

## Responsabilidad Medica Conversion De Cirugia Laparoscopica A Convencional

### JURISPRUDENCIA

### Responsabilidad médica. Conversión de cirugía laparoscópica a

convencional Se revoca la sentencia apelada y se hace lugar a la demanda por daños y perjuicios, en el entendimiento de que cabe atribuir responsabilidad a la accionada por la conversión de la cirugía de laparoscópica a convencional, sin haber plasmado adecuadamente los motivos en el protocolo quirúrgico.

En la Ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los 26 días del mes de Junio de 2018, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los Señores Jueces de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, del Departamento Judicial de Morón, Doctores José Luis Gallo y Roberto Camilo Jordá, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "S. R. C/ CURCIO MESSINA GERALDINE CLARISA Y OTRO/A S/ DAÑOS Y PERJUICIOS? MO-9099-09, habiéndose practicado el sorteo pertinente -art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- resultó que debía observarse el siguiente orden: JORDÁ-GALLO, resolviéndose plantear y votar la siguiente: CUESTION ¿Es ajustada a derecho la resolución apelada? VOTACION A LA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JORDÁ, dijo: 1) La Sra. Juez Titular del Juzgado de Primera instancia en lo Civil y Comercial nro. 3 Departamental, dictó sentencia a fs. 810/824vta. mediante la cual rechazó la demanda promovida, con costas al accionante.- Contra tal manera de decidir, se alzó la parte actora interponiendo a fs. 825 recurso de apelación, el cual fue concedido libremente a fs. 826 y se fundamentó con la expresión de agravios obrante a fs. 844/848, que no fuera replicada.- En esencia, el actor se queja del rechazo de demanda; habla, fundamentalmente, de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas y hace alusión, seguidamente, al análisis del plexo probatorio, especialmente del dictamen pericial y en base a todo ello solicita que se haga lugar a la demanda.- Ni los demandados ni la citada en garantía han contestado los agravios.- Finalmente, a fs. 863vta. se llamó ?autos para sentencia?; providencia que, consentida, deja las actuaciones en estado de resolver.- 2) Previo a todo, he de efectuar dos aclaraciones.- La primera es que, a mi juicio, la expresión de agravios sortea holgadamente las exigencias del art. 260 del CPCC.- La segunda es que, al igual que lo ha hecho la Sra. Juez de Grado, entiendo que el caso debe subsumirse y juzgarse a la luz de la preceptiva vigente al momento en que acontecieron los hechos, siguiendo la misma orientación que ha adoptado este Tribunal de manera pacífica (ver causa nro. 63104 R.S. 269/15, entre infinidad de otras en el mismo sentido).- Efectuadas estas precisiones liminares, he de recordar -antes que nada- algunas consideraciones que he realizado en materia de responsabilidad médica.- Decía, al respecto, en la causa 56.773, R.S. 23/10, que: "la Suprema Corte de Justicia Provincia ha definido a la responsabilidad profesional como aquella en la que incurre el que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que ésta le impone (Ac. 31.702 fallo del 22-12-1987; Ac. 39.597 fallo del 13-9-1988; entre muchísimas otras), constituyendo parte especial de la responsabilidad en general, sometida a los mismos principios que esta (Sup. Corte Bs. As. Ac. 31.702 fallo del 22-12-1987; Ac. 38.114 fallo del 25-10-1988; Ac. 45.177 fallo del 30-4-1991; entre otros).- La relación médico-paciente, por lo general (y este caso no es la excepción), tiene carácter contractual (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil, p. 498; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, T VIII, p. 284).- En tal contexto obligacional, se ha decidido que la responsabilidad médica se asienta sobre la idea de culpa, que debe ser demostrada a través del hecho que la prestación a cargo del profesional ha sido cumplida de una manera deficiente, con omisión de las diligencias que la naturaleza de su desempeño impone y que el juicio de reproche, atribuyendo imprudencia, impericia o negligencia, solo podrá resultar a través de la atenta ponderación del carácter de la obligación asumida y las circunstancias particulares de cada caso, y luego de confrontar la actuación real, con la exigibilidad de una conducta y la previsibilidad del resultado a la acción u omisión del profesional médico (C. 2º Civ. y Com. La Plata, sala 2º, ca. 92802 ?Sclavi, Luis Néstor c/ Fisco de la provincia de Buenos Aires s/ Ds. y ps.?, fallo del 11-4-2000 y ca. 102339 ?Levin, Osvaldo y otros c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Ds. y ps.?, fallo del 29-3-2005).- La culpa médica fluye, de este modo, de la confrontación entre la conducta obrada y la debida por el médico de la categoría o clase a la que pertenezca el profesional (C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1º, ca. 77559 ?Wilson, Nolan c/ Clínica Privada s/ Ds. y ps.?, fallo del 26-11-1998).- Así entonces, la Corte local expresará que cuando el profesional médico incurre en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación asistencial, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable (Sup. Corte Bs. As. Ac. 76.198 fallo del 7-2-2001; Ac. 75.676 fallo del 19-2-2002; Ac. 79.009 fallo del 23-12-2002; entre otros).- Rige, entonces, el art. 512 del Código Civil.- Afinando un poco las pautas, y a la hora de juzgar responsabilidades, comparto la doctrina jurisprudencial que ha señalado que el Tribunal debe colocarse ex ante y no ex post facto: lo que debe tomarse en consideración no es un paciente dañado, tratando de reconstruir para atrás el iter de su evolución en forma inversa al acaecimiento de los hechos, sino que quien pretende formarse un juicio debe colocarse en el día y hora en que los profesionales debieron tomar una decisión, ver cuál

