

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Lipoaspiracion Negligencia

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Lipoaspiración. Negligencia

Se revoca el fallo recurrido haciendo lugar a la demanda de mala praxis, pues durante la lipoaspiración se extrajo una cantidad de ganglios linfáticos ?excesiva?, lo que le provocó a la paciente un linfedema crónico que posee relación causal con el actuar del facultativo y que justifica la responsabilidad de aquel.

En Buenos Aires, a los 1 días del mes de noviembre del año dos mil quince, encontrándose reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala ?L? de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a fin de pronunciarse en el expediente caratulado ?A., R. M. / Calvo de Alba, Juan Carlos y otros s/ daños y perjuicios? de acuerdo al orden del sorteo la Dra. Iturbide dijo: I.- Contra la sentencia dictada a fs. 601/08 en la que el Sr. Juez de primera instancia desestimó la demanda promovida por R. M. A. contra Juan Carlos Calvo de Alba, Guillermo Fernando Luna y la compañía aseguradora Seguros Médicos S.A. e impuso las costas a la actora vencida, expresó agravios la accionante a fs. 688/95. El pertinente traslado no ha sido respondido, por lo que las actuaciones quedaron en condiciones de dictar sentencia. II.- La actora explicó al promover la demanda que durante los primeros días del mes de octubre del año 2006 consultó en varias oportunidades con el médico demandado Juan Carlos Calvo de Alba -quien manifestaba ser especialista en cirugía plástica estética y reparadora-, para la realización de una lipoaspiración abdominal de ambos miembros inferiores y silla de montar (Chevett). El 26 de octubre de 2006 fue internada en la Clínica Centro Médico e intervenida por el cirujano mencionado. Explicó la actora que en dicha cirugía además de que el médico extrajo el tejido adiposo que se hallaba en exceso, aspiró vasos y ganglios linfáticos, error que imputó a la impericia y negligencia del galeno y que le afectó el sistema inmunológico, provocándole una inmunodeficiencia. Continuó relatando que pese a la importancia de la operación, intentaron darle el alta el mismo día, pero eso no se produjo por su oposición, porque se encontraba muy débil y carecía de fuerzas para caminar. Agregó que permaneció internada hasta el día siguiente, momento en el cual, pese a su estado físico deplorable, el Dr. Calvo de Alba le dio el alta. Como los síntomas continuaron, el 29 de octubre consultó con la Dra. Salazar Carrasco, quien la atendió en su domicilio y el día siguiente ordenó su internación en el Sanatorio Privado Instituto Médico Modelo de Francisco Solano. Allí le indicaron que se encontraba en estado de shock hipovolémico y que tenía una cantidad de hemoglobina y glóbulos rojos incompatibles con la vida, cuadro que fue compensado. Afirmó la parte actora que es común este tipo de reacciones luego de la cirugía y que el médico no las podía desconocer, por lo cual tampoco debió ordenar su externación antes de las 48 horas de haberse efectuado la operación quirúrgica. Declaró que como consecuencia de la mala práctica debe usar en forma permanente medias terapéuticas y realizar tratamientos de estímulos para permitir la circulación de líquidos en ambas piernas y por debajo de las rodillas, pues el organismo no lo puede realizar en forma normal. Enumeró a su vez las indeseables disfunciones que le ocasionó la cirugía, las cuales imputó a la mala práctica en que a su juicio incurrió el galeno demandado. Reclamó asimismo por la falta de información que atribuyó al Dr. Calvo de Alba porque no le explicó cuáles eran las posibles secuelas de la operación quirúrgica, las características, procedimiento, perspectiva de éxito, técnicas a utilizar, etc. Además refirió que debido a la impericia médica en la pierna izquierda le han quedado disparidades en el contorno, ondulaciones y una pierna más ancha que la otra, por lo que afirmó que se encontraba peor que antes de la operación. III.- El magistrado de la instancia anterior desestimó la demanda porque consideró, con base en el informe pericial médico, que no se demostró la extracción de ganglios linfáticos ni vasos por medio de la lipoaspiración y dicha ausencia probatoria excluye la conducta negligente del médico en que se fundó la acción. También consideró que la alegada falta de información no fue acreditada puesto que se acompañó el pertinente consentimiento informado. Asimismo, puso de resalto el Sr. Juez a quo que no existe demostrado el nexo causal entre la extracción de ganglios linfáticos y la inmuno-depresión y respecto al resultado que la actora esperó al someterse a la lipoaspiración, señaló que al no haberse completado la totalidad del plan propuesto, esto es, efectuar una dermolipectomía, no puede concluirse que hubiera una discrepancia entre el resultado presuntamente prometido o esperado por la accionante y el obrar médico. IV.- La parte actora cuestionó la decisión del magistrado de la instancia anterior porque a su juicio se basó únicamente en la pericial médica cuando existen otras probanzas que son contrarias a las conclusiones del experto. De tal modo, se quejó porque el a quo restó valor probatorio a las declaraciones testimoniales brindadas en autos, a las certificaciones extendidas por el Dr. Kornberg y a la historia clínica del Instituto Médico Modelo de donde se desprende que había perdido mucha sangre y que el cuadro posterior a la lipoaspiración se correspondía con una anemia aguda, cuando de los estudios prequirúrgicos agregados en autos surge que presentaba un hematocrito correcto. Afirmó que esa pérdida de más de un tercio de sangre, ?curiosamente? en la sentencia fue calificada como un riesgo normal. Sostuvo que surge probado que con anterioridad a la operación quirúrgica se encontraba en buen estado de salud física y luego de ello su estado cambió. Remarcó que el perito determinó un porcentaje de incapacidad que el sentenciante anterior no valoró. De todos modos

