

Responsabilidad Del Odontologo Colocacion De Implantes Responsabilidad De Facultad De Odontologia

JURISPRUDENCIA

Responsabilidad del odontólogo. Colocación de implantes.

Responsabilidad de Facultad de Odontología Se confirma la sentencia apelada en cuanto hizo lugar a la demanda por los daños y perjuicios derivados de la colocación de implantes dentales al accionante, por entender que la profesional actuó con impericia al no haber realizado los estudios previos necesarios y efectuado un diagnóstico correcto; endilgando responsabilidad refleja a la Universidad de Buenos Aires (Facultad de Odontología).

En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 7 días del mes de agosto del año dos mil diecisiete, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala ?A? de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: ?G., C. R. c/ R., E. L. A. s/ Daños y Perjuicios?, respecto de la sentencia de fs. 434/449 el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿SE AJUSTA A DERECHO LA SENTENCIA APELADA? Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: SEBASTIÁN PICASSO - HUGO MOLTENI - RICARDO LI ROSI - A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL DR. SEBASTIÁN PICASSO DIJO: I.- La sentencia de fs. 434/449 admitió la demanda interpuesta por C. R. G. y condenó a L. A. R. E. y a la tercera citada Universidad de Buenos Aires (Facultad de Odontología) a abonar a aquel la suma de \$ 91.000, con más intereses y costas. Contra dicho pronunciamiento se alzan las quejas de la demandada a fs. 464/472 y de la tercera citada a fs. 477/495, presentaciones que fueron contestadas por el actor a fs. 497/500 y a fs. 501/505, respectivamente. II.- Memoro que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad sino que pueden centrar su atención únicamente en aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 386, Código Procesal). Asimismo aclaro que, al cumplir los agravios de las recurrentes la crítica concreta y razonada que prescribe el art. 265 del Código Procesal, en aras de la amplitud de la garantía de defensa en juicio, y conforme al criterio restrictivo que rige en esta materia (Gozaini, Osvaldo A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 101/102; Kielmanovich, Jorge L., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 426), no propiciaré la sanción de deserción que postula el demandante a fs. 497/vta. y 501/vta., punto II. Por último creo menester poner de resalto que, si bien a partir del 1 de agosto de 2015 ha entrado en vigor el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, los hechos ventilados en el sub lite (y por ende, la constitución de la obligación de reparar) han acaecido durante la vigencia del Código Civil derogado. Por consiguiente -y con excepción de lo que enseguida diré respecto de la cuantificación del daño- la cuestión debe juzgarse -en principio- a la luz de la legislación derogada, que mantiene ultractividad en este supuesto (art. 7, Código Civil y Comercial de la Nación; vid. Roubier, Paul, Le droit transitoire. Conflit des lois dans le temps, Dalloz, Paris, 2008, p. 188/190; Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 158). Cabe hacer excepción a esta regla en lo que respecta a las normas relativas a la cuantificación del daño, dado que ellas no se refieren a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino solo a las consecuencias de ella, y no varían la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, pues se limitan a sentar una pauta para su liquidación. En este sentido dice Kemelmajer de Carlucci: ?Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión? (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 234). Por este motivo las reglas contenidas en los arts. 1741 -último párrafo-, 1746 y concs. del Código Civil y Comercial son directamente aplicables al sub lite. III.- El actor refirió en su demanda que, a raíz de un severo problema dental que lo aquejaba, decidió -en enero de 2009- concurrir a la Facultad de Odontología de la Universidad de Buenos Aires para solicitar asesoramiento acerca de la colocación de una prótesis dentaria. Continuó diciendo que en dicha oportunidad -luego de haber sido recibido por la Dra. Martínez, quien le abrió una historia clínica y le entregó un carnet- fue atendido por la Dra. R. E., quien le recomendó la colocación de cuatro implantes ?más prótesis? (sic, fs 55 vta.). Añadió el demandante que el 15/1/2009 se realizó la operación en la sede de la mencionada casa de estudios, e indicó que mientras era operado escuchó a la Dra. R. E. quejarse por la falta de filo de los instrumentos, y que esa profesional le comentó al terminar la intervención que debió injertar un pedazo de hueso pero que dicho injerto había terminado saliéndose. Sostuvo que al finalizar la intervención la demandada le entregó un instructivo con las indicaciones que debía seguir en el postoperatorio, y le mencionó que para el seguimiento podía concurrir a su consultorio

particular, lugar donde fueron realizadas las siguientes visitas. Expresó también que el 4/2/2009 la demandada le colocó los tornillos que fijarían posteriormente la prótesis (Ball Attach), que el 20/2/2009 le efectuó un control y le tomó el molde para la prótesis. Añadió que los implantes quedaron flojos, le producían molestias, inflamación y dolores como si fueran pinchazos, por lo que debía tomar analgésicos. Señaló que el 11/3/2009, aproximadamente, se desprendió uno de los implantes (aquel que la demandada tuvo mayor dificultad para colocar), y que sin perjuicio de eso Dra. R. E. le colocó la prótesis nueva, lo que le provocó más dolor y molestias. Continuó diciendo que el 19/3/2009 la demandada le ajustó los tornillos que fijaban la prótesis. Preciso que ya en ese momento estas no apoyaban parejo y le provocaban dificultades para comer. Asimismo señaló que el 23/3/2009, al intentar higienizar la prótesis, se le salió otro implante. El 25/3/2009 concurrió por última vez al consultorio de la demandada, y en esa oportunidad esta última le sacó los tornillos y la prótesis nueva y le colocó la que utilizaba con anterioridad a la operación; continuó con dolores y dificultad para comer. Afirmó que, ante la ausencia de contacto con la Dra. R. E., el 13/5/2009 asistió nuevamente a la Facultad de Odontología, donde a pedido del vicedecano - Dr. F.- presentó una nota donde relataba todo lo acontecido. El 20/5/2009 le tomaron una radiografía ?semiseriada? de los implantes, y el vicedecano le ofreció la colocación de cuatro nuevos, ya que los que aún se encontraban puestos no servían porque estaban mal colocados y los dos que se habían salido tampoco se podían recolocar; esta operación fue programada para el 10/6/2009. Señaló que, debido a los sufrimientos, inconvenientes y malentendidos, decidió no continuar con el tratamiento con la Dra. R. E. ni con la facultad, por lo que el 7/6/2009 canceló personalmente la operación. A lo largo de relato detalló los distintos desembolsos que efectuó en cada consulta, tanto en la facultad como en el consultorio privado de la odontóloga, y sostuvo que no siempre se le extendía el recibo correspondiente. Reclamó ser indemnizado por los perjuicios y las secuelas que padeció en razón de la impericia de la demandada. A su turno, la Dra. R. E. realizó una negativa pormenorizada de los hechos relatados en el escrito inaugural. Señaló que el 16/1/2009 atendió al actor en la Facultad de Odontología por una consulta para realizarse implantes dentales, oportunidad en que este último le comentó que tiempo atrás había decidido sacarse todos los dientes y ponerse prótesis, y que padecía de bruxismo. También refirió que advirtió al Sr. G. que necesariamente debía dejar de fumar durante el postoperatorio para una correcta oseointegración de los implantes. Reconoció que llevó a cabo la operación descrita por el actor junto con la Dras. M. y B. el día 30/1/2009, y añadió que durante el intraoperatorio observó problemas de coagulación originados por la ingesta de aspirina la noche anterior, como lo habría confesado el paciente durante la operación. Luego de la intervención quirúrgica entregó al actor un instructivo general con todos los cuidados postoperatorios que debía adoptar, y lo volvió a ver en la facultad el 2/2/2009, momento en que el actor le expresó su imposibilidad de disminuir el consumo del cigarrillo. Acordó con él continuar con los controles postoperatorios en el consultorio privado. El 19/3/2009 instaló al paciente los taponos de cicatrización y rebaso de las prótesis provisionales con acondicionados de tejidos para, a posteriori, tomar una impresión para las prótesis definitivas. Señaló que estas últimas nunca fueron activadas, e indicó que la razón posible del desprendimiento del implante inferior y del superior fueron la falta de uso de la prótesis inferior provisoria que alteraba el equilibrio biomecánico a través de la mordida, el bruxismo y su hábito fumador, todo lo cual interrumpía la oseointegración de los implantes. Continuó diciendo la odontóloga que el actor tomó un turno en su consultorio pero no concurrió, y que el 13/5/2009 canceló otro en el quirófano de la facultad para el día 22/5/2009. Asimismo, a pesar de no atenderse más en dicha casa de estudios con la demandada, se ofreció al actor la posibilidad de un nuevo turno para una cirugía con otro profesional para el día 10/6/2009, que fue cancelado por el paciente el 8/6/2009. Afirmó que el actor no tenía antecedentes que impidiesen la colocación de los implantes, pues previamente a la intervención se le solicitó una radiografía panorámica de la boca y un análisis de laboratorio de hemograma y coagulograma, los cuales no impedían la realización de la intervención. Señaló que el éxito de la oseointegración no puede garantizarse. Asimismo alegó que no hubo relación de causalidad entre su accionar y la contingencia que sufrió el Sr. Gargiulo. Por último, solicitó la citación como tercero -en los términos del art. 94 del Código Procesal- de la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Odontología, por haber sido llevada a cabo la intervención quirúrgica dentro de sus instalaciones. Por su parte, la Universidad de Buenos Aires (Facultad de Odontología) hizo una negativa pormenorizada de los hechos invocados en la demanda y dio su propio relato de acuerdo a los datos consignados en la historia clínica. Opuso una excepción de falta de legitimación pasiva, y a todo evento sostuvo que las dificultades en el adecuado progreso del tratamiento intentado se generaron a partir de conductas del actor, tales como haber tomado una aspirina la noche anterior a la intervención quirúrgica, lo cual dificultó la coagulación, la incapacidad de disminuir el consumo de cigarrillos en el postoperatorio y la aparente falta de utilización de las prótesis para disminuir el bruxismo. En su sentencia la Sra. juez de grado -como ya lo señalé- admitió la demanda, pues consideró acreditado que la Dra. R. E. actuó con impericia al no haber realizado los estudios previos necesarios y efectuado un diagnóstico correcto a los fines de determinar si el demandante se encontraba en condiciones de recibir los cuatro implantes proyectados y evitar las consecuencias nocivas que se produjeron. Asimismo concluyó que no hubo consentimiento informado, y que la demandada no adoptó los recaudos necesarios para que el paciente pudiese evaluar si aceptaba el tratamiento

