--- En la ciudad de Trelew, a los días de junio del año dos mil diez, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Carlos D. Ferrari, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“S. P., I. c/ Z., N. R. s/ Daños y Perjuicios (1877 – 273 – 1999 – 56685)”** (Expte. 755 - Año 2009) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 473. ---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Sr. Juez Dr. Carlos D. FERRARI dijo: ---------- I. La sentencia definitiva de primera instancia (fs. 398/416) acogió parcialmente la demanda entablada, condenando a N. R. Z. a abonar a la parte actora la suma de $ 46.700, de los cuales, la de $ 32.000, devengará intereses desde el 3-VII-2001, mientras que la de $ 14.000 desde el dictado de la misma, y para ambos montos, hasta su efectivo pago, conforme la tasa activa que percibe el B. C. S.A. en sus operaciones comunes de descuento. Imponiendo las costas, con los alcances determinados en el art. 84 del C.P.C.C., en un 40 % a la actora y en un 60 % al demandado y regulando los honorarios de los profesionales intervinientes.---------- II. El fallo es apelado por la representación letrada de la demandada a fojas 419, concediéndose el recurso a fojas 420.---------- III. A fojas 443/455 vta. la parte demandada funda el recurso de apelación interpuesto, expresando en síntesis, los siguientes motivos de agravios: 1.a) Peritaje médico – legal: Afirma que el *quantum* del conocimiento que debe tener el sentenciante debiera ser suficiente para poder valorar a través de la sana crítica no sólo el contenido de la pericia médica sino además el de todas las pruebas aportadas. Especialmente –asevera– ha omitido el *a quo* las expresiones del médico demandado. Agrega que desde el punto de vista médico quirúrgico no tiene sentido alguna pensar que se asumieran riesgos para concluir ilógicamente en la no extracción de la vesícula y que confunde el sentenciante lo que siempre ha dicho la defensa, que extirpó la vesícula, con lo que dijo el perito forense acerca de que se debió informar que se realizó una extirpación parcial de la vesícula, intervención quirúrgica que el demandado jamás realizó, ni vio y que tampoco resulta de la práctica médica, dado que frente al apronte necesario para la intervención, no tiene explicación lógica pensar en dejar un residuo quirúrgico semejante. Manifiesta que el sentenciante ha dejado de lado la opinión de su representado en cuanto solicitó la nulidad de la primera pericia, ni la declaración de la Dra. N. B. V., que declara que a la actora se la operó en el año 1992 de una vía biliar y le quitaron la vesícula por pancreatitis, sosteniendo que es rutina que en el 99,99 % de los casos sacan la vesícula y exploran la vía biliar, que se cumplen pasos y está reglado y que es una rutina y que siempre sacan la vesícula; así como la opinión del testigo Dr. A. L. M., quien sostuvo que se realizaron cientos de operaciones en 1992 y que en casos como

el de la actora el demandado jamás ha dejado la vesícula. Agrega que el juzgado evidentemente no distingue qué es una vesícula, que es un conducto sístico. Respecto de la pericia, el Dr. B. recaba un estudio de videolaparoscopia (fs. 83 vta.) solicitando la actora estudios alternativos aduciendo que su médico de cabecera y cirujanos consultados (no da nombres) se niegan a realizarla por su riesgo, situación que tampoco prueba, pedido al que hace lugar el perito, surgiendo un estudio por imágenes de menor entidad científica. Concluye el perito que “no surge nada que permita siquiera sospechar que a esta persona efectivamente se le haya extirpado la vesícula biliar” obviando expedirse sobre dos puntos propuestos por la demanda en el punto IX, apartado 2. Afirma que la pericia carece de valor como tal; que en primer lugar debió realizar personalmente los estudios básicos del dictamen y no delegar la función que se le encomendó, violando el art. 471 del Código Procesal. Tampoco se encuentra debidamente fundado por método científico, ya que no menciona cuáles fueron los motivos en los que se basa para una conclusión tan firme. La pericia requiere una convicción razonada, no una mera opinión.----------

---

--- Manifiesta la apelante que la actora tuvo una extirpación de la vesícula dificultosa, donde se dejó ex profeso un muñón místico largo y que probablemente con los años haya determinado la dilatación y consecuente “vesiculización del místico”, haciendo esto compatible con la imagen de la resonancia magnética nuclear. Que el contenido en muchas de las exposiciones de la CRNM no es homogéneo, sino con apariencia de contenido mucoide. El colédoco se observa aumentado con respecto a lo habitual a un paciente virgen de cirugía. En los cortes de caras inferiores de hígado la imagen se la observa “más central”, no periférica en borde hepático inferior como es la anatomía habitual, se ve adherida al colédoco e intraparenquimatosa, intrahepática como una verdadera forma de saco (saculización) del conducto místico remanente que entra-sale del colédoco, sin mediar el conducto místico como ocurre anatómicamente. En ninguna imagen se observa cambio de tamaño y se sabe que la vesícula “verdadera” cambia de tamaño con la contracción y vaciamiento de la misma. Agrega que la imagen descripta en el subhepático es más pequeña que la imagen vesicular normal y que estamos ante un paciente colecistectomizado y con una patología subyacente. La CRMN no describe el conducto sístico. Se pregunta si será porque se dilató y determina la imagen de la misma, o vesiculizado en posoperatorio alejado. Apunta que el experto no describió si se observa material de suturas, o señales del cístico normal o dilatado, vesiculizado postcolecistectomía. Señala que hasta el propio perito afirmó que el estudio tiene una sensibilidad del 95,4 %, no es confiable ciento por ciento. El perito forense –dice– tergiversa la información que recibe de los especialistas en imágenes, aseverando en forma terminante lo que para ellos está expresado en forma potencial (S. y D. G.) y frente a la solicitud para mejor proveer que le hace el juzgador solo reproduce párrafos

de otros médicos y no realiza un aporte actualizado del estado real y actual de la actora lo que debió comprender una entrevista con la paciente, para cuando menos interiorizarse de la sintomatología que pudiera padecer, ni qué hablar de la realización de mano propia en apoyo de su postura de algún examen que corroborara sus aseveraciones. b) Historia clínica: el sentenciante no tuvo presente que al momento de dictar sentencia no existía en autos historia clínica alguna por un hecho fortuito (inundación) que releva de toda responsabilidad al médico demandado y que la única documentación relacionada es una fotocopia ilegible del protocolo quirúrgico que fuera aportada por el Instituto de Seguridad Social y Seguros. c) Cumplimiento del consentimiento informado: manifiesta aquí que la propia actora reconoce que fue informada acerca de la enfermedad que tenía y cuál era el tratamiento para la misma, la extracción de la vesícula. Cita jurisprudencia. 2) Los montos por los que prospera la sentencia: Afirma que la interrupción del nexo causal respecto del control post-operatorio que produjo la misma actora con su conducta de incomparecencia al control médico, necesidad que también le fue informada, tiene especial incidencia en la recuperación del paciente situación que exime al demandado de daño alguno por lo cual no encuentra asidero en la suma fijada en tal concepto ($ 7.000), máxime teniendo en cuenta que las pocas facturas que arrima la actora son desde junio de 1995 a octubre de 1999 y las mismas ascienden a $ 505,75. Respecto al daño moral insiste que su defendido no ha provocado daño alguno. Sobre la previsión por gastos médicos futuros afirma que es innecesario, pues no tiene vesícula. Por último resalta la contradicción de tener acreditado el nexo causal y otorgar una suma de $ 14.700 con intereses desde que quede firme la sentencia y en la parte resolutiva del fallo dice otra cosa, que es a partir de la presente. 3) La condena en el porcentaje de costas: manifiesta que la misma se desprende absolutamente arbitraria.----------

--- IV. A fojas 462/470 vta. se agrega contestación de agravios de la actora: 1.a) Peritaje médico legal: Manifiesta que fue la propia actora intentó ofrecer toda la prueba posible conducente a llegar a la verdad citando a declarar como testigos, incluso, al propio Dr. Z., a la Dra. N. V. y al Dr. A. L. M., quienes no recordaban la intervención, siendo sus declaraciones vagas y de nulo valor probatorio, habiendo sido sin embargo tratadas por el sentenciante en un pasaje de su decisorio. De allí la importancia que el Juez a quo otorga al dictamen pericial médico. En autos se practicaron tres (3) pericias por el Cuerpo Médico Forense: 1) Agregada a fojas 98, teniendo a la vista estudio de colangioresonancia nuclear magnética realizada por el Dr. B., donde consta que “se visualiza imagen compatible con vesícula biliar, de aspecto morfológico normal” (ver fs. 95/6), la que fue impugnada por el demandado. 2) A fs. 145, llegando a idéntica conclusión y que también fue impugnada y 3) donde el Cuerpo Médico Forense en base a lo dicho a fs. 50 por el Dr. S. M. sostiene que no hace “...ninguna referencia a la posibilidad de que se trate de una vesícula operada...”. No se hizo referencia a que la colecistectomía haya sido parcial, por lo cual mantiene la conclusiones expresadas a

fojas 158. Agrega que este último informe de fs. 389 no mereció objeciones de las partes, donde el Juez ponderó que corresponde dar preferencia a los dictámenes provenientes del Cuerpo Médico Forense sobre la opinión del profesional demandado. 1.b) Historia clínica: Manifiesta a este respecto que resulta curioso que, a pesar de despersonalizarse expresamente el demandado de la falta de la historia clínica en el Instituto Médico del Sur en la exposición policial N° 2119/98 CDPT, es el mismo Dr. N. R. Z. quien invoca la representación del I. M. S.. Que a fojas 230/231 refoliado del Expediente Administrativo N° 363/98 – V "s/ denuncia Ley 1848, obra descargo presentado por el Dr. Z. al Asesor Legal del Instituto de Seguridad Social y Seguros, Dr. W. G. M., donde informa que la historia clínica que forma parte del Expediente Administrativo le pertenece, ratificando en todas sus partes su contenido por ser de su puño y letra, inclusive la firma, no realizando objeción alguna. Respecto a la misteriosa desaparición sobreviniente de la misma por un hecho fortuito, dice que la supera y le da vergüenza como ciudadana. 1.c) Manifiesta aquí la actora que nunca se realizó la extracción de la vesícula, hecho a esta altura incontrovertible, corroborado por todos y cada uno de los estudios, diagnósticos y pericias practicadas. Afirma que el Dr. Z. le trasmitió información médica falsa o al menos inexacta, que transcurrieron cinco (5) años y diez (10) meses desde la intervención quirúrgica realizada hasta que el Dr. J. S. ordenó una ecografía abdominal, a los efectos de constatar la presencia de la vesícula biliar (fs. 255 refoliado). Agrega que la conducta negligente del Dr. Z. le ha ocasionado erogaciones económicas injustificables e indecibles padecimientos físicos y psíquicos. El hecho de hacer constar falsedades e inexactitudes en la documentación médica legal, además de configurar un actuar antijurídico ha introducido una causalidad inadecuada o un riesgo impropio respecto a su estado de salud, capaces de producir daño en el paciente. 2) Los montos por los que prospera la misma: manifiesta que la conducta profesional negligente del Dr. Z. la hizo incurrir en un sinnúmero de erogaciones económicas injustificadas, al encontrarse acreditadas cantidad y diversidad de prácticas médicas autorizadas por la obra social S.E.R.O.S. y el monto de los coseguros abonados. El rubro resulta procedente aun cuando su concreta extensión no pueda ser demostrada de manera precisa, siempre que resulten verosímiles en relación con la lesiones provocadas y que los padecimientos sufridos por la actora se encuentran acreditados en la copia de la Historia Clínica (fs. 343), dictámenes del Cuerpo Médico Forense, constancias remitidas por la obra social (fs. 257/60), órdenes facturadas por el demandado y su equipo médico, la existencia de dos (2) resonancias magnéticas (fs. 95/6 y fs. 145) y que la prolongación en el tiempo de la dolencia autoriza a presumir otros gastos. Agrega que se concluye que no surge la extirpación de la vesícula biliar a la actora, por lo que probablemente requerirá una nueva cirugía para hacerlo, lo cual debe integrar el rubro de gastos futuros. Por último, justifica el resarcimiento por el daño moral por los continuos padecimientos que debió soportar

como fuertes dolores de cabeza, nauseas, vómitos, diarreas, inflamación abdominal y permanente sensación de plenitud a nivel gástrico, todo lo cual resultó acreditado impidiéndole su normal desenvolvimiento en el medio familiar y social originando profundas depresiones. Agrega que del informe de SEROS obrante a fojas 256/261 refoliado si bien no constan los periodos de 1992 – 1995 resulta claro que el número de prácticas médicas y consultas médicas, medicamentos, estudios, etc. indican que la actora se encontraba en un precario estado de salud, obligada a un continuo peregrinar por oficinas administrativas y consultorios médicos. Expresa que el Dr. Z. realizó acciones y omisiones que dieron lugar a un actuar antijurídico que indudablemente ha provocado un daño resarcible. Cargas dinámicas probatorias –deber de colaboración y solidaridad procesal: aduce que quien está en mejor situación de aportar los elementos tendientes a lograr la verdad objetiva es quien tiene el deber de hacerlo, por tener un conocimiento técnico, y haber intervenido en forma directa en el hecho dañoso. Por ello resulta clara la situación de desigualdad de las partes en el proceso, y la consecuente difícil situación en la que se encuentra la paciente cuando tiene que probar la culpa del médico. Agrega que durante todo el proceso el demandado ha sido coherente con una nula colaboración prestada al tribunal para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, en una materia en la que se imponen las cargas dinámicas probatorias y el deber de colaboración y solidaridad procesal. 3) La condena en el porcentaje de las costas: al respecto la parte actora considera que el Juez a quo, en atención al vencimiento parcial y mutuo verificado, ha distribuido prudencialmente las costas.----------

--- V. **La responsabilidad en disputa**: ----------

--- A) Me referiré en primer término a la crítica referida a que la pericia carece de valor como tal, por cuanto el perito debió realizar personalmente los estudios básicos del dictamen y no delegar la función que se le encomendó, violando el art. 471 del Código Procesal.----------

--- A no dudarlo, la prueba pericial en los supuestos en que se debate la responsabilidad por mala praxis médica es de gran relevancia, considerando los aspectos técnicos y científicos involucrados en esta problemática (ver, en el mismo sentido, Vázquez Ferreyra, R. – “Prueba de la culpa médica” – p. 1994 - Ed. Hammurabi – Bs. As. 1993.----------

--- El apelante reprocha al perito médico actuante haber “delegado” su tarea en terceros en lugar de realizarla por sí mismo. Sin embargo, a la luz de los elementos aportados a la causa, puede advertirse sin mayor dificultad que esta recriminación es infundada.------

--- A modo introductorio, creo necesario recordar que el dictamen médico pericial, como bien lo ha expresado R. C. F., necesariamente debe llevar una metodología y una forma para cumplir su objetivo (autora cit. en “Tratado de responsabilidad médica – Responsabilidad civil, penal y hospitalaria” – directo: Marcelo J. López Mesa – p. 545 – Legis – Bogotá, Colombia, 2007). Esa metodología incluye, cuando las circunstancias lo

aconsejen, la realización de estudios y operaciones técnicas destinadas a brindar datos objetivos y a respaldar, en definitiva, la opinión del experto.----------

--- Así, en el caso que nos ocupa, el principal hecho controvertido consiste en determinar si el médico demandado realizó debidamente la práctica quirúrgica encomendada en el año 1992, consistente en extirpar la vesícula biliar de la actora, tal como figura en su historia clínica. Recordemos que, según lo relatado en la demanda, estudios médicos posteriores habrían detectado la presencia de dicho órgano en el cuerpo de la actora, sin indicios de ablación alguna, mientras que el demandado afirma en su defensa haber realizado la extirpación del mismo.----------

--- Frente a ello, claro está que el método científico aconsejaba como primera medida obtener imágenes radioscópicas destinadas a explorar la zona abdominal y determinar, en definitiva, si dicho órgano había sido extraído, o bien se encontraba intacto y en su sitio. Por otra parte, a este fin y en el estadio actual de la ciencia médica, nadie puede ignorar que la manera más expeditiva e incruenta de esclarecer esta situación es a través del estudio por imágenes.----------

--- Por otra parte, también resulta indisputable que ese estudio en particular debía ser realizado por un especialista y no por el propio perito, ya que se trata de una especialidad médica que además requiere el empleo de un costoso equipamiento técnico destinado al efecto, requisitos que de ningún modo podrían serle exigidos a un médico legista.----------

--- En síntesis, opino que la crítica carece de fundamento, por cuanto no se trató de una “delegación” de responsabilidades propias, sino de solicitar al juez el aporte previo de un elemento no sólo apropiado sino -a mi juicio- imprescindible, a fin de que el perito pudiera luego efectuar su dictamen sobre bases científicas objetivas. Como bien lo expresa la doctrina, los peritos deben buscar todos los datos o elementos que puedan ilustrarlos para tener un conocimiento preciso del objeto de la peritación, requiriendo al efecto todo el material que consideren pertinente (conf. Reyna Carrillo Fabela, ob. cit., p. 556), por lo que en mi opinión este argumento debe ser desestimado, y así lo dejo propuesto al acuerdo.----------

--- B) Afirma asimismo el recurrente que el dictamen tampoco se encuentra debidamente fundado por método científico, ya que no menciona cuáles fueron los motivos en los que se basa para una conclusión tan firme, expresando además que la pericia requiere una convicción razonada, no una mera opinión.----------

--- Considero que la queja es insostenible. No debe confundirse la relativa concisión del dictamen con una ausencia de fundamentación.----------