entendió que el informe pericial tiene un valor probatorio limitado porque el experto basó su dictamen en la historia clínica prefabricada por el demandado Calvo de Alba al contestar la demanda? y porque omitió responder la totalidad de los puntos periciales ofrecidos. Por último, objetó la apelante el hecho de que en el decisorio recurrido no se hubiera tenido en cuenta que incumbía al profesional demandado y no a ella, demostrar que los daños provocados por el acto médico se produjeron como una consecuencia normal de su acción y que fue debidamente informado al paciente, circunstancia que no se configuró en el caso. V.- Aclaración preliminar La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso (Roubier, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, cit. n° 42, p. 189, citado en Kemelmajer de Carlucci, Aída *¿La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes?*, página 100, Rubinzal- Culzoni Editores). Por este motivo, en este caso particular no resulta aplicable el Código Civil y Comercial de la Nación cuya vigencia comenzó a regir el 1ro. de agosto de 2015, sino que corresponde aplicar la normativa vigente a la fecha en que tuvieron lugar los hechos descriptos en el escrito inicial. La solución coincide con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en el caso *¿Maurice c/ Francia?*, el 6 de noviembre de 2005, decidió que la ley francesa de responsabilidad médica del 4 de marzo de 2001, no podía ser aplicada retroactivamente a una mala praxis médica operada antes de su entrada en vigencia (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, ob. cit., pag. 102). En idéntico sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que, en materia de accidentes del trabajo, rige la ley imperante en el momento en que el hecho se produjo (CSJN, 5-2-98, D.J. 1998-2-95; L.L. 1998-C-640; Doctrina Laboral 157-893; ver asimismo la doctrina mayoritaria del fallo plenario recaído en la causa *¿Rey, José c/ Viñedos y Bodegas Arizu SA?*, L.L. 146-273, con nota de NIETO BLANC, *¿Retroactividad de la ley y daño moral?*; en J.A. 13-1972-352, con nota de MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *¿El daño moral (arts. 522 y 1078) y la irretroactividad de la ley (art. 3°)?*, CFed. de La Plata, en pleno, 29-7-69, L.L. 135-704, ob. cit. paginas 101/2). VI.- Una vez efectuada la aclaración preliminar, habré de analizar en primer término el enfoque doctrinal y jurisprudencial aplicable al caso. La naturaleza jurídica de la relación médico-paciente ha sido discutida durante mucho tiempo en la doctrina y la jurisprudencia nacionales como extranjeras. La cuestión tiene importancia desde el punto de vista de la extensión del resarcimiento y de la prescripción de la acción, no así en cuanto al régimen de la prueba de la culpa que es el mismo, sea esa responsabilidad de fuente contractual o extracontractual.- La doctrina mayoritaria sostiene que cuando existe un acuerdo de voluntades entre el paciente y el médico, en donde este último se obliga a prestar sus servicios profesionales, el daño resultante generaría una responsabilidad contractual. En este aspecto nuestros jueces han entendido que cuando el damnificado actor es el paciente que contrató el servicio, la responsabilidad médica es de naturaleza contractual. Entonces, en principio prevalece el concepto de que la responsabilidad es contractual, y por excepción sería extracontractual cuando los servicios son requeridos por otra persona distinta del paciente, o sea son prestados espontáneamente y sin consentimiento o contra la voluntad del enfermo (conf. CNCivil, Sala C, *"Martin de Tuercke, Emmy c/ Sanatorio Metropolitano S.A."*, del 6/4/76, L.L. 1976-C-63, con nota de Bustamante Alsina).- Esa es la línea trazada en Francia desde el dictado del famoso caso *"Dr. Nicolas c. Epoux Mercier"* por la Corte de Casación el 31 de marzo de 1936 (conf., *Capitant, Henri-Weill, Alex-Terr? Francois, "Les grands arrêts de la jurisprudence civile"*, Ed. Dalloz, Paris, 1976, págs. 350 a 355). Sin embargo, no hace mucho tiempo se afirmó que el planteamiento de la naturaleza del acto médico como de génesis contractual estaría experimentando una profunda crisis, a raíz de la toma de conciencia de que existe una categoría de prerrogativas jurídicas, cada día más trascendente, conformada por *¿los derechos del enfermo?*. De tal suerte, se alude a las posibilidades de que esos derechos se ejerzan frente al Estado -que en algunos países los contempla hasta constitucionalmente-, frente al médico, y se pone el acento en los correlativos deberes que pesarían sobre el Estado o sobre los médicos. En definitiva, se pretende con ello resaltar que el orden público preside estas relaciones generadas entre quienes tienen a su cargo el cuidado de la salud y los pacientes que necesitan asistencia. Ello se advierte con mayor claridad en nuestro país a partir del dictado de la ley 26.529 de derechos del paciente. Bueres advierte que esta interpretación efectuada por dos distinguidos juristas de España -país en el que, a diferencia de lo que ocurre en Francia, Italia y Latinoamérica, todavía existen desacuerdos sobre el encasillamiento de la responsabilidad del médico dentro de las órbitas contractual o extracontractual, con variados matices- no puede ser un obstáculo para que se sostenga que la directiva básica en la materia es la de la existencia de un contrato entre el médico y el paciente cuya infracción, por lógica, pondrá en marcha los principios de la órbita contractual. La impronta de orden público, que por cierto cada día penetra más en la estructura del acto jurídico, en su contenido y en sus efectos, no parece que pueda inducir a suponer que exista una crisis del contractualismo en la materia (conf., *"Responsabilidad civil de los médicos"*, pgs. 74 y 75).- Ahora bien, en relación a la responsabilidad de los hospitales públicos, sanatorios, centros médicos y obras sociales, también se ha afirmado en nuestro país la tesis básicamente contractualista.- En efecto, en todo el espectro de obligaciones cuyo objeto está constituido por prestaciones intuitu personae, para el acreedor es en principio irrelevante la sustitución de la persona del deudor, cuando el comportamiento seguido por su auxiliar o sustituto es equivalente al comprometido por aquél. Por ello, el ámbito de los sujetos por los cuales se responde no se limita al

