En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de agosto del año dos mil quince, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Mario Luis Vivas para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"R., M. A. c/ PROVINCIA DEL CHUBUT S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Expte. N° 6 Año 2015)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. Nº 193/2009), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTION:**¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 241.

**A LA PRIMERA CUESTION**: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

**1.**

La Sra. Jueza de a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de esta Circunscripción Judicial dictó sentencia a fs. 199/205 haciendo lugar a la demanda entablada por M. A. R. contra la Provincia del Chubut, condenando a ésta al pago de la suma de $ 200.000, con más intereses.

Para arribar a dicho decisorio tuvo en cuenta, en lo pertinente, que el actor reclama la reparación de los daños padecidos a consecuencia de una intervención quirúrgica llevada a cabo en el Hospital S. de esta Ciudad. Se encontraron controvertidos los daños causados.

En su responde de demanda, el Estado provincial reconoció la intervención quirúrgica y acompañó historia clínica. De la misma surge que el actor fue sometido a una cirugía laparoscópica programada para la extracción de vesícula, durante el desarrollo de la cual el médico cambió el

procedimiento iniciado por una cirugía convencional abierta.

Estimó que tanto la doctrina como la jurisprudencia actual, coinciden en señalar que el Estado resulta responsable por hechos u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando cumplen las mismas de una manera irregular.

Analizó la prueba testimonial. De la declaración del Dr. T. surge que constató que el actor presentaba una perforación en el colon transverso y por ello una peritonitis fecal, practicándosele una colostomía que luego fue cerrada. Sostuvo que la perforación pudo deberse a la introducción de los trocares para la realización de la video laparoscopía. Los dichos del testigo se encuentran abonados por las constancias de la historia clínica acompañada.

El informe pericial médico refiere que el plan quirúrgico fue una colesistectomía videolaparoscópica y termina con una convencional; que según la historia clínica se debió a fallas en el instrumental al realizar el neumo peritoneo. Sostuvo que en el acto quirúrgico surgieron dos complicaciones: problemas con el instrumental y problemas con la técnica operatoria.

Concluyó de lo dicho que debido a complicaciones con el instrumental y la técnica abordada se provocó la perforación en el colon transverso del actor y la posterior peritonitis fecal. Calificó de imprudente y negligente el

accionar del médico cirujano, en los términos de los art. 512 y 902 del Cód. Civil.

Indicó que la responsabilidad de los centros asistenciales en los casos de mala praxis, responde a un factor objetivo de atribución, por lo que acreditado el cumplimiento irregular de la obligación de seguridad, determinada por la actuación de cirujano interviniente, su relación causal con las lesiones padecidas por el actor y en tanto la demandada no ha invocado en autos causal de exoneración alguna, deberá afrontar las consecuencias dañosas.

Con referencia a la incapacidad laboral desestimó el rubro en tanto no se ha acreditado que las secuelas señaladas (debilitamiento de las paredes abdominales), generen una incapacidad para desarrollar sus tareas laborales.

En lo que hace al daño a la integridad física estimó que el perito médico no examinó al actor ni señaló que la extracción de un tramo de intestino, como denunciara la actora, le generara algún tipo de secuela incapacitante, lo que imponía el rechazo del rubro de trato, sin perjuicio que se lo valorara al momento de tratar el daño moral.

Determinó indemnización por el rubro daño moral teniendo en cuenta que las lesiones sufridas por el actor se encontraban plenamente acreditadas, como también la proyección de sus consecuencias. Para su cuantificación tuvo en cuenta la gravedad de las lesiones padecidas, las intervenciones quirúrgicas a las que fuera sometido, la colostomía, la pérdida de un tramo de intestino, la edad del actor al tiempo del hecho y la angustia y frustración que el hecho dañoso y sus consecuencias le generaron.

Impuso costas a la demandada vencida. Reguló honorarios profesionales.

**2.**

A fs. 211 la parte actora apeló la sentencia de grado, expresando agravios a fs. 229/231. A fs. 210 la parte demandada apeló la sentencia, expresando agravios a fs. 232/234, los que fueron respondidos por la actora a fs. 236.

**3.**

**3.1.**

Se agravia el actor por cuanto el decisorio anterior desestimó la procedencia del rubro "incapacidad laboral" solicitado.

Justifica lo reclamado en la demanda sobre la base de la edad del accionante y su actividad como trabajador metalúrgico.

Sostiene en tal sentido que el pronunciamiento anterior desestimó el rubro en cuestión, sobre la base de no haberse acreditado en autos que las secuelas probadas generaran incapacidad laboral para desarrollar sus tareas habituales.

Rebate a la pieza sentencial, afirmando, en cambio, que se encuentra probado en autos que el actor sufrió posteriores cirugías a la mal practicada y que las posteriores incisiones que se le efectuaron le provocaron una eventración por debilitamiento de la pared abdominal, plasmado ello en el testimonio del médico (fs. 152 vta) que se hizo cargo de la mala praxis anterior. Refiere asimismo a los dichos del experto médico, en cuanto sostuvo que es factible que el paciente pudiera hacer una eventración, lo que significa que las paredes abdominales quedaron comprometidas.