--- En la especie, el perito designado, teniendo en cuenta los elementos ponderados, procedió a dictaminar sobre el punto oportunamente propuesto por la actora, referido a “si efectivamente se ha extirpado la vesícula biliar a la Sra. I. S. de P.”. Al respecto, el

médico forense actuante, tomando como base la colangioresonancia nuclear magnética (CNM) practicada a la actora y el informe acompañado a dicho estudio, realizó una serie de consideraciones médico legales, a saber: "**1.** La vesícula biliar es una bolsa membranosa ubicada contra la cara inferior del hígado y habitualmente contiene bilis en su interior. La ubicación de la imagen que nos ocupa, visualizada en la CNM realizada y que resultó *´estar a nivel subhepático´*, resulta análoga con la ubicación topográfica habitual de la vesícula biliar. El hecho de que la vesícula sea una bolsa membranosa resulta ser coherente con que produzca una *´imagen circunscripta´*, como la obtenida en la CNM que tenemos a la vista. El contenido bilioso de la vesícula resulta ser coherente con la *´señal líquida, homogénea´* presente en el estudio de CNM realizado a esta persona. **2.** Encontrándose controvertida la cuestión de si a esta persona le fue extirpada la vesícula biliar, no hay posibilidad, sin prejuzgar, de *´correlacionar con los antecedentes clínico-quirúrgicos de la paciente´*, tal cual se aconseja en el Informe de CRM en cuestión, dado que éste es el tema objeto de peritación. **3.** *´La introducción por Wallner en 1991 de la colangiopancreatografía nuclear magnética (CNM) ha permitido generar imágenes de la vía biliar de alta resolución, sin la introducción de contraste oral o endovenoso, utilizando la capacidad de la bilis de resonar en la fase tardía del T2´* (Prof. Mario G. Jiménez, Profesor Adjunto de Cirugía, Fac. de Medicina, Univ. de Bs. As. (http://www.aac.org. ar/PDF/UTI1202.pdf). Este autor refiere que la sensibilidad del método, según la experiencia en el Hospital Francés, fue del 95,4%. **4.** Respecto de la confiabilidad de la CNM, comparándola con la ecografía, el Dr. F.J. J. P. del Hospital de N., P., en la página web de la Asociación Española de Endoscopía Digestiva, afirma que *´Actualmente para los casos dudosos a las exploraciones de imagen habituales, se puede recurrir a la colangioresonancia magnética nuclear´* (http://www.aeed.org/protpan1.htm)".----------

--- En base a las consideraciones transcriptas precedentemente, el perito médico formuló luego la siguiente conclusión: "Atento a la sensibilidad y confiabilidad de la Colangioresonancia Nuclear Magnética (CNM) como método para diagnosticar mediante imágenes, a lo requerido por V.S. (*´estarse a los puntos de pericia de fs. 25 y 25 vta.´*) se concluye que del estudio de CNM realizado a la Señora I. S. de P. en fecha 03/06/04 no surge nada que permita siquiera sospechar que a esta persona efectivamente se le haya extirpado la vesícula biliar" (conf. pericia, fs. 158 vta.).----------

---

--- De la lectura de la pieza reproducida puede apreciarse que el dictamen emitido por el experto satisface las exigencias técnicas establecidas en el ordenamiento procesal. Al respecto, la doctrina expresa que las conclusiones del dictamen deben ser claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos (conf. Devis Echandia, H. "Compendio de la Prueba Judicial" – t. II, p. 132 – Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1984), requisitos que aquí se ven debidamente satisfechos, por cuanto la conclusión transcripta se aprecia como una derivación racional y sistemática de los elementos

ponderados a tal fin por el perito, de conformidad con las reglas técnicas y científicas actuales en la materia. Ninguna vacilación hay en el pronunciamiento del médico forense al expedirse acerca del punto controvertido, y mal puede calificarse a su dictamen como una “mera opinión” cuando, como se ha visto, el emitente ha brindado cabal y concreta razón de su juicio conclusivo en los términos previstos en los arts. 476 y 481 del C.P.C.C. (texto seg. Ley XIII N° 5).----------

--- En punto a la apreciación de la prueba científica por parte del juez, resultan muy ilustrativos los conceptos expresados por Michele Taruffo, catedrático en Italia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pavía, (“La prueba, artículos y conferencias” – Monografías Jurídicas Universitas – Ed. Metropolitana, Santiago de Chile - 2008). Expresa el citado tratadista al respecto que “… la decisión del juez en torno a los hechos no puede fundarse más que en las pruebas que han sido adquiridas en el juicio: las pruebas, de hecho, son los únicos instrumentos de los que el juez puede servirse para "conocer", y por tanto para reconstruir de modo verídico los hechos de la causa. A propósito vale también la afirmación según la cual en el proceso se puede considerar verdadero solamente lo que ha sido probado, y en la medida en que las pruebas disponibles ofrecen un apreciable soporte cognoscitivo a las enunciaciones de hechos (p. 97). Y en concreta referencia a la prueba científica, señala luego: “no existen reglas específicas atinentes a la valoración de las pruebas científicas; más bien, por lo que aquí interesa, las pruebas científicas no son distintas de las demás pruebas, y pueden también combinarse con las pruebas "ordinarias" -es decir, no científicas- para aportar la confirmación de la veracidad de un enunciado de hecho (ob. cit. - p. 98). En este orden de ideas, el citado autor agrega más tarde unas consideraciones que, por su claridad, creo conveniente transcribir aquí, ya que además las comparto plenamente: “la prueba no resulta ser un mero instrumento retórico sino un instrumento epistémico, o sea, el medio con el que en el proceso se adquieren las informaciones necesarias para la determinación de la verdad de los hechos. En consecuencia, también de la ciencia se hace un uso epistémico, en el sentido de que las pruebas científicas están dirigidas a aportar al juez elementos de conocimiento de los hechos que se sustraen a la ciencia común de que dispone. Por lo que se refiere a la valoración de las pruebas, la adopción de la perspectiva racionalista que aquí se sigue, no implica la negación de la libertad y de la discrecionalidad en la valoración del juez, que representa el núcleo del principio de la libre convicción, pero implica que el juez efectúe sus valoraciones según una discrecionalidad guiada por las reglas de la ciencia, de la lógica y de la argumentación racional. Por decirlo así, el principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón. Por lo demás, en la mayor parte de los sistemas procesales modernos el juez está obligado a justificar racionalmente sus propias valoraciones, y elabora argumentos lógicamente válidos para sostener su decisión en hechos” (ob. cit. - p. 100).----------

--- Sabido es que el grado de certeza en esta materia raramente puede alcanzar al 100%, lo cual de ningún modo es suficiente para invalidar su fuerza persuasiva. En estos casos, a un alto grado de probabilidad ha de unírsele el concurso de otros elementos probatorios concomitantes. Bien ha expresado Otto Tschadek al respecto que “Si no hay certeza -y tales casos se dan, tanto en la técnica como, sobre todo, en la ciencia médica- el perito debe decirlo. Puede ser, entonces, que una afirmación basada en conjeturas permita llegar, en combinación con los demás medios de prueba, a una exacta comprobación judicial” (“La prueba - Estudio sobre los medios de prueba y la apreciación de la prueba” - p. 69 - Ed. Temis S.A. – Santa Fe de Bogotá, Colombia - 1999). Así, en la especie, al elevado porcentaje de resolución aportado por la Colangioresonancia Nuclear Magnética (CNM) ha de agregarse, como elemento convictivo corroborante, la ecografía y el informe realizados en junio de 1998 –seis años después de la operación realizada por el Dr. Z.- y copiados a fs. 237/238, de donde según el profesional médico actuante en esa ocasión, Dr. S., podía observarse que en la cavidad abdominal de la actora se visualizaba una “vesícula de paredes netas, espesor medio de 2.4 mm. y una longitud total de 52 mm. durante el examen, aspecto homogéneo, no se reconocen cambios morfológicos significativos”.----------

--- A mi juicio, la conjunción de estos dos estudios es por demás contundente acerca de la existencia y características físicas actuales de dicho órgano en la anatomía de la demandante. Por si ello fuera poco, su presencia puede observarse con toda nitidez en las tres placas reservadas en la caja de seguridad del tribunal que en este acto tengo ante mi vista.----------

--- C) Se sostiene asimismo en la piezas recursiva que el *a quo* ha omitido las expresiones del médico demandado.----------

--- Esta argumentación parece ignorar que las manifestaciones de los litigantes en principio constituyen tan sólo articulaciones defensivas, mas carecen de valor probatorio, salvo que, juzgadas dentro del contexto de la controversia, puedan considerarse como admisiones de la parte respecto de los hechos controvertidos o tengan eficacia confesional. ----------

--- En este aspecto he tenido ocasión de sostener que lo expresado por los litigantes en sus escritos o en las audiencias constituye tan sólo una alegación de parte, sujeta por tanto a las reglas generales en materia probatoria (arts. 358, 360, 377 y conc., C.P.C.C.), pues en definitiva la aportación de pruebas a través de los medios idóneos es lo que permite “producir la convicción psicológica del juez en un sentido determinado con respecto a un dato o conjunto de datos procesales” (conf. Carnelutti, F., “Sistema de derecho procesal civil”, trad. Alcalá Zamora y Castillo y Sentís Melendo, pág. 344, Bs. As., 1944). En consecuencia, mal podría reprochársele al juzgador “no haber tenido en cuenta” dichas manifestaciones, referidas a un hecho controvertido que, como se ha visto, carece de toda evidencia confirmatoria en la causa, en tanto el interesado no

probó los extremos de hecho invocados (conf. mi voto en Expte. 22542 – S.D.C. 12/07; entre otros).----------

--- D) En sus objeciones a la apreciación probatoria, aduce asimismo el recurrente que no fue debidamente valorada la prueba testimonial. En concreto, alude al testimonio de la Dra. N. B. V., que declaró que a la actora se la operó en el año 1992 de una vía biliar y le quitaron la vesícula por pancreatitis, y al brindado por el Dr. A. L. M., quien sostuvo que se realizaron cientos de operaciones en 1992 y que en casos como el de la actora el demandado jamás ha dejado la vesícula.----------

--- Sin embargo, considero acertada la desestimación de estas atestaciones por parte del sentenciante, ya que ninguna de ellas aquilata fuerza persuasiva.----------

--- Así, en el caso de la Dra. V. (fs. 65/vta.), quien participó en la práctica quirúrgica realizada en 1992 en su carácter de médica anestesióloga, puede observarse que sus respuestas son un tanto contradictorias, pues comienza afirmando de modo contundente que "…le quitamos la vesícula por una pancreatitis" (resp. a la 6ta. preg.) para luego expresar, ante el requerimiento acerca de mayores detalles, que "no recordaba puntualmente, son muchos años" (resp. a la 10ma. preg.), conjeturando lo que el Dr. Z. "debe haber hecho, porque siempre hace lo mismo en estos casos", pasando a relatar las prácticas habituales para esos cuadros. En el mismo tono conjetural prosigue respondiendo las preguntas siguientes, insistiendo en que "no recordaba puntualmente" y aludiendo a que "es una rutina, uno cumple pasos, está reglado" (11era. a 15ta.).----------

--- En síntesis, lo único que puede extraerse de este testimonio es que la declarante conoce los procedimientos de práctica en cuadros similares y da por sentado que el demandado debe haberlos realizado, mas no recuerda detalles puntuales acerca del caso concreto, con lo que la afirmación inicial acerca de que a la actora se le extrajo la vesícula queda opacada bajo un manto de incertidumbre.----------

--- Mucho menos aún puede servir como elemento probatorio la declaración del Dr. A. L. M. (fs. 67/vta.), quien admite haber actuado como ayudante en dicha intervención por cuanto, si bien no lo recuerda, "si en mi protocolo figura, debo haberlo hecho" (resp. ala 4ta. preg.). A lo largo de toda su declaración este testigo manifiesta en forma reiterada que no recuerda, que "no conoce el caso", limitándose a referir lo que suele hacerse en estas prácticas. En ese marco, cuando se le pregunta si en cirugías similares el Dr. Z. ha dejado la vesícula, contestando: "jamás, que yo sepa jamás" (resp. a la 2da. repregunta). Esta respuesta podría tener a lo sumo un valor meramente estadístico y relativo, ya que se basa en la memoria –ciertamente poco precisa, atendiendo a que el declarante ha perdido la cuenta y no recuerda las operaciones en las que le tocó intervenir, incluyendo la que aquí nos ocupa– pero de ningún modo permitiría adquirir certeza acerca de la extracción de la vesícula biliar de la actora.----------
---

--- Como puede advertirse, los dos testigos describen los usos y prácticas de estilo en este tipo de intervenciones, pero a la hora de la verdad, ninguno de ellos recuerda haber visto la sácula biliar extirpada y fuera de la cavidad ventral de la actora. En definitiva, ambos testimonios carecen, tanto individualmente como en su conjunto, de adecuada entidad, exactitud y precisión para convencer acerca de la existencia del hecho o la omisión en disputa, conforme a las reglas de la sana crítica racional (arts. 390 y 460 del C.P.C.C. – texto según Ley XIII N° 5; su doctrina).----------

--- F) Argumenta asimismo el apelante que “el juzgado evidentemente no distingue qué es una vesícula, qué es un conducto sístico”. Además de inconducente, este reproche resulta francamente desatinado. Por cierto, los jueces no están formados en medicina ni en muchas otras disciplinas científicas, puesto que su función -la de juzgar- es propia de la ciencia jurídica, a la que se han consagrado por completo. He aquí precisamente la razón primordial para que exista, entre los diversos medios destinados a allegar la verdad y formar la convicción de los magistrados, la prueba pericial. Aún si el juez tuviera conocimientos de la ciencia médica, en principio no podría hacer empleo de ellos para juzgar a su libre conciencia, prescindiendo de los medios de prueba legales. Resulta muy esclarecedor en este sentido el concepto expresado por el maestro Sentís Melendo en punto a las limitaciones del llamado *conocimiento privado* o *ciencia privada del juez*, que no pueden ser volcados al proceso directamente sino a través de los medios de prueba (aut. cit., “La prueba”, p. 225 – Ejea, Bs. As. 1978).----------

--- Ha sido el perito médico designado en autos quien tuvo ocasión de considerar los elementos disponibles para concluir que no existían signos de que la vesícula biliar haya sido extirpada, y su opinión está respaldada por los razones y principios técnicos ya reseñados anteriormente, sin que existan en la causa elementos fácticos ni razones científicas que brinden una conclusión diferente ni superadora. De tal modo, al aceptar este dictamen, el juez no hizo sino valorarlo conforme a las reglas de la sana crítica racional y según las pautas establecidas en los arts. 390 y 481 del C.P.C.C. (texto seg. Ley XIII N° 5).----------

--- La propia ley procesal determina la admisibilidad de la prueba pericial “cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria, o actividad técnica especializada” (conf. art. 461 C.P.C.C., texto seg. Ley XIII N° 5). Se trata de un medio procesal e histórico destinado a verificar hechos propios de otras áreas de conocimiento –ciencias, artes, técnicas y numerosas actividades prácticas– que requieren estudios especializados o larga experiencia y son normalmente ajenos a la disciplina jurídica (en el mismo sentido, ver Devis Echandia, H., obra y tomo cit., p. 123 y ss. y sus numerosas citas).----------

--- En punto a este tópico me ha tocado expresar alguna vez que si bien el perito es un auxiliar de la justicia y su misión consiste en contribuir a formar la convicción del juzgador, razón por la cual el dictamen no tiene, en principio, efecto vinculante para él (art. 477 del Cód. Procesal; su doctrina), la circunstancia de que dicho veredicto no

obligue al juez —salvo en los casos en que así lo exige la ley—, no significa que un magistrado pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo, puesto que la desestimación de sus conclusiones debería ser, en tal caso, razonable y fundada (conf. mi voto en Expte. 19279 – S.D.C. 29/07).----------

--- En otras palabras, aunque el sentenciante *a quo* en principio no esté en condiciones de distinguir con toda certeza una vesícula o conducto sístico en una placa, sí lo están los profesionales que han cumplido con dicha encomienda técnica, y en el cumplimiento de ese cometido ellos han detectado su presencia y características físicas con todo detalle. Se trata de una percepción técnica, que el magistrado no puede realizar por sí mismo, porque las máximas de experiencia de las que él dispone no tienen suficiente aptitud para captar de manera completa y acabada las circunstancias o características del objeto de la percepción; para ello es menester contar con el dominio de ciertos conocimientos especiales que sólo un experto en la materia ostenta. En este aspecto, cobra vigencia una vez más el viejo aforismo según el cual el perito es “la mirada del juez” sobre aquellos hechos que exhiben cierta complejidad técnica o científica.----------

--- Ello no significa -claro está- que el dictamen pericial sea necesariamente vinculante. En tanto constituye un medio probatorio más, está sujeto a la valoración judicial dentro del conjunto de probanzas aportadas al proceso, conforme a las reglas de la sana crítica racional (arts. 386, 477, C.P.C.C.; su doctrina). Mas no puede soslayarse que, tratándose de una prueba calificada, en la medida que el dictamen esté debidamente fundado y no resulte contrario a alguna máxima de experiencia u hecho notorios, el magistrado no podría apartarse válidamente de sus conclusiones, salvo que disponga de elementos de juicio o de un marco teórico de igual o superior enjundia científica o técnica (en el mismo sentido, mi voto en Expte. 21561 –S.D.C. 24/07). Por consiguiente, para desvirtuar las satisfactorias explicaciones y razones técnicas brindadas, sería imprescindible contar con elementos de juicio que le permitieran concluir al juez, de modo fehaciente, acerca de la existencia de algún error o absurda inferencia desde el punto de vista de los conocimientos técnicos y científicos correspondientes a su profesión o título habilitante ----------

--- En otras palabras: para ser desoído, el dictamen pericial elaborado con las pautas y exigencias previstas en el art. 481 C.P.C.C. (texto seg. Ley XIII N° 5) requiere el concursos de razones serias, inobjetables y fundadas en ciencia y lógica, mas nada de ello sucede en la especie.----------

--- G) Es también motivo de agravio que el perito se ciñó a expresar que “no surge nada que permita siquiera sospechar que a esta persona efectivamente se le haya extirpado la vesícula biliar”, obviando expedirse sobre dos puntos propuestos por la demandada en el punto IX, apartado 2.----------

--- Para poner las cosas en su justo sitio, es preciso señalar que los puntos propuestos por la parte demanda a los que alude el apelante no se ajustan a las reglas procesales referidas a este medio probatorio.----------

--- Así, para comenzar, de su lectura se desprende que dichos puntos fueron dirigidos a los consultores técnicos, propuesta desde ya improcedente, puesto que el consultor técnico no tiene por cometido practicar la pericia –que está a cargo del perito designado por el juez (art, 475, C.P.C.C. – texto seg. Ley XIII N° 5)– sino a "presenciar las operaciones técnicas que se realicen y formular las observaciones que consideraren pertinentes" (mismo artículo) para luego presentar por separado sus respectivos informes, dentro del mismo plazo y cumpliendo los mismos requisitos procesales establecidos para el dictamen pericial (conf. art. 476 *in fine*, mismo Código).----------

