

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis médica

Se rechaza la

demanda en lo que refiere al daño moral por la demora en la entrega de los elementos necesarios para la operación y por un monto de \$10.000. 16 de junio de 2015. Y VISTOS: En acuerdo estos autos caratulados: ?F. M. B. C/ MAPFRE

ARGENTINA ART S.A. S/ D. Y P. - MALA PRAXIS?, (Expte. EXP N° 356451/2007), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo: I.- La parte actora y la letrada de la demandada Mapfre Argentina ART S.A. plantean recursos de apelación contra la sentencia de fs. 853/868, que rechaza la demanda, con costas al vencido. a) La recurrente se agravia por lo que entiende una absurda valoración del material probatorio y una errónea aplicación de la normativa legal. Dice que la sentencia de grado ha omitido considerar que la actora ha requerido una nueva intervención quirúrgica para corregir un daño (túnel carpiano) que no fue causado por el accidente original, sino pura y exclusivamente por el deficiente accionar médico. Denuncia que el fallo de grado también omite hacer referencia a la Ley 26.529 y a su par provincial n° 2.611, las que modifican totalmente el criterio sustentado por la jueza a quo. Sostiene que la jueza de primera instancia ha malinterpretado el alcance de lo afirmado por los peritos médicos. Señala que el Dr. Binetti, en fecha 14 de marzo de 2007 determinó que la incapacidad de la actora ascendía al 26,41% y respecto del daño sufrido concluye en que el mal resultado posquirúrgico de la paciente se debió al retraso en la cirugía y la reducción incompleta obtenida con el método quirúrgico utilizado. Agrega que el perito se detiene en destacar la demora incurrida por Mapfre en proveer el material correspondiente: ?en cuanto al retraso en la cirugía según las constancias y documentos presentados impresiona que la espera de 21 días para la cirugía hubiera sido por problemas en el material quirúrgico que debía proveer la ART...?. Considera llamativo que después de esta conclusión la jueza de grado haya podido afirmar que ninguna pericia atribuye el mal resultado de la operación a un defecto en la técnica de su ejecución ni a un tratamiento inadecuado. Agrega que el perito Gordillo también señala que: ?el tratamiento quirúrgico de elección para la dolencia que presenta la actora, si bien es de uso habitual, considero que, dada la respuesta clínica desfavorable a dicho tratamiento y agotados los tratamientos pos-operatorios debió ser revisado, y eventualmente considerar una reintervención por técnica alternativa, para intentar una mejoría clínica a la función articular de la muñeca derecha?.

Entiende que además de los informes periciales, resulta de suma importancia lo señalado por el Dr. Muñoz, quién a fs. 614 dijo que el día 28 de septiembre de 2005 se suspendió la cirugía porque el material quirúrgico provisto por la ART era inadecuado, que no era el solicitado con faltante de material y en mal estado. Afirmo que la a quo ha hecho una ligera lectura de la causa que no le ha permitido interpretar que su parte, en su demanda, ha cuestionado, y reclamado, la ejecución defectuosa del procedimiento operatorio y su correspondiente indemnización por los daños ocasionados por mala praxis, no el método quirúrgico utilizado por el galeno en su oportunidad. Explica que no ha cuestionado la indicación o tratamiento, sino el resultado obtenido por una ejecución defectuosa del procedimiento, que la actora no se encuentra obligada a soportar. Manifiesta que la sentencia de grado desconoce que tanto el túnel carpiano como el edema padecido por la accionante no son consecuencia de la fractura sufrida por ésta, sino que se originan pura y exclusivamente a causa de la ejecución defectuosa del procedimiento quirúrgico adoptado. Indica que la jueza de primera instancia funda su razonamiento en la corriente doctrinaria que sostiene que pesa sobre la parte actora la carga de la culpa del médico, con fundamento en que la obligación es, en principio, de medios, pero afirma que tal criterio actualmente se encuentra en crisis en razón de la aparición de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, que impone la prueba a quién se encuentra en mejores condiciones de producirla. Dice que la ART ha actuado en forma negligente por no haber tomado las debidas precauciones que imponían las circunstancias del caso, y esta negligencia consiste en una conducta omisiva, contraria a las normas que imponen determinado comportamiento solícito. Denuncia que la sentencia en crisis ha dejado de lado que la ART no dio cumplimiento al principio de autonomía que debe regir la relación entre el médico, provisto por la demandada, y la paciente. Argumenta que no se cumple con la Ley 26.592, citando su art. 2, y sostiene que la jueza de grado ha omitido efectuar un análisis de por qué la ART incurrió en la demora que se ha acreditado, siendo que la fractura de muñeca es una de las más frecuentes en la mujer postmenopáusia. Destaca que en este tipo de fracturas, en las que no sólo se rompen huesos sino también ligamentos, la demora en reparar genera posiciones viciosas y aumenta exponencialmente la posibilidad de secuelas postquirúrgicas. Se queja de que la sentencia recurrida considere que ha existido consentimiento informado. Señala que ha quedado suficientemente acreditado que el Dr. Muñoz emprendió el tratamiento (con cirugía incluida) sin informar a la actora acabadamente cuál sería el método por él utilizado, ni sobre la existencia de otros métodos posibles. Agrega que la misma Ley 17.132 brinda una pauta

específica respecto del deber de informar que pesa sobre el médico, en cuanto dispone en su art. 19 inc. 3 que los profesionales de la salud deben respetar la voluntad del paciente, es decir, a criterio de la recurrente, que debe requerirse el consentimiento de los pacientes o sus representantes como paso previo a la realización de un procedimiento. Manifiesta que la Ley 26.529, en su art. 5, establece que debe entenderse por consentimiento informado, en tanto que en su art. 6 dispone su obligatoriedad. Luego y subsidiariamente se agravia por la condena en costas impuesta a su parte, en el entendimiento que la actora actuó sobre una convicción razonable de que su pretensión resultaría acogida, teniendo en cuenta que con carácter previo a interponer la demanda solicitó como prueba anticipada una pericia médica, y las conclusiones del perito. Asimismo señala que se le han impuesto las costas por la actuación del Policlínico Neuquén Instituto de Diagnóstico y Tratamiento S.A. y su citada en garantía cuando la actora nunca demandó a aquellos. Hace reserva del caso federal.

b) La parte demandada no contesta el traslado de la expresión de agravios. c) La letrada de la aseguradora de riesgos del trabajo solicita la elevación de sus honorarios por entender que no existe en autos litisconsorcio pasivo.