En síntesis, señala que la consecuencia directa del debilitamiento de la pared abdominal es la disminución de la fisiología funcional del músculo, que se traduce en la disminución de realizar esfuerzos físicos importantes que demandan tareas pesadas, extremos que se encuentran probados en

autos.

Se queja asimismo, como derivación de lo anterior expuesto, que, si bien es cierto que el actor no fue revisado por el perito médico, ello no obsta a haber quedado acreditado en autos las circunstancias apuntadas, conforme lo contestado por el experto a la cuarta pregunta del interrogatorio de fs. 173 vta.

En esta misma parcela del agravio, sostiene que el decisorio tuvo en cuenta el principio general del sistema probatorio de la ley procesal, soslayando que, conforme el principio de las cargas probatorias dinámicas, la demandada debió probar que el actor carecía de incapacidad.

Tal como señala el pronunciamiento en análisis, el actor no fue sometido a revisación del perito médico. De allí, que el informe de fs. 173, se realizó sobre la historia clínica aportada en autos (ver contestación a preguntas 4 y 5 del interrogatorio de la actora y 1 y 2 del interrogatorio de la demandada), contestando todo lo demás en abstracto (es decir, no vio al paciente y contestó sobre la base de sus conocimientos generales en la especialidad), con la salvedad de la referencia que formula al contestar a la pregunta 4) del interrogatorio de la demandada, en la que hace mención al testimonio de fs. 152.

Cuadra señalar que el testigo de fs. 152 recordó que hubo una tercera cirugía por una eventración de la herida quirúrgica.

El experto médico, afirmó por su parte, que toda incisión lleva aparejado una disminución del tono muscular. A causa de las cirugías y la fibrosis de los tejidos se produce una disminución del tono muscular de la pared abdominal con posibilidad de eventración a posterior, la que se produjo conforme con el testimonio antes reseñado.

Es decir, lo que ha quedado acreditado en autos fue la eventración, pero no sus consecuencias, pues es dable recordar una vez más que la omisión de la revisación del actor obligó al experto médico a realizar las consideraciones solicitadas sobre la base de su experiencia científica, mas no sobre la constatación de tales efectos en el cuerpo del actor.

Así las cosas, al no contarse con elementos que demuestren que la incapacidad invocada por el apelante sea producto de la eventración sufrida tras las cirugías, en tanto no fue examinado médicamente por el experto, y la pericia médica realizada consistió sólo en referencias de la historia clínica y afirmaciones en abstracto del perito, la relación de causalidad invocada por el actor no se encuentra acreditada (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala IV, "Meza, Gabriela Inés; Alfonso, Edgardo Donato y Saucedo, Benedicta c. Sánchez, Juan Carlos y/o q.r.r.", 26/08/2009, LLLitoral 2009 (noviembre) , 1122, AR/JUR/29988/2009).

A todo evento, el actor ni siquiera probó encontrarse trabajando al momento de la cirugía que motivó estos actuados.

Señaló el actor en su demanda que su actividad era la metalúrgica, que su ingreso era de $ 2.500 mensuales y que nunca más pudo realizar las tareas que venía cumpliendo.

No obstante ello, frente a la negativa de la demandada en tal sentido, corría a cargo del actor la prueba de esos extremos (art. 381, del CPCC), pese a lo cual nada probó al respecto. Ni siquiera se sabe si el actor desempeñaba actividad laboral alguna al momento de la mala práctica médica de autos. Por ello, mal puede, de ese modo, reclamarse por una incapacidad "laboral". Menos aún, en una actividad de la que nada se sabe. Es más, ni siquiera refirió en su demanda cuáles eran las tareas que el actor desarrollaba en ese

tiempo dentro del ramo metalúrgico, lo que me lleva a pensar que no es posible determinar si ella implicaba o no esfuerzos físicos, que le generaran una incapacidad de esa naturaleza. Concluir de otro modo implicaría articular conjeturas o suposiciones, contrapuestas a toda noción de debido proceso, contrariando así el texto constitucional del art. 18.

De modo que, no sólo se desconoce si la eventración, en el caso concreto, provocó en el actor las consecuencias que el apelante dice, sino que tampoco se acreditó -frente al reclamo por "incapacidad laboral"- que el actor efectivamente desplegara, no ya una actividad que lo obligara a realizar esfuerzo físico alguno, sino actividad de ninguna índole.

Por lo expuesto, corresponde desestimar esta parcela del agravio (arg. Art. 381, del CPCC).

**3.2.**

Con respecto a la queja traída sobre la omisión de las consideraciones sentenciales relativas a la aplicación de las "cargas probatorias dinámicas", debo señalar que el recurrente no formula una crítica razonada y concreta que me permita ingresar en su análisis. En efecto, el apelante no da razones por las cuales, el pronunciamiento debió apartarse del principio general que estatuye el art. 381, del CPCC y aplicado ese principio pretoriano, cuando sabido es que quien alega debe probar.