era entonces el cuadro del enfermo, cuales eran los elementos con que contaban o podían contar los galenos; así, y salvo casos groseros, lo que se debe juzgar es si la acción que realizaron y la decisión que tomaron, estaba dentro de los cánones adecuados a lo que vieron, pudieron, o debieron percibir en ese momento (C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2°, ca. 125501 ?Gimenez, Juan Manuel c/ Hospital Interzonal General de Agudos s/ Ds. y ps.?, fallo del 28-8-2003).- Además, es bueno tener en cuenta que, según pacífica y reiterada jurisprudencia, la obligación de los médicos es, en principio, de medios y no de resultado (Sup. Corte Bs. As. Ac. 91.215 fallo del 5-4-2006 y C96.833 fallo del 13-2-2008).- Esto quiere decir que aunque el resultado del tratamiento no fuere el esperado no genera responsabilidad si no está probada suficientemente alguna conducta considerada reprochable (Sup. Corte Bs. As. Ac. 81.491 fallo del 16-7-2003 y C90.459 fallo del 26-12-2007).- La naturaleza de la prestación así lo impone, el resultado no puede asegurarse por el médico: no debe perderse de vista que la ciencia médica tiene sus limitaciones y que en el tratamiento de las enfermedades existe siempre un alea que escapa al cálculo riguroso o las previsiones más prudentes y, por ende, obliga a restringir el campo de la responsabilidad; el facultativo no puede comprometerse a salvar la vida del paciente o a curarlo de su enfermedad; su obligación finca en poner al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que el título acredita y prestarle la diligente asistencia profesional que su estado requiere (C. 2° Civ. y Com. La Plata, sala 3°, ca. 106066 ?Delgado, Cleria Elvira c/ Cisilino, Edgardo y otros s/ Ds. y ps.?, fallo del 12-4-2006 y ca. 106974 ?D., B. A. c/ A., J. C. y otros s/ Ds. y ps.?, fallo del 27-3-2007).- Resumiendo: la responsabilidad médica es parte de la responsabilidad civil en general, requiriendo la configuración de sus mismos presupuestos; la obligación del médico generalmente deriva de una fuente contractual, tratándose de una obligación de medios, no de resultado.- (...) Es lugar común discurrir, en este tipo de procesos, sobre cuestiones atinentes a la carga de la prueba.- Es sabido que las normas sobre carga de la prueba son reglas de juicio (DEVIS ECHANDIA, Hernando, Teoría general de la prueba., T 1, p. 424; C. Nac. Civ., sala M, 12/10/1990, ?Caja Nacional de Ahorro y Seguros v. Floro, Próspero E.?, JA 1992-IV, síntesis; C. Nac. Com., sala B, 22/04/1991, ?Cifeba S. A. c. Tutelar Cía. Financiera S. A.?, LL 1991-C, 339), a las que debe acudir el órgano jurisdiccional para el caso de ausencia de prueba, pues -en el supuesto de existir prueba suficiente- es irrelevante entrar a considerar quien tenía la obligación (mejor, la carga) de arrimarla al proceso (QUEVEDO MENDOZA, Efraín I., Carga y valoración de la prueba: Precisiones, JA 1998-III-630).- Ello así, solo en el caso en que -luego de valorar la prueba- llegue a la conclusión de que alguno de los hechos invocados no ha llegado a acreditarse, es que deberé ponerme a analizar la cuestión de la carga probatoria, su reparto y la eventual aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas".- Amén de ello, y dado que la demanda se ha entablado aquí también respecto de la Clínica en donde el actor fue atendido, debo memorar que -en la causa nro. 19976-2010, R.S. 217/2018- indicaba que: "como los establecimientos asistenciales se valen de la actividad ajena de los médicos para el cumplimiento integral de su obligación, habrán de responder por la culpa en que incurran sus sustitutos, auxiliares o copartícipes, en razón de la irrelevancia jurídica de la sustitución, ya que al acreedor no le interesa que el cumplimiento sea efectivizado por el propio deudor o por un tercero del cual este se valga para sus fines; y de la equivalencia de comportamiento del obligado y de sus sustitutos, que determina que el hecho de cualquiera de ellos se considere como si proviniese del propio deudor (conf. Ac. 43.518 del 16-7-91; Ac.5.585, sent. Del 15-11-94).- Se concluye de las doctrinas reseñadas que la prueba de la culpa del médico es indispensable para lograr la condena de la clínica. En concordancia con ello ha dicho esta Corte que si no media culpa en el médico actuante no cabe responsabilizar al establecimiento asistencial con base en su "obligación de seguridad" porque la existencia de aquella (la culpa del médico) es la demostración de la violación de ese deber de seguridad (conf. Ac.43.518) (arts. 512,902,909,1109 del C. Civil)".- Ahora bien, dicho esto y para esquematizar el caso, reseñemos las posturas procesales de las partes enfrentadas.- El actor ha iniciado su demanda relatando los pormenores de la operación que se le llevó a cabo (ver fs. 56/59) a consecuencia de los cálculos biliares que, según sostiene, padecía.- Relata que la operación inicialmente planeada como laparoscópica tuvo que ser convertida a convencional.- Habla de las varias operaciones a las que tuvo que ser sometido posteriormente y, en esencia, endilga a los médicos que ?en el interín de la intervención quirúrgica, por error, cortaron o lesionaron la vía biliar que desemboca en el duodeno denominada coledoco, al complicarse la colecistectomía interesaron este último conducto insertándole un tubo de Kart con pasaje al duodeno? (ver fs. 58vta.), argumentando en torno a cuál sería la responsabilidad que le cabe a los actuantes (fs. 59 y siguientes).- Reclama por incapacidad física y daño moral.- Bilateralizado el reclamo, responde la médica actuante (Dra. Curcio Messina).- Luego de las negativas del caso, sostiene que durante el acto operatorio se evidenció que el reclamante presentaba no solo litiasis vesicular sino también coledociana, que por ello se decidió la conversión, y que finalmente se realizó la colecistectomía con coledocotomía y colocación de un drenaje en la vía biliar (ver fs. 176vta.); seguidamente relata la evolución del cuadro y las subsiguientes intervenciones (ver fs. 177); incluso, en algún tramo de su contestación, explica que la ecografía es limitada para detectar la litiasis coledociana (ver fs. 178), explicando que la necesidad de conversión no es conocida hasta el desarrollo del acto quirúrgico no pudiendo por lo tanto asegurarse al paciente que la vía definitiva será la laparoscópica (ver fs. 178vta.) y sigue argumentando en cuanto al cuadro del paciente (fs. 179/182).- El responde de la Clínica