concepto jurídico de los dependientes, sino que comprende a todo el que auxilia al deudor en el cumplimiento de la obligación asumida, o la cumple en lugar suyo.- Como consecuencia de ello, el deudor debe responder por todos los daños ocasionados por sus auxiliares en el desempeño de las funciones encomendadas (conf., Kemelmajer de Carlucci, Parellada y otros, "Responsabilidad Civil", Hammurabi, Bs. As., 1992, p g.378 y ss.; ver también, Trigo Represas, "Responsabilidad civil de los médicos y establecimientos asistenciales", L.L., 1081-D-133 y ss.; CNCivil, Sala E, 31/10/78, citado a su vez por Ghersi, "Responsabilidad por prestación médico asistencial", pág.106, n°33). Este principio se ha visto reafirmado por la directiva que actualmente consagra el art. 732 del Código Civil y Comercial. La noción expuesta es válida para las distintas variantes de contratos de prestación de servicios médicos. No media dependencia entre el médico -ejecutor inmediato- y el deudor directo, pero éste debe valerse de técnicos o especialistas dada la índole misma de la obligación asumida, y la condición de persona de existencia ideal que suele revestir, y que le impide obrar por sí.- En esa medida, el médico se constituye en sustituto del establecimiento asistencial o de la obra social que lo contrata y se vale de su acto médico para el cumplimiento de su prestación.- La explicación del fundamento de la responsabilidad de las clínicas, también ha sido buscada en la figura de la estipulación a favor de un tercero, consagrada por el artículo 504 del Código Civil (ver en el mismo sentido, art. 1027 del Código Civil y Comercial). Conforme a esta postura, el nosocomio, la obra social o la empresa de cobertura asistencial prepaga, responden frente al paciente (beneficiario) en virtud de la estipulación celebrada previamente por aquellos (como estipulantes) con el médico (como promitente). De ello emerge la responsabilidad contractual y directa de tales entes, que descansaría, además, en la obligación de seguridad (conf., CNCivil, Sala E, 25/11/1980, L.L., 1981-D-136 y ss.; ídem, Sala C, fallo 36.846-S, L.L., 1985-C-638).- Así, la responsabilidad de las clínicas es objetiva, pues revelada la culpa del médico, dicha responsabilidad se torna inexcusable o irrefragable por la violación de la obligación de seguridad que incumbe a esos entes asistenciales (ver en ese sentido Lovece Graciela, "Prestaciones asistenciales. Alcances de la obligación de seguridad?" en Rev. La Ley 18/9/15). En ese marco, estará permitido a los centros asistenciales y a las obras sociales probar la ausencia de culpa del facultativo, cuando están en juego obligaciones de medios, puesto que aunque ese factor de imputación (culpa) no hubiere de proyectarse reflejamente sobre la entidad, su prueba en sentido negativo impide el nacimiento de la obligación de seguridad por falta de una exigencia: la culpa del médico. Además, tanto en los supuestos de obligaciones de medios como en los de obligaciones de resultado, la clínica podrá hacer patente que el daño no es imputable a la culpa del galeno o a la violación del deber objetivo -surgido en los deberes de fines-, respectivamente, sino por provenir (el daño) de un caso fortuito en sentido amplio (causa ajena) -hecho de la víctima, hecho de un tercero por el cual el ente no debe responder o cualquier otro casus genérico-, con lo cual queda destruida la relación de causa a efecto (conf. Bueres, obra citada, págs.386/387).- De tal manera, se supera la ausencia de subordinación profesional del médico al ente asistencial, obstáculo insoslayable para dar pie a una responsabilidad refleja, a pesar de que entre ambos sujetos pueda haber de por medio una locación de servicios o un contrato de trabajo que suponga subordinación jurídica entre el médico y la institución, pues esta circunstancia difiere de la anterior en razón de que no atañe a la dependencia técnica, científica, puramente intelectual, sino a las facultades del establecimiento de fijar reglas destinadas al galeno para la atención de pacientes, cumplimiento de horarios, condiciones del lugar, empleo de personal, etcétera (conf., Bustamante Alsina, "Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión", n° 6, p g.64 y n° 15, pág. 66).- Ahora bien, como ya dije, desde hace largo tiempo se admitió en Francia y en el derecho nacional, una teoría que contempla el punto, mediante la figura de la estipulación a favor de tercero (conf. artículo 504 del Código Civil y en el mismo sentido art. 1027 del actual Código Civil y Comercial de la Nación).- Por un lado, se computa la autonomía científica que tiene el médico respecto de las autoridades del establecimiento y, por otro, la verdadera raíz de las declaraciones voluntarias vinculantes. En consecuencia, entre la clínica (estipulante) y el médico (promitente) se celebra un contrato a favor del enfermo (beneficiario). De este doble juego de relaciones surge entonces que las responsabilidades del galeno y del ente asistencial frente al paciente son directas y de naturaleza contractual (conf., Bueres, obra citada, págs. 372/375).- En lo que respecta a la clínica, se ha dicho que además de la responsabilidad contractual directa del médico para con el enfermo, de resultas de haber prestado éste su adhesión de eficacia a la estipulación concertada en su beneficio (artículo 504 del Código Civil), habrá una responsabilidad contractual directa de la institución asistencial respecto del paciente.- Ese deber de las clínicas se origina en la existencia de una obligación tácita de seguridad que funciona con carácter accesorio de la obligación principal de prestar asistencia médica por intermedio de los facultativos del cuerpo médico. La vigencia de la obligación de seguridad, en general y en determinados contratos, ha encontrado razón de ser suficiente en la norma del artículo 1198, párrafo 1° del Código Civil, que contiene el principio de la buena fe (conf., CNCivil, Sala C, "Kucharuk, Ricardo Fernando c/ Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ cobro de sumas de dinero", 23/08/02; ídem, Sala D, "Fava, Ricardo c/ Institutos Médicos Antártida", del 30/5/2003; CNCom., Sala B, "C. de B. M. G. y otro c/L.S.A. y otro s/ordinario?", del 11/4/2003, en el mismo sentido, ver art. 961 del Código Civil y Comercial de la Nación).- En ese contexto, un punto que fue objeto de largas controversias y sobre el que bien puede afirmarse que han corrido ríos de tinta en las