propuesto. Por otra parte endilgó responsabilidad refleja a la Universidad de Buenos Aires (Facultad de Odontología) en los términos del art. 1113, primera parte, del Código Civil, en la medida en que la demandada es dependiente de aquella. IV.- Antes de abordar el tratamiento de los agravios relativos a la responsabilidad es menester analizar el encuadre jurídico de la pretensión deducida contra cada una de las emplazadas. a) Universidad de Buenos Aires (Facultad de Odontología) He dicho con anterioridad que entre el paciente y la clínica y/o la empresa de medicina prepaga que se ocupa de su salud se anuda una relación contractual (ver mi voto in re "Torres, Antonio Ricardo y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.", esta sala, L. 582.467, del 14/5/12, y "Antunez, Norberto Amadeo c/ Basso, Armando y otro s/ daños y perjuicios", ídem, L. 593.006, del 21/9/2012). Estimo que esta solución no se ve modificada por el hecho de que el establecimiento asistencial en cuestión sea un hospital público o como en el sub lite, una facultad dependiente de la Universidad de Buenos Aires. En efecto, si bien resulta indudable que el derecho a la salud tiene su fundamento en normas constitucionales, una vez que un particular accede a los servicios que brinda el ente estatal -en la especie, por intermedio de los consultorios de la Facultad de Odontología, Cirugía y Traumatología Bucomaxilofacial IIII-, ese deber genérico de asistencia se concreta en una prestación particularizada, y surge entre aquel y el paciente un vínculo obligacional. Es que la participación y expresión de voluntad del paciente en el proceso de atención de la salud no se limita a la mera adhesión a un régimen estatutario o reglamentario. De allí que resulte posible sostener que la naturaleza contractual del vínculo entre el Estado y el paciente encuentra un doble sustento. Por un lado, la utilización del servicio público de la salud no es obligatorio para el particular sino que, a diferencia de lo que sí ocurre con otros servicios, la prestación de la atención médica está sujeta a su consentimiento. Por el otro, la relación entre las partes, más allá del carácter estatutario, legal o reglamentario de ciertas condiciones, se desenvuelve a lo largo de la prestación de común acuerdo, según las modalidades del servicio y las circunstancias del caso (ver mi trabajo "Interesantes cuestiones de responsabilidad civil en un caso de transfusión de sangre contaminada", RCyS 2006, 548, y la jurisprudencia allí citada). En ese marco, el ente estatal es el deudor de las prestaciones médicas -aunque las haga ejecutar materialmente por otro-, y en esa medida (es decir, en su carácter de deudor) responde naturalmente por el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea el sujeto que de hecho haya materializado esa inejecución (vid. mis trabajos La singularidad de la responsabilidad contractual, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 29 y ss.; y ?Responsabilidad civil en un caso de transfusión de sangre contaminada?, RCyS, agosto de 2006, p. 42; Jordano Fraga, Francisco, La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento, Civitas, Madrid, 1994 ; Lorenzetti, La empresa médica, cit., p. 113, 117/118 y 426 y ss. ; Ramella, Anteo, ponencia presentada en las I Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1967; Trigo Represas, Félix A. y Stiglitz, Rubén S., ?El daño moral en el incumplimiento contractual. El contrato forzoso y la relación paciente-obra social?, LL, 1985-B-156; Kemelmajer de Carlucci, Aida, Daños causados por los dependientes, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 41; Pizarro-Vallespinos, Obligaciones, cit., t. 3, p. 157; Banchio, Enrique C., Responsabilidad obligacional indirecta, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 66; Tobías, José W., ?El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas?, LL, 1983-b, 1143). En otros términos, el plan de conducta que lleva adelante el facultativo constituye, en realidad, la ejecución de la prestación principal a cargo del Estado (en el caso, la Universidad de Buenos Aires), razón por la cual su inexacto cumplimiento compromete la responsabilidad de aquel. Es allí donde adquiere relevancia la culpa del médico en el desarrollo del plan de conducta, pues dicho plan es lo debido por el ente estatal, y será este último quien responderá, en el marco del contrato, por su propio incumplimiento (Sáenz, Luis R. J., ?La responsabilidad de las clínicas, hospitales y demás establecimientos asistenciales en el marco de la ley de defensa del consumidor?, en Picasso, Sebastián - Vázquez Ferreyra, Roberto A., Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, ps. 626 y ss.). Partiendo de esas premisas, la responsabilidad de la Universidad de Buenos Aires quedaría patentizada una vez acreditado el incumplimiento de la obligación principal comprometida, es decir, determinada la negligencia en el desarrollo del plan de conducta debido (arts. 511, 512, 519 y concs. del Código Civil). b) Dra. R. E. En lo que atañe a la responsabilidad de la profesional demandada cabe recordar que esta sala tiene decidido que, en esta materia, deben diferenciarse dos supuestos claramente distintos. Por un lado, aquel en el cual el enfermo elige y contrata personalmente al médico que lo habrá de atender, y por el otro, el caso en el que el galeno actúa únicamente como dependiente del centro asistencial. En el primer supuesto poca duda cabe acerca de la existencia de un vínculo contractual entre el facultativo y el paciente (esta sala, 21/9/2012, ?A., N. A. c/ B., A. y otro s/ Daños y Perjuicios?, L. n° 593.116; ídem, 15/11/2013, ?C., Laura Cristina c/ Biotrom S. A. s/ daños y perjuicios?, L. n° 601.130, entre muchos otros), mientras que en el segundo, en cambio, corresponde considerar que el médico no celebra con aquel ningún contrato, razón por la cual su responsabilidad debe enmarcarse en la órbita aquiliana (esta sala, 11/5/2012, ?T., Antonio Ricardo y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios?, L. n° 582.467; ídem, 15/5/2013, ?D. M., Nancy Beatriz c/ Hospital Nacional Dr. Alejandro Posadas y otros s/ Daños y Perjuicios?, L. n° 605.263; ídem, 7/5/2014, ?C., Sonia María c/ Obra Social del Personal de la Empresa Nacional de Correos y Telégrafos S. A. y otros s/ Daños y perjuicios?, entre muchos otros). No se me escapa que -como

acertadamente lo señaló la colega de grado- entre el actor y la profesional demandada se estableció un vínculo contractual en virtud de las distintas consultas que se llevaron a cabo en el consultorio particular de esta última. Sin embargo, como se verá más adelante, la responsabilidad de la odontóloga y de la Universidad de Buenos Aires tiene por base la decisión misma de realizar la intervención al Sr. G., y en ese momento la relación contractual entre la odontóloga y el actor aún no había nacido, pues aquella lo atendía en el ámbito de la Facultad de Odontología. Como agudamente lo señala Jourdain: "proporcionando sus cuidados a un cliente de la clínica, un médico asalariado de aquélla no ejecuta una obligación que habría contratado libremente frente al paciente, sino la prestación de trabajo a la que se comprometió frente al establecimiento" (Jourdain, Patrice, "Vers une responsabilité contractuelle des établissements hospitaliers privés du fait des médecins qu'ils emploient?", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992-123; la traducción es mía). En el mismo sentido dice J. S. que el paciente no se vincula con el médico por su libre elección, sino por la confianza que acuerda al establecimiento de salud. En todos los casos -añade- los cuidados impartidos por el galeno tienen lugar en el marco de una organización compleja, y muchas veces el enfermo ignora, al momento de ser hospitalizado, en qué servicio será atendido, y quiénes son los médicos que se desempeñan en él (Savatier, Jean, comentario en *Juris Classeur Périodique*, 1991-II-21730). Parece difícil, en esas circunstancias, hablar de un consentimiento de su parte. Con criterio se preguntaba en ese sentido Leonardo Colombo qué convención puede haber entre el individuo atropellado por un automóvil y el cirujano que lo auxilia en el nosocomio al cual es conducido (Colombo, Leonardo A., *Culpa aquiliana*, La Ley, Buenos Aires, 1944, p. 233/234). Por ello, como lo he señalado con anterioridad (vid. mi obra *La singularidad de la responsabilidad contractual*, cit., p. 207 y ss.), entiendo que corresponde considerar que el médico que atiende a un paciente en el marco de una institución hospitalaria no celebra con él ningún contrato, razón por la cual su responsabilidad debe enmarcarse en la órbita aquiliana (Lorenzetti, Ricardo L., *La empresa médica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998; Tobías, José W., "En tomo a la responsabilidad civil de los médicos", E. D., 84-832; ídem, "El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas?", LL, 1983-b, 1143; Savatier, René, *Traité de la responsabilité médicale en droit français*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1951, t. II, p. 403; Mémeteau, Gérard, "Contrat hospitalier et obligation de soins", *Revue de droit sanitaire et social*, 1988-517; Auby, Jean-Marie, *Le droit de la santé*, Themis, Paris, 1981, p. 357). Esta es la postura adoptada por la Corte de Casación francesa (Corte de Casación, primera Sala civil, 4/6/1991, *Gazette du palais*, 1992-II-503, con nota de François Chabas; *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992-123, con nota de Patrice Jourdain; JCP, 1991-II-21730, con nota de Jean Savatier; Idem., 26/5/1999, JCP, 1999-II-10112; *Droit et Patrimoine*, n° 73, julio-agosto de 1999, p. 84, con nota de François Chabas; *Défrenois*, 1999-1334, con nota de Jean-Luc Aubert; *Dalloz*, 1999, somm., n° 386, con nota de Jean Penneau; Idem., 9/4/2002, JCP, 2002-I-186, con nota de Geneviève Viney; *Responsabilité civile et assurances*, 2002, chron. n° 13, con nota de Christophe Radé; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002-516, con nota de Patrice Jourdain; *Droit et Patrimoine*, n° 106, p. 96, con nota de François Chabas; Idem., 13/11/2002, *Gazette du palais*, 7-8/3/2003, *jurisp.*, 42, con nota de François Chabas; *Dalloz*, 2003, somm., n°460, con nota de Patrice Jourdain; *Tribunal des Conflits*, 14/2/2000, JCP, 2001-II-10584. Vid. al respecto mi trabajo "La responsabilité contractuelle du fait d'autrui dans la jurisprudence récente, en particulier dans le domaine du droit médical", *Gazette du Palais*, n° 126/127, 5/6 de mayo de 2004, y Welsch, Sylvie, *Responsabilité du médecin*, Litec, Paris, 2003, p. 223 y ss.), y también por esta sala (L. n° 582.467, "Torres, Antonio Ricardo y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y aux.?", del 14/5/2012). Por consiguiente, la eventual responsabilidad de la demandada Dra. R. E. debe regirse por el art. 1109 del Código Civil, lo que ponía en cabeza del actor la prueba de su culpa (art. 377, Código Procesal). Cabe señalar que la culpa profesional no es algo distinto a la culpa en general, según la define el art. 512 del Código Civil (esta sala, 8/3/2012, "L. Hilda del Valle c/ D. L. F., Mauricio y otros?", L. n° 581.002). Como lo he afirmado con anterioridad, no es posible sentar a priori una regla según la cual el médico prestará siempre la culpa grave, o bien la levisima, sino que el parámetro de comparación deberá construirse en cada caso teniendo en cuenta cómo habría actuado, en la especie, un buen profesional de la especialidad de la que se trate (arts. 512, 902 y 909, Código Civil; vid. mi trabajo "Error y culpa médica", en *Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.), Responsabilidad civil. Liber amicorum a Francois Chabas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 267; esta sala, 29/10/2012, "G. P. c/ R., E. A. R. y otros s/ Daños y Perjuicios?", L. n° 595.100). Sentado ello corresponde examinar las quejas atinentes a la actuación de la Dra. R. E., para luego, en su caso, analizar la eventual responsabilidad Universidad de Buenos Aires (Facultad de Odontología), citada como tercera obligada en los términos del art. 94 del Código Procesal. V.- La demandada aduce que la decisión recurrida incurrió en arbitrariedad, pues siguió un dictamen que carece de toda seriedad, idoneidad y criterio científico. Se queja de que la anterior sentenciante no haya tratado las impugnaciones a la pericia odontológica porque no contaron con el respaldo de un consultor técnico, y alega que ella misma se encontraría profesionalmente capacitada para ser su propia consultora técnica. Asimismo entiende que el dictamen luce contradictorio, porque reconoce que el paciente ya era una persona desdentada y con aspecto senil y sin embargo le otorga un daño estético. Por otra parte cuestiona que el informe pericial haya determinado que la recurrente incurrió en impericia por