transita por los mismos carriles (ver fs. 232 y sigtes.); se dice que la conversión quirúrgica no es una complicación sino una necesidad, derivada de la condición patológica de la vía biliar del actor; se refiere al parte quirúrgico y a la evolución posterior del cuadro, con las consecuentes operaciones.- Sostiene la inexistencia de lesiones en el conducto biliar como consecuencia del acto operatorio (fs. 237vta.), argumentando en cuanto a la ausencia de responsabilidad médica.- La citada en garantía Seguro Médico S.A., por su parte, adhiere al responde de la Dra. Curcio Messina (ver fs. 307vta.); la restante aseguradora (El Progreso S.A.), hace lo propio respecto de su asegurada (ver fs. 305).- Así descripta la cuestión, queda en claro que la cuestión fundamental a decidir aquí es si medió, o no, al momento del primigenio acto operatorio una conducta médica inadecuada que llevó a una lesión de la vía biliar, y eso fue lo que desencadenó la sucesiva serie de intervenciones quirúrgicas posteriores (y la incapacidad de la que nos habla el accionante como fundamento de su reclamo).- La tesis del actor es que esto fue lo que sucedió, mientras que los legitimados pasivos han sostenido que la conversión tuvo que llevarse a cabo porque, durante el acto quirúrgico, se advirtió que el cuadro era diverso, y que ameritaba una cirugía convencional.- Ahora, y como sabemos, la prueba fundamental en este tipo de cuestiones es la pericial médica (art. 457 CPCC; esta Sala en causa nro. 52380 R.S. 716/06), porque -justamente- se trata de apreciar conductas que se desarrollan en un ámbito profesional específico, con sus propias reglas y características.- Ahora bien, aquí se ha llevado a cabo una pericia por parte de médico cirujano, con importantes antecedentes académicos (ver fs. 658).- En esencia, el experto indica que: \* Según la ecografía abdominal el actor padecía un cálculo en la vesícula (fs. 662) \* Según el consentimiento informado se autoriza a realizar una colecistectomía sin referenciar al tipo de abordaje quirúrgico (fs. 662) \* Cuando se le preguntan los motivos que llevaron a la cirujana a cambiar el método dice que ?en el protocolo quirúrgico del 27/8/08 parece interpretarse que la causa de la intervención fue la ?caracterización dificultosa del cístico con cístico dilatado? no quedando totalmente claro el motivo de la misma (fs. 663) \* Cuando se le pregunta si ello fue originado por haberse hecho una incisión en forma errónea en la vía biliar, dice que según lo enunciado en los protocolos quirúrgicos no puede establecer si se produjo ese hecho (fs. 663) \* Considera adecuada la colocación de los drenajes (fs. 663) \* Dice que debe tenerse en cuenta que en algunos pacientes puede haber hallazgos anatómicos o de la patología a tratar que obliguen a modificar la táctica inicialmente planificada (fs. 663) \* Cuando se le pregunta si la práctica errónea de la cirujana fue en el interin de la intervención haber cortado o lesionado la vía biliar que desemboca en el duodeno y al complicarse la colecistectomía insertaron un tubo de Kehr con pasaje al duodeno afirma que no se encuentran en la historia clínica elementos para confirmar esa hipótesis (fs. 664). \* Insiste en que según lo enunciado en el protocolo no existen elementos para determinar que se haya lesionado el coledoco (fs. 664) \* Mas adelante vuelve a referenciar que no queda clara en el protocolo quirúrgico la causa de la conversión (fs. 665) y que de acuerdo con lo descripto en el protocolo se verificó coledoco fino con litiasis, se implemento coledocotomía y extracción de cálculos, sutura sobre cateter k33, colecistectomía de fondo a cuello y drenaje de Morrison (fs. 665) \* Mas adelante describe en qué consiste la conversión (fs. 668) indicando las causas que pueden ameritarla (fs. 668) \* En cuanto a las complicaciones que pueden ocurrir luego de la extracción de cálculos de la vía biliar y colocación de un tubo de Kehr señala que las mas frecuentes son las infecciones, la litiasis residual, la inadecuada colocación del tubo de Kehr con obstrucción biliar, la salida del mismo, las filtraciones biliares con formación de colecciones localizadas, coleperitoneo o fístulas biliocutaneas y la estenosis alejada de la vía biliar (fs. 668) Reseñados los aspectos mas relevantes del dictamen tenemos, además, que a fs. 675/6 la parte actora le requiere explicaciones al perito.- A resultas de dicho pedido, el experto indica que: \* No es normal que el tubo de Kehr se encuentre suelto en la cavidad peritoneal y que cuando se produce esta complicación suele deberse a un inadecuado tamaño de los extremos del tubo dentro de la vía biliar, una deficiente colocación de los puntos de fijación del mismo al coledoco o una tracción inadvertida del tubo en el postoperatorio, produciendose un coleperitoneo; afirmando que en el caso de autos y según lo expresado en el parte quirúrgico se debió a una necrosis hepatocolodociana, situación infrecuente que pudo deberse a una desvascularización del mismo por su excesiva disección. \* Insiste en que el motivo de la conversión no queda suficientemente aclarado en el protocolo quirúrgico por lo escueto y poco descriptivo del mismo (fs. 691) \* Dice que no es lo habitual que en una intervención quirúrgica como la de autos se produzca una necrosis del conducto hepatocolodoco y posterior coleperitoneo (fs. 691) \* Sostiene que una de las posibilidades de la ictericia o colección subfrénica perihepática es que derive de una incisión errónea de la vía biliar (fs. 691) \* Dice que una incisión errónea en la vía biliar y no reparada, entre otras muchas causas, puede producir una colección de líquido biliar (fs. 691) \* Considera que la colocación del tubo de Kehr se debió a la presencia de una litiasis colodociana y/o un posible síndrome de Mirizzi (adherencia de la vesícula inflamada a la vía biliar) en el contexto de una colecistitis crónica litiasica (fs. 691) \* Afirma que la necrosis hepatocolodociana pudo deberse a una desvascularizacion producto de una dificultosa y excesiva disección o a una inadecuada colocación de los puntos sobre el mismo (fs. 691). Sentado todo esto, es tiempo de señalar que, en la causa, no se han allegado otros elementos de relevancia para el juzgamiento del tema en análisis.- Solo quisiera dejar sentado que el informe obrante fs. 580/7 de la Asociación Argentina de Cirugía (al cual cabe remitirse) transita por análogos carriles a los del dictamen pericial.-