--- Desde que los puntos no fueron dirigidos al perito, claro está que éste no tenía el deber de expedirse acerca de los mismos, por lo que se limitó a responder a los que le fueron indicados por el juez y propuestos por la actora a fs. 25/vta. y escrito de fs 91, según auto de fs. 132, tal como lo expresó el experto en su dictamen obrante a fs 158/vta., reiterándolo en su ampliación de fs. 184.----------

--- Dable es puntualizar asimismo que la parte demandada consintió la encomienda judicial dictada a fs. 132, ya que no la objetó oportunamente, por lo que cualquier hipotético vicio o irregularidad –en mi opinión, inexistentes– en todo caso habrían sido saneados por la preclusión (conf. art. 172 C.P.C.C., texto seg. Ley XIII N° 5; su doctrina). No puede aquí soslayarse que en definitiva es el juez quien fija los puntos de pericia, "pudiendo agregar otros o eliminar los que considere improcedentes o superfluos" (conf. art. 464, C.P.C.C. – texto seg. Ley XIII N° 5). Se trata de un "poder-deber" que el ordenamiento procesal le reconoce al juzgador, derivado del art. 36, inc. 2° y 5°, C.P.C.C. (conf. Falcón, E.M., "Código Procesal….", t. III, p. 384 – Ab. Perrot, Bs. As., 1984) y a no dudarlo, así lo ejerció el *a quo* al dictar de dicha resolución, la cual quedó firme y consentida.----------

--- Destaco además que en la secuencia posterior, el demandado fue informado de la fecha y lugar de realización de la pericia (conf. cédula de fs. 157), hallándose a su cargo, como parte interesada, las diligencias tendientes a citar a los consultores médicos ofrecidos a fin de que presenciaran las operaciones técnicas y a formular las observaciones pertinentes (art. 475, 2do. párrafo, C.P.C.C. - texto seg. Ley XIII N° 5), de manera, no habiendo realizado esa actividad en tiempo y forma, a nadie puede hoy endilgarle las consecuencias de su propia omisión (doctr. art. 388, C.P.C.C. - texto seg. Ley XIII N° 5).----------

--- Sabido es que la preclusión, como instituto procesal, consiste en la pérdida, la extinción o la consumación de una facultad procesal, y en el caso se ha producido dicho efecto jurídico por haberse consentido la realización de una actividad probatoria, acto propio del litigante que resulta incompatible con el planteo que hoy –tardíamente- pretende introducir en esta alzada. Claro está que por imperio del instituto procesal de

preclusión, no es posible solicitar en esta etapa la ampliación de un dictamen pericial producido en el proceso ni introducir prueba documental extemporánea, tal como la que el recurrente procuró acompañar con su pieza recursiva y cuyo desglose se dispuso mediante resolución S.I.C. 13/2010 dictada a fs. 457, pues la ley procesal no admite este tipo de alegaciones deducidas tardía y en abierta contradicción con otras actividades procesales desarrolladas, omitidas o consentidas anteriormente.----------

--- En análogo sentido se ha pronunciado la Sala “B” de esta Cámara al sostener que, tramitadas las impugnaciones, es extemporáneo pretender someterlas a la Alzada, desde que existe una etapa procesal preclusa sobre la cual no le es dable al juzgador retrotraer bajo el aspecto en cuestión (causa 000035 - 02-11-2000 - Sala "B", S.I.L. n° 20-99, S.I.C. n° 102-99; C.A.N.E., S.I.L. n° 76-95 - elDial - BC1313).----------

--- H) Expresa también el apelante que la actora tuvo una extirpación de la vesícula dificultosa, donde se dejó ex profeso un muñón místico largo y que probablemente con los años haya determinado la dilatación y consecuente “vesiculización del místico”, haciendo esto compatible con la imagen de la resonancia magnética nuclear. El perito forense –dice luego– tergiversa la información que recibe de los especialistas en imágenes, aseverando en forma terminante lo que para ellos está expresado en forma potencial (S. y D. G.) y frente a la solicitud para mejor proveer que le hace el juzgador solo reproduce párrafos de otros médicos y no realiza un aporte actualizado del estado real y actual de la actora lo que debió comprender una entrevista con la paciente, para cuando menos interiorizarse de la sintomatología que pudiera padecer, ni qué hablar de la realización de mano propia en apoyo de su postura de algún examen que corroborara sus aseveraciones.----------

--- En su contestación el demandado adujo como defensa que “podría pensarse”… que la imagen tomada el 16/12/1997 “…correspondiera a un mucocele del cístico, a un muñón cístico vesiculizado, a un linfocele, a un biloma enquistado, a un granuloma por cuerpo extraño, a una fibrosis del muñón sístico enquistado, a una dilatación seudo-aneurismática císticocoledociana, como rarezas mayores hemangioma hepático, quiste de colédoco o de páncreas, neovesícula, quiste hidático, quiste simple, divertículo colónico o duodenal” (ver fs. 50). Pues bien: en el proceso civil las defensas no se “piensan” o teorizan, sino que se deben formularse y oponerse en forma concreta, para luego ser probadas mediante los medios procesales establecidos al efecto. De tal manera, para erigirse en una defensa apta a los fines de la desestimación de la responsabilidad civil reprochada, este juicio hipotético, este “podría pensarse”, reclamaba el aporte al proceso de pruebas concretas y objetivas que demostraran la existencia de alguna de esas variantes, enunciadas –como se ha dicho– a título puramente conjetural. Nada de ello ha sucedido. Los distintos estudios han considerado en cambio a las imágenes obtenidas como compatibles con una vesícula biliar. Así lo expresan por caso: a) el estudio copiado a fs. 43: “Vesícula acodada con zonas focales

de aspecto edematoso en la pared de la misma” (16/12/1997); b) “Se visualiza imagen compatible con vesícula biliar, de aspecto normal. No se identifican imágenes de defecto endoluminales en relación a litiasis” (fs. 95 – 01/08/2002); c) “A nivel subhepático se visualiza imagen circunscripta, de morfología oval, de 3.3 x 6 cm. con señal líquida, homogénea, que podría corresponder a la vesícula biliar, a correlacionar con los antecedentes clínico-quirúrgicos del paciente” (fs. 145 – 03/06/2004). En definitiva, en los estudios realizados ni siquiera llega a sugerirse la posibilidad de que la imagen visualizada pueda tratarse de alguno de los supuestos aducidos en su defensa por el demandado, por lo que este artículo defensivo debe desestimarse.----------

--- I) Historia clínica: El sentenciante -aduce- no tuvo presente que al momento de dictar sentencia no existía en autos Historia Clínica alguna por un hecho fortuito (inundación) que releva de toda responsabilidad al médico demandado y que la única documentación relacionada es una fotocopia ilegible del Protocolo Quirúrgico que fuera aportada por el Instituto de Seguridad Social y Seguros.----------

--- Este argumento se muestra francamente inconducente, ya que carece de toda virtualidad para desmerecer el juicio lógico elaborado por el juzgador respecto de la responsabilidad civil atribuida en el caso. Adviértase que ha sido el propio demandado quien adujo en su defensa haber efectuado la colecistectomía o extirpación de la vesícula biliar y no sólo extracción de cálculos (ver contestación a la demanda, fs. 48, fs. 49 y fs. 50). Trátase por tanto de un hecho afirmado en forma expresa por el propio litigante, de manera que a éste le competía aportar la prueba correspondiente a dicha aserción (conf. art. 381, 2do. párrafo, C.P.C.C. – texto seg. Ley XIII N° 5). En este contexto, la imposibilidad de contar con la historia clínica original en principio nada quita o agrega acerca de la existencia del principal hecho controvertido –consistente en determinar si, en efecto, se extirpó o no la vesícula biliar– ya que las copias de la misma obrantes en el expediente administrativo agregado por cuerda a esta causa no contienen ninguna referencia a una extirpación parcial del órgano, tal como lo señalara con acierto el perito médico actuante (ver informe de fs. 389), haciendo notar asimismo que tampoco expresa nada al respecto el parte quirúrgico del médico demandado de fecha 10/02/1992 copiado a fs. 3/4 de dichas actuaciones administrativas.----------

--- Más aún: si a título de mera hipótesis se considerara la posibilidad de una extracción sólo parcial de dicho órgano, en tanto nada de ello consta en la historia clínica y ante la falta de toda prueba por parte del médico, en tal supuesto dicha circunstancia, lejos de favorecerlo, lo perjudicaría de todas maneras, pues a la luz de las consecuencias dañosas ulteriores, ello constituiría una omisión o defecto relevante, que autorizaría a extraer presunciones en su contra (ver, en el mismo sentido, López Mesa, Marcelo J., “Tratado de responsabilidad médica” ya cit. – p. 77).----------

--- J) Cumplimiento del consentimiento informado: manifiesta el recurrente que la propia actora reconoce que fue informada sobre la enfermedad que tenía y cuál era el tratamiento para la misma, la extracción de la vesícula. Cita jurisprudencia.----------

--- Esta afirmación aducida como defensa por el demandado ha sido correctamente descartada por el *a quo.* Para comenzar, el reconocimiento de la actora se limitó a manifestar que, previamente a ser operada, se le informó que el tratamiento adecuado para su afección “era la colecistectomía (extracción de la vesícula biliar)” y que, concluida la operación, se le informó que “efectivamente” se le había “extirpado la vesícula biliar, la cual se encontraba afectada por cálculos” (conf. demanda, fs. 21). Por lo demás, no existe en autos ninguna probanza –ni siquiera de carácter indiciario– de que se le haya informado a la paciente acerca de una extirpación parcial.----------

--- En este marco fáctico, mal puede el demandado sostener que cumplió con sus deberes profesionales relativos a la información y al consentimiento del paciente. Como nos ilustra la moderna doctrina, el médico no puede escatimarle al paciente la información referida a su estado de salud, a las posibilidades terapéuticas, a cuál es el mejor tratamiento para su caso, a los riesgos de encararlo o rehusarlo; debe además requerir el consentimiento del paciente para la práctica sugerida (conf. López Mesa, Marcelo J., “Tratado…” ya cit., p. 43). También nos recuerda el autor, parafraseando al maestro Le Tourneau, que las informaciones brindadas al paciente “deben ser exactas y pertinentes, adaptadas a la situación” (ob. cit., p. 44), señalando más tarde que estos deberes no se agotan allí, sino que tiene además el deber de asesoramiento o consejo, pues “la información sin asesoramiento galénico implica tanto como darle a una persona no capacitada herramientas que no sabe manejar, para tomar una decisión a ciegas” (López Mesa, M.J., ob. cit., p. 55).----------

--- Por otra parte, a mi juicio, una interpretación sistemática de estas exigencias profesionales indica que el deber de información tampoco se verá satisfecho si las circunstancias posteriores a la práctica médica pautada modifican o alteran el cuadro inicialmente previsto, planteando un cambio en las condiciones originales y determinando con ello un nuevo pronóstico, la necesidad de nuevos controles o tratamientos específicos, así como la posibilidad de recidivas u otras consecuencias previsibles y derivadas de dicho resultado quirúrgico.----------

--- En síntesis: si el profesional demandado consideró necesaria la extirpación de la vesícula biliar y la práctica luego se frustró o bien se realizó de manera imperfecta o incompleta, tenía el consiguiente deber de informar a la actora acerca de esta situación a fin de prevenirla y aconsejarle los controles, tratamientos o precauciones adecuadas para el caso. Sin embargo, nada de ello surge de los elementos aportados al proceso. Antes bien, a la luz de los hechos probados en el curso del proceso, puede comprobarse que durante los cinco años posteriores a la operación, la paciente anduvo deambulando por los consultorios en procura de encontrar alivio para sus molestias y sufrimientos constantes, siempre con el ilusorio convencimiento de que la vesícula biliar –el órgano causante de todas sus penurias– le había sido completamente extirpada.-----

--- En suma: desde que ha sido debidamente acreditado que la actora fue intervenida quirúrgicamente por el Dr. N. R. Z. el 10/02/1992; que dicha operación fue documentada como colecistectomía (extirpación de la vesícula biliar); que en 1997, a raíz de la sintomatología presentada por la actora, se le realizó un estudio por imágenes del cual resultó que dicha paciente exhibe vesícula biliar existente, sin signos de extirpación, circunstancia corroborada por estudios posteriores obrantes en autos; que durante los años posteriores a la intervención quirúrgica la paciente ha proseguido sufriendo las molestias propias de su dolencia, con los consiguientes perjuicios materiales y morales, en directa relación causal adecuada con aquella práctica médica; por consiguiente, conforme a las prescripciones de los arts. 499, 505, 511, 512, 519, 520, 522, 901, 902, 903, 904 y conc. del Código Civil, el demandado debe indemnizar a la actora los daños y perjuicios emergentes de la conducta reprochada, debiendo confirmarse el fallo en tal sentido.----------

--- VI) **Los montos por los que prospera la sentencia** : ----------

--- Cuestiona asimismo el apelante tanto la procedencia como la cuantía de los rubros indemnizatorios acogidos. Abordaré a continuación los agravios vertidos a su respecto.-

--- A) Gastos médicos: ----------

--- Para estimar este pedimento, el *a quo* hizo mérito de tres factores: 1) la continuidad de su patología luego de la operación fallida y los consecuentes desembolsos incurridos constituían un daño económico que debía ser resarcido por el médico demandado; 2) se presume que quien ha sufrido lesiones que requirieron tratamiento médico realice gastos extraordinarios, sin que obste a ello que el damnificado sea atendido por hospitales públicos o a través de una obra social, ya que también en estos supuestos deben afrontar pagos que le ocasionan detrimento patrimonial; 3) el resarcimiento resulta procedente aun cuando su concreta extensión no pueda ser demostrada de manera precisa y directa, siempre que dichos gastos resulten verosímiles en relación causal adecuada con el hecho ilícito; 4) los padecimientos sufridos por la actora como consecuencia del incumplimiento del demandado se encuentran acreditados con la copia de la historia clínica obrante a fs. 343 y el estudio glosado a fs. 341, y es corroborado por los dictámenes del cuerpo médico forense; 5) en cuanto a los gastos efectivamente realizados, las constancias emitidas por la obra social dan cuenta de los que la actora debió afrontar por tratamientos, estudios y medicamentos y que ascienden a la suma de $ 505,75 durante el período que va de junio de 1995 a octubre de 1999; 6) a fs. 11/23 del sumario sustanciado por la obra social se agregaron las órdenes facturadas por el demandado y su equipo médico por la operación quirúrgica practicada el 10/02/1992, y si bien es imposible determinar el monto al que ascienden, es dable inferir, conforme surge de dicha documentación, que la actora ha tenido que afrontar un porcentaje de ellas. 7) Asimismo, durante el proceso se sometió a dos resonancias magnéticas, abonando por la segunda la cantidad de $ 450.- (fs. 147); 8) la prolongación en el tiempo de su dolencia autoriza a presumir que además de los

acreditados, otros gastos médicos y farmacéuticos ha debido realizar, sin que obste a la procedencia que haya sido atendida en algún hospital público o mediante su obra social, pues también se presume que tales entidades comúnmente no cubren todos los gastos de atención médica, pero también debe tomarse en cuenta esa circunstancia para la apreciación del monto indemnizatorio: 9) ello conlleva a la fijación judicial del monto conforme a las circunstancias del caso según lo dispuesto en el art. 165 C.P.C.C., por lo que el juez halló razonable conceder para la reparación de este rubro la suma de $ 7.000.----------

--- Ya se han resumido las objeciones formuladas por el apelante acerca de este aspecto de la decisión. La primera de ellas no resiste un análisis racional a la luz de los hechos probados en autos, pues no existen dudas acerca de que tanto los gastos incurridos para la realizar la fallida intervención quirúrgica cuanto los emergentes de los tratamientos médicos posteriores ocasionados por las molestias de una dolencia crónica causada por el deficiente funcionamiento de la vesícula biliar no extirpada guardan directa y adecuada relación causal con aquella mala praxis médica, y ciertamente está a cargo del demandado la obligación resarcitoria por este perjuicio económico.----------

--- Distinta es la cuestión relativa al *quantum* o estimación pecuniaria de dicho menoscabo patrimonial. En este sentido, la doctrina ha señalado los excesos en que a veces se incurre con la concesión de reintegros de gastos no probados en su realización, postulándose en cambio la aplicación de un criterio estricto a fin de no amparar reclamos excesivos, para lo cual, a falta de documentos o facturas que avalen la realización de determinadas erogaciones, debe recurrirse a elementos de juicio objetivos tales como las tarifas reconocidas en los nomencladores de los convenios entre obras sociales y sanatorios, en las leyes arancelarias de gastos médicos y de internación, etc. (conf. López Mesa, M.J. y Trigo Represas, F.A., “Tratado de la responsabilidad civil” – Cuantificación del daño – p. 204/205 – Fedye, La Ley - Buenos Aires, 2006). Este criterio es el más prudente y aconsejable, ya que de otro modo se dejará librado al solo arbitrio judicial la cuantificación pecuniaria del rubro, sin pautas concretas que brinden respaldo razonable al monto indemnizatorio fijado.----------

--- En la especie el sentenciante de primera instancia, tras indicar los gastos efectivamente probados y documentados, hizo luego una estimación fundada en apreciaciones de carácter más bien dogmático, con citas de doctrina y jurisprudencia, haciendo hincapié en la prolongación temporal de la dolencia y en que podía “presumirse” la realización de otros gastos no documentados, para fijar la cuantía de este rubro finalmente en la suma de $ 7.000.----------

--- Como puede observarse, dicha cifra no tiene como parámetro o correlato ninguna de las pautas objetivas del tipo de las ya enumeradas –tarifas emergentes de nomencladores o aranceles– por lo que se presenta en definitiva ante nuestros ojos

como un juicio conjetural, hipotético, dando así justificado pábulo al agravio del apelante.----------