Máxime, teniendo en cuenta que no se trata el caso de autos de dilucidar quién se encontraba en mejor situación de probar o de colaborar en esa actividad (que son principios básicos de esa doctrina). Por el contrario, el actor no queda eximido de ello por imperativo procesal. Debió probar, mas no lo hizo, o lo hizo de modo deficiente.

Por tal razón, esta parcela del agravio debe ser declarada desierta (art. 268,

del CPCC).

**3.3.**

Le agravia al actor el tratamiento de la sentencia de grado en cuanto a los rubros “integridad física” y “daño moral”.

Considera que la indemnización debe ser integral y justa, y estima que el pronunciamiento se encuentra alejado de esa afirmación, desde que fijó una indemnización equivalente a tres sueldos de juez de Primera Instancia. Sostiene que el daño moral incluyó el daño a la integridad física y por ende, el monto indemnizatorio es exiguo e injusto.

Solicita se fije la indemnización solicitada en la demanda, revocándose el fallo anterior.

El agravio no cumple con los requisitos técnicos de los arts. 268 y 269, del CPCC). Se trata de una mera discrepancia con lo fallado por el juzgador.

Yerra el apelante cuando señala que el daño moral incluyó el daño a la integridad física. El decisorio, remitiéndose a la pericia médica, sostuvo que el perito no examinó al actor (pues éste no lo solicitó) y que el experto tampoco señaló que la extracción de un tramo del intestino le generara algún tipo de secuela incapacitante, rechazando el rubro.

Contra tal aserto, nada señaló el recurrente y esa porción del decisorio quedó firme.

Por lo demás, al tratar el daño moral, el pronunciamiento de grado tuvo en cuenta los daños acreditados, y la gravedad de las lesiones, las intervenciones quirúrgicas, la colostomía luego revertida y su repercusión en los diferentes aspectos de la vida, como la pérdida de un tramo de intestino y la edad del actor, considerando la angustia y la frustración que tanto el hecho dañoso como sus consecuencias le generan.

No advierto de lo expuesto que hubiera subsumido un rubro por el reclamo de un daño (de índole patrimonial) en el daño moral.

Por lo demás, el recurrente no da razones que permitan conmover el decisorio anterior. Afirmar que el monto indemnizatorio -al que habrá de adicionársele intereses- es el equivalente a tres sueldos del sentenciante, o que el fallo es "injusto", o que es "una injusticia manifiesta que no resiste mayor análisis", son términos que expresan disconformidad sin dar fundamento fáctico o jurídico alguno.

Se ha sostenido jurisprudencialmente que, para que exista una expresión de agravios no bastan manifestaciones imprecisas, genéricas, razonamientos totalizadores, remisiones ni planteamiento de cuestiones ajenas, pues se exige legalmente que se indiquen, se patenticen, analicen parte por parte las consideraciones vertidas en la sentencia apelada (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, " Ghergo, Alfredo Ángel c. Tavara Diana Silvia y otro", 29/12/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/91585/2010).

Por tal razón, esta parcela del agravio debe declararse desierta (art. 268, del CPCC).

**4.**

**4.1.**

Se agravia también la demandada.

Considera que el monto de resarcimiento por daño moral ha sido excesivo. Que su justiprecio debe serlo en función de presunciones *hominis*, ya que no hay prueba alguna de angustias, incapacidades, trastornos orgánicos, dolores o intranquilidades mayores a las que se pueden inferir de la historia clínica. Tampoco existen -agrega- pruebas concretas de las consecuencias actuales de la lesión, ni tampoco de la afectación de su incapacidad

laborativa o realización de deportes o actividades físicas.

Recuerda que el de autos es un supuesto de lesión culposa derivada de una cirugía insatisfactoria, cuya afectación de la capacidad laborativa es desconocida y que fue reparada por el Servicio de salud de la propia demandada, siendo la misma Directora del Hospital involucrado quien asumió la eventualidad, asignándole al paciente un nuevo médico tratante. De allí que, tal como surge de la historia clínica y del relato del médico tratante, el actor estuvo atendido y contenido.

Sea el daño moral una presunción *hominis* o una simple regla de experiencia, lo cierto es que, en la medida en que no haya sido desvirtuada, conserva su eficacia probatoria, ya que es lo que acontece según el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901, Cód. Civil).

Es el mismo apelante quien se encarga de señalar que el daño moral, en el caso de autos, puede graduarse en función de presunciones *hominis*, y al respecto, cuadra afirmar que éstas no han sido desvirtuadas por su parte en el curso del proceso.

Tales presunciones de las que se derivó en el decisorio el derecho a la admisión del rubro, constituyen pruebas indirectas. Ello es así en el caso que nos ocupa, pues dada la naturaleza espiritual del rubro reclamado, debió tenérselo por configurado ante la razonable presunción de que el ilícito (aun cuando no fuera doloso, como señala el apelante) pueda haber conformado un dolor sufrido (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 14.03.2005, "Martínez", AP 1/70018031-2).