Con todo, considero que -al cursarse tal requisitoria- se infringió su esencia.- Es que los informes científicos o técnicos de los que nos habla el art. 475 del CPCC están previstos para aquellos casos en los cuales el dictamen pericial requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización.- Pero no está pensado este mecanismo para suplantar al dictamen pericial (principio de especificidad de los medios de prueba).- Ahora bien, en el caso concreto, lo que sucedió es que se le requirió a la Asociación Argentina de Cirugía que respondiera los mismos puntos de pericia frente a lo informado a fs. 441 (ver fs. 444/450).- Pero el mecanismo en cuestión, insisto, no está previsto para suplantar a la prueba pericial, aun cuando faltaren peritos para llevarla a cabo (para lo cual el art. 462, parte final, del CPCC, contiene expresas directivas).- Con todo, la cuestión luego se encarriló (ver fs. 606, 612 y 618), llegándose a la designación de un perito, tal como corresponde. Siendo el resultado de la pericia el ya indicado por mi, al reseñar el dictamen.- Ahora bien, dicho todo esto, es tiempo de entrar a considerar si -con los elementos allegados- pueden haber quedado demostrados, o no, los hechos afirmados liminarmente por el actor como fundamento de su pretensión.- Y es aquí donde me aparto de la interpretación que porta el fallo en crisis.- Veamos: a estar del actor, durante el acto operatorio inicial, se había lesionado la vía biliar y ello provocó la conversión de la cirugía de laparoscópica a convencional; demandados y citada en garantía negaron esta circunstancia, y dieron otra explicación.- Evidentemente, se trata de un hecho de muy difícil comprobación para el accionante dada no solo su situación en la operación sino también su carácter profano en la ciencia médica y, especialmente, la complejidad de reconstruir lo sucedido frente a las limitadas fuentes de prueba existentes (predominantemente bajo el dominio de la contraria) y a la evolución del cuadro médico por el que cursó el actor.- Una operación es un hecho instantáneo que -dada su esencia- no encuentra muchas fuentes probatorias aptas para ser estampadas y servir, luego, para reconstruir lo sucedido.- Aquí cobra especialísima relevancia la documental médica y especialmente aquella que debía ilustrar, claramente, los motivos de esta conversión.- Puntualmente, el protocolo quirúrgico.- En el punto, el perito ha sido elocuente: no surge claro de dicho instrumento (esencial) el motivo de la conversión.- El experto ¿interpreta? las razones que podrían haber llevado a efectuarla, pero paralelamente nos dice que el mismo es ¿escueto y poco descriptivo?.- Llegado este punto, es tiempo de recordar que -según lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia- ¿la falta de información y claridad en cuanto al diagnóstico, tratamiento, pronóstico, etc., de la enfermedad del paciente crea una presunción de verdad sobre su conducta antiprofesional (conf. causas C 82.684, "Abdelnur de Molina", sent. de 31-III-2004; C. 96.308, "González", sent. de 30-IX-2009)? (Sup. Corte Bs. As., 21/3/2018, ¿"García, Rodolfo Ricardo y otro contra Vasallo, Gabriela y otros. Daños y perjuicios"). La jurisprudencia ha dicho que ¿la historia clínica resulta una documentación trascendente en la relación médico-paciente, obrando o debiendo obrar en ella todos los antecedentes del mismo y su estado actual, la ficha de anamnesis, los estudios ordenados y realizados, el diagnóstico, la terapia a realizar, su evolución y los resultados logrados, la medicación suministrada y en caso de cirugía el correspondiente protocolo quirúrgico donde debe constar detalladamente la integración del equipo quirúrgico, el parte anestésico, los estudios complementarios, la ubicación del paciente dentro del establecimiento asistencial y el personal médico y para médico que lo ha atendido. Ella demuestra sin duda las condiciones de calidad de los cuidados médicos o de la correcta asistencia facultativa, de allí la exigencia de su completitud y permanencia, interpretándose su incompleta o su mala confección como una presunción hominis de culpa, inferencia ésta que a su vez podría encerrar una presunción de causalidad? (C. Civ. y Com. San Martín, sala 2ª, 17/2/2005, ¿Muzzupapa, Margarita Julia c/Rodríguez, Rolando Javier y otro s/Daños y perjuicios?).- Es que -en casos como este- la situación de desnivel es bien clara: el paciente, anestesiado en la mesa de operaciones y con pocas posibilidades de saber lo que está sucediendo; el galeno, cumpliendo su función, con una serie de deberes emergentes de su condición y faena profesional.- En este contexto, si inicialmente la operación se había proyectado por el método laparoscópico y, luego, la situación exigía un cambio de enfoque, debían haberse documentado -adecuadamente- las razones que llevaron a ello.- No se lo hizo, y es el propio perito el que lo remarca.- Frente a este cuadro de situación, siguiendo la aludida doctrina de la Suprema Corte, considero que se genera una severa presunción en contra del médico actuante (art. 163 inc. 5 CPCC).- Podemos inferir, en este sentido, que los motivos de la conversión no se plasmaron adecuadamente en el protocolo quirúrgico ante la posibilidad de que, de hacérselo, ello redundara en un perjuicio para ella.- Y el perito es claro cuando nos dice que el cuadro subsiguiente que padeció el actor podía llegar a ser el derivado de una incisión errónea de la vía biliar.- El perito no lo confirma porque se apoya en la documentación médica, pero dicha documentación -justamente- era labrada por la misma profesional a quien se endilga el error quirúrgico.- Con lo cual, si había mediado algún error de su parte no era ilógico (por elementales razones autopreservativas) que tratara de disimularlo de alguna manera u omitiera consignarlo.- De allí, entonces, las aludidas exigencias de documentación suficiente de la situación porque, a no dudarlo, se trataba de un elemento esencial para analizar, a la postre, el devenir de las circunstancias y permitirle al paciente saber, a ciencia cierta, cual era el sendero por el que transitaba su cuadro de salud.- Pero aquí no termina la cuestión.- Porque, como lo hemos visto, al actor se le colocó un tubo de Kehr.- Y, posteriormente, dicho tubo fue hallado suelto en la cavidad peritoneal.- El perito menciona diversas posibles causas de esta situación (un inadecuado tamaño de los extremos del tubo dentro

de la vía biliar, una deficiente colocación de los puntos de fijación del mismo al coledoco o una tracción inadvertida del tubo en el postoperatorio).- Según explica -de acuerdo con lo expresado en el parte quirúrgico- ello se debió a una necrosis hepatocoleodociana, situación que el mismo perito califica de infrecuente y no habitual, que pudo deberse a una desvascularización del mismo por su excesiva disección. - O sea: no solo tenemos un problema con la incisión primigenia sino también con la colocación del tubo de Kehr y con lo que sucedió después.- El perito nos dice que lo sucedido con el tubo ¿pudo deberse? a la desvascularización por la excesiva disección.- Entonces, ni siquiera sabemos por qué el tubo -que, según lo vengo considerando, venía a remediar la injuria quirúrgica- se soltó (y veamos que varias de las posibilidades que el perito menciona responden a yerros en su colocación).- Aún si tomamos como cierta la hipótesis del perito, tampoco sabemos a qué se debió la excesiva disección de la que nos habla.- Considero, entonces, que ambas cuestiones pueden vincularse: la presunción de inadecuada conducta quirúrgica generada por las deficiencias del protocolo quirúrgico con el problema ulteriormente provocado por la forma en que fue hallado el tubo de Kehr.- En este contexto, considero que los déficits en la documentación de lo sucedido durante los actos quirúrgicos genera, tal como lo indica el Alto Tribunal, una severa presunción en contra del galeno actuante.- Entonces, el tema merece un análisis bifronte de cuestiones que se retroalimentan: el relativo al cambio de modalidad de intervención (de laparoscópica a convencional) y el relativo a la operación subsiguiente con el problema en el tubo de Kehr.- Respecto de la primera, no sabemos el por qué del cambio; y no lo sabemos ya que hubo un déficit, trascendente, en el accionar de quien labró el protocolo.- Estimo, en este sentido, que las exigencias de documentación cabal y correcta hacen al deber de información del médico para con su paciente, especialmente dado el viraje en el enfoque del abordaje quirúrgico.- Entonces, al proceder de una forma distinta de aquella que se le había indicado al paciente, esto exigía documentar correctamente las razones.- No se lo ha hecho.- Y -tal lo dicho- presumo que no se lo ha hecho, justamente, porque había existido una cuestión atribuible al propio galeno.- Es totalmente injustificable la parquedad cuando están en juego situaciones como las aquí analizadas, amén de no vislumbrarse ninguna explicación (razonable) para justificar la falta de información suficiente en el protocolo.- Por lo demás hay otra circunstancia que no me pasa inadvertida: bien podía haberse videograbado el resultado de la laparoscopia para aportar algún otro dato fehaciente más, cosa que tampoco se hizo.- Es decir que quien tenía el dominio de la situación (y un innegable deber de información para con su paciente) no ha procedido conforme sus obligaciones.- Luego, y volviendo a las intervenciones, tenemos que para remediar este problema, se coloca un tubo de Kehr, que a la postre aparece suelto.- Esta no es -según el perito- una complicación habitual y, en realidad, no sabemos a ciencia cierta por qué sucedió.- Según el galeno, el tubo se suelta por la excesiva disección de la vía, lo que generó su desvascularización. Aquí podríamos presumir -desde mi punto de vista (art. 163 inc. 5 CPCC)- que esta excesiva disección responde, justamente, a la ya aludida injuria quirúrgica y a algún intento para repararla.- El propio perito nos habla de esta disección "excesiva" y no hay ninguna explicación que documente el por qué de tal condición en la vía biliar.- Aclaro que, lo que hasta aquí vengo diciendo, no implica contradecir -para nada- las conclusiones periciales; es que el perito, para llevar a cabo su labor, se ha limitado, exclusivamente, a lo que surgía de la documentación médica, lo cual no es incorrecto.- Ahora, en lo que respecta a la labor jurisdiccional, a nosotros nos cabe el análisis global de las pruebas, sumado ello a las conductas de las partes, sus acciones (u omisiones), todo ello en la búsqueda y análisis no solo de las pruebas directas, sino también de aquellas circunstancias que, indirectamente (por vía presuncional), nos lleven a determinadas conclusiones.- Es que no resulta resorte del perito estar presumiendo (es decir, infiriendo hechos no probados de hechos que sí lo están), ello es ámbito exclusivo del juez, al momento de sentenciar (doct. art. 163 CPCC).- Por eso, mediante los indicios ya aludidos es que, presuncionalmente, llego a la descrita conclusión.- Cabe, ahora, traer a colación un caso análogo al presente, donde también esta Sala consagró la responsabilidad de los actuantes a resultados de una cirugía laparoscópica.- Si bien las circunstancias de ambos no son totalmente idénticas, en lo basal tenemos que allí no se llegaron a demostrar suficientemente los hechos invocados por los legitimados pasivos y, consecuentemente, se concluyó la existencia de una injuria quirúrgica; en aquel momento se consideró irrazonable pedirle al actor que demuestre, por prueba directa, que la injuria quirúrgica se había producido por negligencia de los cirujanos que lo operaron y, presuncionalmente, se llegó a la conclusión de la existencia de dicha injuria, derivada de la negligencia médica (causa nro. 56.213, R.S. 332/09).- La jurisprudencia nacional, por su parte, ha considerado responsable el profesional que realizó una intervención quirúrgica de manera deficiente -en el caso, una colecistectomía laparoscópica seccionó la vía biliar- (C. Nac. Civ., sala G, 22/10/2012, "C., B. E. c. COMI Coop. Ltd. de Servicios de Salud y otro", La Ley Online AR/JUR/62150/2012).- Lo propio ha hecho la jurisprudencia provincial, con lúcido voto del Dr. Guardiola, consagrando la responsabilidad del cirujano; decisorio donde incluso se reparó en las deficiencias del parte quirúrgico (ante la invocación de inespecíficas dificultades) (C. Civ. y Com. Junin, 29/11/2055, "G., I. I. c. D., J. y otros", La Ley Online AR/JUR/10075/2005).- En suma, volviendo al caso y a tenor de lo dicho, tengo por probada (presuncionalmente) la existencia de una prestación médica inadecuada (injuria quirúrgica) que, durante el acto operatorio, provocó una lesión al actor en su vía biliar, lo cual -luego- procuró remediarse, inadecuadamente también;