últimas décadas, ha sido el de la prueba de la culpa médica.- La doctrina clásica propicia, siguiendo el esquema de Demogue, que en los casos de obligaciones de medios del médico -que son los más numerosos-, el paciente debía probar la culpa de aquél. De lo contrario, la demanda no podía prosperar al no haberse evidenciado el factor de atribución.- La opinión doctrinal y pretoriana, pese al notable prestigio que posee Mosset Iturraspe, y a la influencia indiscutida que él ha tenido en la evolución de las ideas inherentes a la responsabilidad por daños en las últimas décadas, no se hicieron eco de la conclusión extrema que el autor sugirió. De todos modos, la postura de Mosset Iturraspe, tuvo su mérito, pues alertó los espíritus de los juristas, y contribuyó a provocar la ruptura de los moldes tradicionales. En este último sentido, también fue de una gran importancia el aporte de Ricardo L. Lorenzetti, quien sostuvo de lege data que, probado el daño médico, incumbe al profesional producir la prueba de su ausencia de culpa.- Por su parte, Bueres sostiene que la culpa de los médicos está gobernada por las reglas generales orientadoras en la especie. Entonces, el juez echará mano del artículo 512 del Código Civil y valorará in concreto la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar. A esos efectos, servirá de auxilio la norma del artículo 902 del Código Civil para mensurar el deber de previsión del sujeto. Y si bien es cierto que al juzgar ordinariamente una conducta sólo hay que tener en cuenta prima facie las circunstancias externas, dado que las condiciones personales del agente -instrucción, conocimiento, habilidad, inteligencia, etc.- no son computables, salvo para graduar el límite de la previsibilidad en los términos del citado artículo 902 del Código Civil, en el caso particular de la responsabilidad médica jugará un papel importante el precepto del artículo 909 del Código Civil, en cuanto en la órbita contractual autoriza a considerar las aptitudes profesionales del facultativo si éstas fueron tenidas en mira al contratar (ver en el mismo sentido, art. 1725 Código Civil y Comercial de la Nación). Una vez realizada esta operación in concreto, el magistrado imaginará el tipo abstracto que le sirva de comparación. Ese estándar será fluido, variable, laxo, y estará referido al obrar de un médico prudente de la categoría o clase a la que pertenezca el sujeto deudor (conf., Bueres, obra citada, T. 2, págs.118 y 119).- Picasso, por su lado, sostiene que la culpa médica no es un tipo especial de culpa, sino que se rige por los mismos parámetros antes indicados. De modo que para apreciar si un galeno ha incurrido en culpa, deberá compararse su obrar con el que cabría esperar de un médico medio de su misma clase o especialidad puesto en iguales circunstancias (cfr. Compagnucci de Caso, Rubén H., ¿La culpa en la responsabilidad médica?, en LL 1994-A-227; Picasso, Sebastián, ¿Error y culpa médica?, en ¿Responsabilidad civil?, dirección de Aída Kemelmajer de Carlucci). De lo expuesto se colige que no existe una culpa profesional específicamente considerada, o sea, no existe un concepto de culpa médica diferente al que describe el artículo 512 del Código Civil (en el mismo sentido, ver arts. 1724 y 1768 del Código Civil y Comercial de la Nación), sin perjuicio de que el patrón comparativo no sea cualquier persona sino, por el contrario, el "buen médico" de su misma categoría o especialidad.- En las operaciones plásticas no cabe entender que el facultativo se obliga a lograr el resultado buscado por él y su cliente, sino más bien, a ejecutar con diligencia lo que la ciencia, la técnica y el arte médicos indican como conducentes para ello, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Si bien, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el galeno deberán valorarse con mayor rigor, ello no cambia el carácter de la obligación, de medio y no de resultado. Cualquier intervención sobre el cuerpo humano presenta riesgos imprevisibles y siempre está presente -aún en las cirugías plásticas- el alea que caracteriza a las obligaciones de medios, por cuanto la más inocente operación siempre puede aparejar consecuencias inesperadas (conf. CNCiv, Sala 1ª, autos Méndez, Alcira Teresa c/ Ciarrochi, Eduardo s/ daños y perjuicios del 6 de diciembre de 1994, extraído de la Base de Datos de la Cámara Civil, B 151, doc. 000003503).

Lo hasta aquí reseñado lleva a indagar en la carga de la prueba, cuestión que se encuentra estrechamente vinculada con el encuadre de la responsabilidad contractual o extracontractual y con las obligaciones de medios o resultados.- El principio general es que la carga de la prueba pesa sobre quien ha sufrido el daño, vale decir el paciente. Este debe demostrar que el médico ha obrado con imprudencia o negligencia, o impericia, ya sea en la intervención quirúrgica que le haya practicado, en la confección del diagnóstico, etc.- Hace ya varios años destacados encuentros jurídicos, tales como las "IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil" (San Juan-1989); "Primeras Jornadas de Rosario sobre Responsabilidad Civil en el ejercicio de profesiones liberales" (Rosario-1989); "Segundo Congreso Internacional de Daños" (Buenos Aires-1991), han insistido en que, si bien cuando la responsabilidad profesional se basa en el factor subjetivo de atribución (de culpa), ésta debe ser probada por el damnificado, tal concepción no impide que el juzgador tenga en cuenta la importancia de las presunciones judiciales y la carga probatoria dinámica que implica que la carga de la prueba recaiga en aquél que se halla en mejor situación de demostrar. Esta postura fue avalada por destacados juristas, entre otros, Alberto J. Bueres, Atilio A. Alterini, Oscar J. Ameal, Roberto M. López Cabana, Roberto H. Brebbia, Eduardo Zannoni, Rubén Campagnucci de Caso, Aida Kemelmajer de Carlucci, Isidoro H. Goldenberg, Carlos A. Parellada, Félix A. Trigo Represas, Gustavo Bossert y Graciela Messina de Estrella Gutierrez.- La "teoría de las cargas probatorias dinámicas" le impone la carga de probar a quien está en mejores condiciones de hacerlo. En este orden de ideas, parte de nuestra doctrina y jurisprudencia ha sostenido que si bien ambas partes deben acreditar sus derechos y desvirtuar sus responsabilidades, como forma de colaborar en el logro de una aplicación justa del derecho, es evidente que la carga pesa sobre