II.- En atención al contenido de la expresión de agravios de la parte actora, la sentencia de grado se encuentra firme en cuanto a la calificación de la obligación del profesional médico como una obligación de medios, y a que el tratamiento y la técnica quirúrgica utilizada por el médico tratante son válidos, no obstante existir otras metodologías de abordaje para la lesión de la demandante. La disconformidad de la parte apelante refiere, básicamente, a dos cuestiones: a) la demora incurrida por la ART en la provisión del material quirúrgico requerido por el médico tratante y sus consecuencias con relación a la lesión que hoy presenta la demandante; y b) la existencia o inexistencia del consentimiento informado de la paciente y, en este último caso, sus consecuencias. Si bien no surge claro del memorial si la actora entiende que se encuentra acreditada la mala praxis médica, de todos modos resulta palmario que ésta no está configurada. En realidad las pericias médicas coinciden en que el tratamiento para la lesión que presentó la actora es quirúrgico, conforme lo hizo el médico tratante. Las opciones refieren a las técnicas de la intervención quirúrgica, pero los dos peritos son contestes en que la utilizada por el profesional que atendió a la accionante es una de aquellas opciones, y válida para la dolencia; no surgiendo de ninguno de los informes periciales que hubiera existido error o impericia en la aplicación de la técnica quirúrgica elegida. Consecuentemente no puede afirmarse la existencia de mala praxis, sin perjuicio del resultado obtenido respecto de la demandante. Vale recordar que en la obligación de medios, el deudor no compromete el resultado sino la diligencia y experticia en la conducta a desplegar. Sin embargo, entiendo que distinta es la conclusión respecto al obrar de la aseguradora de riesgos del trabajo.

III.- La a quo ha entendido, con referencia a la demora en la provisión del material quirúrgico, que no se ha acreditado que incidencia tuvo la diferencia de seis días entre la fecha programada para la operación y aquella en que efectivamente se realizó. De la historia clínica acompañada a la causa surge que la actora sufre el accidente de trabajo el día 14 de septiembre de 2005. El mismo día es atendida por el Dr. Muñoz, quién prescribe tratamiento quirúrgico, solicitando en esa misma fecha autorización para realizar la cirugía y material quirúrgico a la ART (fs. 267). El día 19 de septiembre de 2005 se autoriza la cirugía, programándose la intervención para el día 28 de septiembre de 2005, fecha en la cual no se pudo llevar a cabo por la mala calidad del material remitido por la ART. Consta en la historia clínica (fs. 268), con fecha 28 de septiembre de 2005: ?Se suspende (por segunda vez) intervención quirúrgica por falta de material. Llegó caja en mal estado (sucia), con tres placas que no son tipo PI, son placas T de las cuales mandaron, faltan placa de reconstrucción, rectas, tornillos de 2.7, etc. Se verificó el estado en presencia del auditor Dr. Zahn?. Finalmente la operación se lleva a cabo el día 5 de octubre de 2005. El perito médico que brinda su informe en el expediente sobre prueba anticipada, que tengo a la vista, informa que ?...en cuanto a la influencia de edad, sexo y actividad de la paciente considero que si son muy importantes, pero no obstante esto considero que el mal resultado posquirúrgico de esta paciente se debió al retraso en la cirugía y la reducción incompleta obtenida con el método quirúrgico utilizado. En cuanto al retraso en la cirugía según las constancias y documentos presentados impresiona que la espera de 21 días para la cirugía hubiera sido por problemas con el material quirúrgico que debía proveer la ART...? (fs. 75 del expediente n° 343.715/2006). Este aspecto de la pericia no fue cuestionado por la demandada. El segundo peritaje judicial se lleva a cabo en estas actuaciones (fs. 451/454 vta.). En su dictamen el experto señala: ?...Posteriormente, consulta en centro prestador ART (Polar), es nuevamente evaluada, se le indica tratamiento quirúrgico, el cual por motivos administrativos de la ART, fue programado para el día 28/09/05, el cual fue suspendido debido a la falta de material (prótesis) necesario para la cirugía, el cual pudo efectivizarse el día 05/10/05?. Luego, al responder al cuestionario de la parte demandada, el perito médico precisa que ?...Completados estudios radiológicos, teniendo indicación quirúrgica, éste debe realizarse en el menor tiempo posible... Para este tipo de fracturas, con clara indicación quirúrgica debido a las características que presenta la misma, el no tratamiento quirúrgico conlleva a cuadro sintomático de dolor crónico en muñeca derecha, y rigidez progresiva...?. De la prueba aportada a la causa, fundamentalmente las pericias médicas, surge que existió demora entre el momento del accidente, cuando se constata la lesión y se indica el tratamiento, y la fecha en que efectivamente se llevó a cabo la intervención quirúrgica, y que esta demora se debió a problemas administrativos de la ART y a deficiencias en el material quirúrgico provisto por la aseguradora. Asimismo surge de los informes periciales que esta demora