circunstancias que generaron varias cirugías posteriores y un concreto menoscabo físico al accionante.- De este modo quedan configurados los elementos necesarios para hacer nacer la responsabilidad civil de los requeridos.- Luego, a la luz de las circunstancias hasta aquí reseñadas, estimo que la demanda debió haber prosperado respecto de la médica que llevó a cabo la operación, Dra. Curcio Messina; y consecuentemente, también debía prosperar respecto de la Clínica co demandada (Clínica Privada Dres. Marcelo S. Tachella S.A.).- Amén de hacerse extensiva, en los términos del vínculo asegurativo (art. 118 ley 17.418), respecto de ambas citadas en garantía; no pierdo de vista lo expuesto a fs. 597, empero la situación de las aseguradoras y su responsabilidad patrimonial concreta es temática que deberá definirse en la etapa de ejecución de la presente.- Definida esta cuestión, debo pasar al análisis de los rubros reclamados.-

a) Incapacidad física En reiteradas ocasiones, he expuesto que la indemnización por incapacidad sobreviniente, encuentra su justificación en el menoscabo experimentado en los denominados derechos de la personalidad. Más específicamente en lo que Eduardo Zannoni conceptualiza como la prerrogativa a la integridad existencial de la persona (ver su obra, El daño en la responsabilidad civil, editorial Astrea, Bs. As. 2005, pg. 168, mi voto, entre otros, Sala I de este Tribunal, causa 56.759). Es decir que esta clase de resarcimiento tiene como teleología la reparación de la disminución física y/o psíquica y/o estética, que pudiera quedar luego de completado el período de recuperación y restablecimiento (conf. S.C.B.A. Acuerdos 54.767, 79.922, entre otros mis votos, Sala I causa 56.759, Sala II, causa 57.713, entre muchos otros). En el caso de autos el perito médico refiere una incapacidad del 37%, 30% por reconstrucción de la vía biliar y 7% por las cicatrices que las operaciones han dejado en el actor; secuelas que -según el experto- afectarán al actor hasta el final de sus días (ver fs. 664/5).- No veo mérito, ni razón, para apartarme del dictamen en este aspecto.- Concretada esta reflexión he de señalar que, en las lides de la cuantificación dineraria de la incapacidad sobreviniente, el valor resarcible en sí mismo es precisamente la referida integridad física y/o psíquica, genéricamente considerada. De modo que, a mi juicio, el monto a fijarse no puede ser fruto, de manera exclusiva, de la aplicación mecánica de los porcentajes informados por los peritos o de meros cálculos matemáticos, efectuados en base al criterio de "expectativa de vida". Las indemnizaciones tabuladas, son por esencia propia del ámbito del derecho laboral y, por ende, exclusivamente focalizadas en la capacidad de trabajar de la víctima. Tal característica deja, por sí misma, su ontológica inaplicabilidad en el ámbito de la responsabilidad civil. Esto en tanto y en cuanto, en tal esfera, debe mensurarse no solo las limitaciones de índole laborativo. Sino también la proyección que aquellas exhiben, en todos los aspectos de la personalidad. Ello a fin materializar efectivamente el principio de la integralidad resarcitoria, inmanente al sistema de responsabilidad civil. (arg. artículos 1068, 1069 y concordantes del Código Civil; ver mis votos, Sala I, causas 56.522 57.137, 57.175, entre varias otras). Por ende esa clase de porcentajes sólo constituyen un mero elemento más, a considerar entre una multiplicidad de variables, referidas a la edad, el sexo, la actividad, la magnitud de la minusvalía en concreto en relación a las peculiaridades del sujeto damnificado. Ahora bien se encuentra acreditado que el actor contaba con 46 años de edad a la fecha del hecho, que se desempeñaba como empleado en una fábrica, de las condiciones económicas que surgen de las piezas de fs. 13/5 y 17vta./18 de los autos sobre beneficio de litigar sin gastos que corren por cuerda.- Correlacionando dichas circunstancias con la especie de afección física sufrida y las consecuencias que le han quedado; ponderando tal disminución física en su contexto vital, sin dejar de advertir que la estimación liminar fue dejada abierta a lo que en mas o en menos surgiera de la prueba (ver fs. 56) y dado que la tarificación económica del menoscabo ha de realizarse a la época mas próxima a la decisión, juzgo que el rubro ha de prosperar por la suma de \$450.000 (cuatrocientos cincuenta mil pesos).-