quien se encuentra en mejor situación para producir pruebas, en el caso, el médico, ya que es quien tiene los conocimientos técnicos necesarios para explicar los hechos ocurridos y la vivencia directa con ellos (conf., voto de la Dra. Borda de Radaelli, CNCivil, Sala I, 25/10/90, "Favill, Humberto c/ Peñero, José y otros", L.L 5/8/91, pág. 3).- Al respecto, no puedo dejar de señalar que el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994), que comenzó a regir el 1ro. de agosto de 2015, dispone en el art. 1735 que: "(...) el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa?". En otras palabras, al experto le corresponde demostrar que de su parte no hubo culpa, que obró de acuerdo al "buen médico" de su especialidad o categoría, exigiéndole al profesional médico una amplia colaboración en la dilucidación de los hechos que hacen a la controversia.- VII.- Una vez explicitados los principios que en mi opinión deben tenerse en cuenta para juzgar la responsabilidad a los demandados, analizaré los elementos probatorios incorporados en autos a fin de establecer si se logró demostrar la mala práctica que la actora atribuyó al Dr. Calvo de Alba y por la cual se habría visto afectado su sistema inmunológico. En primer lugar corresponde señalar que los jueces no estamos obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (cfr. Fassi-Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado", T. I, pág. 825; Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado", T. 1, pág. 620; CSJN, Fallos 258: 304; 262: 222; 265:301; 272: 225; entre otros).- No debe olvidarse tampoco que no es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas al expediente, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el caso (cfr. art. 386, in fine, del Cód. Procesal; CSJN, Fallos: 274:113; 280:3201; 144:611).- El informe médico fue elaborado por el Dr. Juan Marcos Garau, médico legista. El experto señaló que "La anemia aguda por hematoma del lecho quirúrgico que sufrió la actora fueron consecuencia de una complicación pos operatoria" (fs. 543 vta.) y que la actora fue internada en el Sanatorio Privado Instituto Médico Modelo con un cuadro de anemia aguda e hipotensión pos quirúrgica, lo que no es sinónimo de shock. Aclaro el perito que si ese cuadro no se hubiera compensado si hubiera entrado en shock hipovolémico y hubiera corrido riesgo la vida. Explicó asimismo que "Las constancias obrantes demuestran una complicación pos operatoria no infrecuente en este tipo de tratamientos..." y agregó que "en la liposucción, como habitualmente ocurre se exfolia tejido graso y ganglios linfáticos (con diámetros menores a 5 mm) ya que se trata de una intervención a ciegas. Esa exfoliación ganglionar en el caso de autos no fue masiva (como se comprueba con el centellograma de vías linfáticas...). La circulación linfática puede activarse mediante maniobras o adminículos de compresión y así mejorar el linfedema. Con el tiempo la malla vascular linfática establece ramas supletorias y mejora el edema. El hematoma por sangrado del lecho es una de las complicaciones posibles. No existe relación causal entre la extracción de algunos ganglios linfáticos superficiales y la inmuno- depresión". (fs. 545 y vta.). Concluyó el perito en que, independientemente de la praxis médica, la actora padece una incapacidad, parcial, permanente y definitiva del 5 % porque la lipoaspiración podría ser en parte un factor concausal del linfedema. El informe fue impugnado por la parte actora a fs. 548/51. El perito respondió a fs. 556/7 que "se puede discutir el criterio del cirujano de realizar estudios de control mediato o inmediatamente al acto quirúrgico". En dicha oportunidad reevaluó la incapacidad otorgada y la estimó en un 8 % porque la actora presenta linfedema crónico con algunas zonas de fibrosis. Como medida para mejor proveer este Tribunal requirió del perito Garau que respondiera en forma acabada y detallada los puntos periciales ofrecidos por la actora y su impugnación (fs. 700). A fs. 708/12 el experto cumplió con la orden. Allí explicó que "el linfedema comprobado puede estar indicando una expoliación linfática excesiva" y volvió a reevaluar la incapacidad que presenta la actora, pues a cinco años de la operación padece dolor y edema en ambas piernas y continúa tratándose con drenaje linfático, por lo cual consideró que por el linfedema crónico con fibrosis sin alteraciones tróficas se le debe asignar un 15 % de incapacidad. Es cierto que el dictamen pericial no brinda la totalidad de la información necesaria, pero no debe pasarse por alto que el experto fue claro al establecer el vínculo concausal entre el acto médico y la incapacidad que padece la paciente. Ahora bien, no por esa sola circunstancia corresponde tener por probada la culpa del galeno que intervino en el acto médico, pues sabido es que la falta de éxito de una intervención quirúrgica no constituye mala praxis si se realizó mediante una técnica adecuada, No obstante, debe tenerse por configurada responsabilidad cuando la incapacidad es atribuible al actuar negligente o imprudente del profesional, aun cuando la técnica fuera la adecuada, si se demostró que no se han extremado los recaudos pertinentes durante la operación quirúrgica y el postoperatorio, de acuerdo a los principios médicos-científicos adecuados, a fin de evitar de tal manera un perjuicio al paciente. Ocurre que en el caso, si bien la técnica utilizada fue la correcta, el perito concluyó afirmando en su tercera presentación en el expediente que "el linfedema comprobado puede estar indicando una expoliación linfática excesiva". Queda claro entonces que durante la lipoaspiración se extrajeron una cantidad de ganglios linfáticos "excesiva", que le provocó a la paciente un linfedema crónico que posee relación causal con el actuar del facultativo y que justifica la responsabilidad de aquel. Es que aun cuando se trate de una "cirugía a ciegas" como refirió el perito,

debió el demandado arbitrar mayores cuidados para no provocar en la actora una incapacidad permanente. Además, si bien la accionante no padeció un shock hipovolémico como alegó, sino que sufrió una anemia aguda, no existen dudas de que con anterioridad a la cirugía plástica se encontraba en buen estado de salud y luego de ello su estado físico se modificó abruptamente. En tal sentido, se preguntó al experto si de los análisis realizados con anterioridad resultaba alguna anomalía que permitiera presumir que la actora pudiera encontrarse en la situación actual, a lo que el perito médico respondió negativamente (respuesta b, fs. 543) aclarando que esos análisis no detectaban anomalías. A ello se suma la declaración testimonial de Salazar Carrasco, médica que atendió a la actora en su domicilio a los pocos días de la operación quirúrgica. La testigo dijo a fs. 407/9 que cuando vio a la Sra. A. estaba hipotensa, pálida, somnolienta y que padecía taquicardia, por lo cual ordenó su internación en el Instituto Médico Modelo el día lunes a la mañana cuando la operación había tenido lugar el día jueves anterior. Aclaró la testigo que el estudio prequirúrgico que la actora se realizó el 24 de octubre, dos días antes de la cirugía, daban un hematocrito de 36 o 36,5 y cuando fue internada el examen dio 23. Explicó que "Esto lo sé, lo del 24 lo sé porque me lo mostró antes de operarse y con ese valor se podía someter a cualquier tipo de cirugía y más a una de éstas que no tiene tanto sangrado. Del otro resultado me enteré porque cuando se internó en la Clínica la fui a ver y vi el análisis. Esta disminución de hematocrito implica que hubo mucha pérdida de sangre. Con esos valores, corresponde una anemia aguda porque hubo un lapso breve de tiempo entre un hematocrito previo y el posterior. Esto no es para nada normal en el tipo de cirugía que la actora realizó. Esta pérdida tan grande puede haber sucedido porque se haya tocado algún vaso importante o tejidos más profundos más vascularizados que el tejido adiposo?". Aun cuando la testigo fuera la directora médica del geriátrico de la actora, esa sola circunstancia no es suficiente para desacreditar sus dichos, pues la declaración resulta clara y convincente y se halla corroborada con el resto de las probanzas de autos. Por ello, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (conf. arts. 386 y 456 del Cód. Procesal) tendré en cuenta las conclusiones que de esa prueba se derivan. En consonancia con lo expuesto, y considerando además los dichos de la testigo Leiva, quien acompañó a la actora durante la cirugía y en los días posteriores (ver fs. 382/4), tengo por probado que al momento en que la Sra. A. fue dada de alta se encontraba en mal estado de salud, circunstancia que concluyó con su internación al cuarto día de haber sido operada quirúrgicamente, con un cuadro de anemia aguda, que de no haber sido compensado corría riesgo de vida, lo que permite inferir un obrar poco prudente por parte del Dr. Calvo de Alba al momento de otorgar el alta médica. No explicó el perito, ni intentó el demandado demostrarlo, si de haber continuado con la internación en la Clínica Centro Médico, la consecuencia hubiera sido la misma, pero en definitiva lo que se acreditó en autos es que luego de la cirugía no solo la actora permaneció en mal estado de salud, sino que empeoró al punto de volver a internarse con un cuadro de anemia aguda. No excluye la responsabilidad del médico demandado, la circunstancia de que se trataba de una complicación "no infrecuente" en estas intervenciones, según dijo el perito, pues no expresó lo mismo la testigo Salazar Carrasco y como lo anticipé, en el caso surge demostrada la mala práctica en que incurrió el galeno demandado, sumada a la actitud desaprensiva al conocer que la paciente sangraba luego de la operación y no acudió a los llamados (ver declaración testimonial de Leiva). En definitiva, en mi opinión el conjunto de las pruebas analizadas resultan suficientes para admitir el vínculo entre la actuación negligente del demandado y la incapacidad constatada en el peritaje, desde que se acreditó fehacientemente la relación causal entre la excesiva extracción linfática y el linfedema que sufre la paciente, concurriendo entonces en autos los presupuestos de la responsabilidad civil atribuida al profesional. En cuanto al supuesto deficiente resultado estético, más allá de que el médico no se obliga a lograr el resultado esperado por la paciente, en el caso no sólo no se demostró tal menoscabo, sino que tampoco se cumplió con la segunda etapa del tratamiento, esto es realizar una dermolipectomía, por lo que mal puede reclamarse del galeno algo al respecto. En suma, por las consideraciones expuestas propongo al Acuerdo que se admitan los agravios de la parte actora y se revoque la sentencia, haciendo lugar a la acción por ella entablada contra el Dr. Calvo de Alba y contra Guillermo Fernando Luna, en su carácter de explotador del Centro Médico (ver declaración de rebeldía de fs. 220, presentación de fs. 222 y constancias de fs. 119/25 y 245). Asimismo, propongo que se haga extensiva la condena a la compañía aseguradora Seguros Médicos S.A., en los términos del art. 118 de la ley 17.418, en virtud del reconocimiento de la existencia del contrato de seguro formulado a fs. 209/14. Las costas propongo que se impongan a los demandados y a la compañía aseguradora vencida (conf. art. 68 del Cód. Procesal).