en la realización de la operación es causa del mal resultado postquirúrgico (para uno de los peritos), en tanto que el segundo experto pone de manifiesto que ante la indicación del tratamiento quirúrgico, en este tipo de dolencias, aquél debe ser efectivizado en el menor tiempo posible. Entonces y en primer lugar, no se trata de una demora de seis días, como señala la a quo, sino de veintiún días, ya que producido el accidente se constató la necesidad del tratamiento quirúrgico, todo en el mismo día; en tanto que la operación recién pudo llevarse a cabo veintiún días después por problemas adjudicados a la ART. Luego, surge también de la prueba pericial la importancia del factor tiempo y su incidencia en la situación actual de la actora. El primer perito interviniente en este litigio atribuye directamente el resultado adverso de la cirugía a la demora en su efectivización, en tanto que el segundo, destaca la importancia de la inmediatez entre la indicación del tratamiento quirúrgico y su realización, señalando como consecuencias de la demora las limitaciones que hoy presenta la accionante (dolor y dificultad en los movimientos de la mano derecha). Miguel A. Piedecosas señala que la Ley 26.529 no coloca dentro de los derechos del paciente el que refiere a un tratamiento adecuado, pero que los tratados internacionales hacen referencia al mejor tratamiento, al mejor tratamiento adecuado, al más alto nivel posible de tratamiento; incluyendo dentro de este tratamiento adecuado que su prestación debe brindarse sin demoras (cfr. aut. cit., ¿Derechos del paciente?, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011, pág. 223/224). La jurisprudencia también ha destacado la necesidad de que los tratamientos médicos sean oportunos. Así, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I (autos ?Muñoz c/ Sanatorio San Roque S.A.?, 3/9/2007, LL on line AR/JUR/4335/2007) condenó al médico interviniente por mala praxis, pues si bien las pericias practicadas informaron que las medidas adoptadas a partir de la derivación de la paciente a la unidad de terapia intensiva fueron adecuadas, resultaron tardías dado que el cuadro de aquella requería de una atención especial de carácter urgente. En igual sentido se expidió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G (?C., J.J. c/ V., G.M.?, 20/6/2000, LL 2001-B, pág. 59), al condenar al hospital por la muerte de un paciente, considerando que los médicos que lo atendieron obraron negligentemente al demorar la realización de una intervención quirúrgica inevitable para solucionar su grave estado de salud. En autos, la causa de la demora en la concreción de la intervención quirúrgica es atribuida, por los dos informes periciales, a la aseguradora de riesgos de trabajo, siendo esta demora causa de la incapacidad que hoy afecta a la actora. Por ello, y más allá de que la mala praxis, en este caso, no puede imputarse al médico tratante ni a la institución en la que se atendió la accionante, con los fundamentos antedichos puede ser predicada la responsabilidad de la aseguradora de riesgos del trabajo. Y es que no obstante no ser, la aseguradora de riesgos del trabajo, una entidad dedicada a la atención médico asistencial en forma directa, la ley de riesgos del trabajo ha puesto a su cargo el otorgamiento de todas las prestaciones terapéuticas necesarias para la recuperación de la salud del trabajador accidentado, debiendo brindar tales prestaciones en la forma y modo adecuados a las circunstancias de cada paciente asegurado. De acuerdo con la Ley 24.557 (art. 20), las aseguradoras de riesgos del trabajo deben otorgar a los trabajadores que sufran alguna de las contingencias previstas en la misma norma las prestaciones en especie que se indican, entre las que se encuentran, la asistencia médica, prótesis y ortopedia. Aunque la ley no lo diga, va de suyo que estas prestaciones han de ser otorgadas en tiempo oportuno. De otro modo se desnaturaliza la finalidad de la ley que es la de evitar y/o minimizar los riesgos del trabajo y sus consecuencias disvaliosas. Además, y tal como se adelantara, el tratamiento adecuado implica que éste sea oportuno, por lo que la ART como institución vinculada a las prestaciones de salud debe respetar tal derecho del paciente. Por ello, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV (autos ?López c/ Mapfre Argentina ART S.A.?, 22/10/2012, DT 2013, pág. 644) condenó a la aseguradora de riesgos del trabajo por haber omitido culpablemente, de acuerdo con el art. 1.074 del Código Civil, el cumplimiento de obligaciones precisas establecidas por la Ley 24.557 por la desatención médica en que se encontró el trabajador accidentado. De igual modo la Cámara 2da. del Trabajo de Mendoza (autos ?Pizarro Dengra c/ La Segunda ART S.A.?, 16/9/2010, LL on line AR/JUR/52783/2010) determinó la responsabilidad de la demandada por la incapacidad permanente que presentara el trabajador luego del accidente de trabajo, por haberse acreditado la conducta remisa y omisiva de la misma que se abstuvo ilegítimamente de proporcionar la asistencia médica al actor en adecuada relación con la gravedad de su estado. En autos, se encuentra acreditado que la dolencia de la actora requería, como tratamiento adecuado, la realización de una intervención quirúrgica en forma urgente, en el menor tiempo posible, y que, por razones imputables a la ART, esta operación se demoró veintiún días, siendo la demora causa del estado actual de la muñeca derecha de la accionante. Existe, entonces, un daño cierto, una omisión culposa de la aseguradora demandada, toda vez que no posibilitó la realización de la cirugía en tiempo óptimo y un nexo causal adecuado entre estos dos extremos. Ergo, la demandada Mapfre ART S.A. debe responder por los daños y perjuicios que su conducta omisiva, que importa, a su vez, un incumplimiento de deberes legalmente impuestos, han ocasionado a la parte actora (arts. 1.074 y 1.109, Código Civil).

IV.- Plantea también la apelante su cuestionamiento a la conclusión de la a quo respecto de la existencia de un consentimiento tácito de la paciente, derivado del sometimiento al tratamiento indicado por el médico tratante. La Ley 26.529 no se encontraba vigente al momento de llevarse a cabo el tratamiento que se cuestiona en autos, por lo que sus reglas no resultan de aplicación en el sub lite. Pero más allá de lo dicho, las consecuencias de la ausencia de consentimiento informado, aún ateniéndonos a la Ley 26.529, son,

por un lado, de orden ético (falta a las buenas costumbres y a la moral que debe presidir el obrar del galeno) y, por otro, de orden jurídico (constitutivo de un ilícito que obliga a reparar por el daño injusto causado al paciente inocente y víctima, en relación de causalidad adecuada) -cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, ¿Derechos del Paciente?, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011, pág. 66-. En autos se encuentra ausente este nexo causal adecuado entre la eventual ausencia de consentimiento informado y el daño sufrido por la actora.