La sentencia dio cuenta de los padecimientos presumidos a partir de las pruebas del daño efectivamente causado a la víctima, y que surgen de la historia clínica y los dichos del testigo de fs. 152, conforme con lo cual fijó la

indemnización del rubro. Es que la fijación de sumas indemnizatorias en este concepto no se encuentra sujeta a reglas fijas, debiendo considerarse las circunstancias fácticas para mantener en la medida de lo posible una coherencia en pro de la igualdad con la que merecen ser tratados los justiciables.

Las afirmaciones del apelante, a mi juicio, no conmueven los fundamentos del decisorio anterior, pues ninguno de los argumentos que trae en la memoria de apelación, logran concluir que el monto de condena merezca ser considerado como incoherente o irrazonable.

No hay razón tampoco para considerar que la conducta de la Directora del nosocomio o del Dr. T. deba oficiar como atenuante del monto indemnizatorio, pues el carácter del daño moral es resarcitorio, o predominantemente resarcitorio. Se tienen en mira las aflicciones de la víctima; no se trata de punir al autor responsable, de infligirle un castigo o de graduar su cuantificación en mérito a sus conductas posteriores, sino de procurar una compensación del daño a título de resarcimiento (cfr. Cámara 1ª en lo Civil y Comercial, Sala II, 07.03.2002, Juba 152578).

Por tales razones, propondré al Acuerdo el rechazo del agravio de la demandada.

**4.2.**

Se agravia la demandada por el modo en que se impusieron las costas. Sostiene que las mismas debieron ser impuestas en orden a los vencimientos mutuos.

No habré de admitir argumentos tales como la proporción en que se admitieron unos rubros y se desestimaron otros.

Y ello es así porque la noción de vencido ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. Con tal base es notorio que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte defendida que negó toda reparación -como lo demuestra la necesidad del pleito-, pues aun si el pedido fue exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber los demandados pagado aquello procedente (conf. CNCom, sala D, 30/07/82, LL, 1982-D,465). Es decir, "hay vencimiento cuando la demanda prospera aunque sea en mínima parte" (SCBA, Ac. 48.321, 4/III/92), "como cuando se estima sólo algunos rubros de la pretensión" (SCBA, Ac. 45.648, 5/X/91; (MORELLO, SOSA, BERIZONCE, TESSONE, "Manual de Cód. Proc. Civ. Com. Pcia. Bs.As. y Nación", pág.170; cfr. mi voto, esta Cámara, "Lesta", 48/15, SDL; "Fiandrino", 92/13, entre otros ).

De lo hasta aquí expuesto y analizado, teniendo en cuenta las constancias de autos y la forma como la mayoría de la jurisprudencia viene resolviendo situaciones similares a la que aquí debo resolver, surge a todas luces la justicia de la resolución de la Inferior en este punto y la improcedencia del agravio de la demandada. De allí que corresponda confirmar la sentencia en este punto y rechazar el agravio analizado.

**5.**

Las costas de la presente Instancia deben ser impuestas en el orden causado (art. 69, 2ª parte, del CPCC).

Consecuentemente, atento la naturaleza y el resultado obtenido por cada uno de los letrados, corresponde regular los honorarios del Dr. José Félix Alberdi, en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, y los del Dr. Daniel Gómez Lozano en el 25% de lo que le correspondiera a la

asistencia letrada de la demandada en la Instancia anterior. Todo ello, con más IVA, si procediere (arts. 5, 6,9 y cc. de la ley arancelaria).

Por las razones expuestas, voto por la **AFIRMATIVA**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

**1.**

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la sentencia dictada por la Sra. Jueza de grado y los motivos de agravios expuestos por sendos apelantes, me pronunciaré directamente sobre las cuestiones propuestas al Acuerdo, para lo cual y en cumplimiento de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. serán suficientes las consideraciones que siguen, en el mismo orden que propone el Dr. Mario Vivas.

**2. Tratamiento de los agravios de la parte actora**

**2.1)** En el primer agravio puesto a consideración de esta Cámara, cuestiona la valoración que de la prueba hizo la magistrada de grado y que la lleva a desestimar la incapacidad laboral que porta el Sr. R. como consecuencia de los sucesivos actos médicos cumplidos por un profesional médico del Hospital S. y que sirvieron de antecedente para la responsabilidad civil atribuida a la Provincia del Chubut.

Señalará en su queja que es falso que las secuelas que porta el actor no generen incapacidad, que se ha sacado de contexto que el perito médico no

examinó a la parte y que se le ha impuesta una carga probatoria a la actora, cuando es un criterio superado en la doctrina.