--- Sin negar la dificultad de documentar todos y cada uno de los gastos por atención médica y medicamentos –lo cual permite hacer uso de la facultad estimatoria establecida en el art. 167 –antes 165- *in fine* del C.P.C.C. (texto seg. Ley XIII N° 5)– considero por tanto imprescindible fijar una pauta objetiva para la mensuración de este daño. En ese cometido, no puede soslayarse que desde la fallida operación realizada en 1992 hasta la actualidad transcurrieron ya más de 18 años, durante los cuales la actora ha seguido recibiendo constante atención médica por las molestias propias del cuadro que la aqueja. Ello permite inferir asimismo que cuanto menos una vez al mes, en promedio, la demandante ha debido adquirir una orden de consulta médica para controles y/o para obtener la receta de medicación destinada a su tratamiento. Del mismo modo cabe deducir que en ese mismo lapso debió afrontar el 50% del costo de los medicamentos prescriptos, tal como es de práctica según el arancel de la obra social SEROS. De tal modo, aun adoptando un criterio moderado y conservador –para el caso, un gasto mensual promedio de $ 15.- comprensivo de ambos conceptos– se arriba a una suma del orden de los $ 3.200.- por las erogaciones no documentadas a lo largo de dicho período que, sumados a los gastos comprobables ya apreciados por el juez en el fallo, permiten estimar este daño en el monto total de $ 4.800.- (conf. art. 167, 3er. párrafo, C.P.C.C. – texto seg. Ley XIII N° 5; su doctrina).----------

--- En definitiva, considero que correspondería modificarse el monto por el que debe prosperar este rubro, fijándolo en la citada suma de $ 4.800.- con más los intereses ya determinados en el decisorio de primera instancia, y así lo dejo propuesto al acuerdo.---

--- B) Gastos médicos futuros : ----------

--- A los fines de receptar este tópico, el sentenciante valoró los siguientes aspectos: 1) tratándose de un daño futuro no es precisa la seguridad de que sobrevendrá sino un suficiente grado de probabilidad; 2) al haberse especificado del cuadro clínico que exhibe la actora cuál es el trata miento recomendado para mejorar dicha dolencia, es procedente que este rubro integre el costo por una nueva intervención quirúrgica para la extirpación de la vesícula; 3) debe entenderse acreditada la existencia de nexo causal entre la erogación requerida para el tratamiento de la patología que presenta la actora y el incumplimiento motivo de la litis, por lo que resulta adecuado fijar la suma de $ 14.700.- para afrontar los gastos por tratamientos futuros que guardan relación con el perjuicio sufrido, monto que devengará intereses moratorios solamente desde que quede firme la sentencia.----------

--- Al cuestionar el rubro, señala el apelante que: a) una nueva operación es innecesaria dado que la actora “no tiene vesícula”, y b) que a partir de diciembre de 2009 la obra social de la actora le brinda la cobertura del 100% de los gastos sanatoriales de internación, así como los gastos médicos, incluida la operación y elementos descartables.----------

--- Lo primero es falso, ya que –como se ha visto– los estudios aportados a la causa dan cuenta de la existencia de la vesícula biliar en la cavidad abdominal de la actora, así como de la necesidad de que dicho órgano sea extirpado. Sí le asiste razón en cambio acerca del segundo argumento.----------

--- En efecto, el 30/09/2009 la obra social SEROS dictó la resolución N° 1755/09 (Acta N° 01544) a fin de ampliar la cobertura de prestaciones a sus afiliados al 100% para los honorarios y gastos de las prácticas diagnósticas y terapéuticas, sean éstas clínicas o quirúrgicas, de aplicación fundamental en internación (art. 1°), precisando que a los efectos de la cobertura del artículo anterior, se considerará internación cuando el paciente deba pernoctar en un establecimiento asistencial con internación habilitado para tal fin, o bien sin pernoctar, se trate de un procedimiento quirúrgico que razonablemente amerite el uso de quirófano o ambiente similar. (art. 2° - Resoluc. citada). Ello significa que aun ante la certeza de que será necesaria una nueva operación, la actora tiene asegurada la cobertura total de los gastos y honorarios médicos que dicha práctica pueda irrogar, por lo que no sufrirá ningún desmedro económico emergente de esa intervención quirúrgica.----------

--- En este orden de ideas, expresa Zannoni que en hipótesis es posible que a consecuencia del hecho dañoso la víctima requiera, en el futuro, nuevas operaciones, tratamientos permanentes, etc. y que dicho daño emergente futuro, en tanto sea cierto, también es indemnizable. Mas se apresura agregar que la certidumbre del daño emergente futuro constituye una cuestión librada a cada caso concreto y de acuerdo a las pruebas, y citando a De Cupis, recuerda que la medida del daño futuro expresada por el juez en correspondencia al valor actual del dinero, traduce en términos monetarios actuales “el valor sustancial económico que implica el sacrificio futuro”, por lo que constituye la premisa de una reparación contenida en su justo límite de congruencia (Zannoni, E. A., “El daño en la responsabilidad civil”, p. 226 – Astrea, Bs. As., 1982).----------

--- Pues bien, siendo ello así, como acabo de expresarlo, las comprobaciones precedentes permiten adquirir certeza acerca de que, si bien la actora con toda probabilidad deberá someterse a una nueva cirugía para extirpar su vesícula biliar, los gastos médicos que irrogue dicha intervención serán absorbidos en su totalidad por la obra social SEROS a la que ella es afiliada, por lo que no puede inferirse la producción de un daño patrimonial futuro sobre la base de dicha práctica quirúrgica.----------

--- Claro está que dicha resolución no existía al momento de dictarse la sentencia de primera instancia, mas ha de recordarse que al momento de fallar los tribunales deben hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos (conf. art. 165, inc. 6°, 2do. párrafo, C.P.C.C. – texto seg. Ley XIII N° 5). A consecuencia de ello, opino que no existe justificación para

mantener este rubro de condena que, en mi opinión, debe ser revocado, lo que así dejo propuesto al acuerdo.----------

--- C) El daño moral : ----------

--- Por último hizo lugar el juez *a quo* a la reparación del daño moral reclamado sosteniendo que se trataba de uno de los supuestos en que el mismo quedaba configurado *in re ipsa loquitur*, esto es, sin necesidad de requerir mayor prueba. Dijo además que este perjuicio no queda reducido al clásico *pretium doloris*, sino que además de ello apuntaba a toda lesión de intereses del espíritu, señalando además que su reparación no puede ser fuente de un beneficio ni de un enriquecimiento injusto, lo cual entrañaba dificultades para su determinación. Enunció luego los padecimientos sufridos por la actora a raíz de su “colecistitis”, así como los tratamientos a los que fue y será sometida, su edad, la prolongación en el tiempo de la dolencia, el riesgo quirúrgico al que se expuso y al que seguramente volverá a verse expuesta por la nueva intervención, etc. En base a todo ello fijó la reparación de este perjuicio en la suma de $ 25.000.----------

--- Sabido es que en materia de daño moral no siempre es posible producir prueba directa sobre el menoscabo padecido, pues la índole espiritual y subjetiva del perjuicio muchas veces es insusceptible de tal acreditación. Sin embargo, en casos como el aquí tratado, los hechos objetivos permiten presumir sin hesitación que se han causado mortificaciones que, por su naturaleza y gravedad, afectaron los sentimientos de la damnificada, razón por la cual cabe considerar que tales contrariedades tuvieron relevancia suficiente para ocasionar el menoscabo a intereses no patrimoniales, según el curso natural y ordinario de las cosas (arts. 901, 903, 522 y conc. del Código Civil – conf. mi voto en Expte. 19741 – S.D.C. 01/05). De tal suerte, apreciando las circunstancias del hecho y su indudable repercusión perniciosa en el ánimo de la actora, no puede sino acordarse a la damnificada una condigna reparación por el perjuicio sufrido.----------

--- En cuanto a la objeción referida al monto resarcitorio, sabido es que la medida del dolor en términos pecuniarios es, hasta cierto punto, inasible. Como lo ha sostenido esta Sala desde hace muchos años, no se trata de sustituir inmoralmente , cual se ha sostenido con error, el dolor por su precio en dinero, sino de dar a las víctimas los medios para paliar sus efectos; tal vez con alguna distracción o deleite que de alguna manera - imperfecta, por supuesto, mas la única humanamente posible - se alivie el sufrimiento. Pues según Santo Tomás de Aquino, la delectación es un remedio para mitigar toda tristeza, cualquiera sea su procedencia" (conf. S.D.C. 71/93 C.A.N.E.). También se ha expresado con acierto que una vez sufrido, el daño moral es imborrable, de manera que la única reparación jurídicamente posible es la dineraria (conf. Zavala de González, M., “Resarcimiento de daños” – 5ª - pág. 62 – Ed. Hammurabi – Bs. As., 2005). En este ámbito, la doctrina es conteste en que se trata de un modo imperfecto de compensar el perjuicio, y que la determinación la cuantía no depende mayormente de la

sapiencia jurídica cuanto de un criterio de prudencia según la singularidad de cada caso y sus características, a fin de equilibrar el propósito legal –la compensación del daño sufrido- con el medio imperfecto con que se cuenta- el dinero- procurando evitar el riesgo posible de un indebido enriquecimiento de la víctima. Ha de acudirse para ello, con las palabras del maestro Mosset Iturraspe, a apreciar el perjuicio moral causado por el hecho que nos ocupa según el standard de “la intensidad del justo dolor del hombre medio” (autor cit., “Responsabilidad por daños”, t. IV, pág. 197 – Ediar, 1986).----------

--- Considero que en el caso bajo examen el juez de grado anterior ha hecho una condigna valoración de todos estos aspectos, sopesando con criterio prudente y humanista el sufrimiento prolongado e injusto al que se ha visto sometida, en su contexto existencial, la señora I. S. de P., fijando a título de resarcimiento un monto - $ 25.000.- que se aprecia adecuado a las circunstancias del caso, sin que la queja del apelante –limitada a expresar que es “arbitrario y totalmente desproporcionado”– constituya una crítica superadora del juicio crítico expuesto en el fallo, con el grado de exigencia técnica establecido en la ley adjetiva (conf. art. 268 –antes 265- del C.P.C.C. – texto seg. Ley XIII N° 5).----------

--- A mérito de ello, votaré por la confirmación del fallo en este tópico.----------

--- VII. **La condena en costas** : ----------

--- El apelante cuestiona la distribución de las costas efectuada en la instancia de origen, que fueran impuestas en un 40% a la actora y en el 60% restante al demandado.----------

--- En este tópico debe recordarse que cuando se demandan varias pretensiones acumuladas, si algunas de ellas prosperan y otras son rechazadas debe atenderse a los vencimientos parciales y mutuos a fin de distribuir la imposición de las costas en razonable proporción con dichos resultados. Ha sostenido al respecto nuestro Superior Tribunal de Justicia que es correcta la aplicación del art. 71 del CPCC atendiendo al progreso parcial de la pretensión de la actora; el reparto de las costas conforme lo informa la norma es proporcional y no aritmético, prudencial y acorde a las circunstancias de la causa”, agregando asimismo que “el actor debe asumir las costas en la medida en que su pretensión se desestima, pues en dicha proporción reviste el carácter de vencido.” (conf. Resarcimiento de daños no. 3 el proceso de daños, Matilde Zavala de González, Ed. Hammurabi, año 1993, pág.389 y sgtes. –S.T.J. – Causa N° 19.607-R-2.004 – 29/08/05 – S.D. 09 S.R.O.E - voto del Dr. Pasutti). En el mismo precedente se puntualizó además que “El art. 71 C.P.C.C. faculta al juez, ante un vencimiento parcial y mutuo, a distribuir "prudencialmente" las costas en proporción al éxito obtenido por cada uno de los litigantes. Esto no significa que dicha distribución deba efectuarse con sujeción a porcentualidades matemáticas, sino que han de tenerse en consideración las distintas circunstancias del proceso y el éxito de las pretensiones de las partes.” (causa y fallo cit. – voto del Dr. Royer).----------

--- En la causa que nos ocupa, considerando las pretensiones acumuladas y su parcial desestimación, sin soslayar por otra parte que la actora se vio en la necesidad de entablar esta demanda y soportar la espera y la incertidumbre de un largo y accidentado proceso –recuérdese que a raíz de la pérdida de la causa debió reconstruirse el expediente, además de la demora causada por un fallido planteo de caducidad de la instancia– opino que la distribución dispuesta contiene una justa y adecuada proporción con el resultado final del pleito, por lo que propiciaré su confirmación, lo que así dejo votado.----------

--- Ello no incidirá en los honorarios profesionales por las tareas cumplidas en la sede de origen, ya que los mismos fueron fijados en términos porcentuales que se compadecen con la extensión, calidad, eficacia de las tareas cumplidas y los resultados respectivamente obtenidos, conforme a las normas arancelarias vigentes (arts. 5, 6, 8, 13, 18, 38, 46 y conc., Ley XIII N° 4 – antes Dec. Ley 2.200).----------

--- VIII. **Conclusiones** : ----------

--- Si se comparten las consideraciones precedentes, corresponderá por tanto: I) CONFIRMAR EN LO PRINCIPAL el fallo apelado, modificándolo única y exclusivamente en cuanto al monto de condena, que quedará fijado en la suma de $ 29.800.- con más los intereses ya determinados en la anterior instancia. II) Distribuir las costas de alzada en un 80% a cargo de la parte demandada y en el 20% restante por cuenta de la actora (art. 72 – antes 71- del C.P.C.C., TEXTO SEG. Ley XIII N° 5), fijándose los honorarios profesionales en base a las pautas ya expresadas en el apartado precedente, como sigue: 1) para la Dra. H. T., letrada apoderada del demandado, en el 3,2% y 2) para el Dr. J. L. S., letrado patrocinante de la actora, en el 3,6% (arts. 5, 13, 46 y conc., Ley XIII N° 4 – antes Dec. Ley 2.200).----------

--- Voto entonces a esta cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Señor Presidente de la Excma. Cámara de Apelaciones de Trelew, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ----------

--- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el distinguido colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellas, dando por reproducidos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Ferrari. Me concretaré, para el sustento individual de mi voto, a analizar los aspectos relevantes traídos a revisión de esta Sala.----------

--- Ingresaré inicialmente al análisis del agravio relativo al cuestionamiento de la pericia, a la que se niega entidad científica y valor de experticia, alegándose que el perito debió realizar personalmente los estudios básicos del dictamen y no delegar la función que se le encomendó, violando el art. 471 del Código Procesal.----------

--- El recurrente cuestiona al perito actuante la delegación de su tarea en terceros en lugar de realizar la experticia por sí mismo. No coincido con esa afirmación.----------

--- El cuestionamiento introducido por el apelante contra la pericia es insustancial, por cuanto la realización de estudios complementarios para despejar dudas o interrogantes

no es cuestionable en sí misma, sino que en todo caso debería demostrarse que los estudios pedidos no eran idóneos para producir el esclarecimiento del factum médico en debate. Tal labor de demostración de la inidoneidad de los estudios realizados no ha fructificado, quedándose el apelante en la opinión propia –e interesada- y no logrando efectivizar una crítica frontal y concluyente contra el mettier del perito médico.----------

--- Por otra parte, el argumento mismo de la delegación es especioso: con ese criterio el perito médico no debería valerse de ningún estudio, pues de otro modo, estaría "tercerizando" su dictamen, lo que resulta un argumento baladí y contrario a la normalidad de los sucesos.----------

--- Normalmente los peritos médicos se valen de estudios complementarios, máxime en cuestiones que vayan más allá de lo evidente a simple vista o de los actos de auscultación o de prospección sintomatológica primaria. Y no es sostenible que el hecho de que el perito se valga de informes o de estudios realizados por otros profesionales implique una delegación de su actuación.----------

--- Existiría una delegación de la actuación del perito si se demostrase que otra persona le ha hecho el dictamen, se lo ha preparado o le ha llevado redactadas las conclusiones, sin que el experto oficial haya siquiera visto las constancias documentales de la causa. En ese caso sí existiría una inaceptable delegación de tareas.----------

--- Pero ello ni ha sido alegado ni, menos, ha sido probado en debida forma. Ergo, el argumento de la delegación en base a analizar estudios especiales no tiene entidad, no tiene sustancia y debe juzgarse como un argumento defensista carente de peso y asidero, el que por tanto debe sin más rechazarse.----------

--- Por otra parte, no ha demostrado en absoluto el apelante que los estudios encargados por el experto no fueran idóneos para determinar si la vesícula biliar de la actora está presente en su cuerpo, y demás comprobaciones periciales relevantes para la correcta resolución de la causa. Y no se trataba de probar si había mejores medios a la mano, sino si los utilizados por el experto eran idóneos o no. Y no ha demostrado el apelante en forma alguna su inidoneidad y no se trata de abrir aquí un segmento de debate técnico tardío sobre sutilezas diagnósticas, en base a la opinión interesada de una de las partes, que rebate con énfasis pero sin acreditaciones objetivas las constataciones periciales.----------

--- El aporte personal del experto ha sido el de analizar la cuestión debatida según su conocimiento médico, extrayendo conclusiones a partir de los datos objetivos existentes en autos y los estudios producidos. Tales estudios no resuelven la cuestión sub lite por sí solos sino que requieren de una interpretación médica, para zanjar la disputa de las partes en el terreno médico y determinar científicamente si la vesícula fue o no extraida en su oportunidad.----------

--- El dictamen pericial interpreta el estudio de CRMN y no remite al mismo ni se queda en el mismo plano que éste, con lo que la delegación alegada por el recurrente constituye una ocurrencia, que no puede dejar de señalarse ni acogerse aquí.----------

--- Coincido en consecuencia en este punto con el parecer del Dr Ferrari sobre que no existió en autos una “delegación” de responsabilidades propias, sino la decisión compartible del experto de contar al dictaminar con un elemento científico imprescindible, para apoyar las conclusiones a extraer sobre bases científicas objetivas.----------

--- En cuanto al cuestionamiento del apelante sobre que el dictamen médico no se encuentra debidamente fundado, al no mencionar los motivos en los que se basa para una conclusión tan decidida. Analizando la pericia y el embate contra ella, no puedo compartir el argumento.----------

--- El apelante dirige en este caso una nueva crítica insustancial contra el dictamen pericial, al confundir un dictamen ciertamente escueto con uno infundado o deficientemente fundado, lo que el dictamen de autos no es.----------

--- El Dr. Ferrari ha referido en su voto los términos del dictamen y sus fundamentos, los que no reiteraré aquí y daré por reproducidos.----------