En primer lugar y conforme ya lo señalé comparto la conclusión de la sentencia de grado referida a la mala praxis médica. Expresamente la a quo ha sostenido que el médico que atendió a la actora hizo un correcto diagnóstico y ejecutó la intervención quirúrgica como tratamiento adecuado a la dolencia. Luego, tampoco aclara la apelante en que hubiera variado la situación de conocer la paciente la existencia de otros métodos de abordaje quirúrgico, o cuál fue la información que de haber sido conocida hubiera evitado o disminuido el daño. Adviértase que los dos peritos actuantes en autos son contestes en que la solución para la lesión de la accionante era quirúrgica, y que la técnica utilizada por el profesional tratante es válida y adecuada para ese tipo de patología. El perito Binetti solamente señala una diferencia de criterio en cuanto a que él hubiera utilizado otra técnica quirúrgica que, a su entender, hubiera dado un resultado mejor, pero sin desechar por desacertada la realizada a la actora (fs. 74/75 del expediente sobre prueba anticipada). De ello se sigue que la existencia o ausencia de consentimiento informado no aparece, en mi opinión, como un elemento relevante en la producción o el agravamiento del daño que presenta la demandante. Asimismo, cabe poner de manifiesto que la Ley 17.132, vigente a la fecha de los hechos de autos y todavía hoy (P-0659, DJA), que reglamenta el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración, requiere del consentimiento por escrito solamente en los supuestos de operaciones mutilantes (que no es el caso de autos), pudiendo ser brindado en los restantes supuestos en forma verbal. Por ende, siendo la actora una profesional universitaria, funcionaria judicial a la época del accidente -circunstancias que hacen suponer un grado de información superior-, su sometimiento sin objeciones a la intervención quirúrgica planteada por el médico tratante, pueden hacer presumir, tal como lo afirma la a quo, el otorgamiento del consentimiento a la práctica propuesta. IV.- En atención a que se ha determinado la existencia de responsabilidad de la ART demandada en el acaecimiento del daño sufrido por la actora, debo analizar la procedencia de los rubros pretendidos en concepto de indemnización. La actora reclama daño patrimonial (diferenciado en incapacidad psicofísica sobreviniente y daño emergente), y daño moral. De acuerdo con la pericia realizada en el expediente sobre prueba anticipada, la actora presenta una incapacidad del 26,41%, en tanto que el perito médico de autos fija una incapacidad del 24,1%. Estos porcentuales no fueron cuestionados por las partes, no obstante haber sido elaborados de acuerdo con el método de aplicación en el ámbito de la Ley 24.557. No pudiendo definir la suscripta cuál de las dos estimaciones es la correcta, o la que más se acerca a la disminución de la capacidad física de la accionante, entiendo adecuado fijar la incapacidad de la actora en el promedio de estos dos índices, por lo que determino que el porcentaje de incapacidad de la accionante es 25,26%. Con auxilio de la fórmula de matemática financiera, y adecuando sus resultados a las concretas circunstancias de la causa, partiendo del salario percibido por la actora a la fecha del hecho dañoso (5 de octubre de 2005, \$..., fs. 834) y de la edad de la víctima al mismo momento (54 años), arribo a una indemnización por incapacidad física de \$ A este monto corresponde sustraer la suma percibida ya por la actora en concepto de indemnización, que asciende a \$... (fs. 79), resultando entonces un saldo de \$..., por el que progresa la demanda. Debo señalar que si bien la actora reclama incapacidad psicofísica, y la perito psicóloga ha sostenido que aquella presenta un 30% de incapacidad psíquica (fs. 769), en realidad dicha incapacidad no se proyecta hacia la capacidad de ganancia de la demandante (hoy se encuentra jubilada y oportunamente se reinsertó en sus actividades laborales, sin inconvenientes psíquicos), sino que se vincula con la vida de relación y con el modo de estar en la vida de la demandante, por lo que he de considerar el informe pericial psicológico y sus conclusiones en oportunidad de valorar el daño moral. V.- La actora pretende que se le reintegren los gastos de adquisición de un automóvil con transmisión automática dado la imposibilidad de manejar una palanca de cambios en forma manual, considerando que tuvo que contraer un crédito con el Banco Provincia del Neuquén, por lo que reclama capital más intereses. La demandada niega tanto la necesidad de adquirir el vehículo como el monto abonado por el mismo. Por su parte la accionante no ha producido prueba a efectos de acreditar los extremos invocados. El recibo de fs. 835 fue desconocido por la accionada, sin que se encuentre reconocido por su emisor (la prueba informativa a tal fin fue desistida por la parte). De los informes periciales no surge la existencia de dificultades para el manejo de automotores. En tanto que la información del Banco Provincia del Neuquén (fs. 612) hace referencia a un crédito tomado por la actora por \$..., pagaderos en 36 cuotas, sin indicar tasa de interés aplicable, con fecha de solicitud 9 de enero de 2007. De ello se sigue que no existen elementos que puedan vincular el crédito con la adquisición de un automóvil. Por tanto, la pretensión de resarcimiento de daño emergente ha de ser rechazada. VI.- Resta analizar la procedencia y cuantía de la indemnización por daño moral. El daño moral escapa a la regla de la reparación in natura, por lo que obligadamente debe ser reparado a través de una compensación dineraria, en un ámbito donde no se tienen pautas objetivas de valoración. Justamente esta característica del daño moral es la que ha hecho decir a Bibiloni que la reparación del agravio moral "...es peligrosa porque es arbitraria, y lo es de doble manera. Lo es porque no hay daño,