no haber medicado al paciente fumador antes y después de la operación. En este sentido sostiene que el hábito de fumar es una adicción para cuyo abordaje y tratamiento el profesional odontólogo no se encuentra capacitado. Alega que no se hizo una tomografía previamente a la operación porque no existían las herramientas tecnológicas para ello. Con relación a la omisión de haber confeccionado una placa de descanso antes de la colocación de los implantes a raíz del bruxismo que padece el actor, sostiene que esa exigencia resulta reñida con la lógica y la sana crítica, en la medida en que el paciente es desdentado. Cuestiona la responsabilidad objetiva que le fue atribuida por los supuestos daños por la falta de consentimiento informado. Considera que, en los términos del art. 1768 del Código Civil y Comercial de la Nación, su responsabilidad es subjetiva, y sostiene que se brindó debida información al actor antes y después de la intervención quirúrgica. Asimismo alega que no hubo relación causal entre su conducta y los supuestos perjuicios padecidos por el actor. Por su parte, la Universidad de Buenos Aires se queja de que la Sra. juez de grado haya considerado que no se tomaron todas las medidas requeridas antes de la operación y no haya tenido en cuenta los dichos de la testigo M. T., quien señaló que el paciente estaba apto para la cirugía. Asimismo sostiene que, a pesar de que la historia clínica estaría incompleta, en ella consta de todos modos el procedimiento realizado al demandante. Por último cuestiona que la magistrada de la anterior instancia no haya considerado que existió una culpa de la víctima, pese a que el actor fumó luego de la operación e ingirió la noche previa una aspirina. VI.- Previamente a analizar la prueba tendiente a dilucidar si efectivamente hubo una actuación culposa por parte de la demandada, estimo necesario clarificar lo atinente al alegado incumplimiento de la obligación de información que pesaba sobre la demandada. Si bien la Sra. Juez de grado concluyó que la Dra. R. E. no recabó debidamente el consentimiento informado del actor, lo cierto es que este último no planteó esta cuestión en el momento procesal oportuno (en la demanda) pues no reclamó ningún daño derivado de la supuesta violación del deber de información, de modo que su tratamiento importó violentar el principio de congruencia. En efecto, este principio -de indudable rango constitucional, y reflejado también en los artículos 34 inc. 4º y 163 inc. 3º del CPCCN- exige que exista concordancia entre la demanda, la contestación y la sentencia en lo que hace a las personas, el objeto y la causa, de modo que las partes, al fijar el alcance y el contenido de la tutela jurídica requerida, delimitan la actividad jurisdiccional a las cuestiones incluidas en la pretensión del actor y la oposición de los demandados (esta sala, 8/4/2013, ?Bazo, Alicia Haydee c/ Navarro, Mario y otros s/ Nulidad de acto jurídico?, L. n° 611.653). Por tal motivo, esta cámara se encuentra impedida de tratar cuestiones no propuestas oportunamente al tribunal de grado (art. 277 Código Procesal).

Como ha tenido oportunidad de señalarlo esta sala (in re ?Grimm, Patricia c/ Rey, Eduardo Raúl y otros s/ Daños y Perjuicios -resp. prof. médicos y aux.?, L. n° 595.100, del 29/10/2012), los médicos, las clínicas o las empresas de medicina prepaga asumen diversas obligaciones para con sus pacientes, entre las cuales cabe computar la obligación principal - consistente en prestar atención médica al paciente de conformidad con las reglas del arte de curar-, la de seguridad -por la cual las clínicas y las entidades de medicina prepaga garantizan que el paciente no será dañado en el marco de la relación de consumo, y más allá del ámbito específico de la obligación principal, art. 5 de la ley 24.240- y la de información. Esta última, actualmente regulada por los arts. 3 y conchs. de la ley 26.529 y el art. 59 del Código Civil y Comercial, tiene un objeto propio y específico, consistente en proporcionar al paciente la información sanitaria necesaria para que aquel tome una decisión esclarecida en el sentido de someterse o no a determinada terapia o tratamiento. En ese sentido dice Jaramillo que junto al ?deber céntrico o primario del médico?, consistente en la atención sanitaria encaminada a satisfacer el interés terapéutico del paciente, de conformidad con la lex artis, existen deberes secundarios de conducta a cargo del galeno, coadyuvantes del compromiso primario asumido por el facultativo, entre los que se encuentra el deber de información (Jaramillo J., Carlos I., Responsabilidad civil médica, Pontificia Universidad Javierana, Bogotá, 2010, p. 205 y ss.). La obligación de informar al paciente es, entonces, claramente distinguible de la obligación principal que asumen los nosocomios y los profesionales de la salud, consistente en prestar cuidados médicos de acuerdo a las reglas del arte. Tan es ello así que bien podría cumplirse una e incumplirse la otra, como sucedería en el caso de un cirujano que opera correctamente a su paciente, pero omite informarle acerca de un riesgo normalmente asociado a esa práctica, que efectivamente sobreviene luego de la intervención. O viceversa, si el cirujano del ejemplo ha informado correctamente al paciente, y obtenido su consentimiento, pero es negligente al practicar la operación y con ello le produce un perjuicio. Tratándose de obligaciones distintas, también lo son las consecuencias de su posible violación: en el caso del incumplimiento de la obligación principal el daño resarcible estará asociado con las consecuencias derivadas de la culpa médica, mientras que en el caso del deber de información el daño estará usualmente referido a la materialización de un riesgo previsible no informado debidamente al paciente. Como lo señala acertadamente Galán Cortés, en este último supuesto la relación de causalidad debe buscarse, de modo figurado, entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado la intervención médica cuyos riesgos han cristalizado, y no de forma directa entre la omisión de la información y el daño materializado tras su práctica (Galán Cortés, Julio C., Responsabilidad civil médica, Civitas, Madrid, 2011, p. 662/663). Por eso esta sala ha puntualizado que muchas veces la deficiente información causará al paciente un perjuicio consistente en la pérdida de la chance que tenía el enfermo de haber decidido no someterse a la práctica en cuestión, y así haber

escapado a la materialización de los riesgos no informados debidamente (esta sala, L. n° 582.467, ?Torres, Antonio Ricardo y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y aux.?, del 14/5/2012; ídem, 21/9/2012, ?Antúnez, Norberto Amadeo c/ Basso, Armando y otro s/ Daños y Perjuicios?, L. n° 593.116, ya citados). También podría hablarse, en su caso, de la existencia de un daño moral causado por la imposibilidad del paciente de prepararse debidamente, desde un punto de vista psicológico y afectivo, para la producción de la consecuencia no informada que finalmente advino (Corte de Casación francesa, Segunda Sala Civil, 17/6/2010, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 2010-570, con nota de Patrice Jourdain). Comoquiera que sea, es claro que la obligación de información que pesa sobre los médicos es distinta e independiente de su obligación principal de desarrollar un plan de conducta diligente y proporcionar cuidados concienzudos, atentos y conformes al estado de la ciencia médica -si se me permite parafrasear a la Corte de Casación francesa en el famoso fallo ?Mercier?, del 20/5/1936-, y también lo son los daños que pueden derivarse del incumplimiento de una u otra de esas obligaciones. Por consiguiente si, como ocurre en el caso, se ha fundado la demanda exclusivamente en el supuesto incumplimiento de una de esas obligaciones (en la especie, la obligación principal), no pueden los jueces expedirse acerca de la eventual inejecución de la otra, so pena de violar el mencionado principio de congruencia. Por estos motivos considero que el agravio de la Dra. R. E. atinente a la condena por supuesta violación del deber de información resulta procedente, aunque la probada existencia de mala praxis de su parte (incumplimiento de su obligación principal) constituye un fundamento suficiente para la condena de autos, que -como se verá- debe entonces ser mantenida de todos modos.