VIII.- Rubros indemnizatorios reclamados por la parte actora. a) Incapacidad laborativa total y permanente Por esta partida se reclamó la suma de \$... Reiteradamente he sostenido que la afectación de la integridad física o psíquica que arroja una secuela que impide temporaria o definitivamente el restablecimiento del estado de cosas de que gozaba la persona con anterioridad al suceso dañoso, habrá de indemnizarse adecuadamente de acuerdo con las particulares circunstancias de cada caso, pues no todo ataque contra la integridad corporal o la salud de una persona genera incapacidad. A tal efecto, es menester la subsistencia de las secuelas que el tratamiento o asistencia prestados a la víctima no logran enmendar o no lo consiguen totalmente.- Así, los daños psicofísicos y la consiguiente incapacidad deben acreditarse mediante la prueba pericial. El dictamen del experto tiene importancia no sólo para mensurar la índole de las lesiones y su gravitación negativa en la capacidad del sujeto, sino también con el objeto de

esclarecer la relación causal con el accidente (Zavala de González, "Resarcimiento de daños", 2a, Daños a las personas, página 359).

El porcentaje de incapacidad definido en el informe del perito médico y las demás características personales de la víctima, su condición social, familiar, sexo, edad y condiciones de trabajo presentes y futuras, permiten obtener una suma prudencial que tiende a mitigar las consecuencias económicas sufridas por aquella como consecuencia de su lesión. El porcentaje que se adjudique a la incapacidad es decisivo en tanto y en cuanto incida en la situación actual de la víctima y en sus posibilidades futuras. Lo que interesa propiamente no es, entonces, la minusvalía física considerada en si misma, sino su proyección o trascendencia en la actividad o aptitudes del sujeto (Zavala de González, obra citada, página 366). De tal forma, lo que importa "desde el puro ángulo patrimonial, no es medir la extensión del daño en relación con el valor objetivo que tiene para toda persona su integridad física, sino medir, conforme al principio del "interés", las repercusiones estimables del sacrificio inferido a la víctima en función del concreto empleo que ella hacía de su cuerpo o de la parte del mismo que resultó dañada" (Melich Orsini, "La reparación de los daños por el juez", en Estudios de Derecho Civil, página 338). Como ya se ha visto el perito Garau estableció a fs. 712 que la actora padece un linfedema crónico con fibrosis, sin alteraciones tróficas que le genera una incapacidad del 15 %. En consecuencia, esta partida resulta procedente y para fijar su cuantificación tengo en cuenta las secuelas físicas detectadas y la repercusión que ellas tuvieron, tienen y habrán de tener en la vida de relación de la víctima de acuerdo a sus circunstancias personales tales como su edad (45 años al momento del accidente), su estado civil (separada), su nivel socio-económico (tenía un geriátrico, según declararon los testigos a fs. 382/4, 385 y 4047/9), y en ese marco juzgo equitativo establecer por esta partida la suma de \$... (art. 165 del Cód. Procesal).

b) Daño psíquico Se reclamó \$... por este concepto. No se efectuó informe pericial a fin de demostrar la existencia de alguna disminución de la capacidad psíquica, por lo cual no resulta posible admitir esta partida, al no haberse demostrado su procedencia.

c) Daño moral Pretende la parte actora que se establezca por esta partida la suma de \$... Los Dres. Matilde Zavala de González y Ramón Pizarro han precisado que así como el daño patrimonial constituye una modificación disvaliosa -¿económicamente perjudicial?- del patrimonio que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en que se encontraba la víctima antes del hecho y como consecuencia de éste, del mismo modo ¿el daño moral es una modificación disvaliosa -ánimicamente perjudicial- del espíritu...?, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste (cfr. Zavala de González, Matilde, ¿El concepto de daño moral?, en JA, 1985-I-729, N° V; íd. ¿Resarcimiento de daños?, Hammurabi, Bs. As., 1990, t. 2, a, p. 36, parág. 8; Pizarro, Ramón D., ¿Reflexiones en torno al daño moral y a su reparación?, en JA, 1986-II-900; íd. ¿Daño moral contractual?, en JA, 1086-IV-925, N° II-5; ídem, ¿Daño moral?, Hammurabi, Bs. As., 1996, p. 47 y ss., parág. 2 y 3).- La jurisprudencia ha definido al daño moral como la lesión en los sentimientos que determinan dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (cfr. CNCiv., Sala 1ª, 1/6/93, ¿Silvero Rodríguez de Aquino, Eugenia c/ Empresa Transporte Alberdi S.A. y otro?, La Ley, 1993-E -109 y DJ, 1994-1-141). Este daño, fuera de alguna opinión diferente, tiene carácter resarcitorio y no punitivo. La determinación de su cuantía en dinero cumple una función de reparación compensatoria o satisfactiva y en modo alguno de equivalencia de un daño que, por su propia índole, no es susceptible de valoración económica (cfr. Pizarro, Ramón, ¿Daño moral?, p. 339, Ed. Hammurabi, 1996). Se ha señalado que ¿mientras que en el daño patrimonial la valuación se averigua mediante un vínculo de equivalencia con la indemnización, la cual ingresa ¿en lugar? del perjuicio; en el daño moral la indemnización se decide sin ningún elemento que permita traducir la entidad de aquél en la magnitud de ésta, que se coloca ¿a su lado?. No media nexo demostrable entre la entidad del daño y la importancia de la condena, porque no puede haberlo entre un mal espiritual y un bien dinerario (debe afrontarse un salto sin puente que una los extremos)? (cfr. Zavala de González, ¿Cuánto por daño moral?, La Ley, 1998-E, 1057).- Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, lo cual es imposible, sino que el juez debe apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima a fin de establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. El daño moral no debe ser objeto de prueba directa pues ello resulta imposible si se tiene en cuenta la índole del mismo que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser auténtica expresión. Nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia e intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o la decepción (cfr. Bustamante Alsina, Jorge, ¿Teoría de la responsabilidad civil?, p. 244; Pizarro, Ramón Daniel, ¿La prueba del daño moral?, en Rev. Derecho Privado y Comunitario, N° 13, Prueba-I, 1997; Trigo Represas, Félix A.-Lopez Mesa, Marcelo J., ¿Tratado de la responsabilidad civil?, T. 1, p. 478 y ss.).-