perjuicio o pérdida de valor que el dinero pueda compensar. Y por eso es arbitraria ¿Cuánto vale en el caso el daño moral? No hay punto alguno en que afirmar la estimación. El juez la fija arbitrariamente porque sí...? (aut. cit., ?Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino?, Ed. Abeledo-Perrot, 1929, T. II, pág. 513). Matilde Zavala de González, sin aludir expresamente a la arbitrariedad, sostiene que la cuantía de la reparación del daño moral, ?en el Derecho de Daños significa la pregunta del millón... La medida de la indemnización resulta necesariamente de una creación artificial y, hasta ahora, permanece en el misterio de la intuición del juez? (cfr. aut. cit., ?¿Cuánto por daño moral??, LL 1998-E, pág. 1047). Jorge Mosset Iturraspe ha precisado reglas para la cuantificación del daño moral, señalando entre otros extremos que no debe establecerse una indemnización simbólica ni determinarse un enriquecimiento injusto; no resulta apropiado valorar el daño moral en base a un porcentaje de la indemnización por el daño patrimonial, ni tampoco fijarlo en base a la mera prudencia (cfr. aut. cit., ?Diez reglas sobre la cuantificación del daño moral?, LL 1994-A, pág. 778). Asimismo, resulta esencial en esta materia, tener siempre presente la regla que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado en el precedente ?Santa Coloma? (sentencia del 10/11/1992, JA 1994-I, pág. 159), y que reitera hasta la actualidad, respecto a que una ?indemnización meramente simbólica lesiona el principio de alterum non laedere que tiene raíz constitucional (art. 19, CN), y ofende el sentido de justicia de la sociedad cuya vigencia debe ser afianzada por el Tribunal dentro del marco de sus atribuciones, y en consonancia con lo consagrado en el Preámbulo de la Constitución Nacional?. Es por ello que he de valorar el agravio moral en base a estas pautas, teniendo en cuenta la entidad del daño sufrido por la actora y las características de la conducta de la demandada, como así también el informe pericial psicológico (fs. 768/769 vta.). Resulta pertinente señalar que surge del informe pericial que la incapacidad que porta la actora la llevó a jubilarse apenas alcanzada la edad requerida a tal fin, aún cuando no era su intención dejar de trabajar en ese momento, perdiendo así no sólo una fuente de orgullo y gozo personal, sino un lugar donde transcurría gran parte de su vida social, y que al momento del examen se advertían en la demandante síntomas depresivos. Consecuentemente, fijo la indemnización por daño moral en la suma de \$ VII.- Teniendo en cuenta el resultado de la apelación, que importa la revocación de la sentencia de grado, deviene abstracto el tratamiento del agravio referido a la imposición de las costas procesales, y el formulado por la letrada de la demandada con relación a sus honorarios. VIII.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, revocar el resolutorio apelado y hacer lugar a la demanda, 1) condenando a la demandada Mapfre Argentina ART S.A. a abonar a la actora, dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de \$... en concepto de indemnización de daños y perjuicios, con más sus intereses que se liquidarán desde la fecha de la mora (5 de octubre de 2005) y hasta el 31 de diciembre de 2007 conforme la tasa promedio entre la activa y la pasiva del Banco Provincia del Neuquén, y a partir del 1 de enero de 2008 y hasta su efectivo pago de acuerdo con la tasa activa de la misma institución bancaria (cfr. criterio sentado por el Tribunal Superior de Justicia in re ?Alocilla? seguido por la Cámara de Apelaciones); 2) hacer extensiva la presente condena a la aseguradora Mapfre Argentina Seguros S.A., en la medida del contrato de seguro; 3) liberar de responsabilidad a Policlínico Neuquén Instituto de Diagnóstico y Tratamiento S.A. y a la aseguradora SMG Compañía de Seguros S.A. Las costas por la actuación en ambas instancias se imponen a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC). En virtud de lo dispuesto por el art. 279 del CPCyC se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios de la sentencia de grado, fijándose los honorarios por la actuación en primera instancia en el ...% de la base regulatoria (art. 20, Ley 1.594) para el letrado apoderado de la parte actora Dr. ...; ...% de la base regulatoria para la letrada apoderada de la demandada Mapfre Argentina ART S.A.; ...% de la base regulatoria para cada uno de los letrados patrocinantes de las demandadas Policlínico Neuquén S.A. y SMG Compañía de Seguros S.A., Dres. ..., ... y ...; y ...% de la base regulatoria para el apoderado de esta última parte Dr. ..., todo de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6, 7, 10, 11 y 12 de la Ley 1.594. Los honorarios de los peritos teniendo en cuenta la adecuada proporción que deben guardar con los emolumentos de los abogados de las partes, se regulan en el ...% de la base regulatoria para cada uno de ellos, Dres. ... y ..., y Lic. Los honorarios por la actuación en la segunda instancia se regulan para el letrado interviniente en el ... % de los emolumentos que resulten para su actuación en primera instancia (art. 15, Ley 1.594). El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ dijo: I.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas señalo que comparto el voto que antecede en lo que se refiere a la ausencia de mala praxis y consentimiento tácito de la actora al tratamiento. Difiero en cambio en la postura de mi colega de responsabilizar a la accionada por la demora en entregar los elementos necesarios para la operación dado que no encuentro demostrada la relación de causalidad entre ello y el resultado de la operación. Tal como lo sostuve en reiterados precedentes, la responsabilidad del médico es de medios no de resultado, y como bien indica la vocal que integra la Sala, en modo alguno ha quedado acreditada la existencia de culpa por parte del médico tratante, aun cuando no se coincida con la operación que efectuara. Así mantuve en reiteradas oportunidades, -ver causa N° 315319/4 del 2 de diciembre del 2.010-, y en relación al tema: ?Así sobre la responsabilidad de los médicos y el llamado error de diagnóstico esta Cámara (ver entre otros ?Ferricioni?) ha sostenido que: ?... la responsabilidad del profesional médico, salvo excepciones particularizadas que importarían casos de ?responsabilidad objetiva? y que aquí no se presentan, tiene su fundamento en la