VII.- Corresponde ahora analizar las pruebas producidas en la causa para determinar si existió una conducta negligente de parte de la Dra. R. E. en la atención del paciente. Ante todo es pertinente destacar que no se encuentra controvertida en autos la intervención quirúrgica realizada al actor, consistente en la colocación de cuatro implantes dentales, llevada a cabo en la sede de la Facultad de Odontología de la Universidad de Buenos Aires por la demandada R. E., quien en ese momento se desempeñaba como docente de segunda de la cátedra de Cirugía y Traumatología Bucomaxilofacial III. Tampoco se debate que existió un posterior seguimiento del paciente en el consultorio privado de la mencionada profesional. De la historia clínica n.º 24.271 surge que el demandante ingresó a la sede de la facultad en cuestión el 16/1/2009, que tres años atrás había decidido sacarse todos los dientes y ponerse una prótesis, y que el motivo de la consulta fue colocarse implantes (fs. 119). También constan allí un análisis de laboratorio y un coagulograma, una placa panorámica de la zona a implantar, la condición de fumador del actor (20 cigarrillos diarios) y la programación de la cirugía de implantes para el 30/1/2009 (fs. 119 vta.), su breve descripción, y un control postoperatorio el 2/2/2009, momento en que se dejó asentada la imposibilidad del paciente de disminuir el consumo de cigarrillos (fs. 120). Cabe poner de resalto que en esta clase de pleitos, en los que se debaten cuestiones ajenas al ordinario conocimiento de los jueces, la pericia médica adquiere singular trascendencia, de modo que tanto los hechos comprobados por los expertos como sus conclusiones deben ser aceptados por el sentenciante salvo que se demuestre la falta de opinión fundante o de objetividad, para lo cual quien impugna debe acompañar la prueba del caso; pues al respecto ni el puro disenso, ni la opinión meramente subjetiva del impugnante podrían ser razonablemente atendibles para poner en tela de juicio la eficacia del dictamen. Por el contrario, se requiere para ello demostrar fehacientemente que el criterio pericial se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (esta sala, Libre n° 530.868, Devis Echandía, Hernando, Compendio de la Prueba Judicial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. II, ps. 112 y ss.). De la pericia odontológica confeccionada por el experto designado de oficio surge que la marcada reabsorción ósea que presenta el maxilar inferior del actor se debe a la pérdida de piezas dentarias de larga data (fs. 296). Asimismo el perito señaló que ?una de las contraindicaciones de someter a en EEUU a un paciente a la colocación de implantes es el de ser fumador? (sic, respuesta al punto ?f?, fs. 303). Asimismo consideró que la demandada debería haber ordenado un tratamiento farmacológico previo durante tres meses a fin de que el actor dejase el hábito de fumar, para luego realizar la operación (vid. la respuesta al punto ?f?, fs. 304); y añadió que la demandada incurrió en una ?impericia farmacológica? (vid. La respuesta al punto ?n?, fs. 306). El experto refirió que, si bien consta en la historia clínica la realización de una placa panorámica de la zona a implantar, aquella no tiene exactitud para medir el tamaño real de los dientes y el hueso, e indicó que para eso existen estudios de tomografía que determinan el lugar exacto de colocación, forma, tamaño y medida en milímetros del implante a colocar. Afirmó que estos estudios previos no fueron efectuados (vid. la respuesta al punto ?h?, fs. 305). Asimismo señaló que todo paciente, previamente a ser sometido a la colocación de un implante, debe realizarse -entre otros estudios- una ?tomografía computada para evaluar el estado óseo (...) es decir estudios más complejos que tomar una simple radiografía Panorámica? (vid. la respuesta al punto ?s?, fs. 308). Finalmente el perito indicó que la práctica quirúrgica cuestionada ?no impresiona correcta? (sic, respuesta al punto ?t?, fs. 308). No se me escapa que la Universidad de Buenos Aires impugnó el dictamen (fs. 315/316). Sin embargo, los referidos cuestionamientos no apuntaron a desestimar las afirmaciones precedentes sino, más bien, a rebatir otros aspectos que no se relacionan con qué medidas deben adoptarse previamente al acto quirúrgico para evitar el fracaso en la colocación de las prótesis.

La profesional demandada también impugnó la pericia odontológica (fs. 320//325). Entre otros cuestionamientos señaló que si bien un problema de coagulación - como el que habría existido en la operación, probablemente a causa de la ingesta de aspirina por parte del paciente la noche anterior- no determina el fracaso de un implante, es un factor importante porque retrasa la cicatrización de la zona intervenida. Asimismo cuestionó la "impericia farmacológica" que le fue imputada por el perito, pues sostuvo que el hábito de fumar es una adicción cuyo tratamiento debe ser abordado por un profesional médico idóneo. Si bien es cierto que los mencionados cuestionamientos no se encuentran avalados por el informe de un consultor técnico, lo que les restaría suficiente fundamento (esta sala, 25/6/2013, "S. C., Daniel Jesús c/ F., Alberto y otros s/ Daños y perjuicios", L n° 579.478), no pierdo de vista que, al ser la demandada una profesional especializada en la material, dicha conclusión no le es aplicable. Sin perjuicio de ello destaco que el perito dejó expresa constancia de que, al momento de realizarse la entrevista al actor, no se hizo presente ningún letrado o consultor técnico de las partes (fs. 294). Asimismo el experto contestó sendas impugnaciones a fs. 331/340. Más allá de ello, estimo que resulta determinante en la causa el dictamen del Cuerpo Médico Forense, que es un órgano imparcial auxiliar de la justicia, cuyos miembros son designados de acuerdo a sus antecedentes y especialidad, lo que permite aceptar sus conclusiones siempre y cuando el dictamen sea coherente, categórico y fundado en principios técnicos, dada la reconocida autoridad científica que dicho cuerpo posee (esta cámara, Sala A, 14/5/2012, "Torres, Antonio Ricardo c/ Clínica Bessone y otros s/ daños y perjuicios", L. 582.467; íd., 25.9/12, "Antunez, Norberto Amadeo c/ Basso, Armando y otros s/ daños y perjuicios", L. 593.116; íd., 9/12/2008, "C., O. c/ Instituto Nacional de Servicios Oficiales para Jubilados y Pensionados", íd., Sala J, 22/11/2011, "L., E. F. c/ S., R. s/ daños y perjuicios", LLOnline). El mencionado cuerpo de expertos refirió que la historia clínica de autos aparenta ser incompleta, y dejó asentado lo siguiente: "uno de los datos importantes a tener en cuenta es la falta de estudios para la colocación de implantes como una Tomografía Axial Computada, estudio de rutina de la Facultad de Odontología en cuanto a la colocación de implantes oseointegrados, ya que es importante tener la real relación en tres dimensiones del tejido óseo disponible. Otro tema importante es que si bien se encuentra el dato que el paciente fuma 20/40 cigarrillos diarios, se ha realizado igual la cirugía siendo totalmente contraindicada la colocación de implantes en pacientes fumadores. (...) el paciente también era bruxómano, otro dato importante e incompatible con la colocación de implantes. Por esto motivos anteriormente expuestos, falta de diagnóstico por imágenes en un caso desdentado total de mucho tiempo de evolución, bruxismo y fumador es que no debió hacerse la intervención" (sic, fs. 532/533). Y añadió: "la falta de tejido óseo, el bruxismo, tabaquismo, sobrecarga temprana protésica, son las causa del desprendimiento de los implantes" (fs. 533). Este informe fue contestado a fs. 535/536 por la demandada, quien reiteró que a la fecha de la intervención la facultad no contaba con un tomógrafo. Sin embargo, este planteo difiere del oportunamente expuesto al expresar agravios, pues mientras que en dicha presentación señaló que a la época de realizarse los implantes "no existían las herramientas tecnologías para su realización" (fs. 468), en la contestación en estudio se limitó a negar que la casa de estudios contase con un tomógrafo (fs. 535). De más está decir que esta última circunstancia (es decir, la insuficiencia del instrumental existente en la facultad) no puede avalar que la demandada haya prescindido de un elemento de análisis tan relevante (que podría haberse obtenido mediante la remisión del paciente a otra institución para su realización), de acuerdo a lo informado unánimemente tanto por el perito designado de oficio como por el Cuerpo Médico Forense. Cabe recordar que cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos y no existe prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquel (esta cámara, Sala H, "Del Valle, M. c/ Torales J. s/ daños y perjuicios", del 29/9/97; ídem, Sala M, "Paradela D. c/ Malamud D. s/ daños y perjuicios", del 19/3/96). En el caso, estos principios se ven reforzados por el hecho de que el dictamen emana del Cuerpo Médico Forense, pues se trata del asesoramiento técnico de auxiliares de la justicia cuya imparcialidad y corrección están garantizadas por ser un órgano que se encuentra bajo la superintendencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (esta cámara, Sala C, 24/9/1999, "González, Juan Rafael y otra c/ Empresa Almafuerte S.A. y otro s/ daños y perjuicios", L. n° 245.638). Concordemente, se ha expresado que la sana crítica aconseja como principio la aprobación del parecer del experto, máxime cuando se trata del Cuerpo Médico Forense por ser un cuerpo especialmente elegido y entrenado para colaborar con el magistrado en estos menesteres (esta cámara, Sala C, L. n° 352.417, "Valat, Lodis Oscar c/ SADE ICSA y otros s/ daños y perjuicios"). Por ello, la contundencia y la razonabilidad del dictamen y del informe del citado cuerpo médico me llevan a la convicción de que debe otorgárseles la fuerza probatoria estatuida por el artículo 477 del Código Procesal. No se me escapa que la testigo M. T., al ser preguntada acerca de si el actor se encontraba apto para la operación, respondió: "sí, estaba apto para la cirugía (...) estaba apto por lo que comprobamos en la historia clínica y por estudios de laboratorio previos" (respuesta a la pregunta novena, fs. 193 vta.). Sin embargo, esta sola declaración testimonial no puede prevalecer sobre la prueba pericial, específicamente prevista por la ley para esclarecer aspectos técnico-científicos, máxime cuando -como ya lo señalé- en el caso se cuenta con un contundente dictamen del Cuerpo Médico Forense. En cuanto al agravio de la Universidad de Buenos Aires referido a que las omisiones de la historia clínica no serían relevantes, en tanto de ella surge la forma

en que se realizó la operación, entiendo que su tratamiento resulta abstracto, en la medida en que la conducta negligente de la demandada no radica en la operación en sí misma sino más bien en la decisión de haberla realizado cuando existían antecedentes que contraindicaban el acto quirúrgico. En resumen, la pericia odontológica y el informe del Cuerpo Médico Forense permiten afirmar que la Dra. R. E. fue negligente en la atención del señor G., pues no debería haberlo sometido a la intervención quirúrgica cuestionada, por tratarse de un paciente desdentado de larga data, fumador y bruxómano, lo que permite imputarle responsabilidad en los términos del art. 1.109 del Código Civil. También juzgo probado, sobre la base de lo afirmado por el mencionado cuerpo médico, que el desprendimiento de los implantes tuvo por causa adecuada la realización de la operación en esas condiciones. Por estas consideraciones estimo que los agravios de las emplazadas relativos a este medular aspecto del debate deberían ser desestimados.