La cuantificación de este rubro es una de las tareas más difíciles pues se carece de cánones objetivos. Lo más adecuado es utilizar un modelo donde aparezca una fuente que permita trocar el sufrimiento por alegría o placer y producir nuevamente la armonización perdida; encontrar un sucedáneo al estado negativo del sujeto que prevalezca y se vuelva estable en situación de dominación respecto de la estructura en que interactúa (Ghersí, Carlos Alberto: Daño moral y psicológico, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea,

2002, pág. 179/181); hallar causas externas que produzcan placeres y alegrías que logren compensar los padecimientos sufridos: remedios para la tristeza y el dolor. Es razonable bucear, a tal fin, entre distintos placeres posibles, a saber: el descanso, las distracciones, las diversiones, los juegos, escuchar buena música, placeres de la gastronomía, etc. (Iribarne, Héctor Pedro: ¿La cuantificación del daño moral?, en Revista de Derecho de Daños n° 6: Daño Moral, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 185 y siguientes). Todo ello se ve reflejado en los principios consagrados en el art. 1741 in fine del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. A la luz de esas premisas básicas y teniendo en cuenta que las secuelas físicas que la actora sufre y los padecimientos transitorios que el acto médico que aquí se objeta le ocasionaron, propongo al Acuerdo que se establezca esta partida en la suma de \$... (art. 165 del Cód. Procesal). d) Gastos médicos Por estos conceptos la actora reclamó la suma de \$... por los gastos de análisis de sangre y de orina mensuales, \$... por los dos drenajes linfáticos que se debe efectuar por mes, \$... por las cuatro neumosucción y drenajes por mes, \$... por los gastos en tomografía computada cada seis meses y \$... por los mayores costos derivados de alimentos especiales. Los únicos gastos que han sido acreditados en autos son la necesidad de efectuar drenajes linfáticos con malla elástica, con un recambio semestral como mínimo (ver pericial a fs. 712 vta.). A fs. 543 vta. el experto explicó que los costos necesarios consisten en medias de compresión graduadas y los de un gimnasio o pileta de natación para realizar aqua gym. La necesidad del resto de los excesivos gastos reclamados no ha sido demostrada, por lo que no corresponde su admisión. Respecto a la supuesta dieta que la actora debe cumplir, el perito médico indicó a fs. 557 que lo es por obesidad y no por la complicación pos operatoria. Por ende este ítem tampoco puede prosperar. Teniendo en cuenta lo expuesto y considerando que no ha sido reclamada una suma para afrontar los gastos de gimnasio o pileta de natación, propongo que se establezca esta partida en la suma de \$..., de acuerdo con las facultades que el art. 165 del Cód. Procesal otorga a los jueces. Por los gastos de farmacia se reclamó \$... y por los de traslados \$... Jurisprudencialmente se ha resuelto que no constituye un obstáculo para admitir el rubro por gastos médicos y de farmacia la circunstancia de que no se hayan acompañado comprobantes pues esos gastos deben ser admitidos siempre que las lesiones sufridas presupongan necesariamente su existencia y aun cuando la víctima haya sido tratada en un establecimiento gratuito o dependiente de una obra social (Conf. CNCiv., Sala A, 2- 7- 90, L.L. 1990- E- 297; id. id. 20- 6- 89, LL 1991- C- 65; id. Sala C, 21- 9- 89, L.L. 1990- A- 677, 38.125- S; id. id. 10- 10- 89, L.L. 1990- B- 191; id. Sala K, 21- 12- 89, LL 1991- E- 617). Ello se ve reafirmado por la presunción que en la actualidad contempla el art. 1746, 2° párrafo, del Cód. Civil y Comercial. Los gastos de movilidad constituyen erogaciones que pueden inferirse a partir de la naturaleza de la lesión y la necesidad - de parte de la víctima- de realizar traslados (v.gr., al hospital, clínica o consultorio médico). Al ser ello así, corresponde admitir el mayor gasto que insume la realización de los traslados en taxis o remises, si de la naturaleza de la afección puede inferirse la imposibilidad, dificultad o peligro de realizar el traslado por medio de colectivos, subterráneos o subtes (cfr. Pettis, Christian R. en ¿Proceso de daños? (Dir.: Claudio M. Kiper), T. II, p. 253, Editorial La Ley, 2008).- En la especie, por la índole de las lesiones que sufrió la actora es razonable concluir en que no estaba en condiciones de movilizarse a través de medios de transporte público, así como también que se vio obligada a utilizar automóviles de alquiler. Consecuentemente, de acuerdo a lo que se desprende de la pericial médica ya analizada, estimo equitativo establecer esta partida en la suma de \$... (art. 165 del Cód. Procesal). IX.- Intereses Se ha sostenido en anteriores oportunidades que, en el caso de una mala praxis médica, si la mora se produce en el mismo instante del acto médico desencadenante de los daños por los que prospera la pretensión, los intereses deben correr desde ese momento. Es que, aún frente a hipótesis de responsabilidad contractual, tratándose de una obligación incumplida en forma definitiva, no es necesaria la previa intimación para constituir en mora (conf. CNCiv., 13/06/02, Sala "E", "López Beatriz Isabel c/Hospital Británico de Buenos Aires", elDial - AE1AB2). En igual sentido, la Sala H de la Excma. Cámara Civil ha establecido que el punto de partida del cómputo de los intereses debe efectuarse desde el momento en que tuvo lugar el obrar antijurídico de los demandados, si las consecuencias dañosas se produjeron en forma coetánea con el hecho ilícito motivo de la litis por la existencia de una mala praxis médica (conf. autos: "Raso de Scibetta Cristina Alicia c/Aranovich, Fernando y o. s/Responsabilidades profesionales", del 03/04/01; íd "Taborda Juan c/Fiorentino Jorge s/ordinario", L. n° 397.402 del 08/11/04). En el caso, la deuda de responsabilidad -cuyo incumplimiento constituye la fuente de los intereses- es previa a la promoción de la demanda y a la resolución jurisdiccional que la reconoce, aún cuando su existencia y magnitud sólo se aprecien en esa oportunidad. Al ser así, las consecuencias dañosas sufridas por la parte actora se produjeron en forma coetánea con el hecho que motivó esta litis, por lo que el deber de resarcir nació a partir del momento en que tuvo lugar el obrar antijurídico de los demandados (conf. CNCiv. Sala H, "Ordoñez María Cristina c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/Daños y Perjuicios-Resp. prof. Médicos y aux.", R. 446.956; 30/11/2006). En consecuencia, entiendo que los intereses deben comenzar a correr desde la fecha en que se efectuó la lipoaspiración, esto es el 26 de octubre de 2006. Respecto de la tasa a aplicarse, comparto los fundamentos esbozados por la mayoría en el fallo "Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta S.A.", del 20-4-2009, por lo que los intereses deberán liquidarse desde la fecha indicada hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación

Argentina. Adopto este temperamento en virtud de la facultad que el art. 767 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación confiere a los jueces en relación a la fijación de intereses compensatorios, en supuestos como el que se configura en el presente proceso. En cuanto a los intereses moratorios que esta Sala aplica para el caso de incumplimiento de pago en el plazo establecido, si bien es una cuestión que no consideré como Jueza de primera instancia, un nuevo análisis de la cuestión me lleva a compartir el criterio sustentado por mi colega Dr. Liberman en los autos ?Chivel, Francisco Alberto c/ Venturino, Gustavo s/ daños y perjuicios? del 28 de mayo de 2014, por lo que propongo que para el caso de demora en el pago de la condena en el plazo de diez días, además de los intereses compensatorios se paguen intereses moratorios equivalentes a otro tanto de la tasa activa del plenario ?Samudio?. Ello en virtud a lo previsto por los arts. 768 y 1747 del Código Civil y Comercial de la Nación. X.- A fs. 180 el Dr. Calvo de Alba solicitó que se atenúe la indemnización en los términos del art. 1069, 2do. párrafo del Código Civil. Más allá de que la acción prosperó por un monto por demás inferior al solicitado, y de que el fundamento de este reclamo radicó en el monto reclamado en la demanda, lo cierto es que en el caso no se configuran los requisitos que impone la norma pues no demostró el peticionante su situación patrimonial a fin de conocer si existe la desproporción entre la cuantía de la indemnización y la situación económica del obligado. Tal orfandad probatoria sella la suerte de este reclamo. No obstante, cabe señalar que la Dra. Tanzi decidió en un antecedente ?P.P.I. y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios? del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 37, expte. nro. 84525/2007, del 7 de septiembre de 2015 que: ?Ahora bien, el art. 1069 del Código Civil autoriza a los jueces a reducir las indemnizaciones por razones de equidad y con fundamento en la situación patrimonial del deudor. Sin embargo, se trata de una norma de interpretación restrictiva pues pugna con el principio de reparación integral y, por ello, es necesario que quien lo pide produzca prueba suficiente sobre su situación patrimonial, la imposibilidad de obtener recursos y las cargas familiares, entre otros (Conf. Belluscio, Código Civil-Comentado, Anotado y Concordado, Editorial Astrea, T. 5, Pág. 36 y sgtes.) Entonces, como en el caso L. G. M. se limitó a pedir la atenuación de la indemnización, pero no ofreció ni produjo prueba sobre su situación patrimonial, cabe rechazar su pedido. Solo a mayor abundamiento, destaco que su planteo tampoco hubiese prosperado en caso de juzgarse este proceso conforme las normas del Código Civil y Comercial. Es que, el vigente art. 1742 propone como pautas orientativas no solo la situación patrimonial del deudor, sino también la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Por tanto, no sólo la falta de prueba sobre su situación patrimonial sino también las particularidades del presente caso y la situación de toda la familia que aquí reclama, impediría también aceptar la petición sobre la base de esta norma?. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo que se desestime la aplicación al caso de la segunda parte del art. 1069 del Código Civil. XI.- Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido propongo al Acuerdo que: 1) Se revoque la sentencia de primera instancia y se admita la acción iniciada por R. M. A. en contra de Juan Carlos Calvo de Alba y Guillermo Fernando Luna y se los condene a que en el plazo de diez días le abonen la suma de \$... con más los intereses que se dispusieron en el considerando IX. Dicha condena se hace extensiva a Seguros Médicos S.A. en los términos del art. 118 de la ley 17.418. 2) Se desestime el pedido de aplicación del art. 1069, 2da. parte del Código Civil. 3) Las costas de ambas instancias se impone a los vencidos (conf. art. 68 del Código Procesal). Por razones análogas a las expuestas por la Dra. Iturbide, los Dres. Liberman y Pérez Pardo votan en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto. Firmado: Gabriela Alejandra Iturbide, Víctor Fernando Liberman y Marcela Pérez Pardo. Es copia fiel del original que obra en el Libro de Acuerdos de esta Sala. Jorge A. Cebeiro Secretario de Cámara Buenos Aires, ... noviembre de 2015. Y VISTOS: lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el tribunal decide: 1) Revocar la sentencia de primera instancia y admitir la acción iniciada por R. M. A. en contra de Juan Carlos Calvo de Alba y Guillermo Fernando Luna y se los condene a que en el plazo de diez días le abonen la suma de \$... con más los intereses que se dispusieron en el considerando IX. Dicha condena se hace extensiva a Seguros Médicos S.A. en los términos del art. 118 de la ley 17.418. 2) Desestimar el pedido de aplicación del art. 1069, 2da. parte del Código Civil. 3) Las costas de ambas instancias se impone a los vencidos. Difierese expedirse acerca de los honorarios hasta tanto exista liquidación aprobada y firme. Regístrese, notifíquese y devuélvase.- Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art.164, 2º párrafo, del Código Procesal y art.64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Gabriela Alejandra Iturbide Víctor Fernando Liberman Marcela Pérez Pardo 005246E