**a)** La parte al tiempo de reclamar el daño material "incapacidad laboral" señaló que los tres actos quirúrgicos que tuvieron como causa la negligencia del Dr. N., cirujano del Hospital fallecido, *"dejaron como secuela un debilitamiento permanente de las paredes abdominales que impiden realizar esfuerzos considerados habituales para una persona de la edad del Señor R.. Esta limitación, de la capacidad laborativa, se encuentra potenciada dada la actividad específica del actor, que no es otra que la de metalúrgico, ya que desde que se le dio el alta, no ha podido realizar nunca más las tareas que venía realizando, circunstancias estas que determinan una incapacidad laboral específica y permanente del orden del 40% de la total obrera. Si se tiene presente los ingresos de un empleado metalúrgico de la categoría del actor (ronda los dos mil quinientos pesos ($ 2.500) mensuales se ha sufrido una minusvalía del orden indicado y que tenía al momento de los hechos dañosos 26 años, razón por la que se solicita la suma de Pesos trescientos mil ($ 300.000)".*

De ello surge que la incapacidad por la que se reclamó se ciñó al ámbito laborativo, esto es la disminución de sus aptitudes físicas en relación estrictamente al ámbito del trabajo que venía cumpliendo. En este sentido, no advierto prueba alguna de la que pueda concluirse que la disminución del tono muscular al que refiere en abstracto el perito médico, tuvo o tendrá incidencia en la actividad laboral del actor, entendiendo ésta como aquella que le permite la obtención de ingresos.

Se ha sostenido reiteradamente, que la carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario sino un imperativo del propio litigante: es una circunstancia de riesgo, que consiste en que quien no prueba los hechos que debe probar, pierde el pleito si de ello depende la suerte de la litis. (conf.

Fassi, S., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", t. II, p. 163, Astrea, Buenos Aires).

Por otro lado y tal como he sostenido en anteriores pronunciamientos (SDC N°20/2014), el principio de autorresponsabilidad de la parte en la proposición y producción de la prueba indica que deberá cargar con las consecuencias de su omisión. *"La carga de la prueba implica, por una parte, una regla para el juzgador (regla de juicio), toda vez que indica cómo debe fallar, en el caso de no encontrar la prueba de los hechos sobre los cuales fundará su decisión y reviste asimismo, el carácter de una regla de conducta para las partes, porque fija cuáles son los hechos que a cada una le interesa acreditar; lógicamente consagra el principio de autorresponsabilidad de los litigantes, pues deja librado a su arbitrio el aportar o no pruebas al proceso, sometiéndose en este último caso a las adversas consecuencias."*(López, Martha Rufina c/ Abraham Textil S.A. s/ Indemnización por despido" - SALA Nº 2 CÁMARA DE APELACIONES DEL TRABAJO - RS - L000 353 RSD-26-96 - Resolución Definitiva - 13-51996.Base elDial - AR26D).

La parte ofreció prueba pericial médica (fs. 29 pto. X.e), donde requirió que previo análisis del paciente, vista de la historia clínica y considerando los hechos relatados informara respecto de los actos médicos cumplidos.

Su prueba no fue ordenada en el auto de apertura de fs. 83. Véase que se designó perito para que se expida sobre los puntos de pericias ofrecidos por la demandada a fs. 80 punto D-. La providencia no mereció de la parte actora aclaración o impugnación alguna y pasó inadvertida aún para el Juzgado cuando, a requerimiento del letrado de la actora, tuvo presente la propuesta del Dr. G. (fs. 162) y se lo designó a fs.166. Tampoco fue advertido que el perito se expidió sobre los puntos de pericia formulados por ambas partes y que presentado el dictamen pericial a fs. 173, no mereció impugnación o

pedido de aclaraciones de las partes. Tampoco se cuestionó el dictamen pericial en la oportunidad de presentar el alegato.

Reseño estas contingencias procesales teniendo presente que el llamado de autos para sentencia, una vez firme, convalida los supuestos vicios procesales anteriores a tal resolución.

Dicho lo anterior, la parte actora dirigió sus puntos periciales a la cuestión que servía de antecedente para el juicio de responsabilidad civil de la Provincia del Chubut. Es la respuesta al punto pericial de la demandada la que se aproximaría a justificar el rubro de "incapacidad laboral": "() *Asimismo solicito se expida sobre dicho debilitamiento permanente de las paredes abdominales y si ello le produce un impedimento para realizar esfuerzos considerados habituales".*

El perito consignó, se reitera en abstracto, sin examinar al paciente *"Si, toda incisión en un tejido lleva aparejado una disminución del tono muscular. A causa de cirugías y fibrosis de los tejidos se produce una disminución del tono muscular de la pared abdominal con posibilidad de eventración posterior, la cual se produjo (testimonio de fs. 152 vta.) Hechos demostrativos del debilitamiento de la pared. La consecuencia directa de este debilitamiento es la disminución de la fisiología funcional del músculo, que se traduce en la disminución de realizar esfuerzos físicos importantes que demanden tareas pesadas".*

Tal afirmación del experto no implica que la eventración constituyó para el actor una minoración en su capacidad laboral. No fue interrogado el perito ni obra referencia probatoria de la que pueda derivarse esa conclusión.

No puede concluirse tampoco que el actor se vio impedido a continuar con su actividad laboral y esto es porque no existe prueba alguna que justifique su actividad previa como metalúrgico (fs. 27 vta. in fine) y menos aún que

las mismas implicaran “realizar esfuerzos físicos importantes que demanden tareas pesadas” y que justificaría considerar las conclusiones periciales.

La ausencia de examen físico del actor, impide mensurar en concreto la índole de las lesiones y su gravitación en la capacidad del sujeto, en definitiva y por mayor vehemencia que exponga la parte en sus argumentos recursivos, no ha logrado acreditar en forma fehaciente a través de una prueba pericial médica idónea que R. haya quedado con una minusvalía laboral futura, sin que baste para ello la mera alegación de la parte que demandó por una incapacidad laboral del 40%.