VIII.- Pasaré ahora a analizar el agravio de la Universidad de Buenos Aires atinente a la omisión de la anterior sentenciante de tratar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por ella. Sostiene la recurrente que la relación que unió al actor con la odontóloga demandada tuvo carácter contractual, y que su obligación (la de la universidad) se extinguió a partir de la decisión conjunta de continuar el tratamiento en el consultorio privado de la profesional, es decir, fuera del ámbito de la facultad. Ahora bien, en la medida en que la conducta de la Dra. R. E. es reputada negligente por haber tomado la decisión de realizar la operación quirúrgica, y toda vez que esta fue llevada a cabo en la casa de estudios perteneciente a la tercera citada, los argumentos esgrimidos en nada enervan su legitimación pasiva. Por el contrario, la negligencia de la Dra. R. E. en la atención del Sr. G. -en el ámbito de la Facultad de Odontología de la Universidad de Buenos Aires- patentiza el cumplimiento defectuoso de la prestación comprometida por esta última, quien -como ya lo señalé- responde contractualmente y de modo directo por el cumplimiento de las obligaciones que asumió, que incluían la diligente atención médica (arts. 519 a 522, Código Civil). Por tales motivos propicio rechazar también el agravio en examen.

IX.- Corresponde ahora examinar las quejas de la Universidad de Buenos Aires atinentes a los rubros indemnizatorios.

a) Daño emergente La Sra. magistrada de la anterior instancia concedió por este rubro la suma de \$ 30.100, que comprende los gastos efectuados y los que serán necesarios para solucionar el problema dental del actor. La recurrente solicita el rechazo de la partida en estudio y se agravia del monto, por considerarlo excesivo. Teniendo en cuenta que el Cuerpo Médico Forense contraindicó la colocación de implantes al actor a raíz de sus antecedentes y calidad de fumador y bruxómano (fs. 532/533) considero que no procede admitir una suma para afrontar los gastos dirigidos a la realización de dicha operación. En cuanto a los gastos efectuados, habré de considerar la documentación de fs. 4/25, a lo que añado que en esta clase de gastos (médicos y farmacéuticos) no resulta necesaria una prueba concreta y específica, sino que su erogación se presume en orden a la entidad de los hechos acreditados. Ello es así aun cuando la atención haya sido prestada en hospitales públicos o por una obra social, pues de ordinario esas entidades no cubren la totalidad de los gastos en que incurren los pacientes (esta sala, 27/12/2011, ?Morteyru, Juan Alberto y otro c. Juan, Gustavo Gabriel y otros s/daños y perjuicios?, RCyS 2012-VI, 251). Por ello, y en los términos del art. 165 del Código Procesal, considero que la suma otorgada por este ítem resulta elevada, por lo que debería reducirse a la cantidad de \$ 6.000, lo que así mociono.

b) Incapacidad sobreviniente La anterior magistrada otorgó \$ 22.900 para enjugar la partida ?daño psicológico?, y \$ 20.000 para ?daño estético?. La recurrente solicita que se rechace el ?daño psicológico?, y en subsidio impugna el monto por excesivo. También cuestiona la procedencia del ?daño estético?, pues considera que no habría deterioro, ya que antes de la operación el actor ya era desdentado. Por otra parte sostiene que el rubro en estudio estaría subsumido en el daño moral. Ante todo debe dejarse en claro que el daño, en sentido jurídico, no se identifica con la lesión a un bien (las cosas, el cuerpo, la salud, etc.) sino, en todo caso, con la lesión a un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, que produce consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales (Calvo Costa, Carlos A., Daño resarcible, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 97). En puridad, son estas consecuencias las que deben ser objeto de reparación (Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 640), lo que lleva a concluir en la falta de autonomía de todo supuesto perjuicio que pretenda identificarse en función del bien sobre el que recae la lesión (la psiquis, la estética, la vida de relación, el cuerpo, la salud, etc.). En todos estos casos, habrá que atender a las consecuencias que esas lesiones provocan en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima, que serán, por lo tanto, subsumibles dentro de alguna de las dos amplias categorías de perjuicios previstas en nuestro derecho: el daño patrimonial y el moral. La lesión de la psiquis o del aspecto estético del actor, entonces, no constituye un perjuicio autónomo y distinto de la incapacidad sobreviniente. Se trata, en ambos casos, de lesiones - causadas en la estructura psíquica o el cuerpo de la víctima- que producen una merma en la capacidad del sujeto para realizar actividades patrimonialmente mensurables. Es esta merma, que resulta en una disminución patrimonial (un lucro cesante), lo que en definitiva constituye el daño resarcible. En sentido concorde esta sala ha sostenido en forma reiterada que las consecuencias de la incapacidad física y las de la lesión psíquica deben ser valorados en forma conjunta, porque los porcentajes incapacitantes padecidos por el damnificado repercuten unitariamente, lo cual aconseja que se fije una partida indemnizatoria que abarque ambos aspectos ya que, en rigor, si bien conformarían dos índoles diversas de lesiones, se traducen en el mismo daño, que consiste, en definitiva, en la

merma patrimonial que sufre la víctima por la disminución de sus aptitudes y para el desempeño de cualquier trabajo o actividad productora de beneficios materiales (conf., entre muchos otros, libros n° 282.488 del 29/3/2000, n° 352.640 del 8/10/2002, n° 359.379 del 6/3/2003, n° 367.687 del 24/6/2003, n° 389.243 del 22/6/04, n° 400.335 del 11/8/04, n° 540.810 del 13/08/10). Por lo expuesto entiendo que no corresponde otorgar una suma específica por ?daño psicológico? y ?daño estético?, sin perjuicio de que sus repercusiones sean tenidas en cuenta al tratar la incapacidad sobreviniente (en el presente acápite) y el daño moral. En lo atinente a la incapacidad sobreviniente entiendo que su correcto tratamiento requiere, como primera medida, definir adecuadamente a qué tipo de perjuicios se refiere, para examinar, en segundo término, cuál debería ser el método a seguirse para su valuación. Desde un punto de vista genérico la incapacidad puede definirse como ?la inhabilidad o impedimento, o bien, la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales? (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, t. 2a, p. 343). Ahora bien, es evidente que esa disminución puede, como todo el resto de los daños considerados desde el punto de vista ?naturalístico? (esto es, desde el punto de vista del bien sobre el que recae la lesión; vid. Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Daños a la persona, n° 1, Santa Fe, 1992, p. 237 y ss.), tener repercusiones tanto en la esfera patrimonial como en la extrapatrimonial de la víctima. Este último aspecto no puede, a mi juicio, subsumirse en la incapacidad sobreviniente, sino que se identifica, en todo caso, con el daño moral. No coincido, entonces, con quienes engloban en el tratamiento de este rubro tanto a las consecuencias patrimoniales de la incapacidad como otras facetas relacionadas con lo espiritual (la imposibilidad de realizar ciertas actividades no lucrativas que llevaba adelante la víctima, tales como deportes y otras atinentes al esparcimiento y la vida de relación), pues tal tesitura importa, en puridad, generar un doble resarcimiento por el mismo perjuicio, que sería valorado, primero, para fijar la indemnización por incapacidad sobreviniente, y luego para hacer lo propio con el daño moral. De modo que el análisis a efectuar en el presente acápite se circunscribirá a las consecuencias patrimoniales de la incapacidad sobreviniente, partiendo de la premisa -sostenida por la enorme mayoría de la doctrina nacional, lo que me exime de mayores citas- según la cual la integridad física no tiene valor económico en sí misma, sino en función de lo que la persona produce o puede producir. Se trata, en última instancia, de un lucro cesante actual o futuro, derivado de las lesiones sufridas por la víctima (Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, t. 4, p. 305). Lo hasta aquí dicho en modo alguno se contrapone con la doctrina que sigue actualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a cuyo tenor ?cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural, y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida? (CSJN, 27/11/2012, ?Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios?; ídem, Fallos, 308:1109; 312:752 y 2412; 315:2834; 327:3753; 329:2688 y 334:376, entre otros). En efecto, entiendo que el eje de la argumentación del alto tribunal estriba en los siguientes parámetros: a) por imperio constitucional, la reparación debe ser integral; b) ello importa que deben resarcirse todas las consecuencias de la incapacidad, y no únicamente las patrimoniales, y c) a los efectos de evaluar la indemnización del daño patrimonial es insuficiente tener en cuenta únicamente los ingresos de la víctima, pues la lesión de su integridad física afecta también sus posibilidades de realizar otras actividades que, aunque no resulten remuneradas, son económicamente mensurables. Es en este último sentido, a mi juicio, que cabe interpretar la referencia de la corte a que la integridad física ?tiene en sí misma valor indemnizable?, pues la alternativa (esto es, afirmar que debe asignarse a la integridad física un valor en sí, independientemente de lo que produzca o pueda producir) conduciría al sinsentido de patrimonializar un derecho personalísimo, y asignar artificialmente (¿sobre la base de qué parámetros?) un valor económico al cuerpo de la persona. Por otra parte el criterio que se propone en este voto respeta el principio de reparación integral de todas las consecuencias de la incapacidad sobreviniente, aunque distingue adecuadamente según que ellas se proyecten en la esfera patrimonial o en la espiritualidad de la víctima. Respecto del primer punto, y como se verá enseguida, no tomaré en cuenta exclusivamente el monto del salario que el damnificado eventualmente percibiera, sino que evaluaré también la incidencia de la incapacidad en la realización de otras actividades no remuneradas pero patrimonialmente mensurables, así como sus eventuales posibilidades de mejorar su situación laboral o patrimonial por medio de su trabajo. Establecidos de ese modo la naturaleza y los límites del rubro en estudio, corresponde hacer una breve referencia al método a utilizar para su valuación. Al respecto me he expedido reiteradamente en el sentido de que, para el cálculo de las indemnizaciones por incapacidad o muerte, debe partirse del empleo de fórmulas matemáticas, que proporcionan una metodología común para supuestos similares. Como dicen Pizarro y Vallespinos: ?No se trata de alcanzar predicciones o vaticinios absolutos en el caso concreto, pues la existencia humana es por sí misma riesgosa y nada permite asegurar, con certidumbre, qué podría haber sucedido en caso de no haber ocurrido el infortunio que generó la incapacidad o la muerte. Lo que se procura es algo distinto: efectuar una proyección razonable, sin visos de exactitud