--- De los términos del dictamen surge claramente que el mismo cumple los requerimientos técnicos y de fundamentación consagrados por el código de rito. Le pese al apelante o no, el dictamen da fundamentos técnicos, explicita la base de sustentación técnica en que apoya su conclusión de que “atento a la sensibilidad y confiabilidad de la Colangioresonancia Nuclear Magnética (CNM) como método para diagnosticar mediante imágenes, a lo requerido por V.S. (*´estarse a los puntos de pericia de fs. 25 y 25 vta.´*) se concluye que del estudio de CNM realizado a la Señora I. S. de P. en fecha 03/06/04 no surge nada que permita siquiera sospechar que a esta persona efectivamente se le haya extirpado la vesícula biliar” (vid informe pericial a fs. 158 vta.).----------

--- El apelante parece creer que el informe pericial está sujeto a formalismos solemnes –sacramentales, en palabras de los civilistas clásicos- lo que lejos está de ser así. No hacen falta largas peroratas –aunque a veces muchos dictámenes las contienen- donde se copian párrafos extensos de libros de prestigio. Lo que se requiere para que el dictamen pericial esté fundado es que el mismo contenga las razones médicas, técnicas, que validan las conclusiones extraídas en el caso concreto. Y esa explicación surge clara del dictamen.----------

--- Para que un dictamen esté fundado se requiere que el juez al leerlo pueda reconstruir el iter lógico seguido por el perito en su discurrir técnico. Alejar la experticia de lo arbitrario y de lo caprichoso es lo que da cuerpo al requisito de fundamentación suficiente. Y ello se encuentra cumplido en el dictamen de autos.----------

--- Bien se ha dicho que la pericia es una declaración de ciencia, porque el perito expone lo que sabe por percepción y deducción e inducción de los hechos sobre los

cuales versa su dictamen; pero esa declaración contiene además, una operación valorativa porque es -esencialmente-, un concepto o dictamen técnico y no una simple narración de sus percepciones (Cám. CC 2ª La Plata, Sala 3ª, 30-4-1991, “La Menza, Vicente S. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios” e ídem, 27-9-1994, “Borchenn, Roberto R. c/ Fiusa, Federico y otro s/ Daños y perjuicios”, ambos en Juba sum. B351001).----------

--- El dictamen objetado no es una simple narración sino que expone una serie de operaciones, estudios de base, y a partir de ellas recorre un camino que naturalmente desemboca en las conclusiones. Nada hay de arbitrario en esa pericia. Y, nuevamente, no se trata de saber si había mejores argumentos para concluir lo mismo, sino de demostrar que lo dicho en la experticia es erróneo, insustancial o caprichoso, lo que no se ha demostrado en el recurso en análisis.----------

--- El rechazo del agravio se impone, entonces, como propone el Dr. Ferrari.----------

--- En lo concerniente a la apreciación de la prueba pericial científica por parte del juez, en un voto de mi autoría he precisado los límites de las esferas de conocimiento del juez y del perito médico, en términos que resulta de utilidad referir aquí.----------

--- En mi voto de la causa “N., J. O. c/ L., C. J. y otro s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N° 22.052 – año 2007), en sentencia del 10/2/09, actuando como juez subrogante de la Sala B de esta Cámara, dejé sentado que las conclusiones y datos periciales técnicos no puede ser una entelequia que surja de pronto de una informe médico, sin que ese dato se corresponda con razones científicas que lo justifiquen y enmarquen.----------

---

--- Agregué que desde los griegos hasta hoy, la ciencia para ser tal debe ser verificable. Objetiva y verificable, de otro modo no es ciencia sino opinión y así debe tomarse. Los griegos distinguían el saber en Doxa y Episteme. Episteme era el conocimiento científico, regido por reglas, enmarcado por principios y aquilatado en una lex artis asentada y asumida por la Academia. Doxa era la opinión vulgar, de suyo insegura y asentada en terreno cenagoso, que hoy podía pasar por válida y mañana demostrarse su absoluta inatendibilidad.----------

--- Y dije después que un dato no es científico por el hecho de que emane de un profesional en determinada materia. Un dato determinado se transforma en científico cuando va acompañado de la expresión de los principios que han regido su extracción, a partir de hechos comprobados. De tal modo, el encuadramiento de hechos en porcentajes ideales de incapacidad, para ser científica requiere de la explicitación de los fundamentos y principios médicos que presidieron ese encuadramiento y que tornan verificable al mismo. No hay ciencia sin verificabilidad. Y no hay verificabilidad sin fundamentos suficientes. Ergo la del consultor técnico de la actora es una opinión suya y no un conocimiento científico regular y verificable sobre la incapacidad genérica del actor de autos. El dato luce huérfano de los principios que lo alumbraran y justifican

científicamente y así debe declararse (cfr. mi voto de la causa “N., J. O. c/ L., C. J. y otro s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N° 22.052 – año 2007), en sentencia del 10/2/09, de la Sala B de esta Cámara).----------

--- Agregué después en ese voto que los auxiliares técnicos del juez tienen por misión iluminar su juicio en vez de confundirlo. Debieran advertir que un dictamen debe expedirse en términos que resulten comprensibles para personas que no dominan el argot de la ciencia sobre la que se pidiera el informe, ni los conocimientos de ella que excedan el campo de la difusión pública.----------

--- Sentado lo anterior, en cuanto a esta causa concierne, creo que el informe médico de autos esclarece debidamente el juicio de los jueces actuantes en la causa. En su apreciación, obvio es que el juez no puede hacer gala de conocimientos científicos de prestado, de solvencias técnicas –médicas en este caso- que no tiene en su haber. Los informes técnicos son descartables por el juez cuando ellos no superan el control de logicidad, es decir, cuando son autocontradictorios, cuando no dan razones bastantes que los sustenten técnicamente o cuando se encuentran desmentidos por otras pruebas agregadas al expediente y que generan más confianza al juez.----------

--- Bien se ha dicho que si el perito ha dictaminado en una cuestión fundamentalmente técnica o científica, que los jueces no pueden conocer por si mismos y las conclusiones son compartidas, basta que éstos así lo expresen sin necesidad de rebatir en el fallo las impugnaciones de las partes. Contrariamente, si se apartan de la pericia, están obligados a expresar los motivos por los cuales lo hacen y dejan de lado las opiniones técnicas (Cám. CC 1ª Mar del Plata, Sala 1ª, 14-11-1995, “Sepúlveda, Duran Roberto c/ Manuel Darwin s/ Beneficio de litigar sin gastos Daños y perjuicios” e ídem, Sala 2ª, 27-4-2006, “Ortiz, Elvira I. c/ Scala, Jorge y otro s/ Daños y perjuicios”, ambos en Juba sum. B1351275).----------

--- Importante es señalar que el juez no tiene necesidad de sobreabundar en cuestiones que el dictamen ha tratado y resuelto para adherir a él; no se requiere apalancar o afianzar en la sentencia lo dicho técnicamente en el dictamen. En cambio, si el juez se va a apartar del dictamen del perito, en ese caso tiene que dar buenas razones que justifiquen tal medida. Lo contrario implicaría admitir el imperio de la discrecionalidad más descarnada, lo que no corresponde admitir.----------

--- Con gran solvencia se ha esclarecido que los jueces no han de transformar su estrado "en Sorbona médica" y deben evitar el ridículo de arbitrar entre Hipócrates y Galeno. Aparte de la temeridad que conllevaría una actitud semejante por la carencia formativa, desbordaría la función que como juez les concierne. No pueden incursionar en tal terreno, porque para abastecer científicamente la materia del juicio, para ilustrar idóneamente y esclarecer dudas, están los peritos e informes de academias, universidades, entidades especializadas o cualquier otro ente apto a tal fin (Cám. CC San Nicolás, 24-3-1994, “Romang Ciuza Ramona c/ Graziosi Luis Enrique y otro s/

Daños y perjuicios", LLBA 1995, 350; ídem, 26-6-1997, "Santacreu Mirta Blanca c/ Echaniz Diego s/ Daños y perjuicios", en Juba sum. B853830).----------

--- La apreciación de la prueba por parte del juzgador de grado ha sido correcta, no dando el apelante razones de peso que desvirtúen las conclusiones a que arriba el juez en cuanto a la apreciación del dictamen pericial. El apelante no sale de lo opinable, permaneciendo dentro de lo subjetivo, no logrando conmover ni la experticia ni la sentencia que en ella se basa. Ergo, su ataque naufraga, máxime cuando es doctrina reiterada de esta Sala que la apreciación de la prueba efectuada por los jueces de grado constituye una decisión tomada por el juzgador en el centro o núcleo mismo de sus facultades, que constituye el ámbito de mayor discrecionalidad y legítimo arbitrio que le concede el ordenamiento, no bastando impugnarlas sobre la base de una opinión distinta sino que debe ensayarse, a su respecto, un ataque frontal, fundado en argumentos hábiles y conducentes, que demuestren el desacierto manifiesto de la resolución (cfr. mi voto en sentencias de esta Sala del 13/10/09, in re "J., C. D. c/ P. P. S.A. s/ Cobro de pesos" (Expte. 325 - Año 2009 CANE); ídem, 17/6/10, "A., R. M. c/ E. A. S.R.L. Y/O F. S.R.L. Y/O B., G. R. Y/O QUIEN RESULTE RESPONSABLE s/ DIFERENCIA DE HABERES E INDEMN. DE LEY" (Expte. 173 - Año 2010); ídem, del 12/11/08, in re "L., A. c/ S., R. s/ Cobro de pesos" (expte. 117, año 2008); ídem, 4/4/08, "P. V. c/ M. H. O. s/ Dif. de hab. e indem. de ley" (Expte. N° 22.785 - Año 2008); Ídem, del 19/6/08, in re "F., R. D. c/ B. H. S.R.L. y otros s/ Indem. de ley" (registrada como SDL 38/08); ídem, 18/6/2008, "V., L. N. y otro c/ L. S.C.T.T.L. s/ dif. de haberes e indem. de ley", registrada bajo el Nº 36 DE 2.008 – SDL); ídem, 7/8/08, "G., N. F. c/ P., R. L. y/o q. rte. resp. laboral de E. T. s/ Indem. de ley", registrada al Nro. 50 de 2008 SDL; ídem, 8/9/06, "S., J. G. c/ S. I. A. S.R.L. s/ cobro de pesos - laboral", registrada bajo el Nro. 56 DE 2.008 – SDL; ídem, 20/9/08, "S. M. C. C. R. S. Cobro de Haberes e Indemnización de ley" (Expte. N° 22.915 - Año 2008, registrada bajo el Nº 61 de 2.008 – SDL; ídem, 23/9/08, A., S. A. c/ S., H. y otro s/ cobro de pesos – laboral" (Expte. n° 22.806 - año: 2008, registrada bajo el Nº 59 de 2.008 – SDL; ídem, 21/8/08, "F., M. c/ B., O. H. y Otros s/ Cobro de Haberes e Indem. de Ley" (Expte. n° 22.863 - año: 2008, registrada bajo el Nº 54 de 2.008 – SDL; en igual sentido, Cám. Civ. y Com. Neuquén, Sala I, 29/2/96, "Aravena Bastias, Fernando c/ UCASA s/ Accidente", en Juba, base Neuquén, sumario Q0000046).----------

--- Y como agregara en mis votos de las causas "L., R. H. c/ M. H., M. A. y R., J. F. s/ dif. de hab. e indem. de ley" (Expte. 153 - Año 2009) y "A., R. M. c/ E. A. S.R.L. Y/O F. S.R.L. Y/O B., G. R. Y/O QUIEN RESULTE RESPONSABLE s/ DIFERENCIA DE HABERES E INDEMN. DE LEY" (Expte. 173 - Año 2010), el recurrente para cuestionar con éxito la apreciación de la prueba efectuada en la instancia anterior debe demostrar no ya un simple desacierto sino una valoración absurda o indefendible de la prueba. No alcanza con menos para conmover la apreciación de la prueba efectuada en el grado. Y

verdad es que en este caso –ni en los citados- el apelante no ha logrado ese cometido, con lo que su ataque naufraga.------

--- No son óbice para ello las objeciones que hace el apelante a la apreciación probatoria del a quo y que funda en la indebida valoración de la prueba testimonial, puntualmente, de los testimonios de los testigos V. y L. M..----------

--- Analizados los testimonios de ambos, participo de la opinión que tales deposiciones no logran desvirtuar lo comprobado en la prueba pericial, ya que ambos testimonios son generales y no concretan sus respuestas al caso que tenemos a juzgamiento. Me explicaré.----------

--- La Dra. N. B. V., que participó en la cirugía realizada a la actora en 1992 como anestesióloga, dio respuestas ciertamente contradictorias, ya que inicialmente indicó que a la actora "…le quitamos la vesícula por una pancreatitis" (cfr. fs. 65/vta., respuesta pregunta sexta), pero después manifestó no recordar puntualmente los detalles, porque "son muchos años" (vid. Respuesta a la décima pregunta). La contradicción resulta llamativa. Quien no recuerda detalles concretos, no puede hacer manifestaciones categóricas y si las hace, no pueden ser tomadas en serio.----------

--- En cuanto al Dr. L. M., ayudante en la intervención de 1992, éste declara que no recuerda el caso, pero "si en mi protocolo figura, debo haberlo hecho" (cfr. fs. 67/vta., respuesta a la cuarta pregunta).----------

--- Ninguno de los dos testigos son hábiles para provocar el convencimiento judicial, pues no recuerdan detalles del caso, la primera, ni el caso en sí, el segundo. Ello los inhabilita como testigos, pues la misión del testigo es brindar al juez detalles de lo que recuerda, no de lo que conjetura o intuye.----------

--- El argumento del apelante sobre que "el juzgado evidentemente no distingue qué es una vesícula, qué es un conducto sístico", directamente debe ser considerado no solo descaminado, sino innecesario.----------

--- Ello por cuanto el juez no es experto en medicina. Además de inconducente, este reproche resulta francamente desatinado.----------

--- Creo que cabe contestar a ese agravio aparente con una página del gran maestro Hugo Alsina, quien en su monumental obra, agota esta cuestión al decir que "No siempre el juez se encuentra en condiciones de conocer o apreciar un hecho por sus propios medios, sea porque no se halle al alcance de sus sentidos, sea porque su examen requiere aptitudes técnicas que sólo proporcionan determinadas disciplinas, ajenas a los estudios jurídicos. Ello lo obliga a recurrir, en esos casos, al auxilio de personas especializadas que reciben el nombre de peritos; y la diligencia que con su concurso se practica constituye la prueba pericial" (ALSINA, Hugo, "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 1958, T. III, pp. 471/472).----------

--- Agrega allí el citado maestro que "Los peritos, en efecto, pueden ser llamados para comprobar un hecho cuya existencia se controvierte, limitándose entonces a efectuar la

comprobación sin emitir opinión sobre las circunstancias que le rodean o bien para determinar las causas o efectos de un hecho admitido por las partes, pero respecto de las cuales ellas controvierten. Ordinariamente, sin embargo, desempeñan ambas funciones, es decir, que no sólo ayudan al juez a comprobar el hecho, sino también a apreciarlo. Se trata, por consiguiente, de simples colaboradores cuya misión consiste en salvar una imposibilidad física o en suplir una insuficiencia técnica del tribunal. No cabe duda que la medición de un fundo es una diligencia que el juez puede efectuarla personalmente, pero que le obligaría a abandonar la sede del tribunal para trasladarse al lugar en que aquél se encuentra ubicado; y es preferible entonces que la encomiende a quienes, por sus conocimientos y condiciones personales, se hallan habilitados para realizarla, como son los agrimensores. La determinación del estado mental de una persona exige conocimientos de que el juez carece habitualmente por la índole de sus estudios, lo cual le obliga a asesorarse por quienes poseen esos conocimientos, o sea los médicos. Pero, en cualquiera de los dos casos, el perito es un simple intermediario en el reconocimiento judicial: el lente a través del cual el juez percibe ciertos hechos que su visión normal no alcanza" (ALSINA, Hugo, "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", 2ª edición, cit, T. III, p. 472).----------

--- Concluye luego el maestro Alsina que "De ello se deducen dos consecuencias fundamentales. En primer lugar, que no se trata en realidad de una prueba, aunque el código así la denomine, sino de un medio para la obtención de una prueba, desde que sólo aporta elementos de juicio para su valoración. La prueba está constituida por el hecho mismo, y los peritos no hacen sino ponerlo de manifiesto. Por ejemplo, en la prueba por libros de los comerciantes, los peritos no tienen otra función que constatar la existencia de los asientos que las partes invocan en sus afirmaciones. La prueba resulta de los asientos en los libros, y el medio de ponerlos frente al tribunal es la compulsa de libros que los peritos contadores realizan. En la insania los peritos comprueban la existencia de ciertos hechos que denuncian la presencia de un estado mental determinado y emiten su opinión sobre sus causas y efectos probables. Pero, en definitiva, y ésta es la segunda consecuencia, quien va a apreciar el mérito de la prueba es el juez, pudiendo por ello, como vamos a verlo, apartarse de las conclusiones de los peritos, bajo determinadas condiciones" (ALSINA, Hugo, "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", 2ª edición, cit, T. III, p. 472).----------

--- Otro cuestionamiento del apelante radica en que el perito médico ha obviado expedirse sobre dos puntos propuestos por la demandada en el punto IX, apartado 2, limitándose a decir que "no surge nada que permita siquiera sospechar que a esta persona efectivamente se le haya extirpado la vesícula biliar".----------

--- Para poner las cosas en su justo sitio, es preciso señalar que los puntos propuestos por la parte demanda a los que alude el apelante no se ajustan a las reglas procesales referidas a este medio probatorio.----------

--- Yerra otra vez el apelante el embate, al no advertir que el perito no tenía el deber de pronunciarse sobre esos tópicos, toda vez que tales puntos no iban dirigidos a él sino a los consultores técnicos. Que los consultores técnicos estén o no habilitados –no lo están- para contestar este tipo de interrogantes es harina de otro costal. Lo importante es destacar que el perito no tenía por qué contestar interrogantes planteados a sujetos distintos de él, lo que basta para hacer naufragar este ataque, de nulo peso específico.-

--- No habiendo sido tales aspectos incluidos en la asignación judicial de labores al perito –cfr. fs. 132-, la que no fue cuestionada por la ahora apelante en su oportunidad, la impugnación del dictamen por no haberse pronunciado sobre puntos que no se sometieron a su conocimiento padece de una liviandad sustancial remarcable y que solo se equipara a la liviandad procesal de cuestionar tardíamente lo que no se impugnó en tiempo hábil. Ello sella la suerte de este agravio.----------