Es por lo expuesto que el primer aspecto de la queja debe desestimarse.

**b)** Luego se ocupa la parte de señalar “el encasillamiento de la señora jueza de primera instancia en una concepción ya superada de las cargas probatorias”.

No se trata aquí de sostener o no la aplicación de las cargas dinámicas probatorias, prueba compartida, deber de colaboración o solidaridad procesal y el juego de las presunciones, pues en realidad la cuestión de la existencia y extensión del daño queda al margen de ellas.

Las reglas de distribución de las cargas de la prueba atienden más que a la condición de actor o demandado, a la naturaleza de los hechos que deben ser probados teniendo en cuenta quien está en mejores condiciones para hacerlo y desde esa perspectiva no tengo duda alguna que siendo el daño, esencial extremo constitutivo de la acción resarcitoria, su demostración incumbe a la parte actora y por ende, no procede condenar a resarcir un daño inexistente ni meramente posible, hipotético o eventual. Por lo tanto, el defecto o falencias de acreditación concreta del daño producido en el siniestro que investiga, conduce al rechazo de la pretensión resarcitoria,

dejando en claro que la facultad del art. 167 del CPCC no suple la actividad de la parte de determinar la existencia del perjuicio.

Luego de lo expuesto, el mero disenso en el criterio de valoración de la prueba no alcanza para refutarla y su crítica queda vacía de contenido en los términos del art. 268 del CPCC y su consecuencia es la deserción del recurso en este punto (art. 269 del CPCC).

**2.2)** En el segundo agravio señala que se agravia del tratamiento que la *a quo* le otorgó a los rubros reclamados como daño a la integridad física y daño moral.

La crítica que intenta no es concreta ni razonada. Luego de aceptar que la magistrada de grado opta por una de las posiciones que en la doctrina suscita la reparación de la integridad física, señalará que cualquiera sea la que se adopte la indemnización debe ser integral y justa y no se pueden dictar sentencias totalmente injustas por insuficientes.

Dirá también que si el daño moral incluye el producido a la integridad física, la compensación al actor con menos de tres sueldos de lo que cobra la magistrada, no puede hablarse de sentencia justa.

Pide en definitiva se revoque la sentencia y se establezca como monto indemnizatorio del daño moral el que se reclamó en la demanda y el monto del daño a la integralidad física, pues una cuestión de clasificación de los perjuicios no puede afectar la justicia de la reparación.

Vale señalar que en la sentencia de grado el daño producido a la integridad física, requerido en forma autónoma por la parte, fue desestimado con el argumento que el perito médico no examinó al actor ni señaló en su informe que la extracción de un tramo del intestino, le generará algún tipo de secuela incapacitante.

Y sobre esa cuestión, la recurrente nada dice salvo que se trata de una de las posturas que sobre el tema tiene la doctrina, lo que no constituye agravio que pueda ser tratado.

El daño moral ha sido definido como aquel perjuicio que se manifiesta a través de los padecimientos, molestias y angustian que lesionan las afecciones legítimas de la víctima, lo que demuestra el intento de resarcir aspectos propios de la órbita extrapatrimonial del damnificado. Para su procedencia la ley no requiere prueba de su existencia ya que se acredita ante el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del derecho en cabeza del reclamante.

Para establecer la cuantía del daño, el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante para luego establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido, por lo que más que en cualquier otro rubro queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a la ponderación de las diversas características que emanan del proceso.

Aun cuando reconozco la dificultad de criticar concreta y razonadamente un rubro sujeto a la determinación del magistrado, los argumentos del apelante, no alcanzan la suficiencia técnica que manda el art. 268 del CPCC. Es sabido que la expresión de agravios debe ser un acto de impugnación destinado específicamente a criticar la sentencia recurrida, con el fin de obtener su revocación o modificación parcial por el Tribunal de Apelación. En esta orientación, la citada norma del ordenamiento ritual ha recibido la paciente y fecunda jurisprudencia de nuestros tribunales, los que realizaron una eficiente aplicación de la preceptiva legal en cuanto ordena que el memorial de agravios "deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del

fallo que el apelante considere equivocadas". Ello hace que el contenido de la impugnación se deba relacionar con la carga que incumbe al apelante de motivar y fundar su queja como acto posterior a la concesión del recurso (vid. Fenochietto-Arazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado, T. 1, págs. 939 y ss.).-

Desde la perspectiva señalada, lo "concreto" de la crítica que se dirige contra el fallo se refiere a lo preciso; indicando y determinando cuál es el agravio y, a su turno, lo "razonado" indica los fundamentos, las bases, las sustanciaciones, exponiéndose con la debida claridad por qué se configura el agravio (cfr. CNCiv, Sala H del 5/3/91).-

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha resuelto que corresponde declarar desierto el recurso ordinario de apelación si el escrito de expresión de agravios no formula una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el sentenciante de la anterior instancia, desde que las razones expuestas en el memorial respectivo deben ser suficientes para refutar los argumentos de hecho y de derecho dados para arribar a la decisión impugnada; no bastando en consecuencia escuetos argumentos que no constituyen más que una mera discrepancia con el criterio sostenido en el fallo recurrido y que distan de contener una crítica concreta y razonada de los argumentos que sostienen a aquél (CSJN "Fallos", 323:2131).