antijuridicidad de la acción, esto es, se apoya en la base subjetiva de la culpabilidad?. (Así Lorenzetti, ?Responsabilidad civil de los médicos?, T. II, p. 74 y ss.). ?Igualmente, ha de considerarse que hoy día el concepto de culpabilidad del médico se asienta, no en una culpabilidad particularizada, especial o grave, sino en la noción habitual de la culpa que establece el artículo 512 del Código. Así lo señala Bueres: ?la culpa profesional es la culpa común o corriente, emanada, en lo esencial del contenido de los arts. 512, 902 y 909 C.C. El tipo de comparación abstracta será variable y flexible, y corresponderá al obrar de un profesional prudente y diligente de la categoría o clase a la cual pertenezca el deudor en el caso concreto.'. (Fórmula que ha sido receptada por diversos congresos o encuentros científicos de la especialidad; así, II Congreso Internacional de Derecho de Daños, Bs. As., junio de 1.991, V Jornadas Rioplatenses de Derecho, San Isidro, junio de 1.989, Cuartas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, agosto de 1.989, cits. por Vázquez Ferreyra en ?Responsabilidad Civil por error de diagnóstico médico?, JA, bol. del 6/5/92, p. 7). Concepto que también ha sido asumido en el Derecho Comparado. Así, la Sala Penal del Tribunal Supremo de España: ?Son múltiples las actividades humanas creadoras de riesgos, pero indudablemente el ejercicio de la medicina, en cuanto incide directamente sobre la salud y la vida de las personas, a merced del acierto o desatino de sus profesionales, conlleva un plus especial de exposición y contingente peligrosidad; la atención, pericia y reflexión han de prodigarse en dosis mayores que en otros menesteres o dedicaciones? (Sent. del 29/3/88, cit. por Lorenzetti, ob. cit., T. II, p. 16). ?...No obstante, para definir la culpabilidad en una especie concreta... habrá de tenerse particularmente en cuenta la naturaleza de la medicina, en cuanto a que ésta no es una ciencia exacta y, por consiguiente, no cualquier error que cometa el profesional acarreará necesariamente su responsabilidad. Así por ej., el Tribunal Supremo español ha expresado: ?Es unánime la reiteración con que los tratadistas de la responsabilidad penal médica advierten de la enorme dificultad que entraña el tema, por tratarse la medicina de una ciencia que, por definición es inexacta. Inexacta en sí misma como toda ciencia valorativa (ante un mismo paciente con determinados síntomas varios médicos ofrecen diagnósticos distintos) e inexacta por la normal interferencia en la curación de circunstancias frecuentemente imprevisibles (calidad de los medicamentos, resistencia del enfermo, estado patológico, etc.), por lo que el error es fácil. El quid de tan impreciso tema estriba en la valoración de la cantidad del error, que es precisamente lo que da lugar al reproche cuya valoración entra en el ámbito de lo judicial...? (Sent. del 17/7/82, traída a colación por Vázquez Ferreyra, op. antes cit., p. 12). ?En esa misma inteligencia ha sostenido también el Tribunal Supremo español que ?no se sanciona el error sino la culpable persistencia en el mismo', y en línea de pensamiento semejante, un importante autor nacional expresa que ?si se aplica al paciente el tratamiento de una enfermedad que no tenía, sin esforzarse el médico por descubrir de qué mal realmente se trataba...' (Trigo Represas, opiniones ambas cits. por Lorenzetti, ídem T. II, p. 51). ?E igualmente que: ?Dada la complejidad de factores que inciden en la exactitud de este juicio, cabe la posibilidad de comisión de un error en la elaboración de un diagnóstico, que condicionará la actuación inmediata del médico en vistas a la puesta en marcha de sus recursos terapéuticos, y que coloca al juez en una tesitura difícil, en cuanto a la valoración de la posible responsabilidad por el diagnóstico equivocado en el que, por otra parte, es más fácil de incurrir que en las otras fases de la actividad terapéutica, por ser en éstas el campo de actuación y valoración mucho más reducido' (Fernández Costales, ?El contrato de servicios médicos?, Madrid, 1.988, cit. por Vázquez Ferreyra, ídem., ps. 11/12). ?Ideas éstas que la jurisprudencia ha ido desarrollando en torno al llamado ?error de diagnóstico? con un criterio de restricción en la atribución de la responsabilidad frente a tal supuesto. Así, se ha sostenido: ?El simple error de diagnóstico o de tratamiento no es bastante para engendrar un daño resarcible...' (C. N. Esp. Civ. y Com., Sala V, LL 1989-C-623; ídem., C.N.Civ., Sala B, JA, 1965-III-67). ?El error de diagnóstico, para poderlo considerar como factor imputable al médico, debe obedecer a una apreciación grosera, negligencia o impericia en la averiguación de las causas motivadoras de la enfermedad; descarta esta circunstancia el simple error de diagnóstico o de tratamiento, que no es suficiente para engendrar obligación resarcitoria porque en una rama del saber donde predomina la materia opinable, resulta difícil fijar contornos para limitar qué es lo correcto y qué no lo es'. (Cám. 1 Civ. y Com. San Isidro, Sala I, DJ 1989-II-536; ídem., C.N. Civil Sala A, ED74-563... fallos reseñados por Lorenzetti en ob. y lug. cits., ps. 52/53; con igual orientación, véanse citas de doctrina y jurisprud. traídas por Vázquez Ferreyra en op. cit., p. 11 y ss., siendo destacable la conclusión de las Quintas Jornadas Rioplatenses de Derecho: ?El profesional será responsable siempre que cometa un error objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. Si el supuesto error es de apreciación subjetiva, por el carácter discutible u opinable del tema o materia, se juzgará que es excusable y, por tanto, que no genera responsabilidad'). En el mismo sentido que el Tribunal Superior de Justicia en la causa ?Lagos? del 12 de mayo del 2.006 sostuvo que: ?... es criterio dominante en la doctrina y la jurisprudencia considerar que la obligación que asume el médico frente al paciente, implica, como regla, un deber de medios y no de resultados.? ?El médico se obliga a utilizar de manera apropiada para lograr la curación poniendo toda su ciencia, diligencia y prudencia en el tratamiento del enfermo, no está obligado al restablecimiento de la salud, sino solamente a procurar y proporcionar todos los cuidados que requiera ese paciente según el estado de la ciencia y la denominada lex artis ad hoc, aplicando todo su conocimiento y diligencia. Allí se encuentra el límite de su deber. Al respecto el Dr. Bustamante Alsina apunta: la actividad o