--- Seguidamente cabe analizar la alegación de la demandada recurrente sobre que la accionante padeció una extirpación de la vesícula dificultosa, por lo que se dejó ex profeso un muñón místico largo, el que probablemente con los años haya determinado la dilatación y consecuente “vesiculización del místico”, lo que –dice- sería compatible con la imagen de la resonancia magnética nuclear.----------

--- Aduce el recurrente que el perito médico de oficio ha tergiversado la información producida por los especialistas en imágenes, pasando del modo potencial a la aseveración expresa lo dicho por los expertos en imágenes, no realizando el perito un aporte actualizado del estado real y actual de la actora.----------

--- En este tópico volvemos a encontrarnos con un intento de rebatimiento de conclusiones periciales sobre la base no ya de una opinión sino de una conjetura o cavilación, lo que está un peldaño debajo de la opinión.----------

--- Cabe recordar que el accionado en su responde adujo que “podría pensarse” que la imagen tomada el 16/12/1997 correspondería a un mucocele del cístico, a un muñón cístico vesiculizado, a un linfocele, a un biloma enquistado, a un granuloma por cuerpo extraño, a una fibrosis del muñón sístico enquistado, y luego sigue una larga lista de hipotéticas dolencias a las que podría corresponder la imagen (ver fs. 50), lista que incluye al quiste hidatídico.----------

--- Es decir que en la imaginación del demandado hasta un perro podría haber sido el causante de la “vesiculización”, antes que él mismo. Mas resulta extraño que una persona con imaginación tan fértil en la faz postulatoria del proceso, no intentara en la faz probatoria corresponder a tan amplio abanico de posibilidades con una prueba idónea para descartar algo más simple que lo que él plantea: que la vesícula que dijo haber extraído hace tantos años, permaneciera en su sitio muchos años después.--------

--- El accionado debió producir prueba que acredite alguna de las causales que enarbola para dar una versión alternativa de la que brinda la actora para explicar esa imagen, que en principio correspondería a una vesícula biliar. Y el accionado no ha

probado ninguna de las diferentes probables situaciones que planteó como defensas alternativas.----------

--- Probado como está que existe una imagen que muestra un cuerpo compatible con una apéndice que el accionado dijo haber extraído, le cabía a su parte alegar y probar que ese cuerpo no era tal apéndice sino otro cuerpo distinto. No habiendo alegado idóneamente siquiera –menos aún probado- que se tratara de algo distinto de una apéndice, no puede luego cuestionar la pericia sobre la base de sus propias opiniones o el fruto fértil de su imaginación desbordada –o su desesperación defensista-.----------

--- Se ha decidido que el principio del dispositivo ritual impone a los litigantes el deber de probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción y tal imposición no depende de la calidad de actor o demandado sino de la situación en que se coloquen dentro del proceso, por lo tanto al actor corresponderá acreditar los hechos constitutivos de su pretensión, en tanto que al contrario los extintivos, impeditivos o modificatorios que oponga a ellos. de tal manera que el onus probandi incumbe a quien afirma y no a quien niega, si las suyas son negaciones sustanciales y absolutas con la consiguiente autorresponsabilidad de las partes por su inactividad (C. Nac. Com., sala A, 06/10/1989 -FILAN SAIC v. MUSANTE ESTEBAN A., en AbeledoPerrot online).----------

--- Y bien se ha dicho que la ciencia procesal ha encontrado un criterio muy exacto para la distribución de la carga probatoria, al clasificar los hechos en constitutivos, impeditivos, modificativos y extintivos. así, al actor incumbe la prueba del hecho constitutivo del derecho cuyo reconocimiento pretende. frente al mismo, el demandado puede, en principio, adoptar una actitud de mera expectativa bastándole con desconocerlo. sin embargo, cuando sin desconocer la relación jurídica invoca la existencia de hechos impeditivos, modificativos o extintivos para fundar su defensa o excepción, a el le corresponde la carga de probar tal aserto (C. Nac. Com., sala B, 23/12/1992 -ASCENSORES IBEL SRL v. HARRODS BUENOS AIRES LTDA S/ SUM., en AbeledoPerrot online).----------

--- Ese es justamente el caso de autos. La actora probó que existe un cuerpo extraño dentro suyo que no debía estar ahí. Se agregó a autos prueba de la existencia de lo que prima facie se rotuló como un apéndice. Ello implicó la prueba del hecho constitutivo de su pretensión por parte de la actora. Con su responde “imaginativo” la demandada planteó una serie de posibles hechos modificativos o extintivos, que a su entender hacían zozobrar el reclamo de su contraria. Obvio resulta que en tal situación, cargaba la accionada con la prueba de los hechos modificativos o extintivos que blandiera en autos. No habiéndolos probado, debe cargar con las consecuencias de su inacción probatoria en autos.----------

--- No habré de ingresar al análisis del agravio relativo a la falta de historia clínica por su pérdida en una inundación, por tratarse de un agravio inconducente ante la postura

asumida por el accionado en la causa, donde ha reconocido diversos hechos que tornan innecesario desarrollar los efectos de la historia clínica o de su pérdida.----------

--- En cuanto al cumplimiento del consentimiento informado, el apelante se agravia de lo resuelto por el juez, afirmando que la actora ha reconocido haber sido informada sobre la enfermedad que tenía y sobre el tratamiento para la misma, que no era otro que la extracción de la vesícula.----------

--- No veo el punto al que quiere arribar el recurrente con este agravio, por cuanto informada o no la actora del tratamiento, lo cierto es que surge de autos que el mismo no se le practicó. Ello así, cuál sería la consecuencia justificatoria de un consentimiento para un acto o gesto quirúrgico no perfeccionado.----------

--- En tal situación, entiendo que esta alegación que pretende el accionado levantar como defensa ha sido bien marginada por el juez de instancia.----------

--- He dicho por mi parte en varias oportunidades –y creo que el caso que tengo a resolución es el ejemplo más acabado de ello- que el consentimiento informado no es un acto mágico, que justifique cualquier prestación médica. Los hechos de este caso demuestran en su máxima expresión tal afirmación.----------

--- Es que el hecho de que se le hubiera informado a la paciente que el tratamiento adecuado para su dolencia “era la colecistectomía (extracción de la vesícula biliar)” y que se le hubiera informado, una vez concluida la operación, que “efectivamente” se le había “extirpado la vesícula biliar, la cual se encontraba afectada por cálculos” (vid fs. 21), no implica que el demandado le hubiera informado a la actora que practicaría una resección parcial de la vesícula.----------

--- Esa afirmación del demandado sobre la información de la resección parcial como terapia más aconsejable para su caso en modo alguno fue probada por el accionado como realizada, lo que deja la cuestión en el terreno de las afirmaciones y la saca del de las probanzas.----------

--- En tal situación, el demandado carece de asidero al postular que ha dado cumplimiento a su deber de información suficiente al paciente previa a la práctica, por cuanto –aún aceptando que el mismo le informó a su cliente la necesidad de extraerle la vesícula- no se ha probado que lo hiciera con la suficiente precisión que el caso requería, no existiendo prueba de que le hubiera informado de que le practicaría una extracción parcial de vesícula, ni el por qué de tal solución, ni la conveniencia de practicar una extracción parcial y no total de vesícula.----------

--- Es cierto que no pueden aplicarse al demandado las exigencias que surgen de los arts. 3 y 5 de la ley 26529, por no ser aplicable ella respecto de hechos ocurridos antes de su entrada en vigor, No me parece dudoso que la praxis médica deba juzgarse a la luz de las exigencias, datos, posibilidades del paciente y conocimientos existentes al momento de realizarse ella. Lo contrario implicaría una exigencia desmedida, porque podrían cargarse sobre los profesionales deberes inmensos, sobre la base de datos no conocidos al momento de realizar la práctica, lo que es injustificable.----------

--- La regla entonces es que la praxis profesional se juzga con la normativa, los conocimientos adquiridos, la lex artis, las posibilidades concretas del paciente y del médico y las exigencias del momento en que fue practicada. De otro modo, la mayoría –o, al menos, muchas prácticas serían negligentes- si fueran juzgadas con normas, criterios o con la lex artis posterior a su realización.----------

--- Baste recordar el criterio que imperó en la cirugía hasta casi la década de 1980 de que "*a grandes cirujanos, grandes incisiones*" y compáreselo con la lex artis actual que prohija la menor intervención posible sobre el cuerpo del paciente, la menor incisión que sea posible realizar como criterio no sólo deseable sino exigible, y se comprenderá que las únicas pautas de diligencia y de legalidad que deben utilizarse son las del momento de realización de la práctica médica. Ello implica que, en este caso, queda marginada de aplicación la ley 26529.----------

--- Pero, no es menos cierto, que de cualquier modo la información al paciente, previa a su consentimiento, aún sin estar en vigencia los arts. 3 y 5 de la Ley 26529, debía igualmente ser completa. Objetiva, veraz, completa y accesible, para ser más exactos, pues aceptar algo distinto sería tanto como aceptar que la información previa al consentimiento se prestara por mero formalismo o sin sentido real, o sin seriedad, lo que no corresponde asumir (cfr. LÓPEZ MESA - TRIGO REPRESAS, Tratado de la responsabilidad civil. Cuantificación del daño, La Ley, Bs. As., 2006, p. 581).----------

--- Antes de la vigencia de la Ley 26529, la norma de la que se ha extraído la obligación del médico de informar al paciente era el art. 19 inc. 3 de la Ley 17132, ley de ejercicio de la medicina. En esta línea se ha postulado que el consentimiento informado aparece como la justificación misma de la legitimidad del acto médico, fundado en el derecho del paciente a su autonomía y su autodeterminación, reconociendo sustento legal en el texto del art. 19 inc. 3° de la ley 17132, interpretación que ciertamente comporta la superación del "paternalismo médico", con explícito reconocimiento y respeto de la "titularidad" de cada sujeto sobre su cuerpo (C. Civ. y Com. San Martín, sala 2ª, 17/02/2005 -Muzzupapa, Margarita Julia v. Rodríguez, Rolando Javier y otro s/ Daños y perjuicios, en Juba sum. B2003250).----------

--- Tratándose de una operación mutilante la acometida por el demandado –extracción de la vesícula biliar-, no cabe dudar que el caso encuentra cobijo suficiente en el art. 19 inc. 3 de la ley 17132. En esta línea se ha dicho que la redacción del artículo 19 inc. 3 de la ley 17132 no permite dudar de que la escrituración allí requerida para receptar la conformidad del paciente en supuestos de operaciones mutilantes, es una forma "ad probationem", no solemne, y por lo tanto su ausencia ni afecta la validez del acto o de la manifestación de voluntad en cuestión (un mero hecho voluntario lícito), ni impide definitivamente que ésta pueda, en ciertos casos, ser acreditada por otros medios probatorios (C. 1ª Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, 06/09/1994, Romero, Lidia A. v. Hospital Base de Avellaneda s/ Daños y perjuicios, en Juba sum. B200811).----------

--- La Sala B de esta Cámara ha decidido en similar senda que la doctrina del consentimiento informado tiene su fundamento en el respeto por la libertad del paciente, quien cuenta con el derecho a decidir sobre su propio cuerpo. Obvio es que para tomar esa decisión con discernimiento, intención y libertad, el paciente -o, en su caso, su representante o algún familiar, tema que no interesa aquí- debe estar, cuanto menos, adecuada y suficientemente informado sobre la naturaleza, los alcances, la necesidad, la utilidad o beneficio y los riesgos del tratamiento o práctica médica a realizar, como asimismo sobre la existencia de medios alternativos al propuesto; también, es obvio que el profesional médico de que se trate, tiene la obligación de respetar ese derecho del paciente, de modo que el incumplimiento de tal obligación generará su responsabilidad civil por el daño que pueda sobrevenir (C. Apels. Trelew, sala B, 04/04/2007 -P., M.A. v. Z., N.R. y Otro s/Daños y Perjuicios, en AbeledoPerrot online).----------

--- Y bien se ha sostenido también que el incumplimiento del deber de obtener el consentimiento informado es una violación de la libertad del paciente, a quien debio hacérsele saber exactamente las ulterioridades de la operación para, sobre la base de ese conocimiento, inclinarse por concretarla o no. Son distintos los alcances de la responsabilidad si media culpa en el tratamiento propiamente dicho, o por el contrario la prestación ha sido correcta, o bien cuando no se puede probar claramente la culpa en el acto médico (SCBA, 20/12/2006, Paesano, Beatriz v. Clínica Privada Santa Ana y otro s/ Daños y perjuicios, en Juba sum. B27189; ídem, 31/03/2004, Abdelnur de Molina, Amalia B. v. Meroni, José y otro s/ incumplimiento de contrato y daños y perjuicios, en Juba sum. B27189).----------

--- El propio demandado se enreda en una miríada de alegaciones en su desesperación defensista: dice que la forma que aparece en el estudio de contraste no es una vesícula, sino otra imagen; dice que pudo existir una vesiculización o que puede ser un quiste hidatídico; dice que practicó una extracción parcial de vesícula.----------

--- Ahora bien, si el caso de la actora era tan particular como para que ameritara una solución como la resección parcial de vesícula, consecuencia necesaria de ello es que el suyo no es un caso más y, seguidamente, que entonces la información dada a su parte debió ser muy específica y precisa, dada la especificidad de su caso.----------

--- Lo raro del caso que esgrime el accionado en su defensa, le obligaba a ser muy específico en la información. Y no ha probado haberlo sido, con lo que debe tenerse por insatisfecha la carga de información previa al consentimiento del paciente.----------

--- Es que, no importa tanto que el médico haya brindado alguna información al paciente, como se ha probado en autos haberse realizado, sino que se requiere que el médico informe suficientemente al paciente sobre las circunstancias concretas de su estado de salud, la terapéutica recomendada, los riesgos y ventajas de la misma, etc.---

--- Brillantemente ha dicho el maestro GALÁN CORTÉS que “resulta fundamental, por consiguiente, analizar en toda actuación médica si se ha dado al paciente una información adecuada del tipo de intervención a realizar, sus resultados, sus riesgos,

sus alternativas y demás factores necesarios para una justa y real ponderación por parte del mismo, en tal forma que el paciente pueda emitir su conformidad al plan terapéutico de forma efectiva y no viciada por una información sesgada o inexacta" (GALÁN CORTÉS, Julio César, Responsabilidad civil médica, Cívitas, Madrid, 2005, p. 258).----------

--- El consentimiento del paciente constituye un factor de legitimación de la intervención médica y de justificación del daño que ésta causare, siempre y cuando haya sido precedido de la información adecuada, clara y suficiente, que permita a la persona consentir válidamente lo que se le propone y que se trate de derechos disponibles. De otro modo, el consentimiento sería a ciegas y no cabe admitir la eficacia legitimante de un consentimiento que, en tal situación, más parecería un cheque en blanco o un bill de indemnidad que otra cosa.----------

--- Además, tampoco cabe admitir que la información validante del consentimiento se preste en un único instante y de manera fragmentaria, pues en ese caso carece de entidad o eficacia justificante de la intervención del galeno.----------

--- Brillantemente ha dicho el ex juez de la Corte Suprema colombiana, maestro Carlos Ignacio Jaramillo, que "Este deber de información, con miras a evitar confusiones, es necesario segmentarlo, a fin de proyectarlo a lo largo de diversas etapas, en razón de que su vigencia no sólo se predica de un determinado momentum, a diferencia de lo que sucede en la generalidad de negocios jurídicos. Es así, en concreto, como puede estar presente y, de suyo latente, durante la etapa precontractual, en donde se erige en presupuesto ineluctable de la manifestación de voluntad del paciente (requisito de eficacia negocial), en la medida en que se entiende que la misma, para que se tome vinculante, requiere exteriorizarse con conocimiento de causa, o sea en función de lo realmente informado por el médico. Ello explica, que deba ser veraz y suficiente. y también en la contractual, dado que si la relación es continuada (de tracto sucesivo), muy posiblemente se requerirá que el paciente manifieste la aceptación del tratamiento o del plan médico propuesto, luego de suministrada la correspondiente información terapéutica, igualmente necesaria para que su voluntas sea libre y eficaz (información sucesiva). Como lo precisa un amplio sector de la doctrina, la información médica será indispensable para la gestación del consentimiento -propiamente dicho-, al igual que para el otorgamiento -puntual- del asentimiento del paciente, una vez éste se haya formado" (JARAMILLO, Carlos Ignacio, "Responsabilidad civil médica", edición de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2008, pp. 219/221).----------

--- Puede verse así que la información debe ser objeto de comunicación adecuada y continuada. Debe ella prestarse antes de la práctica propuesta, para que el paciente esté en condiciones de prestar su asentimiento válidamente. Pero, si luego de cumplida la práctica se presentase alguna nueva información que comunicar, el médico deberá hacerlo, so pena de que se considere insuficiente la información prestada al paciente.