Efectuado el encuadre precedente, se verá que en el caso de autos resulta ser que el quejoso -lejos de intentar desarrollar argumentos tendientes a demostrar el error in iudicando- se ha limitado a discrepar con lo resuelto. En primer lugar porque asume que la magistrada de grado incorporó “el daño por integridad física”(de contenido patrimonial) cuando surge palmariamente que, dentro de los parámetros considerados para su

cuantificación está la índole de las lesiones, los actos quirúrgicos, la colostomía, su reversión, la resección de un tramo del intestino, y su repercusión en la esfera extrapatrimonial de la víctima (dolor, angustia, emociones, tranquilidad, en definitiva padecimientos espirituales o anímicos de la persona).

En segundo lugar, dar mayor sustento de razonabilidad económica a los parámetros descriptos en la sentencia, señalando que se procura compensar *"con menos de tres sueldos de lo que cobra la señora jueza de inferior grado"*, no es crítica sino una discrepancia con el monto determinado sin dar pautas objetivas por las que pueda inferirse que la suma otorgada a quién fue víctima de una mala praxis médica, en atención a la entidad de las lesiones corporales que sufriera al momento del infortunio y sin mayor prueba que ello, resulta desajustado a derecho.

En este sentido, entonces, considero que la expresión luce insuficiente para cuestionar el fallo en recurso, toda vez que no se han controvertido sus principales motivaciones (CSJN, "Fallos", 323:1565).

Es que, como sostenía Podetti, no puede exigirse menos que una clara fundamentación a quien intenta que se revise un fallo, que diga por qué esa decisión judicial no lo conforma, poniendo de manifiesto lo que considera errores de hecho o de derecho, omisiones, defectos, vicios o excesos; toda vez que -sólo de esa manera- se cumple con los deberes de colaboración y de respeto a la justicia y al adversario, facilitando al Tribunal de Alzada el examen de la sentencia sometida a recurso y al adversario su contestación, limitando -a la par- el ámbito de su reclamo (vid aut. cit., Tratado de los Recursos, Ed. Ediar, pág. 164).

Por ello, a tenor de las consideraciones hasta aquí señaladas, entiendo que el segundo agravio debe declararse desierto conforme el art. 269 del CPCC.

**3. <u>Tratamiento de los agravios de la demandada.</u>**

**3.1)** Se agravia la representación letrada de la Provincia del Chubut de la cuantificación del daño moral por excesivo.

Luego de referir que en el caso solo se ha podido inferir el daño de las presunciones hominis, señala que no hay prueba alguna de las manifestaciones objetivas del daño moral, lo que si bien no invalida el reconocimiento del rubro, limita su cuantificación. Pide que se evalúe que se está tasando un daño proveniente de una cirugía insatisfactoria y que la actuación posterior de la Directora del Hospital y del Dr. T. da cuenta que el paciente fue contenido por el Servicio de Salud Pública que arbitró los medios para reparar la mala práctica.

Si bien es cierto que el daño moral, por aplicación de las reglas que rigen la carga de la prueba, debe ser acreditado por quien pretende la reparación, es prácticamente imposible utilizar para ello una prueba directa por la índole espiritual y subjetiva del menoscabo, de allí que es ajustado a la doctrina y jurisprudencia, recurrir al sistema de la prueba presuncional indiciaria como idóneo a fin de evidenciar este daño.

En autos ha quedado probada indefectiblemente la existencia del hecho que origina el daño debiendo darse entre aquél y este último una relación de causalidad que "conforme el curso normal y ordinario" permite, en virtud de presunciones "hominis", evidenciar el perjuicio.

Ninguno de los parámetros considerados por la magistrada de grado han sido refutados por la parte, es más los sostiene el propio recurrente en su argumentación recursiva, pero en modo alguno puede inferirse de la crítica cuáles han sido considerados y que tienen entidad para sostener como “excesivo” el monto de condena.

Tampoco estimo razonable y considerando la índole resarcitoria del rubro que tenga que valorarse para menguar el monto, la contención posterior que brindó el Servicio de Salud Pública. La reparación del daño moral tiene por objeto compensar los padecimientos de índole extrapatrimonial que son inherentes a la víctima, por lo que a mi criterio en nada incide la conducta de la Directora Médica y todo el personal del Hospital dando respuesta a la situación del Sr. R., pues en definitiva la indemnización otorgada no configura una sanción al ofensor.

Tampoco resulta relevante si la gravedad de la lesión provocada fue transitoria. El daño moral queda configurado siempre que se infiera a la víctima un daño espiritual con las consiguientes angustias, padecimientos y dificultades, sin que importe si su antecedente persistió o no en el tiempo, son sus consecuencias disvaliosas las que se mensuran.