b) Daño moral Para dar respuesta a este reclamo, estimo atinado enfatizar que el eje, en torno al que gira el resarcimiento del daño moral, es el criterio de la alteración o pérdida de "la armonía vital del individuo".- Es decir que su funcionalidad transcurre por la reparación del desequilibrio en la normalidad existencial de la víctima, a raíz del evento dañoso. Análogo enfoque le dispensa la Casación bonaerense, quien viene sosteniendo que "...no cabe limitarlo al tradicional pretium doloris, sino que se extiende a todas las posibilidades-frustradas, por lógica, a raíz de la lesión-que tiene el sujeto para realizar en plenitud su proyecto de vida (Ac. 78.851, entre otros). Tal especie de menoscabo -en supuestos como el de autos- no requiere prueba específica alguna; debiéndoselo tener por demostrado por el sólo hecho de la acción antijurídica -prueba in re ipsa- y es al responsable del hecho dañoso, a quien le incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un dolor moral (conf. doctrina sentada por la SCBA Acuerdos 36.489, 46.690, 59.834, entre muchos otros).- El ordenamiento jurídico no prescribe reglas fijas para su cuantificación dineraria, y aquella no tiene porque guardar una aritmética relación con la extensión y/o las particularidades, que tenga el daño físico. Tal solución obedece, a la evidente diferente teleología que tiene cada uno de estos rubros (conf. doctrina sentada por la SCBA C. 55.728, Cám. civ. y com. Departamental, mis votos en Sala II, causas 49.945, 53.694, entre muchos precedentes análogos).- A partir de la consideración de las circunstancias personales de la víctima ya reseñadas, el menoscabo físico permanente que le ha quedado y correlacionando ello con las características del caso (donde el actor fue víctima de un error médico en la primera operación y luego, a resultas de ello, tuvo que ser reoperado en varias oportunidades, con todas las angustias, nervios, incertidumbres y molestias que ello implica), sin perder de vista que lo inicialmente

reclamado se subordinó a lo que en mas o en menos surgiera de la prueba y que la tarifación económica debe efectuarse a la época mas próxima al fallo, considero que el rubro debe prosperar por la suma de \$300.000 (trescientos mil pesos).- En suma, la demanda prosperará por la suma de \$ 750.000 (setecientos cincuenta mil pesos).- Cabe, ahora, definir el tema de los intereses moratorios.- Al respecto cabe recordar que desde esta Sala se había venido señalando que "los intereses corren desde la fecha del hecho ilícito, puesto que el momento de operarse el daño se opera la disminución patrimonial de la que el autor del daño es responsable y tanto es desde ese momento en que se ha privado al damnificado de su disposición" (esta sala en causa 43573, R.S.80/12).- Por lo demás, cabe memorar que con fecha 10/8/2016, en la causa C. 116.930, "Padín, Martín Aníbal c. Municipalidad de Olavarría. Daños y perjuicios", la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el contexto de un reclamo por daños a la integridad psicofísica, había descartado el planteamiento efectivizado por la demandada en el cual se sostenía que importaba una doble actualización adicionar a la incapacidad psicofísica determinada al momento de la sentencia una tasa bancaria desde la fecha del hecho, señalando -con cita a Llambías- que los intereses moratorios no constituyen un modo de actualización del capital sino que buscan resarcir el daño que al actor ocasiona el incumplimiento del deudor y poseen como causa la privación al dueño del capital que el deudor no tiene derecho a retener, postulando -asimismo- que el interés previsto en el art. 622 del Código civil (derogado) posee un reconocimiento ipso iure como reparación debida por la indisponibilidad del dinero durante el tiempo de mora, que en autos fue establecido a partir del evento dañoso, sin que sea necesaria la demostración del perjuicio sufrido por tal incumplimiento; es la postura que, en su momento, veníamos siguiendo (esta Sala en causa nro. 68189 R.S. 12/17, entre otros).- Cabe memorar, además, que en la causa C. 119.176, "Cabrera" (sentencia del 15-VI-2016), la Corte había sentado doctrina estableciendo que los intereses deben ser calculados exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los periodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa.- Ahora bien, ocurre que -muy recientemente- la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dictado dos fallos (causas C. 120.536, "Vera, Juan Carlos contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios", fallo del 18/4/2018 y C. 121.134, "Nidera S.A. contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios", fallo del 3/5/2018) con un criterio que podría considerarse divergente.- Con todo, y solo a partir de tales elementos, estimo que tal doctrina no se perfila aplicable a la especie.- Destaco, de todo comienzo, que en ninguno de esos precedentes la Suprema Corte refiere haber modificado el criterio adoptado en "Padín".- Este es un elemento de peso: la Suprema Corte no dice modificar su criterio anterior.- Y es trascendente porque, en aquellos dos casos, se daba un supuesto diverso al de estas actuaciones: se trataba de casos de responsabilidad del Estado (que se rige por sus propios principios y reglas) y, además, no involucraban menoscabo a la integridad psicofísica, como aquí sucede.- Amén de lo cual, se trata de dos fallos aislados (del mes de Abril del corriente) sin que, hasta el momento (mes de Junio, casi a finales) haya vuelto a reiterarse tal doctrina.- A lo que se agrega otro elemento mas para tener en cuenta: con fecha 3 de Mayo de 2018 en la causa C. 119.294, "Sánchez, Daniel Alfredo y otro contra Pacheco, Mario y otro. Daños y perjuicios" la Suprema Corte falla el caso, mandando a aplicar la tasa pasiva mas alta, siguiendo el criterio sentado en "Cabrera"; lo propio hizo unos días después, con fecha 9 de Mayo, en la causa C. 119.370, "Hernández, Alejandro y otro contra Municipalidad de Tres Arroyos y otros. Daños y perjuicios".- Por lo demás, la compulsa en la base de datos oficial de jurisprudencia de la Suprema Corte (JUBA) no nos ofrece ningún otro resultado que permita ampliar ese espectro (hemos aguardado un tiempo prudencial para resolver el presente a la espera de tal información, lo que hasta el momento no ha sucedido).- En este contexto estimo que, para que se considere existente la doctrina legal, deben coincidir las circunstancias de la causa con las del precedente invocado y así lo ha dicho el Alto Tribunal (Sup. Corte Bs. As., causa A 72638 fallo del 20/09/2017, entre infinidad de otras).- De tal suerte, no puede considerarse -al menos hasta la fecha- que exista una doctrina (consolidada) del Supremo Tribunal de la Provincia en el sentido expuesto en los ya aludidos fallos "Nidera" y "Vera", que amerite fallar en un sentido diverso a la doctrina establecida en "Cabrera" y "Padín".- Consecuentemente, por lo antedicho, juzgo que los intereses deberán calcularse -desde el 27 de Agosto de 2008 y hasta el efectivo pago- a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los periodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo deberá ser diario con igual tasa.- Ahora debemos abordar el planteamiento introducido a fs. 192vta./194 en los términos del art. 1069 del Código Civil (derogado).- A su respecto, la Sala ha dicho que "dicho precepto legal establece que los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo. Al respecto la doctrina ha señalado que, aún ante tal precepto. subsiste el principio de la reparación integral (Borda, Guillermo Alejandro. Derecho Civil. Obligaciones. T II, p gl 478). Por otra parte se ha señalado que siendo el principio rector el de la reparación integral la interpretación de este dispositivo ha de ser restrictiva, incumbiendo al deudor la carga de la prueba de los hechos que revelen su situación patrimonial (Belluscio - Zanoni, Código Civil...T 5, pág. 44). Pues bien, en la especie la única circunstancia de relevancia es la liquidación de la aseguradora de los