En el caso que nos ocupa, si le fue comunicada al paciente su afección y propuesta la extirpación de su vesícula, a lo que prestó conformidad, si luego el médico decidió extirparla parcialmente, debió haberlo comunicado a la paciente, lo que le hubiera ahorrado a ésta un largo deambular de cinco años por diversos consultorios y especialistas en busca de aliviar dolores, que al no contar con información correcta y completa no sabía ni ella ni sus facultativas a qué podían deberse.----------

--- Las prácticas médicas realizadas sin información suficiente del paciente equivalen a las realizadas sin su consentimiento, pues lejos está el rol del paciente ante el requerimiento del médico de tener que limitarse a decir Amén.----------

--- Es que, cuando el médico actúa sin obtener debidamente la voluntad previamente informada del paciente, asume unilateralmente los riesgos propios de su intervención al no haberse desarrollado adecuadamente la información. Por ende, la carga de la prueba de la preexistencia del consentimiento informado corresponde al médico (C. 1ª Civ. y Com. La Plata, sala 2ª, 23/09/2003, O Keeffe, Cristina M. v. Hospital Prof. Dr. Adolfo Rossi s/daños y perjuicios, en Juba sum. B152589).----------

--- El consentimiento –más propiamente *asentimiento*-, posee dentro de la dinámica de la relación médico-paciente, una trascendencia creciente desde hace años hasta adquirir con la sanción de la ley 26529 arts. 2 y siguientes una importancia enorme.------

--- En palabras de BUERES, "en principio, el médico no puede efectuar ningún tipo de tratamiento sin recabar el consentimiento del paciente", o más exactamente, reclamando precisión jurídica, "...la voluntad del enfermo". "Esta directiva se impone de manera incontestable dado que tiene en cuenta uno de los aspectos más salientes de la libertad personal y, asimismo, el enfermo dispone de su cuerpo (insipienter volenti non fit iniuria)" (BUERES, Alberto, "Responsabilidad civil de los médicos", Edit. Abaco, Bs. As., 1979, vol. I. pág. 201).----------

--- En el caso que nos convoca: si el demandado consideraba pertinente la extirpación de la vesícula biliar y la práctica no se perfeccionó luego o se practicó de manera incompleta o rudimentaria, por las razones que fueran, cargaba el profesional sobre sí con el deber de informar a la accionante sobre tal situación para que su paciente estuviera avisada y pudiese tomar las medidas necesarias para evitar inconvenientes y dolores futuros.----------

--- A la luz de la prueba arrimada a autos, debe considerarse que el médico demandado no ha demostrado haber satisfecho su obligación informativa para con el paciente, lo que lleva -al estar a su cargo la prueba del cumplimiento de tal deber de información-, a considerar que ha incurrido en un supuesto de mala praxis indudable, sea por haber realizado una intervención quirúrgica deficiente, sea por haber informado insuficientemente a la actora los pormenores y novedades de la práctica cumplida sobre su cuerpo, sea por una conjunción de ambas deficiencias.----------

--- En cualquier caso ha sido objeto de debida probanza en autos que la actora fue operada de colecistectomía (extirpación de la vesícula biliar) por el Dr. N. R. Z. el

10/02/1992. También ha sido probado en autos que cinco años después de la intervención antedicha, la persistencia de la sintomatología presentada por la actora, motivó la realización de un estudio por imágenes que arrojó como resultado que la paciente tenía todavía en su cuerpo su vesícula biliar, la que no presentaba signos de extirpación, lo que corrobaron estudios posteriores obrantes en esta causa. Se ha probado igualmente que, durante los años posteriores a la intervención de 1992, la accionante continuó sufriendo dolores propios de su mal funcionamiento vesical, lo que le ha producido daños tanto materiales como extrapatrimonialesmorales, los que se encuentran en relación causal adecuada con la práctica médica realizada por el accionado en 1992.----------

--- En tal situación, de conformidad con lo dispuesto por los conforme a las prescripciones de los arts. 499, 505, 511, 512, 519 y 520, 901, 902, 903, 904, y cctes. del Código Civil, el demandado ha sido bien condenado a indemnizar a la actora los daños y perjuicios que sufriera a consecuencia de su praxis imperfecta e imperita y de la insuficiente información que brindara a la misma. Ergo, la sentencia de grado debe ser confirmada en este aspecto.----------

--- Sentado ello, corresponde analizar el agravio relativo a los montos del resarcimiento concedido en la instancia inferior.----------

--- Ingresando al abordaje de los diversos cuestionamientos del accionado en orden a estos aspectos crematísticos, habré de decir en lo concerniente a los gastos médicos cuyo reintegro se impugnara, que al concederlo, el juez inferior tuvo en cuenta diversos aspectos: a) la continuidad de su patología luego de la operación fallida; b) que los consecuentes desembolsos incurridos constituían un daño económico que debía ser indemnizado por el médico demandado; c) que se presume que quien ha sufrido lesiones que requirieron tratamiento médico realice gastos extraordinarios, sin que obste a ello que el damnificado sea atendido por hospitales públicos o a través de una obra social, ya que también en estos supuestos deben afrontar pagos que le ocasionan detrimento patrimonial; d) que la indemnización resulta igualmente procedente aun cuando su extensión no pueda ser demostrada de manera precisa y directa, siempre que dichos gastos resulten verosímiles; e) que los sufrimientos de la actora a consecuencia de la negligencia del accionado están probados con la copia de la historia clínica de fs. 343, el estudio de fs. 341, y los dictámenes del cuerpo médico forense; f) que las constancias de la obra social muestran que la actora debió afrontar gastos por tratamientos, estudios y medicamentos que ascienden a la suma de $ 505,75 durante el período que va de junio de 1995 a octubre de 1999; g) que en el sumario realizado por la obra social a consecuencia del episodio que diera lugar a estas actuaciones se agregaron órdenes facturadas por el demandado y su equipo médico por la operación quirúrgica practicada el 10/02/1992, debiendo considerarse que la actora debió afrontar un porcentual de esos costos. h) que durante el proceso debieron realizarse dos

resonancias magnéticas; i) que procede la fijación judicial del monto del resasrcimiento conforme a las circunstancias del caso según lo dispuesto en el art. 165 C.P.C.C.. A consecuencia de todos estos factores, el a quo encontró adecuado y razonable otorgar a la actora como reparación del rubro gastos médicos la suma de pesos siete mil ($ 7.000).----------

--- De las diversas objeciones del apelante, varias de ellas nuevamente insustanciales e inatendibles y a cuyo tratamiento no ingresaré porque los jueces no tienen el deber de seguir a las partes en todas sus alegaciones, si ellas fueran inconducentes, sí habrán de gozar de andamiento dos de ellas.----------

--- El apelante cuestiona la estimación pecuniaria de dicho daño patrimonial por parte del juez. Creo que asiste razón al recurrente cuando considera excesiva la estimación que el a quo practica de estos gastos.----------

--- Para apreciar la demasía, cabe recordar algunas sentencias de esta Sala que conforman doctrina legal vigente en materia de daño emergente. En mi voto de la causa caratulada "P., D. E. C. c/ R., H. y otra s/ Daños y Perjuicios" (Expte. 250 - Año 2009 CANE) sostuve que los recibos son la prueba por antonomasia de la realización de un gasto. Pero no es la única prueba de él. Lo que no puede quedar nunca en agua de borrajas es si el gasto se realizó o no.----------

--- Agregué luego que uno de los requisitos del daño resarcible, el primero y principal de ellos, es su certidumbre. Sólo los daños ciertos son indemnizables. Por el contrario, un daño incierto es, necesariamente, no reparable. Claro que existen gradaciones de certidumbre. Y así, el daño emergente es el más cierto de todos porque se ha experimentado efectivamente y en forma ponderable y ese es, precisamente, su límite resarcitorio: el daño efectivamente padecido, sus manifestaciones tangibles y relacionadas causalmente en forma adecuada con la actuación del dañador. En el otro extremo de la escala de certidumbre se ubica la pérdida de chance, supuesto en que la certidumbre del daño aparece esfumada o borrosa, aunque se halla presente, pues de otro modo no se trataría de un daño indemnizable (LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo", Edic. de la Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Diké, Colección Internacional (Libro Nº 11), Bogotá, 2009, p. 129).----------

--- Dije después que el daño emergente es el más cierto de todos los daños patrimoniales; ello, por cuanto se parte de la base de un desembolso efectivo o de un menoscabo tangible, sobre el que se calcula, en el primer caso, un valor de reintegro del gasto efectuado y, en el segundo, un valor de reconstitución del patrimonio menoscabado (LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo", pp. 129/130). En ambos casos deben existir normalmente documentos: en el primero, del pago efectuado; en el segundo, presupuestos del gasto a realizar. Si no existieran esos documentos, la prueba alternativa que demuestre el gasto o el daño debe ser clara, precisa, concordante en caso de ser varias y en todos

los supuestos convincentes (cfr. mi voto de la causa caratulada "P., D. E. C. c/ R., H. y otra s/ Daños y Perjuicios" (Expte. 250 - Año 2009 CANE).----------

---

--- Seguidamente indiqué que el daño emergente, más que una indemnización, en la mayoría de los casos equivale ontológicamente a un reintegro de gastos: a través de él se reconoce y determina un valor de reintegro correlativo a un gasto ya efectuado. Excepciones hay en que las reparaciones no se hicieron y el daño emergente se calcula a partir de gastos que habrán de realizarse. Pero se trata de excepciones. En la mayor parte de los casos, el daño emergente constituye un reintegro para un gasto ya hecho, el que debe haber sido acreditado, tanto en su extensión, como –más primordialmente todavía- en su existencia misma. De tal modo, la correspondencia entre gasto y reintegro nunca puede ser conjetural o probable, sino que debe estar probada la realización del primero, para que se torne procedente el segundo (cfr. mi voto de la causa caratulada "P., D. E. C. c/ R., H. y otra s/ Daños y Perjuicios" (Expte. 250 - Año 2009 CANE).----------

--- Esta línea jurisprudencial fue seguida de cerca en la decisión de esta Sala del caso “A., J. C. c/ G., H. F. s/ Daños y Perjuicios” (Expte. 284 - Año 2009 CANE). A la luz de estos criterio, una perspectiva prudente se aposenta en la materia del reintegro de gastos no documentados en su totalidad. Ello es lo más acosejable, ya que lo contrario implicaría abrir la puerta a todo género de demasías y colusiones.----------

---

--- En el caso que nos convoca, si bien es cierto que están documentados algunos gastos y que otros deben ser tenidos por efectuados, el a quo para la ponderación y cuantificación del reintegro ha efectuado una estimación fundada en apreciaciones de carácter subjetivo, lo que le ha llevado a presumir la realización de otros gastos no documentados, arribando a una suma un tanto elevada, a la luz de los gastos efectivamente probados, de $ 7.000.----------

--- Tal cuantía carece de apoyatura en parámetros objetivos y verificables y no se respalda tampoco en nomencladores o aranceles vigentes que le den algún respaldo, lo que permite considerar a la estimación del a quo como personal, subjetiva, y hasta conjetural, como la califica agudamente el Dr. Ferrari. ----------

--- En tal situación se requiere la determinación de un criterio objetivo para la cuantificación del daño emergente sufrido por la actora en concepto de gastos médicos, en relación causal adecuada con la actuación negligente del accionado.----------

--- En tal situación concuerdo con lo propuesto por el Dr. Ferrari sobre que desde la intervención quirúrgica debatida en autos hasta la fecha han transcurrido 18 años, en el transcurso de los cuales la accionante ha debido seguir recibiendo atención médica, dado que no han cesado las molestias, pues no hace mucho ha tenido ella un cuadro clínico seguro que justifique sus malestares. Esto implica que durante ese tiempo ha

debido recurrir al médico, al menos una vez al mes y consumir medicamentos para el dolor, de los que la obra social solo se hace cargo de la mitad de su costo, como es público y notorio en el caso de la obra social provincial.----------

--- Aplicando al caso un criterio ciertamente conservador, que se corresponde con el que emplea esta Sala cuando de estimar gastos no documentados se trata- es dable utilizar un criterio rector de gasto mensual promedio de $ 15.- comprensivo de ambos conceptos– lo que permite arribar a la suma del orden de los $ 3.200.- por las erogaciones no documentadas a lo largo de los 18 años de sufrimiento de dolores por la actora, suma que sumada a la de los gastos justificados ya receptados por el a quo, permiten fijar el daño emergente en concepto de gastos médicos en la suma de pesos cuatro mil ochocientos ($ 4.800) (cfr. art. 167, 3er. párrafo, Ley XIII, Nro 5, ex art. 165 C.P.C.y C.).----------

--- Por lo anteriormente desarrollado corresponde reducir el monto asignado en el grado por este rubro a la suma de $ 4.800.- con más los intereses que fueron establecidos en el pronunciamiento apelado. ----------

--- En lo concerniente a los gastos médicos futuros, el a quo fijó en $ 14.700, los gastos que estimó necesarios para afrontar los gastos por tratamientos futuros que guardan relación con el perjuicio sufrido, con intereses moratorios desde que quede firme la sentencia.----------

--- El recurrente impugna el monto fijado, cuestionando que se necesaria una nueva operación porque la actora “no tiene vesícula”, y que a partir de diciembre de 2009 la obra social de la actora le brinda la cobertura del 100% de los gastos sanatoriales de internación, así como los gastos médicos, incluida la operación y elementos descartables.----------

--- El primer argumento debe descartarse de plano, dado que es mendaz, pues se ha acreditado debidamente en la causa, mal que le pese al accionado apelante, que la vesícula biliar está presente en la cavidad abdominal de la actora, probándose también la necesidad de su extirpación. Ergo, el argumento debe rechazarse.----------

--- Pero, en cuanto al segundo aspecto del agravio, en cambio, le asiste razón.----------

--- En una obra de mi autoría, he cuestionado a los jueces que conceden indemnizaciones sin fijarse si el reclamante tenía o no obra social y qué porcentaje de los gastos médicos le cubría ella (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo – TRIGO REPRESAS, Féliz, “Tratado de la responsabilidad civil. Cuantificación del daño”, Edit. La Ley 2006, p. 205). De tal modo, no podría actuar yo del modo en que cuestiono, otorgando una suma por gastos futuros sin verificar la cobertura de la obra social de la actora.----------

--- En tal situación, cabe mencionar que recientemente -el 30/09/2009- la obra social que posee la actora (SEROS) dictó la resolución N° 1755/09 (Acta N° 01544) a fin de ampliar la cobertura de prestaciones a sus afiliados al 100% para los honorarios y gastos de las prácticas diagnósticas y terapéuticas, sean éstas clínicas o quirúrgicas, de aplicación fundamental en internación (art. 1°).----------

--- Tal resolución, aplicada a este caso, implica que siendo necesaria una nueva operación de vesícula de la actora, como está probado en autos que será necesaria, la accionante tiene garantizada la cobertura total de gastos y honorarios profesionales que esa intervención genere, por lo que no repercutirá negativamente en su patrimonio esa nueva operación, con lo que no cabe concederle suma alguna por tal concepto, pues de hacerlo esa suma se convertiría en un enriquecimiento sin causa. ----------

--- Esta Sala ha fijado postura –la que integra la doctrina legal vigente- en materia de daños futuros, a través de mi voto en el precedente dictado con fecha 27/08/2009, in re "P., D. E. C. c/ R., H. y otra s/ Daños y Perjuicios" (Expte. 250 - Año 2009 CANE), publicado en elDial, clave elDialAA560D), en el que dejé sentado que cuando se está en presencia de un tratamiento no realizado -y un gasto no hecho- se requieren algunas precisiones sobre el más eminente e imprescindible de todos los requisitos del daño resarcible: su certeza. Es que puede admitirse cierta indeterminación en el quantum nocendi pero no en el quid nocendi: la existencia del daño debe haber sido comprobada para ordenar su resarcimiento (LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo", Edic. de la Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Diké, Colección Internacional (Libro Nº 11), Bogotá, 2009, p. 66; TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, La Ley, Bs. As., 2004, T. I, p. 416).----------

--- Prácticamente la unanimidad de la doctrina nacional y extranjera (vid, TERRÉ, François - SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Yves, "Droit Civil. Les Obligations", Edit. Dalloz, París, 1996, p. 551, Nº 670; LE TOURNEAU - CADIET, Droit de la responsabilité, Dalloz, París, 1998, p. 211, Nºs 662 a 665; DE CUPIS, Adriano, El daño, Edit. Bosch, Barcelona, 1975, pp. 245 y ss; VICENTE DOMINGO, Elena, El daño, en "Lecciones de responsabilidad civil", Edit. Aranzadi, Navarra, 2002, p. 72; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, "Derecho de daños", Edit. Bosch, Barcelona, 1999, p. 73; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, "Principios de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones", 4ª edic., Edit. Trivium, Madrid, 1996, T. 2ª, p. 339; ROCA, Encarna, Derecho de daños. Textos y materiales, 3ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 124; SANTOS BRIZ, Jaime, "La responsabilidad civil", Montecorvo, Madrid, 1993, p. 152 (cambiando el requisito de certeza del daño por el de su "realidad", sustancialmente coincidente con el primero); ZANNONI, El daño en la responsabilidad civil, Astrea, Bs. As., 1986, pp. 50/57, § 17; TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit., T. I, p. 413; LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo", cit, p. 66).-), así como la jurisprudencia (CNCiv., Sala D, 19/2/99, "Canoniero, Ramiro c. Rubinstein, Roberto", LL, 2001-B- 770; SCBA, 5/7/00, "Rodríguez, Norberto Claudio c. Correa, Mariano y otra", Juba sum. B11512; Cám. Apels. Trelew, Sala A, 7/4/09, "P., A. A. c/ Municipalidad de Rawson s/ Daños y perjuicios" (Expte. 137 - Año 2008 CANE; ídem, mi voto en sentencia del

27/08/2009, in re "P., D. E. C. c/ R., H. y otra s/ Daños y Perjuicios" (Expte. 250 - Año 2009 CANE), publicado en elDial, clave elDialAA560D), han declarado que para que el daño sea resarcible debe ser cierto.-------

--- La noción de daño causado está en esencial contradicción con la eventualidad de ese daño. El daño que eventualmente puede ocurrir, no ha sido causado todavía y como tal no es indemnizable, pues bien puede suceder que nunca se concrete (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo", cit, p. 66).----------

--- Como expusiera Elena VICENTE DOMINGO, "daño cierto equivale a daño existente, a daño no imaginado y que tiene consistencia. En definitiva, a daño que se puede probar. Cuando un daño no se prueba como cierto, no es reparable" (VICENTE DOMINGO, Elena, El daño, en "Lecciones de responsabilidad civil", cit., p. 72).----------

--- Es así que, para ser indemnizable, el daño debe ser cierto; el daño cierto es aquél cuyo acaecimiento no es conjetural o dudoso, sino demostrable en cuanto a su existencia y extensión. Como regla, el daño indemnizable es el daño actual, es decir, el ya producido. Excepcionalmente, el daño futuro puede ser indemnizable, si existe suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos (art. 901 Cód. Civ.), de que el mismo llegue a producirse, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente (cfr. mi voto en sentencia del 27/08/2009, in re "P., D. E. C. c/ R., H. y otra s/ Daños y Perjuicios" (Expte. 250 - Año 2009 CANE), publicado en elDial, clave elDialAA560D; LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo", cit, p. 67; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. "Teoría general de la responsabilidad civil", 4ª edic., Edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1983, Nºs. 324/27; TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit., T. I, p. 413; BONASI BENUCCI Eduardo, "La responsabilidad civil", Edit. Bosch, Barcelona, 1958, trad. Juan V. Fuentes Lojo y José Peré Raluy, p. 44 y ss., Nº 11). ----------