Por lo expuesto, deberá desestimarse la queja respecto a la indemnización del daño moral.

**3.2)** Cuestiona la demandada la imposición de las costas, estimando que el rechazo del daño patrimonial autorizaba la aplicación del art. 72 del CPCC.

Esta Cámara de Apelaciones en autos "P., N. M. c/F., V. A. y otro s / DAÑOS Y PERJUICIOS" SDC N°18/ 11, formó criterio al que luego adherí (SDC N°57/11) por el cual en los procesos por daños y perjuicios las costas, dada su naturaleza resarcitoria deben ser impuestas a la vencida aunque la demanda no prospere íntegramente, ya que la condena en costas forma parte de la indemnización.

Es que el responsable del daño experimentado, quién no asumió o dio cumplimiento a su obligación resarcitoria, es el que ha dado lugar a la promoción del juicio y por lo tanto, los gastos efectuados por la víctima para

obtener el reconocimiento de su derecho deben recaer sobre el autor de la conducta ilícita, de lo contrario el resarcimiento concedido, que tiene como finalidad producir el equilibrio patrimonial, no dará satisfacción a él, sino que se verá disminuido en la medida de las costas y será en tal proporción que la reparación no será integral. *"Aunque no se haya declarado la procedencia de todos los rubros indemnizatorios reclamados en la demanda, ello no obsta a que las costas de primera instancia se impongan a la accionada. Ello, toda vez que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, ya que aunque la suma reclamada no fuera acogida en su totalidad, la litis resultó igualmente necesaria para el progreso de la acción y las indemnizaciones que correspondiere otorgar."*(Gorocito, Jorge Marcelo vs. Alderete, Javier Ignacio s. Daños y perjuicios. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial 1ª Nominación, Santiago del Estero, Santiago del Estero; 30-04-2010; Rubinzal on line; RC J 14921/10).

No está de más señalar que el fundamento de la institución de las costas y su principio esencial es el hecho objetivo de la derrota en la contienda judicial y actúa como un medio de obtener que el derecho controvertido sea reconocido en su integridad y con la finalidad de que el vencedor obtenga un cabal resarcimiento de los gastos que le ocasionó el litigio, o lo que es lo mismo, que el derecho salga incólume del pleito. La noción de vencido no puede ser fijada por un análisis aritmético de las pretensiones deducidas y sus resultados, máxime cuando como en el caso, la determinación definitiva del importe quedó librada al prudente arbitrio del juzgador. "*Aunque la sentencia haga lugar parcialmente a la pretensión, de igual manera el demandado no pierde su condición de vencido a los efectos de la distribución de las costas, porque si la acción prosperó siquiera en una parte, ya indica que hubo razón para litigar, obligándolo al acreedor a pedir en justicia el reconocimiento de sus derechos.*

*Además, en los procesos de daños y perjuicios, las costas se consideran parte integrante de la indemnización debida a quien ha sufrido el daño, aunque la indemnización no sea acogida en su plenitud.* ("Espinosa, Carlos Alberto vs. Vera, María Graciela s. Daños y perjuicios "Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería Sala 1, San Juan, San Juan; 03-06-2010; Rubinzal on line; RC J 14612/10).

Por ello el agravio de la demandada debe rechazarse.

**4.** La desestimación de los agravios que han formulado las partes en este proceso, conlleva la confirmación de la sentencia que ha venido apelada.

En atención al resultado de sendos recursos voy a proponer que las mismas se impongan en el orden causado (art. 69 2da parte del CPCC). En cuanto a los honorarios de los letrados que han intervenido en esta sede, estimo que los propuestos por el Dr. Vivas se ajustan a la actividad profesional cumplida en cuanto a su mérito y resultado obtenido (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria), con más el IVA si correspondiera.

**VOTO** a la cuestión, por la **AFIRMATIVA**.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por mis colegas de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1. **CONFIRMAR** el decisorio de fs. 199/205.
2. **IMPONER** las costas de esta Instancia en el orden causado (art.69, 2ª parte, del CPCC).

3. **REGULAR** los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, del Dr. J. F. A., en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, y los del Dr. D. G. L. en el 25% de lo

que le correspondiera a la asistencia letrada de la demandada en la Instancia anterior. Todo ello, con más IVA, si procediere (arts. 5, 6,9 y cc. de la ley arancelaria).

4. **REGISTRESE**, **notifíquese y devuélvase.**

Así lo voto.

**A LA SEGUNDA CUESTION**, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Mario Luis Vivas.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de agosto de 2015.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

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

1. **CONFIRMAR** el decisorio de fs. 199/205.
2. **IMPONER** las costas de esta Instancia en el orden causado (art.69, 2ª parte, del CPCC).

3. **REGULAR** los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, del Dr. J. F. A., en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, y los del Dr. D. G. L. en el 25% de lo

que le correspondiera a la asistencia letrada de la demandada en la Instancia anterior. Todo ello, con más IVA, si procediere (arts. 5, 6,9 y cc. de la ley arancelaria).

4. **REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.**

REGISTRADA BAJO EL N° /15 SDC. CONSTE.