en función de las valoraciones señaladas a fs. 540, pero advirtiendo asimismo el tiempo transcurrido desde que la determinación de los intereses se establecen a partir del 1/3/1997 (fs. 537vta., punto 12.1), los honorarios

regulados se ajustan a las pautas de los arts. 6, 7, 9, 61 y concords. de la Ley 2200 y ref. Ley 4335, por lo que propugno su confirmación.

De igual modo, el carácter indemnizatorio del juicio y su resultado, impone la confirmación de las costas de la primera instancia a la parte demandada (art. 68 CPCCCh). Por las razones señaladas, el alcance limitado del recurso interpuesto, las costas de la Alzada deben mantenerse a cargo de la apelante (art. 68 CPCCCh).

En razón de las normas arancelarias citadas, conjuntamente con el art. 14 de las mismas, el mérito de los trabajos profesionales y su resultado, propongo los honorarios de la presente instancia del Dr. F. R. C., en la suma de $2.400.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte codemandada H. A. M., fundado a fs. 569/576, conforme se expone a continuación.

2) Revocar parcialmente el punto 1°) de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 522/540vta., el cuanto al monto de la condena que se establece en la suma de $37.000, con los restantes alcances de la sentencia.

3) Confirmar la imposición de las costas y honorarios del punto 3°) de la parte resolutiva de la sentencia aludida.

4) Costas de la alzada a la parte demandada apelante, a cuyo fin propongo los honorarios del Dr. F. R. C., de conformidad con el considerando respectivo.

5) Tener presente la reserva del caso federal interpuesta por la parte demandada en el memorial de fs. 569/576.

A la primera y segunda cuestión la Dra. Silvia N. Alonso de Ariet dijo:

1. El fallo y los agravios. Remisión.

Los antecedentes del caso y del fallo dictado, los datos de interposición del recurso y el objeto de los agravios han sido extensamente abordados por los colegas preopinante. Por ello a tales referencias me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios.

Tres han sido las cuestiones principales sometidas a revisión: deber de reparar, monto indemnizatorio por daño moral y por daño patrimonial; en las dos primeras se ha logrado acuerdo; de modo que mi voto se circunscribirá –conforme lo autoriza la ley 4550- a la indicada en último término. Esto es la cuantificación del daño material y adelanto que adhiero a la resolución propuesta por el Dr. Nahuelanca.

Los fundamentos que dan sustento a la adhesión son los que se siguen.

La actora ha especificado en forma clara y precisa cuál es el daño cuya indemnización pretende y, en tal marco indicó los rubros resarcitorios que lo integran los que han sido puntualmente detallados por el segundo votante. De modo tal que el objeto de la acción se definió con la petición del interesado y se cumplieron las exigencias vinculadas con el principio dispositivo como así también las relativas a la defensa en juicio dado que la demandada solo puede cuestionar la concreta reclamación del actor y, a su vez, la

vigencia del principio de congruencia determina el encuadre funcional del magistrado, quien no puede acordar más ni algo distinto de lo demandado (conf. Zavala de González, Matilde “Resarcimiento de daños”, t. 3, “El proceso de daños”, ed. Hammurabi, 2° edición actualizada, Buenos Aires, 1997, p. 47).

El reclamo inicial se integró con los siguientes rubros: gastos efectuados, gastos futuros e incapacidad temporaria en concepto de daño material y daño moral.

El juez de grado, en relación al daño material, sólo acogió el rubro correspondiente a gastos efectuados y tal aspecto de la decisión ha quedado firme por falta de impugnación de la interesada. La cuantificación del rubro ha sido objeto de impugnación y, como he adelantado, la misma prosperará.

Es que, tal partida se integra con los gastos efectivamente abonados por la actora y precisados a fs. 166: gastos y honorarios operación Dr. M. $1.500, segunda intervención quirúrgica a cargo del Dr. S. $2.250, avalado con la respectiva factura obrante a fs. 145, con más la suma de $1.000 por gastos de farmacia.

En este contexto, la determinación judicial del monto de los gastos efectuados debe ser realizado con base en las propias manifestaciones de la actora, avalada por la prueba directa que sobre su cuantía existe a la que he hecho referencia.

Por lo tanto, la pauta que ha adoptado el juez que podría ser válida en otros supuestos no se compadece con las constancias de esta causa. En efecto, la prueba pericial puede ser apta para estimar los gastos de tratamientos futuros pero no en el caso ya

que se ha indicado puntualmente el alcance del gasto.

Luego en la etapa probatoria se acreditó la realización de una tercera intervención quirúrgica a cargo del Dr. B.. La falta de prueba puntual del monto de este gasto obliga a su determinación judicial en base, nuevamente a las constancias de la causa.

En función de lo expuesto, atento su naturaleza y la época en la que la misma acaeció, razones de prudencia aconsejan cuantificarla en la suma propuesta por el Dr. Nahuelanca, esto es la cantidad de pesos dos mil doscientos cincuenta.

Por todo lo expuesto, propongo la modificación del monto de condena correspondiente al rubro gastos efectuados en la suma de $7.000, conforme la siguiente integración: operación a cargo del Dr. M., $1.500; operación a cargo del Dr. S., $2.250; operación a cargo del Dr. B., $2.250, y gastos de farmacia, $1.000.

3. Costas y honorarios.

Las costas de ambas instancias se imponen al demandado vencido, atendiendo al carácter de vencido, a la naturaleza de este proceso y a la falta de controversia en esta instancia.

Los honorarios a favor del Dr. R. C. se fijarán de conformidad con las pautas generales previstas por el artículo 6 de la ley arancelaria y por aplicación de la escala del artículo 14 del mismo ordenamiento.

A la segunda cuestión la Dra. Alonso dijo:

Adhiero a la resolución propuesta por el Dr. Nahuelanca.

Con lo que se dio por terminado el acto,

quedando acordado dictar, con la disidencia parcial del Dr. Alexandre, la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte codemandada H. A. M., fundado a fs. 569/576, conforme se expone a continuación.

2) Revocar parcialmente el punto 1°) de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 522/540vta., el cuanto al monto de la condena que se establece en la suma de TREINTA Y SIETE MIL PESOS ($37.000), con los restantes alcances de la sentencia.

3) Confirmar la imposición de las costas y honorarios del punto 3°) de la parte resolutiva de la sentencia aludida.

4) Costas de la alzada a la parte demandada apelante, a cuyo fin propongo los honorarios del Dr. F. R. C. en la suma de DOS MIL CUATROCIENTOS PESOS ($2.400).

5) Tener presente la reserva del caso federal interpuesta por la parte demandada en el memorial de fs. 569/576.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

SILVIA N. ALONSO de ARIET (Presidente)
FERNANDO NAHUELANCA (Juez de Cámara)
JULIO ANTONIO ALEXANDRE (Juez de Cámara)

REGISTRADA BAJO EL nro. 13 DEL AÑO 2009
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"