absoluta, que atienda a aquello que regularmente sucede en la generalidad de los casos, conforme el curso ordinario de las cosas. Desde esta perspectiva, las matemáticas y la estadística pueden brindar herramientas útiles que el juzgador en modo alguno puede desdeñar? (op. cit., t. 4, p. 317). Es que no debe olvidarse que el principio de reparación integral -que, como lo ha declarado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene status constitucional (Fallos, 321:487 y 327:3753, entre otros)- importa, como lógica consecuencia, que la indemnización debe poner a la víctima en la misma situación que tenía antes del hecho dañoso (arg. art. 1083, Código Civil). Así las cosas, y teniendo en cuenta que el resarcimiento se fijará en dinero -que, huelga decirlo, se cifra numéricamente-, nada resulta más adecuado que el empleo de cálculos matemáticos para tratar de reflejar de la manera más exacta posible el perjuicio patrimonial experimentado por el damnificado. Resulta aconsejable, entonces, la utilización de criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (y/o de la valuación de las tareas no remuneradas, pero económicamente mensurables, que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado. Así se tiene en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir, y, por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio (Zavala de González, op. cit., t. 2a, p. 521). Si bien los fallos y los autores emplean distintas denominaciones (fórmulas ?Vuoto?, ?Marshall?, ?Las Heras- Requena?, etc.), se trata en realidad, en todos los casos, de la misma fórmula, que es la conocida y usual ecuación para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua (Acciarri, Hugo - Irigoyen Testa, Matías, ?La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muertes?, LL, 9/2/2011, p. 2). Este es el criterio que ahora sigue expresamente el art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo texto reza: ?Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado?. No cabe ninguna duda de que esa redacción conduce necesariamente al empleo de fórmulas matemáticas para evaluar la cuantía del resarcimiento por incapacidad (y, por analogía, también por muerte), pues únicamente por medio de ese instrumento puede mensurarse el capital al que alude la norma (en esa línea interpretativa vid. López Herrera, Edgardo, comentario al art. 1746 en Rivera, Julio C. (dir.) - Medina, Graciela (dir.) - Esper, Mariano (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV, p. 1088/1089). Al respecto se ha señalado: ?Frente a la claridad de la directiva (del art. 1746 recién citado), parecería exótico -al menos- sostener que se cumplen las exigencias constitucionales de fundamentación de las sentencias sin exponer, en una fórmula estándar, las bases cuantitativas (valores de las variables previstas por la norma) y las relaciones que se tuvieron en cuenta para arribar al resultado que se determine. La cuestión no merece mayor esfuerzo, ni desarrollo? (Acciarri, Hugo A., ?Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código?, LL, 15/7/2015, p. 1). El hecho de que el criterio legal para evaluar la incapacidad sobreviniente consiste ahora en la aplicación de fórmulas matemáticas es reconocido incluso por autores que en un primer momento habían sostenido que no era forzoso recurrir a esa clase de cálculos. Tal es el caso de Galdós, quien -en lo que constituye una rectificación del criterio que expuso al comentar el art. 1746 en Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII, p. 527/528, citado por mis colegas- afirma actualmente: ?el art. 1746 Código Civil y Comercial ha traído una innovación sustancial pues prescribe que corresponde aplicar fórmulas matemáticas tendientes a calcular el valor presente de una renta futura no perpetua. A fines de cuantificar el daño patrimonial por incapacidad psicofísica (lo que también es aplicable al daño por muerte del art 1745 CCCN) las referidas fórmulas se erigen como un parámetro orientativo que no puede ser omitido por la judicatura a la hora de cuantificar los daños personales por lesiones o incapacidad física o psíquica o por muerte (...) Por consiguiente, conforme lo prescribe el art. 1746 CCCN, resulta ineludible identificar la fórmula empleada y las variables consideradas para su aplicación, pues ello constituye el mecanismo que permite al justiciable y a las instancias judiciales superiores verificar la existencia de una decisión jurisdiccional sustancialmente válida en los términos de la exigencia consagrada en los arts. 3 y 1746, Código Civil y Comercial (arts. 1, 2, 3, 7 y concs. Código Civil y Comercial)? (Galdós, Jorge M., su voto como juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, in re ?Espil, María Inés y otro c/ APILAR S. A. y otro s/ Daños y perjuicios?, causa n.º 2-60647-2015, de fecha 17/11/2016). Sentado que ese es ahora el criterio

legal, emplearé la siguiente expresión de la fórmula: $C = A \cdot (1 + i)^a - 1 \cdot i$. $(1 + i)^a$ Donde 'C' es el capital a determinar, 'A' la ganancia afectada, para cada período, 'i' la tasa de interés a devengarse durante el período de extracción considerado, decimalizada (emplearé una tasa del 6%), y 'a' el número de períodos restantes hasta el límite de la edad productiva o la expectativa de vida presunta de la víctima. Corresponde ahora aplicar estas directrices al caso de autos. El perito médico designado de oficio en esta causa dijo que el actor presenta un trastorno depresivo moderado como consecuencia de haber recibido el tratamiento quirúrgico en cuestión, y determinó una incapacidad parcial y permanente del 20% (fs. 345). Es sabido que, aun cuando las normas procesales no acuerdan el carácter de prueba legal al dictamen pericial, si el informe comporta la apreciación específica en el campo del saber de la perito, para desvirtuarlo es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que la experta hubiese hecho de sus conocimientos técnicos o científicos, por lo que, para que las observaciones que formulen las partes puedan tener favorable acogida, es necesario que aporten probanzas de similar o mayor rigor técnico que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en el peritaje (esta Sala, 10/11/2011, 'P., Gabriel Alberto c/ A., José Luis y otros s/ Daños y perjuicios?', LL 2011-F, 568; ídem, 30/11/2012, 'G., Aldo Rene y otro c/ Microómnibus General Pacheco S. A. y otros s/ Daños y perjuicios?', L. n° 562.884; ídem, 18/2/2013, 'S., Sebastián Nicolás c/ Transportes Metropolitanos General Roca S. A. y otros s/ Daños y perjuicios?', L. n° 534.862; ídem, 18/6/2013, 'B. C., Martina y otros c/ M., Gustavo y otros s/ Daños y perjuicios?', L. n. 606.722). La demandada cuestionó el informe pericial y solicitó explicaciones a fs. 362/363, mientras que la tercera citada impugnó el dictamen a fs. 359/360. El experto contestó estas presentaciones y ratificó su informe primigenio a fs. 370/371 y 378. Toda vez que las observaciones no desmerecen las conclusiones del perito, otorgo al dictamen y a las contestaciones la fuerza probatoria estatuida por el art. 477 del Código Procesal. Ahora bien, en lo atinente a la faz estética, no tendré en cuenta las alegadas variaciones en la fisonomía del actor para evaluar el monto de este rubro, pues -más allá del hecho, apuntado por la recurrente, de que el Sr. G. ya era desdentado con anterioridad a la cirugía-, considerando la actividad que desarrollaba el actor (cerrajero), no encuentro que la referida lesión pueda tener una incidencia en su esfera patrimonial. Sentado esto señalo que el actor denunció que era cerrajero y lo probó con prueba testimonial (fs. 180 vta., 181 y 182), pero no acreditó sus ingresos. Así las cosas, corresponde justipreciarlos acudiendo a la facultad que otorga a los magistrados el art. 165 del Código Procesal. Sin embargo, en ausencia de prueba concreta del monto del perjuicio, y si bien puede acudir a la precitada facultad judicial, el importe en cuestión debe fijarse con parquedad, para evitar que pueda redundar en un enriquecimiento indebido de la víctima (esta sala, 10/11/2011, 'P., G. A. c/ A., J. L. y otros s/ Daños y perjuicios?', LL 2011-F, 568; ídem, 25/11/2011, 'E., G. O. c/ Trenes de Buenos Aires S. A. y otro s/ Daños y Perjuicios?', LL 2012-A, 80 y RCyS 2012-II, 156). Por consiguiente partiré para efectuar el cálculo de un ingreso actual y mensual de \$ 8.860 correspondiente al salario mínimo vital y móvil. En definitiva, para determinar el quantum indemnizatorio de este rubro tendré en cuenta los siguientes datos: 1) que la operación tuvo lugar cuando G. tenía 47 años de edad, por lo que le restaban 28 años de vida productiva -considerando como edad máxima la de 75 años-; 2) que el ingreso mensual actualizado del demandante debe fijarse en la suma de \$ 8.860, como ya lo mencioné con anterioridad; 3) una tasa de descuento del 6 % anual, equivalente a la ganancia pura que se podría obtener de una inversión a largo plazo, y 4) que la incapacidad estimada en este caso, por lo ya dicho con anterioridad, es de 20 %. Por lo que los guarismos correspondientes a la fórmula antes mencionada quedarían establecidos del siguiente modo: $A = 23.036$; $(1 + i)^a - 1 = 4,111686$; $i \cdot (1 + i)^a = 0,306701$. En función de lo expuesto, teniendo en cuenta asimismo las posibilidades de progreso económico del actor y como el hecho de que la indemnización debe computar también la pérdida de la capacidad de la víctima para efectuar otras actividades no remuneradas, pero mensurables económicamente, considero que el importe reconocido en la instancia de grado no es reducido, por lo que propongo que sea confirmado. c) Daño moral La colega de grado otorgó por este concepto la suma de \$ 18.000. La recurrente cuestiona la procedencia de la partida y, en subsidio, solicita que el quantum sea reducido. Puede definirse al daño moral como: 'una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial?' (Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31). En lo que atañe a su prueba cabe señalar que, a tenor del principio que sienta el art. 377 del Código Procesal, se encuentra en cabeza de la actora la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones (Bustamante Alsina, Jorge, 'Equitativa valuación del daño no mensurable?', LL, 1990-A-655). En el caso, frente al fracaso de la operación y el desprendimiento de los implantes, y a la existencia adicional de lesiones psíquicas que dejaron secuelas permanentes, la existencia de un daño moral es fácilmente presumible (art. 163 inc. 5, Código Procesal). En cuanto a su valuación cabe recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido

de que: ¿Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida? (CSJN, 12/4/2011, ¿Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros?, RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós). En otras palabras, el daño moral puede ¿medirse? en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (Galdós, Jorge M., ¿Breve apostilla sobre el daño moral (como ¿precio del consuelo?) y la Corte Nacional?, RCyS, noviembre de 2011, p. 259). La misma idea resulta del art. 1741 in fine del Código Civil y Comercial, a cuyo tenor: ¿El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas?. Por consiguiente tendré particularmente en cuenta ese criterio para evaluar la suma que corresponde fijar en el sub lite en concepto de daño moral, a la luz de las características del hecho generador, su repercusión espiritual en la víctima, y las demás circunstancias del caso. A la luz de esas premisas constato que las satisfacciones sustitutivas que podría procurar la muy exigua suma reconocida por este ítem en la instancia de grado -que a lo sumo alcanzaría para costear un pasaje de avión y el alojamiento por unos pocos días en un país limítrofe- son insuficientes para paliar los malestares y las angustias que razonablemente debe haber producido al actor el hecho de autos, razón por la cual -en atención a que sólo existe recurso para disminuir el monto- propongo confirmar lo decidido en este aspecto. X.- La recurrente se queja por la manera en que fueron fijados los intereses en primera instancia. La anterior magistrada decidió que debían aplicarse intereses desde el momento del hecho (14/1/2009) a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. La cuestión ha sido resuelta por esta cámara en el fallo plenario dictado en los autos ¿Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S. A. s/ daños y perjuicios?, del 20/4/2009, que estableció, en su parte pertinente: ¿2) Es conveniente establecer la tasa de interés moratorio. 3) Corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. 4)La tasa de interés fijada debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido?. No soslayo que la interpretación del mencionado fallo plenario, y particularmente de la excepción contenida en la última parte del texto transcripto, ha suscitado criterios encontrados. Por mi parte, estimo que una correcta apreciación de la cuestión requiere de algunas precisiones. Ante todo el propio plenario menciona que lo que está fijando es ¿la tasa de interés moratorio?, con lo cual resulta claro que -como por otra parte también lo dice el plenario- el punto de partida para su aplicación debe ser el momento de la mora. Ahora bien, es moneda corriente la afirmación según la cual la mora (en la obligación de pagar la indemnización, se entiende) se produce desde el momento en que se sufre cada perjuicio objeto de reparación. Por lo demás, así lo estableció esta cámara -en materia de responsabilidad extracontractual, pero con un criterio que es igualmente aplicable a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación- en otro fallo plenario, ¿Gómez, Esteban c/ Empresa Nacional de Transportes?, del 6/12/1958. Así sentado el principio general corresponde ahora analizar si en el sub lite se configura la excepción mencionada en la doctrina plenaria, consistente en que la aplicación de la tasa activa ¿en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido". En ese derrotero la primera observación que se impone es que, por tratarse de una excepción, su interpretación debe efectuarse con criterio restrictivo. En consecuencia, la prueba de que se configuran las aludidas circunstancias debe ser proporcionada por el deudor, sin que baste a ese respecto con alegaciones generales y meras especulaciones. Será necesario que el obligado acredite de qué modo, en el caso concreto, la aplicación de la tasa activa desde el momento del hecho implica una importante alteración del significado económico del capital de condena y se traduce en un enriquecimiento indebido del acreedor. En palabras de Pizarro: ¿La alegación y carga de la prueba de las circunstancias del referido enriquecimiento indebido pesan sobre el deudor que las alegue? (Pizarro, Ramón D., ¿Un fallo plenario sensato y realista?, en La nueva tasa de interés judicial, suplemento especial, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 55). Así las cosas no creo posible afirmar que la sola fijación en la sentencia de los importes indemnizatorios a valores actuales basta para tener por configurada esa situación. Ello por cuanto, en primer lugar, y tal como lo ha señalado un ilustre colega en esta cámara, el Dr. Zannoni, la prohibición de toda indexación por la ley 23.928 -mantenida actualmente por el art. 4 de la ley 25.561- impide considerar que el capital de condena sea susceptible de esos mecanismos de

corrección monetaria. En palabras del mencionado colega: "La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales -como suele decirse-, a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se actualicen los montos reclamados en la demanda o se apliquen índices de depreciación monetaria?", pues tales mecanismos de actualización están prohibidos por las leyes antes citadas (Zannoni, Eduardo A., su voto in re "Medina, Jorge y otro c/ Terneiro Néstor Fabián y otros", ésta cámara, Sala F, 27/10/2009, LL Online, entre otros). Pero más allá de ello lo cierto es que, aun si se considerara que la fijación de ciertos montos a valores actuales importa una indexación del crédito, no puede afirmarse que la tasa activa supere holgadamente la inflación que registra la economía nacional, de forma tal de configurar un verdadero enriquecimiento del acreedor. La fijación de tasas menores, en las actuales circunstancias del mercado, puede favorecer al deudor incumplidor, quien nuevamente se encontrará tentado de especular con la duración de los procesos judiciales, en la esperanza de terminar pagando, a la postre, una reparación menguada -a valores reales- respecto de la que habría abonado si lo hubiera hecho inmediatamente luego de la producción del daño. Por las razones expuestas no encuentro que se configure, en la especie, una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido del actor, razón por la cual considero que debería aplicarse la tasa activa desde el hecho y hasta el efectivo pago. Es oportuno aclarar que no soslayo el hecho de que el art. 303 del Código Procesal fue derogado por el art. 12 de la ley 26.853. Sin embargo, en virtud del art. 15 de aquella norma, tal disposición recién entrará en vigor a partir de la efectiva integración y puesta en funcionamiento de los tribunales que allí se crean, razón por la cual hasta ese momento continúa vigente la doctrina plenaria. Ello, a su vez, es coherente con lo decidido por el máximo tribunal nacional en la acordada n° 23/2013. Entiendo que la solución que propongo (es decir, la aplicación de la tasa activa establecida en la jurisprudencia plenaria) no se ve alterada por lo dispuesto actualmente por el art. 768, inc. "c", del Código Civil y Comercial de la Nación, a cuyo tenor, en ausencia de acuerdo de partes o de leyes especiales, la tasa del interés moratorio se determina "según las reglamentaciones del Banco Central". Es que, como se ha señalado, el Banco Central fija diferentes tasas, tanto activas como pasivas, razón por la cual quedará como tarea de los jueces, en ausencia de pacto o de la ley, la aplicación de la tasa de interés que corresponda (Compagnucci de Caso, Rubén H., comentario al art. 768 en Rivera, Julio C. - Medina, Graciela (dirs.) - Espert, Mariano (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 97). Asimismo, y en referencia a la tasa activa fijada por el plenario "Samudio", se ha decidido: "con relación a los intereses devengados a partir de la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación y hasta el efectivo pago, al ser una consecuencia no agotada de la relación jurídica que diera origen a esta demanda, la tasa que resulte aplicable para liquidarlos por imperio del art. 768 del citado ordenamiento, nunca podrá ser inferior a la que aquí se dispone, pues ante la falta de pago en tiempo de la indemnización y dadas las actuales circunstancias económicas, iría en desmedro del principio de la reparación plena del daño que se ha causado" (esta cámara, Sala B, 9/11/2015, "Cisterna, Mónica Cristina c/ Lara, Raúl Alberto s/ Daños y perjuicios", LL Online, AR/JUR/61311/2015). Adicionalmente apunto que -como se ha dicho con acierto- más allá de que el plenario recién citado se haya originado en la interpretación de una disposición legal hoy derogada (art. 622 del Código Civil) lo cierto es que los argumentos recién expuestos permiten trasladar las conclusiones de aquella exégesis a la que corresponde asignar a las normas actuales, máxime si se repara en que las tasas del Banco Nación deben suponerse acordes a la reglamentación del Banco Central (esta cámara, Sala I, 3/11/2015, "M., G. L. y otro c. A., C. y otros s/ daños y perjuicios", RCyS 2016- III, 124). En cuanto al dies a quo de los intereses advierto que la operación quirúrgica tuvo lugar el 30/1/2009, y por lo tanto aquellos deberían computarse desde ese momento. Por todo lo que llevo dicho considero que debería confirmarse la sentencia en este punto, con la salvedad dispuesta en el párrafo que antecede. XI.- Resta que me expida sobre el agravio atinente a la imposición de costas dispuesta en la instancia de grado. Toda vez que la cuestión relativa a la responsabilidad fue confirmada no encuentro motivos que permitan apartarse del principio objetivo de la derrota. Es que, en virtud de lo dispuesto por los arts. 68 y 279 del Código Procesal, al tratarse de un juicio donde se discutió la responsabilidad civil, resulta de aplicación la jurisprudencia reiterada que hace soportar la totalidad de las costas al responsable, aun cuando algunos de los rubros reclamados no hubieran sido acogidos, o lo hubieran sido por un monto inferior al reclamado, pues las costas forman parte de la indemnización, y su cuantía es acorde al monto de la condena (esta sala, 30/11/2011, "Novas, Cristina Beatriz c/ Línea 22 S. A. y otros s/ Ds. y Ps." y "Sepúlveda Rivas Jorge Enrique c/ Línea 22 S. A. y otros s/ Ds. y Ps.", L. n° 580.397 y n° 580.398, entre muchos otros). Por ello, propongo que se confirme la imposición de costas a las emplazadas. XII.- Finalmente, en atención al éxito obtenido en esta instancia por las emplazadas, y en los términos del art. 68 del Código Procesal, juzgo que las costas de alzada deberían imponerse de la siguiente manera: a) por los agravios de fs. 464/472, a cargo de la demandada, y b) por los agravios de fs. 477/495, en un 20% al actor y en el restante 80% a la recurrente. XIII.- Por todo ello, para el caso de que mi voto fuere compartido propongo al acuerdo admitir parcialmente el recurso de apelación de la Universidad de Buenos Aires (Facultad de Odontología) y rechazar el de Lis Angélica Ramírez Estigarribia, y en consecuencia: 1) Modificar la sentencia apelada en el sentido