demandados, no habiendo éstos demostrado adecuadamente la situación económica a la que hacen referencia en su expresión de agravios. Ante dicha ausencia probatoria, que redundando en desmedro de los accionados en tanto resulta el presupuesto de hecho de la norma que invocan y cuya aplicación pretenden (arts. 1069 segundo párrafo del Código Civil y 375 del C.P.C.C.), su petición deberá desestimarse sin más pues el solo hecho de haberse liquidado la aseguradora no es suficiente para poner en funcionamiento la dispensa excepcional del artículo 1069 del Código Civil so pena de contradecir principios básicos que hacen al derecho de daños (art. 1083 ya citado)" (causa nro. 33.982 R.S. 146/04).- Pues bien, en el caso, la demandada anunció que arrimaría los medios probatorios a los efectos de que se aplicara la norma (ver fs. 193vta.); empero, de las constancias de autos no surge elemento de convicción alguno vinculado con su situación patrimonial, lo cual diluye la posibilidad de aplicar el precepto (excepcional) que ha invocado.- 3) En suma, y a resultas de todo lo expuesto, deberá revocarse la sentencia apelada en cuanto rechazó la demanda, haciéndose lugar a la misma y condenando a los demandados Geraldine Clarisa Curcio Messina y Clínica Privada Dres. Marcelo S. Tachella S.A. a abonar al actor R. S. la suma de \$750.000 (setecientos cincuenta mil pesos), con más sus intereses calculados en la forma indicada en el voto; la condena deberá cumplirse dentro de los diez días de quedar firme la resolución que apruebe la liquidación que, firme la presente, habrá de practicar la parte actora.- Las costas de ambas instancias habrán de imponerse a las demandadas vencidas (arts. 68 y 274 del CPCC); haciéndose extensiva la condena y la imposición de costas, en los términos del vínculo asegurativo (art. 118 ley 17.418), a las citadas en garantía, Seguro Médico S.A. y El Progreso S.A.- Y la regulación de honorarios profesionales deberá diferirse para su oportunidad.- Lo dicho me lleva a votar en la cuestión propuesta por LA NEGATIVA A LA CUESTION PROPUESTA, EL SR. JUEZ DR. GALLO DIJO: Adhiero en un todo a las consideraciones que efectuara el votante precedente en lo que hace a la atribución de responsabilidad.- Comparto sus fundamentos jurídicos y su análisis del plexo probatorio, en virtud del cual concluye (vía presuncional y ponderando los déficits de la documentación médica labrada) la responsabilidad de los demandados.- Por lo demás, en lo tocante al fijado por incapacidad, cabe señalar que la lesión a la integridad psicofísica de la persona implica "un daño en el cuerpo o en la salud", es decir, en la composición anatómica o en el desenvolvimiento funcional o fisiológico del sujeto; habiéndose precisado que la salud e incolumidad de las personas deben ser adecuadamente protegidas, y que a ese postulado no puede ser ajeno el derecho de daños, que debe brindar los adecuados resortes preventivos y resarcitorios frente a la lesión contra la integridad del ser humano (Zavala de González, Matilde. Resarcimiento de daños, t. 2da..Daños a las personas:, pág. 71 y sgs.).- La integridad personal cuenta con la protección del orden jurídico todo (conf. arg. arts. 33, 75 inc. 22 y cc. Const. Nac., 89 del C. Penal, 1086 y ccs. del Código Civil).- Es así que concluimos que el individuo tiene derecho a su integridad física, pues la salud y la citada integridad no son sólo un bien jurídicamente tutelado, cuyo quebrantamiento (doloso o culposo) debe ser reparado, sino que, además, constituye un valor en cuya protección está interesado el orden público (entre otras: ver causa nro. 30.973, R.S. 389bis/1993).- Asimismo tal como se ha sostenido por esta Sala en casos anteriores (ver entre otros: causa nro. 40.053, R.S. 530/98 con voto del Dr. Suárez), la Corte Suprema de Justicia de la Nación no sigue para la tabulación de los perjuicios derivados de lesiones físicas, criterios matemáticos, sino que en casos en que la lesión afecte la actividad laboral de la víctima, computa el daño efectivo producido, sus circunstancias personales, como también los efectos desfavorables sobre su ulterior actividad, y que los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos, constituyen por su propia naturaleza, un valioso aporte referencial, pero no un dato provisto de precisión matemática, de tal forma que el Juez goza a su respecto de un margen de valoración de cierta amplitud (ver también: causa 27.937, R.S. 34/92 con voto del Dr. Conde).- También que si bien es cierto que probado el daño, el monto de la indemnización ha sido deferido por la ley al soberano criterio del Juez, y éste -a falta de pautas concretas resultantes de las constancias de autos- ha de remitirse a sus propias máximas de experiencia (conf. S.C.B.A., Ac. y Sent. 1972, t. I, pág. 99; 1974 t. I, pág. 315; 1975 pág. 187; ésta Sala en causas 21.427. R.S. 128/88, entre otras), siendo cierto también que tales facultades deben ser ejercidas con prudencia y sin crear en un caso particular determinaciones de monto que excedan razonablemente las otorgadas en otros casos análogos -prudencia y equidad son preferibles a cálculos matemáticos y fríos, ello sin abandonar las ideas rectoras de realismo e integridad, debiéndose estar a las circunstancias de cada caso- (conf. Morello-Berizonce, "Códigos Procesales", T. II, pág. 137).- Sobre este piso de marcha, y en cuanto a la justipreciación económica del menoscabo, cabe aclarar que la presente Sala desde hace ya varios años viene siguiendo a los efectos de determinar y/o cuantificar económicamente los porcentajes de incapacidad, el basamento expresado por el Dr. Héctor N. Conde, al que adhirió los otros vocales integrantes de la misma en la causa nro. 37.152, R.S. 359/97 -entre otras-, y que ha sido compartido por mí en numerosas causas, y que se refiere al método italiano y el francés que fijan un valor concreto para cada punto de incapacidad, y que el "calcul au point" implica fijar un valor dinerario por cada punto de incapacidad, tomando tal cálculo como base, si bien podrá variar tomando en cuenta las características y pruebas en cada caso en particular; cabe también poner de resalto que en casos en que concurren varios porcentajes que informan menoscabos en diversos aspectos de una persona, los mismos no se suman sino que se van calculando sobre la capacidad residual que los anteriores han determinado, pues lo contrario sí se convertiría

en inequitativo.- Actualmente, la base referencial que estamos utilizando es la de \$15.000 por punto de incapacidad.- Sobre este piso de marcha, cuadra poner de resalto que la aplicación de la teoría del calcul au point no implica la utilización de una fórmula matemática abstracta y fría, sino valerse -y exteriorizar en la motivación del fallo- un punto de partida objetivo, adecuado, luego, a las variables circunstancias de cada caso en particular (SCBA, causa L, fallo del 7/4/2010).- De este modo, la fijación de los montos resarcitorios no implicará solo la multiplicación del porcentual de incapacidad por determinada suma sino, en cambio, partiendo de la base de aquella operatoria, articular su resultado -valiéndonos de la sana crítica y las máximas de la experiencia- con las demás circunstancias del caso (sexo, edad, expectativa de vida, condición económica, posibilidades futuras, concreta repercusión del menoscabo permanente en los actos de su vida diaria, incidencia del daño en las diversas actividades de la víctima) y así llegar a una suma que, en la mayor medida posible, se adecúe a las circunstancias del caso (art. 165 CPCC) y respete el principio de integralidad (art. 1083 del C. Civil).- Finalmente, y en cuanto a la eficacia probatoria de los dictámenes periciales, debo recordar que he compartido la opinión vertida antes de ahora en ésta Sala en expte. "Sandoval, Felipe y otra c/ Alemany, Juan y otro", publicado en la Rev. L.L., 1987-C, págs. 98/113, del 18/12/869 (y conf. entre otros: Hernán Devis Echandía" en su "Compendio de la prueba judicial", anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso), que señala en su t.II, pág. 132, como uno de los requisitos para la existencia jurídica del dictamen pericial, "...Que el dictamen esté debidamente fundamentado. Así como el testimonio debe contener la llamada "razón de la ciencia del dicho", en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a las conclusiones, el dictamen carecería de eficacia probatoria y lo misma será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a adoptarlo como prueba, si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable; en ese caso debe ordenar un nuevo dictamen" "...El juez es libre para valorarlo mediante una sana crítica. Lo ideal es dejar la valoración del dictamen al libre criterio del juez, basado en sus conocimientos personales, en las normas generales de la experiencia, en el análisis lógico y comparativo de los fundamentos y de las conclusiones del dictamen, como se acepta en los modernos códigos de procedimientos y en todos los procesos nuestros. Es absurdo ordenarle al juez que acepte ciegamente las conclusiones de los peritos sea que lo convenzan o que le parezcan absurda o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquél y se constituiría a éstos en jueces de la causa. Si la función del perito se limita a ilustrar el criterio del juez y a llevarle al conocimiento sobre hechos como actividad probatoria, debe ser éste quien decida si acoge o no sus conclusiones"; así también la jurisprudencia ha dicho que "...los jueces pueden apartarse de las conclusiones periciales, dando los fundamentos de su convicción contraria (conf. entre otros: S.C.B.A., DJBA, t. 16, pág. 221; Rev. L.L., t. 42, p. 122); "...es que el dictamen de los peritos es sólo un elemento informativo sujeto a la aceptación y apreciación del juez" (S.C.B.A., A. y S., 1957-IV, p. 54; DJBA, t. 64, p. 153); "...las conclusiones a que arriba el perito no atan al juzgador de forma de sustituirse en sus facultades decisorias privativas" (Jofre-Halperín, "Manual", t. III,396, nro. 28; Morello "Códigos...", t. V, p. 586; y causas de esta Sala nro. 31.320, R.S. 227/85 y 36.432, R.S. 522/96).- Aquí debo detenerme para dejar señalado que, computando las circunstancias del caso (que bien reseña el Dr. Jorda), coincido en sus consideraciones vinculadas con la valoración del plexo probatorio y del dictamen pericial, como así también -teniendo en cuenta las circunstancias personales de la víctima, el daño que ha sufrido y la incapacidad que le ha quedado, todo ello a la luz de las mencionadas pautas de tarificación referencial- acompaño al colega en su propuesta.- En cuanto al daño moral, he sostenido reiteradamente antes de ahora, que si se hubieran acreditado que por la ocasión del hecho dañoso se le produjeron a la víctima lesiones físicas, el daño moral se tiene probado "in re ipsa" al decir de Orgaz y que en atención a lo especificado precedentemente y las conclusiones periciales se tuvieron por demostradas las lesiones padecidas por la víctima por el hecho dañoso.- En lo que hace al monto indemnizatorio fijado por tal concepto, cabe recordar que hemos dicho en esta misma Sala (ver entre otras voto de mi autoría: causa nro. 43.370, R.S. 317/02) que el daño moral resulta de una lesión a los sentimientos, en el padecimiento y las angustias sufridas, molestias, amarguras, repercusión espiritual, producidos en los valores más íntimos de un ser humano; que, probado el daño, el monto de la indemnización ha sido diferida por la ley al soberano criterio del Juez, y éste -a falta de pautas concretas resultantes de las constancias del proceso- ha de remitirse a sus propias máximas de experiencia (conf. entre otros: S.C.B.A., Ac. y Sent., 1992, t. I., pág. 99; 1974, t. I., pág. 315; 1975, pág. 187; ésta Sala en causas 21.247, R.S. 128 del 3/8/88, idem causa 21.946, R.S. 192 del 9/8/88, causa 29.574, R.S. 45 del 9/3/93).- Por todo ello, por ser notorio y estando autorizado o legitimado para peticionar como lo hace por la norma del art. 1078 del Código Civil, y teniéndose presente el carácter reparatorio y no represivo que para mí tiene este componente del derecho de daños, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (bien reseñadas en el voto anterior) coincido con la propuesta y fundamentos del votante previos tendientes a la fijación del monto por él indicado.- Coincido, igualmente, con lo que se propone en cuanto a la tasa de interés.- Comparto, asimismo, todas sus otras consideraciones en lo que hace a la inaplicabilidad de la regla del art. 1069 del Código Civil y a la imposición de costas de ambas instancias.- Consecuentemente, adhiero al voto que antecede en su totalidad, dando el mio por LA NEGATIVA Con

lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, SE REVOCA la sentencia apelada en cuanto rechazó la demanda, haciéndose lugar a la misma y condenando a los demandados Geraldine Clarisa Curcio Messina y Clínica Privada Dres. Marcelo S. Tachella S.A. a abonar al actor R. S. la suma de \$750.000 (setecientos cincuenta mil pesos), con mas sus intereses calculados en la forma indicada en la votación; la condena deberá cumplirse dentro de los diez días de quedar firme la resolución que apruebe la liquidación que, firme la presente, habrá de practicar la parte actora.- Costas de ambas instancias, a las demandadas vencidas (arts. 68 y 274 del CPCC).- SE HACE EXTENSIVA la condena y la imposición de costas, en los términos del vínculo asegurativo (art. 118 ley 17.418), a las citadas en garantía, Seguro Médico S.A. y El Progreso S.A.- SE DIFIERE la regulación de honorarios para su oportunidad.- REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.-

031037E