trabajo profesional consiste en la prestación de una curación diligente e idónea sobre la base de las reglas del arte de la medicina y su evolución (cfr. Aut. Cit. ?Responsabilidad Civil de los médicos en el ejercicio de su profesión?, nota a fallo L.L. 1976-C-65).? Todo tratamiento médico cuenta con un margen de imprevisibilidad que tradicionalmente se denomina alea, de modo que aun tomando todos los recaudos necesarios, el resultado puede ser diverso al buscado, circunstancia que no siempre es reproachable al facultativo. De allí la importancia de la prudencia al momento de evaluar la conducta médica.? En esta materia no resulta procedente la objetivación de la responsabilidad, como tampoco una presunción legal general de culpa que cargue, sin mas, al médico con la prueba de su liberación (cfr. Elena I. Highton de Nolasco, Malamud Oscar, ?Responsabilidad médica en pro de la teoría de la culpa?, en la obra colectiva Responsabilidad por daños en el tercer milenio, en homenaje al profesor Atilio Alterini, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As, 1997, pág. 689).? En definitiva y en lo que se refiere al punto en cuestión debe tenerse en cuenta que, con relación al médico, no es admisible la responsabilidad objetiva, que es necesario que exista culpa de su parte (no la culpa leve o levísima), que su tarea es de medios no de resultado, que la ciencia médica no es exacta, que debe apreciarse con criterio restrictivo y que debe tratarse de un error objetivamente injustificable.? La carga probatoria: en casos como el presente y en cualquier otro supuesto señalo que en modo alguno comparto la teoría de las cargas probatorias dinámicas por cuanto la misma, a mi entender, viola la garantía del derecho constitucional de defensa en juicio y el principio de inocencia (ver al respecto Alvarado Velloso, Teoría general del Proceso, en el capítulo que se refiere a la prueba). ?... existe una norma expresa que establece la forma en que el juez debe decidir la cuestión al momento de valorar la producida y es así que el artículo 377 del Código de Rito dispone que ?incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirma la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción?, con lo cual y además de los principios constitucionales, la letra clara de la legislación vigente vedan la aplicación de la teoría en cuestión, aspecto éste que no puede obviarse por el juez.? Por lo demás y en el precedente ?Melo? y con el primer voto de mi colega se sostuvo que: ?En la mayoría de los casos habrá que acreditar la culpa del médico porque, al margen de que se acepte o se rechace la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, es innegable que no todas las obligaciones a cargo de los profesionales del arte de curar tienen las mismas características ya que, a la postre, todo depende de la obligación no cumplida y, de consiguiente, la dificultad radica en la prueba de la relación de causalidad entre el daño sufrido y el incumplimiento?. (CC0101 LP 209201 RSD-161-92 S 6-8-92, JUBA). Además: ?En principio, el enfermo debe demostrar tanto la conexión fáctica creada entre el hecho o acto medical y el daño causado -es decir, la imputación material o física de este resultado nocivo a aquel factor eficiente- como la culpa del profesional a quien pueda atribuirse la autoría, por acción u omisión, de aquel suceso antecedente?. (CC0101 LP 209201 RSD-161-92 S 6-8-92, JUBA). ?Siendo la responsabilidad médica de naturaleza contractual (arts. 511 y 512 C.Civil), la carga de la prueba de la culpa médica pesa sobre el actor. Por otra parte: ?Si no media culpa en el médico interviniente no cabe responsabilizar al establecimiento asistencial con base en su "obligación de seguridad" porque la existencia de aquélla (la culpa del médico) es la demostración de la violación de ese deber de seguridad?. (SCBA, Ac 43518 S 16-7-91, JUBA)?. (la negrita y subrayado me pertenece). ?Con relación a la prueba a producir en el fallo señalado precedentemente se sostuvo que: ?La prueba pericial ha de ser la prueba de elección en casos como el presente (mala praxis), sin perjuicio de otras pruebas y del poder de convicción que cabe a los jueces. Y tiene la finalidad de integrar los conocimientos del juez a través de una explicación técnica?. (CC0102 LP 213583 RSD-131-93 S 28-9-93, JUBA). En el caso de autos y tal como se pone de relieve en el voto que me precede, no se ha demostrado la existencia de culpa por parte del médico tratante, razón por la cual la pretensión no puede prosperar. Cabe recordar que si el supuesto error es de apreciación subjetiva, por el carácter discutible u opinable del tema o materia, se juzgará que es excusable y, por tanto, que no genera responsabilidad. II.- Tal como antes dijera, no comparto que exista responsabilidad de la Aseguradora por la demora en la provisión de los elementos necesarios para realizar la operación. Si bien es cierto y se encuentra plenamente acreditada dicha tardanza, no pareciera que existiera relación de causalidad entre ellas y las consecuencias derivadas del golpe sufrido por la actora y su incapacidad actual. Destaco que la prueba de dicha relación causal estaba a cargo de la actora y ello no ha ocurrido. Conviene entonces precisar algunas cuestiones relacionadas con el tema. ?En principio, el enfermo debe demostrar tanto la conexión fáctica creada entre el hecho o acto medical y el daño causado -es decir, la imputación material o física de este resultado nocivo a aquel factor eficiente- como la culpa del profesional a quien pueda atribuirse la autoría, por acción u omisión, de aquel suceso antecedente?. (CC0101 LP 209201 RSD-161-92 S 6-8-92, JUBA). ?Volviendo a la cuestión conceptual de la relación de causalidad, y tal como los propios actores lo manifiestan en su escrito de demanda, a raíz del sistema de la causa adecuada adoptada por nuestro Código Civil, el examen del presupuesto en análisis supone la confrontación entre un hecho y las consecuencias del mismo. ?A fin de avanzar en el examen es preciso establecer si frente a la omisión señalada es previsible, verosímil o normal que se produzca la consecuencia acaecida, siendo relevante en el análisis no una certeza absoluta sino una seria probabilidad que supere el nivel conjetural. ?Los

accionantes hacen hincapié en que no se refiere simplemente a una causalidad material, sino a una causalidad jurídica, lo que significa que no se requiere una prueba física sino un examen de probabilidad, entendido como aquello que acostumbra suceder según el curso ordinario y natural de las cosas. ¿Así, si existe relación de causalidad es posible comenzar a hablar de un supuesto de responsabilidad civil. ¿La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires ha señalado: "el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal) entre una acción u omisión y el daño: éste debe haber sido causado u ocasionado por aquél. Para establecer la causa del daño es necesario hacer un juicio de probabilidad determinando que aquél se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito, o sea que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (art. 901 CC.; Ac. 37535, "Cardone v. Borasi", DJJ 135-171; Ac. 41868, "Ferraro v. Di Módico", DJJ 137-9455). De este modo, y como lo afirmara en otra oportunidad, la Casación Bonaerense "recepta la postura doctrinal según la cual el juez, para determinar la relación causal adecuada contenida en el art. 906 CC. debe formular ex post facto un juicio de probabilidad, o pronóstico póstumo u objetivo del resultado dañoso, según el curso ordinario de las cosas y la experiencia de vida, para verificar si ese daño era previsible que se aprecia en abstracto" JA 1997-II-190 - sala 2ª de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul). ¿En este aspecto la doctrina efectúa la distinción entre causa, condición y ocasión, conforme a que la condición no produce el efecto sino que lo facilita permitiendo la acción de la causa eficiente. ¿Isidoro Goldenberg se refiere muy claramente a estas cuestiones al comentar el fallo antes citado, señalando: ¿En efecto, la consecuencia tiene que ser una derivación real del hecho del agente. Es el requisito de la "efectividad del nexo causal" como presupuesto de aplicación del instituto de la responsabilidad civil. Ello conduce al planteo efectuado por el profesor de Bolonia Stoppato -en su obra L'evento punibile- quien distingue los conceptos de "causa, condición y ocasión". Conforme a esta tesis, la condición no produce el efecto, al contrario de la causa que le da existencia, sino que simplemente lo facilita permitiendo así la acción de la causa eficiente. A fin de establecer la vinculación de causa a efecto entre dos sucesos es necesario realizar un juicio retrospectivo de probabilidad o idoneidad cuya formulación es la siguiente: ¿la acción u omisión que se juzga era per se "apta o adecuada" para provocar normalmente esa consecuencia? Este juicio debe emplazarse no desde la óptica del sujeto actuante sino en abstracto, en un plano objetivo, con prescindencia de lo efectivamente ocurrido.¿ El autor continúa comentando: ¿Ha dicho la Suprema Corte de la Prov. de Buenos Aires -se expresa en el fallo- que "el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal) entre una acción u omisión y el daño: éste debe haber sido causado u ocasionado por aquél. El alto tribunal recoge en ese pronunciamiento el concepto de "normalidad" que supone que el efecto es resultado de un acontecimiento que "ordinariamente" era pronosticable, vale decir, de esperar. Se trata del "coeficiente de universal experiencia", que se apoya en la estadística, según la caracterización del fisiólogo J. von Kries, profesor de Friburgo, a quien se debe la configuración precisa de la teoría de la causalidad adecuada en el año 1888. Puede considerarse precursor de ella a Luis von Bar, quien la expone inicialmente en 1871 y cuya importante contribución es que introduce por vez primera el concepto de "regularidad": de acuerdo con su planteo, el agente sólo debe responder de las consecuencias "regulares" de su acción.¿ (El principio de causalidad adecuada en un esclarecedor fallo -JA 1997-II-190-ISIDORO H. GOLDENBERG). En el caso de autos considero que la demora o cumplimiento defectuoso por parte de la Aseguradora en la entrega de los materiales no constituye causa adecuada en relación a las lesiones que padece la actora o lo que es lo mismo: la actora no ha demostrado su relación de causalidad. Producido el accidente que originara estas actuaciones el 13 de septiembre según afirma la actora y se corrobora con la historia clínica que comienza al día siguiente, conforme resulta de las constancias pertinentes, a la actora se le coloca un yeso y se requieren las pertinentes radiografías. Recién el 19 de septiembre se autoriza la cirugía y se solicita fecha al médico tratante el Dr. Muñoz, fijándose la fecha de la operación el día 22 de septiembre para el día 28 de dicho mes. De acuerdo a ello en dicho período que va desde que ocurriera el accidente a la fecha de la primer intervención prevista para el día 28 de septiembre no se advierte responsabilidad alguna por parte de la Aseguradora toda vez que ello fue consecuencia de la intervención del médico tratante a cuyo respecto se desestimara la pretensión por mala praxis. Adviértase además que antes había que realizar los análisis prequirúrgicos que fueron peticionados el día 26 de septiembre, con lo cual, reitero, no advierto demora imputable a la aseguradora. Ahora bien, llegada la fecha de la operación, que en la historia clínica entre paréntesis figura como segunda pero sin que se pueda constatar cual fue la primera y sin que ello resulta de las pericias médicas, la operación no se puede realizar por el cumplimiento defectuoso por parte de la aseguradora, operación que recién se lleva a cabo el día 4 de octubre. De manera tal que coincido con la jueza de Primera Instancia que la demora de la aseguradora fue de seis días y no de 21 días. Ahora bien, en la pericia practicada anticipadamente se afirma que el mal resultado post quirúrgico obedeció al retraso de la cirugía y a la reducción incompleta obtenida con el método quirúrgico utilizado. Sin embargo la primer parte de la afirmación no queda demostrada por elemento alguno por parte del perito aludido ya que ninguna referencia o remisión a análisis alguno permite sustentar dicha conclusión con lo cual no puede admitirse. En realidad la pericia refiere a que la técnica utilizada por el médico tratante fue válida pero que de haber utilizado otra el resultado seguramente hubiera sido sustancialmente mejor, con lo cual queda

descartada la influencia de la demora como causa de las lesiones. Acoto, por otro lado, que tal como lo señalara, la demora por parte de la aseguradora fue de seis días y no 21 como afirma el perito, quien se basa en el cómputo del tiempo transcurrido desde el hecho hasta la operación realizada. En cuanto a la pericia médica efectuada durante el curso del proceso, en momento alguno atribuye las consecuencias que padece la accionante al tiempo, si bien coincide en lo sustancial, con la apreciación del primer perito como causa de las lesiones. En definitiva, no advierto que la actora haya acreditado mínimamente la relación causal entre la demora en que incurrió la aseguradora y las lesiones, razón por la cual su pretensión relacionada con las consecuencias físicas y morales de las lesiones no pueden prosperar. Si en cambio, es pertinente el reclamo por daño moral derivado de la demora, pero no con respecto a las lesiones -tal como antes explicara- sino como consecuencias de los trastornos que padece un paciente para quien se programa una operación para un día determinado y como consecuencia del accionar defectuoso por parte de la aseguradora, no puede realizarse debiendo fijarse una nueva fecha. En tal sentido y valorando el hecho, las circunstancias particulares de la causa y la índole de los padecimientos considero justo fijar en diez mil pesos el daño moral derivado del accionar defectuoso por parte de la demandada. III.- En base a lo expuesto propongo confirmar la sentencia apelada en lo principal, revocándola exclusivamente en lo que se refiere a la procedencia del daño moral por la demora en la entrega de los elementos necesarios para la operación y por un monto de diez mil pesos. Costas de ambas instancias en un 90% a la actora y en un 10% a la demandada atento el resultado de la pretensión y el recurso. Los honorarios serán dejados sin efecto, procediéndose a una nueva determinación tomando como base regulatoria el monto por el que hubiera prosperado la pretensión y que fuera determinado en el primer voto. Los de Alzada se fijarán en base al artículo 15 de la ley 1.594. Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Jorge PASCUARELLI, quien manifiesta: Traída a decisión de la suscripta la disidencia en los votos que anteceden, habré de adherir a los argumentos del Dr. GIGENA BASOMBRIÓ. Por ello, esta SALA II por MAYORIA RESUELVE: I.- Confirmar la sentencia apelada en lo principal, revocándola exclusivamente en lo que se refiere a la procedencia del daño moral por la demora en la entrega de los elementos necesarios para la operación y por un monto de \$10.000 (diez mil pesos). II.- Imponer las costas de ambas instancias en un 90% a la actora y en un 10% a la demandada, atento el resultado de la pretensión y el recurso (art. 68, Código Procesal). III.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en primera instancia, procediéndose a una nueva determinación tomando como base regulatoria el monto por el que hubiera prosperado la pretensión y que fuera determinado en el primer voto (art. 279, Código Procesal). IV.- Fijar los honorarios de Alzada para el profesional interviniente, Dr. ... - por la parte actora-, en el ...% de los emolumentos que se le determinen en la instancia de grado (art. 15 de la ley 1.594). V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen. Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ - Dra. Patricia CLERICI - Dr. Jorge PASCUARELLI Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA 004990E