de: a) Desestimar la fijación de una reparación autónoma por ?daño psicológico? y ?daño estético?, y conferir por ?incapacidad sobreviniente? la suma de \$ 22.900; b) Reducir la reparación del rubro ?daño emergente? a la suma de \$ 6.000, y c) Disponer que los intereses correrán desde el día 30/1/2009; 2) Confirmar el pronunciamiento apelado en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios, y 3) Imponer las costas de alzada de la siguiente manera: a) por los agravios de fs. 464/472, a cargo de la demandada, y b) por los agravios de fs. 477/495, en un 20% al actor y en el restante 80% a la recurrente. A la misma cuestión, el Dr. Molteni dijo: Adhiero al voto del Sr. Juez preopinante con una aclaración y una disidencia parcial. I.- La aclaración está referida al mecanismo de cálculo del resarcimiento por la incapacidad sobreviniente (daño psicológico), pues, en tanto el voto que antecede propicia el empleo de criterios de cálculos matemáticos, la Sala reiteradamente ha sostenido que la reparación, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (conf. esta Sala, libres n° 509.931 del 7/10/08, n° 502.041 y 502043 del 25/11/03, entre muchos otros). Sin embargo, dado que finalmente la suma reconocida en la instancia de grado no resulta elevada, es que, más allá del criterio a través del cual se haya arribado a tal monto, adhiero al resultado finalmente obtenido. II.-La disidencia queda ceñida, entonces, en punto a la tasa de interés aplicable al caso. En efecto, y de acuerdo a lo establecido por la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Civil en los autos ?Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transporte Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios? del 11/11/08, sobre le capital reconocido corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.- Empero, toda vez que en la especie se fijaron los valores indemnizatorios al momento del dictado de la sentencia de grado, la indicada tasa no debe regir desde el origen de la mora, porque si así fuese se consagraría una alteración del capital establecido en la sentencia, configurando un enriquecimiento indebido, tal como puntualmente prevé la parte final de la referida doctrina plenaria, al contemplar una excepción a la vigencia de la tasa moratoria legal. Ello así, en la medida de que uno de los factores que consagran la entidad de la referida tasa, lo constituye la paulatina pérdida de valor de la moneda, extremo que en la especie ya fuera ponderado al definir el capital a los valores actualmente vigentes.- La norma contemplada en el art. 768 del Código Civil y Comercial, que para los supuestos como en el de autos -donde no existe convención ni leyes especiales (incisos a y b)-, obliga a liquidar intereses moratorios de acuerdo a la reglamentación del Banco Central, es de aplicación entonces a partir del 1° de agosto de 2015, lo que determina que desde esa fecha deba regir un interés bancario que haya sido aceptado por el Banco Central, como bien puede serlo la tasa activa prevista en el citado plenario, no obstante que el mismo perdiera vigencia, al igual que el art. 622 del derogado Código Civil.- Por eso, voto para que desde el día de la intervención (30/01/2009) y hasta el 1° de agosto de 2015, se aplique la tasa del 8% anual, que representan los réditos puros y, desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.- No obstante esta salvedad en materia de intereses, las costas de alzada deben ser impuestas tal cual fuera propuestas en el voto preopinante (art. 68 del Código Procesal).- A la misma cuestión, el Dr. Li Rosi dijo: I.- El daño moral puede ser definido como la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más grandes afectos, a lo que se puede agregar que, ya sea que se caracterice como la lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales o como el que no menoscaba al patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley o el que se infiere a los sentimientos, a la integridad física o intelectual, o a las afecciones legítimas, es decir que se causa a los bienes ideales de las personas, es condición esencial para esa indemnización que él exista o se haya producido (conf. Llambías, Jorge Joaquín ob. cit. t° I, pág. 271, núm. 243; Cazeaux en Cazeaux-Trigo Represas, ob. cit. t° I, pág. 215; Mayo en Belluscio-Zannoni ob. cit. T° II, pág. 230; Zannoni, Eduardo "El daño en la responsabilidad civil", pág. 287, núm. 85; Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", pág. 179, núm. 556/7; Orgaz, Alfredo "El daño resarcible", pág. 223, núm. 55). Si bien pertenece al sagrado mundo subjetivo de los damnificados, para su reparación económica debe traducirse en una suma dineraria y no resulta sencillo determinar su quantum; para ello debe tenerse en consideración las circunstancias del hecho, la persona de la víctima y el daño sufrido en los valores mencionados. Corresponde, pues, concluir que el daño no puede medirse en razón de las secuelas que denuncia la víctima, pues debe tenerse en cuenta en qué medida los padecimientos ocasionados pudieron haber significado un grado de afectación y quebrantamiento espiritual (conf. esta Sala, mi voto en Libres n 466.988 del 19/3/07, n 464.517 del 03/11/08, n° 586.773 del 02/12/11 y n° 618.012 del 03/09/13, entre otros). Pueden destacarse dos cualidades en el daño moral: primera, que él supone, no sólo el dolor de afección, sino también el que resulta de cualquier atentado a la integridad de la persona humana: dolor físico, perjuicio estético. Segunda, que el daño moral debe ser el resultado de un ataque a los derechos de la personalidad, a su patrimonio moral, sea directa o indirectamente, sin que obste a ello la circunstancia de que a la par de él se produzca un perjuicio material para la víctima (conf. Acuña Anzorena, Arturo, "La reparación del agravio moral en el Código civil", La Ley, t. 16, n 532).- En la especie, se advierte que el accionante presenta una incapacidad

psicológica como consecuencia del hecho de marras. Bajo estas directivas, considerando las circunstancias de autos, las condiciones personales del reclamante y teniendo en consideración que no ha mediado recurso por parte del accionante, debería confirmarse la suma concedida en la instancia de grado para enjugar esta partida. Ello, sin pasar por alto que la evaluación del perjuicio moral constituye una tarea delicada, ya que no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior como en principio debe hacerse de acuerdo al art. 1083 del derogado Código Civil - noción que actualmente se encuentra receptada en el art. 1740 del Código Civil y Comercial-. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata sólo de dar algunos medios de satisfacción, lo que no es igual a la equivalencia. Sin embargo, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, dolor físico, los padecimientos propios de las curaciones y actuales malestares subsistentes (conf. CNCiv., Sala F, en autos ?Ferraiolo, Enrique Alberto c/ Edenor S.A. y otro s/ daños y perjuicios?, voto de la Dra. Elena Highton de Nolasco, del 6/9/2000; CSJN, en autos ?Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros? del 12/04/2011, Fallos: 334:376).- Es que, cuantificar este daño es tarea ardua y responde a una valuación necesariamente subjetiva por tratarse de daños insusceptibles de ser apreciados cabalmente en forma pecuniaria. La valoración de los sentimientos presuntamente afectados debe ser hecha por el Juez en abstracto y considerando objetivamente cuál pudo ser el estado de ánimo de una persona común colocada en las mismas condiciones concretas en la que se halló la víctima del acto lesivo. Se llega así a la determinación equitativa de la cuantía de este daño no mensurable (conf. Bustamante Alsina, Jorge ?Equitativa valuación del daño no mensurable?, publicado en ?Responsabilidad Civil-Doctrinas Esenciales-Partes General y Especial?, dirigido por Félix A. Trigo Represas, T° III, pág. 689).

II. En lo demás, con la aclaración y disidencia efectuadas por el Dr. Hugo Molteni, adhiero al voto del Dr. Sebastián Picasso. Con lo que terminó el acto. Es copia fiel de su original que obra a fs. del Libro de Acuerdos de la Sala ?A? de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires, agosto ... de 2017. Y VISTOS: Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, Se Resuelve: 1) Modificar la sentencia apelada en el sentido de: a) Desestimar la fijación de una reparación autónoma por ?daño psicológico? y ?daño estético?, y conferir por ?incapacidad sobreviniente? la suma de Pesos Veintidos Mil (\$ 22.900); b) Reducir la reparación del rubro ?daño emergente? a la suma de Pesos Seis Mil (\$ 6.000), y c) Calcular los intereses desde el 30/01/2009 y hasta el 1/8/2015 a la tasa del 8% anual, y desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina; 2) Confirmar el pronunciamiento apelado en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios, y 3) Imponer las costas de alzada de la siguiente manera: a) por los agravios de fs. 464/472, a cargo de la demandada, y b) por los agravios de fs. 477/495, en un 20% al actor y en el restante 80% a la recurrente. Atento lo decidido precedentemente corresponde adecuar los honorarios fijados en la anterior instancia, de conformidad con lo normado por el artículo 279 del Código Procesal. Ello así, valorando la calidad y extensión de la labor desplegada por los profesionales intervinientes dentro de las tres etapas en que se dividen los juicios ordinarios, monto de la condena con más sus intereses, a la existencia de un litisconsorcio pasivo perdedor, a lo dispuesto por el Decreto 2536/2015, y los artículos 1, 6, 7, 9, 37 y 38 de la ley 21.839 y concordantes de la ley 24.432, como así lo decidido por la sala en cuanto a la forma de retribuir los honorarios de los peritos médicos, que carecen de un arancel propio (Conf. H. 558.613 del 14-02-2012, entre otros) y los límites contemplados por la ley 24.432, fíjense los honorarios de la Dra. B. D. B., en PESOS QUINCE MIL (\$ 15.000); los de la Dra. A.B. B., en PESOS CINCO MIL (\$ 5.000); los de la Dra. I. L. B. J. en PESOS SEIS MIL CUATROCIENTOS (\$ 6.400); los del perito médico odontólogo, Dr. E. L. D., en PESOS CINCO MIL (\$ 5.000); los del perito médico, Dr. A. J. A. D. I., en PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) y los del mediador, Dr. M. M., en PESOS TRES MIL OCHOCIENTOS CUARENTA (\$ 3.840).- Por su labor en la alzada, por los agravios de fs. 464/472, se fijan los honorarios del Dr. G. G. C., en PESOS DOS MIL (\$ 2.000), y por su contestación de fs. 497/500, se fijan los honorarios de la Dra. B. D. B., en PESOS TRES MIL DOSCIENTOS (\$ 3.200); por los agravios de fs. 477/495, se fijan los honorarios de la Dra. M. S., en PESOS DOS MIL CUATROCIENTOS (\$ 2.400), y por su contestación de fs. 501/505 se fijan los honorarios de la Dra. B. D. B., en PESOS TRES MIL DOSCIENTOS (\$ 3.200) -arts. 1, 6, 7, 14 de la 21.839 y conc. de la 24.432-, sumas que deberán ser abonadas en el plazo de diez días. Notifíquese en los términos de las Acordadas 31/11, 38/13 y concordantes, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica y devuélvase.

SEBASTIÁN PICASSO (EN DISIDENCIA PARCIAL) HUGO MOLTENI RICARDO LI ROSI

021123E