--- De tal modo, para que el daño futuro sea resarcible, se requiere que el mismo no sea eventual, lo que implica que la probabilidad de su acaecimiento sea demostrada en juicio, al menos en cuanto a su alta probabilidad. El daño debe ser ante todo real, cierto y existente, pues proceder a la reparación de un daño eventual o hipotético, aunque sea susceptible de producirse en el futuro, pero todavía no realizado, equivaldría a enriquecer sin causa a la víctima (LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, Principios de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, cit., T. 2ª, p. 339; en similar sentido, CNCiv., Sala D, 19/2/99, "Canoniero, Ramiro c. Rubinstein, Roberto", LL 2001-B-770; ídem, 21/5/97, "Puppo de Cuccarese, Rosa M. c. Pantoff y Fracchia S.A.", LL 1997-E-434).----------

--- Dicha certidumbre es relativa y debe ser apreciada con tino y mesura; ello puesto que, como advierten LE TOURNEAU y CADIET, "...la certidumbre no es de este mundo. El perjuicio cierto es, en este sentido, el perjuicio muy verosímil, tan verosímil como para tener el mérito de ser tenido en consideración" (LE TOURNEAU - CADIET, Droit

de la responsabilité, cit., p. 211, Nº 663). Dijimos alguna vez, en expresión que ha hecho camino en la doctrina que nos ha seguido, que el daño es cierto cuando se puede ponderar, cuando es tangible, cuando su reclamo no constituye un "castillo de arena" (LÓPEZ MESA, Marcelo, en TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit., T. I, p. 414).----------

--- Es dable aclarar que la certidumbre debe darse en cuanto a la existencia misma, presente o futura, del derecho aunque el monto del perjuicio no pueda ser determinado al momento de dictarse la sentencia, debiendo ser fijado posteriormente (TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit., T. I, p. 414. CAZEAUX, Pedro N., "Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance", en "Temas de responsabilidad civil. En honor al Dr. Augusto M. Morello", Editora Platense, La Plata, 1981, p. 17; Trib. Supremo de España, Sala 1ª, 3/7/2001, sent. 660/2001, ponente: Sr. Román García Varela, Aranzadi, T. 2002-I, p. 2838, caso Nº 1701; Cám. CC Córdoba, 8ª Nom., 18/3/93, "Rodríguez de Gómez, Elda I. C.E.P.O.S.", JA 1994-I-708; mi voto en sentencia del 27/08/2009, in re "P., D. E. C. c/ R., H. y otra s/ Daños y Perjuicios" (Expte. 250 - Año 2009 CANE), publicado en elDial, clave elDialAA560D; en similar sentido, ZANNONI, El daño en la responsabilidad civil, cit., p. 50, § 17; ACUÑA ANZORENA, "adiciones" a SALVAT, Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones, Bs. As., 1958, T. IV, p. 77, Nº 2729, nota 24).----------

--- Es obvio que el requisito de que el daño sea cierto, no significa que deba ser fatal, pues el daño probable, que verosímilmente sucederá, también debe indemnizarse (Cám. 2ª CC La Plata, Sala 3ª, 14/3/91, "Gil, Omar c. Canelo, Héctor", Juba sum. B350938).----------

--- En cualquier caso, el juez debe saber cuál es el daño sufrido, debe poder apreciar sus consecuencias y manifestaciones. Un daño incierto no resulta indemnizable, porque el derecho no indemniza ilusiones sino realidades (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo", cit, p. 68; TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit., T. I, p. 415).--------

--- El daño es incierto o eventual -y por ello no es resarcible- si no se tiene ninguna seguridad de que el hecho dañoso vaya a existir en alguna medida, no presentándose ello nada más que como una mera posibilidad (SCBA, 13/10/87, "Delta Plata S.A. e Iezzi Ottonello y Cía. S.A. c. Municipio de Vicente López", AyS 1987 IV, 307). Y el caso es que el simple peligro, la sola amenaza o perspectiva de que se produzca un hecho dañoso, no basta para disponer su resarcimiento (CAZEAUX, P., Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance, cit., p. 17; CAZEAUX - TRIGO REPRESAS, Derecho de las Obligaciones, T I, p. 408, Nº 261).----------

--- Lo visto hasta aquí permite trazar una línea cartesiana en el seno de los daños futuros reclamados, distinguiendo los que son indemnizables de los que no lo son,

según que su acaecimiento sea probable en alto grado, según prueba técnica incorporada a la causa o no (cfr. mi voto en el precedente de esta Sala dictado con fecha 27/08/2009, in re "P., D. E. C. c/ R., H. y otra s/ Daños y Perjuicios" (Expte. 250 - Año 2009 CANE), publicado en elDial, clave elDialAA560D).--

--- Se nos presenta entonces la necesidad de distinguir los daños futuros "necesarios" de los daños futuros meramente "contingentes" o "eventuales". Los primeros son aquellos que, según prueba incorporada a la causa y según el curso normal y ordinario de las cosas habrán de producirse con alta probabilidad, a partir del desenlace de la situación acreditada. En cambio, los daños contingentes o eventuales son daños que pueden o no producirse en el futuro, por lo que su actual reconocimiento resulta inconveniente, dado que puede dar lugar a un enriquecimiento sin causa (cfr. mi voto en el precedente de esta Sala de fecha 27/08/2009, in re "P., D. E. C. c/ R., H. y otra s/ Daños y Perjuicios" (Expte. 250 - Año 2009 CANE), publicado en elDial, clave elDialAA560D).----------

--- Transpolando esta doctrina legal a los hechos de este caso, surge sin dificultad que si bien resulta cierto que la accionante deberá con seguridad someterse a una nueva cirugía para extirparle la vesícula biliar, en cambio no es seguro ni cierto que haya la misma de sufrir un daño patrimonial a consecuencia de esa operación, como que su obra social en casos así cubre todos los gastos.----------

--- Ello así, no puede conjeturarse que la accionante habrá de sufrir un daño y concederle en tal situación un resarcimiento, implicaría asignarle un monto dinerario que no tiene por causa adecuada el daño que le causara la mala praxis del accionado.--

--- La resolución dictada por SEROS es reciente, no existía ella ni al momento de plantearse la demanda ni al de dictarse la sentencia de primera instancia, por lo que no censuro ni a la actora ni al a quo por lo solicitado o concedido, pero habiendo sido dictada tal resolución no puedo obviarla al momento de fallar esta causa en alzada, pues lo contrario implicaría fallarla sobre la base de una ficción y plasmar un enriquecimiento sin causa.----------

--- Es que, conforme edicta el art. 165 inc. 6, segundo párrafo de la Ley XIII, Nro. 5, “La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos”.----------

---Ello así, arribados a este momento del dictado de la sentencia de alzada, no encuentro motivo para mantener la condena al accionado respecto de este rubro, cuando existen elementos de juicio que permiten tener por acreditado que el gasto de la operación no será solventado por la actora, por lo que me adhiero a la propuesta del Dr. Ferrari de revocar la sentencia apelada en este punto.----------

--- Pasando al agravio relativo al monto concedido por daño moral, que el a quo ha estimado en $ 25.000, suma que el apelante juzga excesiva.----------

--- Sin embargo, analizando las particulares circunstancias del caso, considero que el sentenciante de grado no ha concedido un resarcimiento excesivo ni ha dado pautas de excesiva latitud para la cuantificación de este perjuicio.----------

--- Por el contrario, adscribo a la opinión de que en este caso el a quo ha valorado debidamente los aspectos relevantes para la fijación del quantum del daño extrapatrimonial, teniendo en vista el sufrimiento innecesario e injustificado que la actora ha padecido debido a la negligencia del accionado.----------

--- Es indudable que la indemnización por daño moral comprende las molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes que, en el supuesto de lesiones, se configura por el conjunto de padecimientos físicos y espirituales derivados del hecho, y que tiene por objeto reparar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precipuo en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos (SCBA, 9-5-1989, Orellano de Miranda, Nélida c/ Empresa de Transportes Línea 216 s/ Daños y perjuicios, AyS 1989-II-13; ídem, 2-8-1994, Gómez, Aurelio y otros c/ Agri, Antonio s/ Daños y perjuicios, DJBA 147, 177 - AyS 1994 III, 208 - ED 160, 403; ídem, 11-7-1995, Alonso de Sella, Patricia Graciana y otro c/ Dellepiane Angel Hernán s/ Daños y perjuicios, DJBA 149, 161 - AyS 1995 III, 15; ídem, 29-10-2003, D.,F. c/ J.,S. s/ Daños y perjuicios, en Juba sum. B14058).---------

--- La actora de autos ha sufrido un severo daño extrapatrimonial, que no requiere de prueba específica, porque se encuentra probado in re ipsa, y que consiste en una larga cantidad de años de incertidumbre sobre la etiología de su dolencia, la inseguridad física y el malestar anímico que comporta el sufrir dolores agudos, sin saber a qué obedecen. Pero en el caso de autos el componente principal del daño extrapatrimonial es el sufrimiento de dolores.----------

--- No se requieren demasiadas explicaciones porque pertenece al dominio de lo público y notorio, ya que cualquier persona ha tenido un familiar con esa dolencia, que cuando la vesícula funciona mal produce dolores horribles que hasta dejan postrada en la cama a la persona durante algunas horas, los días que tiene ataques vesicales. Y si bien es cierto que el daño moral no es el precio del dolor, también lo es que se compone de dolor y que el sufrimiento de dolores agudos durante mucho tiempo no es neutro para la fijación de la cuantía de su resarcimiento.----------

--- En una obra cuya autoría compartí con mi maestro, el insigne civilista Félix Trigo Represas, sobre el tema que vengo tratando hemos dicho que “los padecimientos físicos o sufrimientos causados por el perjuicio físico o funcional sufrido a consecuencia del hecho dañoso constituyen daños indemnizables. Siempre que se constate que una persona ha sufrido un dolor físico agudo o padecimientos físicos y morales de importancia, se está en presencia de un daño moral resarcible (cfr. LÓPEZ MESA,

Marcelo – TRIGO REPRESAS, Féliz, “Tratado de la responsabilidad civil. Cuantificación del daño”, Edit. La Ley 2006, p. 117).----------

--- Claro que si bien la indemnización del daño moral busca resarcir todo dolor y sufrimiento padecido por la víctima del ilícito, independientemente de cualquier reparación de índole patrimonial que no tiene por qué guardar con ella ninguna clase de proporción, tampoco se circunscribe sólo al dolor, sino que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación que exceden este concepto aún en sentido amplio, en todo cambio disvalioso psicofísico de la persona por la acción atribuida a otra (Cárn. CC San Isidro. Sala I, 15/6/99. "Wildemberg, Angélica C. cl Fleitas, Diana", LLBA 1999-1225).----------

--- También se ha dicho que la indemnización por daño moral no se reduce al precio del dolor o a la pérdida de afecciones, sino que se apunta a toda situación disvaliosa en las calidades de sentir, de querer, y de entender. A partir del carácter resarcitorio de tal rubro, éste desempeña la función de satisfacer perjuicios que no sean mensurables con exactitud, teniendo en cuenta las condiciones personales de la víctima y la gravedad objetiva del perjuicio, como así también el resto de las circunstancias del caso (CNCiv., Sala D, 28/12/93, "Campos, Manuel S. cl Manchinelli, GabrieI y otro", LL 1994-C-579, J. Agrup., caso 9807).----------

--- A la luz de estas pautas y vista la situación que ha padecido la señora I. S. de P., considero que es justo en el caso de autos el monto fijado a título de resarcimiento en la suma de $ 25.000. Por otra parte, encuentro que el agravio del apelante, que se ha ceñido a decir que es “arbitrario y totalmente desproporcionado” el monto fijado, no constituye una crítica que supere el valladar formal del art. 268 Ley XIII N° 5, ex art. 265 C.P.C.C.).----------

--- Por tales motivos concomitantes, adheriré a la propuesta del colega de primer voto de confirmar el fallo apelado en este aspecto.----------

--- Toca por último analizar el agravio relativo a la imposición de las costas de grado. –

--- El apelante impugna el reparto de costas realizado por el a quo, a razón de 40% a la actora y 60% al demandado. No veo que le asista razón en su embate, vistas las pretensiones deducidas por las partes, las que progresaron y las que no. ----------

--- De ese resultado del proceso efectivamente producido, a la luz de la doctrina del Máximo Tribunal de la Provincia y de esta Cámara, no encuentro demasía alguna en lo resuelto por el juez de grado en materia de costas.----------

--- Esta alzada, siguiendo las aguas de pacífica jurisprudencia, tradicionalmente ha declarado que en el proceso sobre indemnización de daños las costas forman parte de la reparación y que no quita al demandado su calidad de vencido la circunstancia que la pretensión termine prosperando por un monto inferior al reclamado cuando los rubros resarcitorios dependieron de estimación judicial; pero no lo es menos que al así pronunciarnos también se hizo la salvedad que no promediara el rechazo de ítemes indemnizatorios o severa disminución de aquellos cuyo justiprecio no pendiera del juez

(c. 9.945 S.D.L. 81/92, c. 11.684 S.D.L. 119/95, c. 13.245 S.D.L. 57/98, c. 13.871 S.D.C. 23/99). ----------

--- Cuando media el rechazo de rubros resarcitorios reclamados las costas deben reflejar esos rechazos. En reiterados pronunciamientos esta Sala ha expresado que el postulado de que en los juicios de daños y perjuicios las costas integran el resarcimiento, no puede ser extendido hasta el extremo de hacer cargar al demandado con aquellas de las que él no es responsable, por derivar las mismas de excesos -al menos objetivos- en las reclamaciones del actor (c. 20.041 S.D.C. 12/05, c. 21.401 S.D.C. 52/06, 21.607 S.D.C. 6/07, c. 21.245 S.D.C. 32/08). La normativa que rige la responsabilidad civil impone el deber de reparar o indemnizar a quien ha causado el daño (arts. 1067, 1068 Cód. Civ.), a quien lo ha ocasionado (art. 1109 ídem), de modo que si los perjuicios de incurrir en determinados gastos causídicos no le fueron causados ni ocasionados al actor por el demandado, sino que los provocaron sus propias peticiones excesivas, es él quien debe soportarlos en la medida de esa falta suya, de ese hecho libre del que fue autor, sin que quepa imponer por ellos responsabilidad a su adversario (arts. 903, 1111 íd.). Cuando son pues rechazadas exigencias resarcitorias injustificadas o son reducidas drásticamente aquellas que, siendo procedentes, han sido sin embargo formuladas por un monto exagerado y no dependiente de estimación del juez, tal principio queda desplazado, tornándose de estricta aplicación el art. 71 C.P.C.C.----------

--- Pero esa distribución prevista en el citado art. 71 del ordenamiento procesal ha de realizarse “prudencialmente”, con una visión sincrética del juicio y no por una análisis puramente aritmético del resultado confrontado con la demanda, considero adecuado imponer las costas de primera instancia en un 80 % a los demandados y en el restante 20 % al actor (confr.: Loutayf Ranea, “La condena en costas en el proceso civil”, Astrea 1998, pág. 410).----------

--- Ello así, en esta causa, teniendo en vista las pretensiones esgrimidas por la actora y su desestimación, y habiéndose visto la actora obligada a litigar por la conducta de su contraria, considero que la distribución de costas hecha en el grado significa una comprensión correcta de lo ocurrido en la litis y se corresponde con el resultado del pleito, significando su correcto encuadramiento en las pautas de la doctrina legal vigente y del art. 72 Ley XIII, Nro. 5, motivo por el cual adheriré a la propuesta de su confirmación.----------

--- Los honorarios se mantendrán como están, al haber sido fijados en términos porcentuales, que no se ven influidos por las modificaciones dispuestas en esta instancia a la sentencia de grado.----------

--- Por tales fundamentos, habré de acompañar la propuesta del Dr. Ferrari de confirmar en lo sustancial el decisorio recurrido y modificarlo parcialmente en lo concerniente al

monto de condena, el que se fija en pesos veintinueve mil ochocientos ($ 29.800), a lo que deberán añadirse los intereses previstos en la sentencia apelada.----------

--- En cuanto a las costas correspondientes a esta instancia, corresponde su distribución a razón del 80% a cargo de la demandada y el 20% remanente deberá ser cargado a la accionante (art. 72, Ley XIII, Nro. 5, ex art. 71 C.P.C. y C.).----------

--- Los estipendios de alzada corresponde que se fijen en las siguientes alícuotas: a) para la Dra. H. T., letrada apoderada del accionado, el 3,2% del monto del proceso que surja en etapa de ejecución de sentencia y b) para el Dr. J. L. S., letrado patrocinante de la accionante, el 3,6% del monto del proceso; tales porcentajes se justifican en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado de las respectivas tareas cumplidas en la alzada (cfr. arts. 5, 13, 46 y cctes., Ley XIII N° 4, ex Ley 2.200).-

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Dr. Ferrari expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado presentemente, corresponderá por tanto: I) CONFIRMAR EN LO PRINCIPAL el fallo apelado, modificándolo única y exclusivamente en cuanto al monto de condena, que quedará fijado en la suma de $ 29.800.- con más los intereses ya determinados en la anterior instancia. II) Distribuir las costas de alzada en un 80% a cargo de la parte demandada y en el 20% restante por cuenta de la actora. III) Fijar los honorarios profesionales de alzada, como sigue: 1) para la Dra. H. T., letrada apoderada del demandado, en el 3,2% y 2) para el Dr. J. L. S., letrado patrocinante de la actora, en el 3,6%.----------

--- Así lo voto.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Señor Presidente de la Excma. Cámara de Apelaciones de Trelew, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Ferrari en su voto a esta cuestión.----------

--- Tal mi voto.----------

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por hallarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Carlos A. Velázquez, al efectuarse el sorteo para el estudio de la causa (art. 7 Ley V, Nº 17, antes art. 8 Ley 1130, To. Ley 4550).----------

--- Trelew, de junio de 2010.---------- -

--- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- CONFIRMAR EN LO PRINCIPAL el fallo apelado, modificándolo única y exclusivamente en cuanto al monto de condena, que quedará fijado en la suma de $ 29.800.- con más los intereses ya determinados en la anterior instancia.----------

--- DISTRIBUIR las costas de alzada en un 80% a cargo de la parte demandada y en el

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

20% restante por cuenta de la actora.----------

--- FIJAR los honorarios profesionales de alzada, como sigue: 1) para la Dra. H. T., letrada apoderada del demandado, en el 3,2% y 2) para el Dr. J. L. S., letrado patrocinante de la actora, en el 3,6%.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.010 – SDC.- Conste.-

cg

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA