

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 20 días del mes de diciembre de dos mil diecinueve, reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Sala "C" de la Cámara Civil, para conocer en el recurso interpuesto en los autos "A. H., R. H. C/ O., MARTIN M. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", respecto de la sentencia corriente a fs. 783/803, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo, resultó que la votación debía efectuarse en el orden siguiente: Sres. Jueces de Cámara Dres. Díaz Solimine, Converset y Trípoli.

Sobre la cuestión propuesta el Dr. Díaz Solimine dijo:

I.- La sentencia dictada a fs. 783/803 admitió la demanda promovida y condenó a M. M. O. y a la citada en garantía "SMG Compañía Argentina de Seguros S.A." a pagar la suma de \$152.100 a R. H. A. H., dentro del plazo de diez (10) días con más sus intereses y las costas del proceso.

Apelaron el accionado y la citada en garantía, quienes expresaron sus agravios a fs. 835/846, quejándose por la atribución de responsabilidad efectuada por la a-quo, la procedencia de los rubros "incapacidad sobreviniente", "tratamiento psicológico", "gastos médicos, odontológicos y de rehabilitación", "daño moral" y "gastos de honorarios", y por la tasa de interés establecida.

El respectivo traslado fue contestado por la actora a fs. 848/852.

Cabe señalar asimismo que si bien la demandante apeló oportunamente la sentencia, luego desistió de su recurso a fs. 827.

II.- EL CASO DE AUTOS Y LA RESPONSABILIDAD.

1.- Los presentes actuados tienen su génesis en la atención odontológica brindada a la accionante por el demandado M. M. O. a los efectos de la rehabilitación oral del maxilar inferior y superior, que incluía la colocación de implantes.

Relató la accionante que en la primera intervención quirúrgica, realizada el 19 de enero de 2001, dicho profesional intentó colocar los implantes convenidos (piezas 3.6, 4.4. y 4.6) sin embargo, ello no pudo realizarse, dado que luego de horas de padecer manipulaciones en su cavidad bucal, le informó ligeramente que iba a rellenar los espacios óseos, agregándole injerto de hueso molido.

Continuó su narración indicando que luego de unos 20/25 días, por segunda vez, el accionado debió intervenirla nuevamente, en ocasión de la urgencia, con motivo de una infección generalizada en su boca, debiendo eliminar el injerto. Meses mas tarde, O. intentó realizar un "injerto de rama", el cual no pudo lograr, resultando nuevamente lesionada su cavidad bucal.

Afirma la accionante que presenta ausencia de maxilar que hace imposible un injerto en dicha localización y ello data de fecha anterior a la intervención realizada por el demandado, asegurando que el odontólogo se aventuró a realizar una intervención y a asegurar dicha práctica, percibiendo por adelantado el total de sus honorarios en el mes de diciembre de 2000. Asegura que O.le arruinó la boca y las piezas dentales, pues para efectuar los intentos de

implantes y posteriores extracciones de injertos debieron retirar piezas dentales en correcto estado.

Expresó también, que luego del fracaso en la aplicación de los implantes y de las dolencias padecidas, solicitó al profesional la devolución del dinero en virtud del trabajo no realizado, lo cual le fue negado.

Debido a ello inició la presente demanda.

2.- La colega de grado enmarcó el caso en el ámbito contractual, meritando el proceder del profesional demandado como típica obligación de medios.

Concluyó que si bien el procedimiento encarado por el demandado era acorde a los dictados de la ciencia odontológica de la época, en el caso se encuentra acreditada la responsabilidad del accionado, por la falta de previsión con estudios previos para arribar a un diagnóstico más certero que le posibilitara realizar la cirugía de otra manera, como así también por la falta de información adecuada a la paciente de forma anterior a la iniciación de los procedimientos que se llevarían adelante y sus consecuencias.

Se agravan por ello el demandado y la citada en garantía aduciendo que la Magistrada de grado ha realizado una errónea valoración de la prueba producida en autos, rebatiendo, sin fundamentos, las conclusiones periciales y apartándose de sus conclusiones. Insisten en que la accionante abandonó el tratamiento.

Solicitan la revocación de la sentencia.

3.- Ahora bien, recordaré que, siendo el factor de atribución subjetivo, lo relevante para decidir sobre la responsabilidad médica en el caso, es la existencia de culpa (arts. 512 y 902 del Código Civil).

Agregaré que ya desde antaño Demogue realizó la célebre distinción entre las obligaciones de medios y de resultado. Considero, al igual que la colega de grado que la situación motivo de autos debe ser enmarcada entre las primeras, que se refieren a la aplicación de las normas, reglas y conductas a seguir, de acuerdo al arte y ciencia de la medicina.

4.- Bajo tales premisas analizaré la conducta del odontólogo condenado en autos, para determinar si hubo o no mala praxis en la atención y tratamiento de la paciente.

A tal efecto, procederé a analizar las distintas pruebas producidas, que evaluaré a la luz de las reglas de la sana crítica (art. 386 del Código Procesal).

Asimismo, debo señalar que me limitaré a considerar los agravios sobre las cuestiones centrales que sean útiles para fundar la decisión a adoptar.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha esbozado de manera reiterada que "Los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino sólo aquéllas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones ni, imperativamente, tratar todas las cuestiones expuestas o elementos utilizados que a su

juicio no sean decisivos.” (Fallos: 333, 526; 300:83, 535; 302:676, 916, 1073; 303:235, 1030; 307:1121).

5.-En las presentes actuaciones resultan de importancia:

a.- La historia clínica -ficha odontológica- hoy adunada a fs. 872/877, que fue agregada en original en la audiencia celebrada el día 24 de septiembre de 2013 -ver acta de fs. 499/501-

Surge de la misma que la accionante fue atendida el día 19/01/2001, a los efectos de “. Cirugía IMP. 44.46. Un defecto óseo en la pared vestibular dificulta la posibilidad de colocar los imp. Se opta por hacer un relleno c/ DFDB + OSTEOMIN y .Se le aplica a la paciente. Finalizada la cirugía se dan las indicaciones pertinentes.22/01: Control cirugía. S/P; 25/01: Control cirugía. La paciente manifiesta un punto doloroso a nivel 44. Se decide controlar; 29/01: Control. Molesta el .la cirugía. A la presión supura. .se retira el injerto.Se vuelve a cerrar. Indicaciones y medicación.; 7/03: Reinicia tratamiento. Se le propone a la paciente realizar un injerto en bloque .Se decide no tomar mentón pues la paciente tiene una cirugía plástica previa. Se opta por un injerto de rama. Se fija la fecha para el viernes 23/03 (Fund. Cientif. Bs.As.); 23/03: Se realizó la cirugía de injerto conforme lo explicado a la paciente; 4/04: Control cirugía. Retiro sutura. OK.; 9/04: Preparación de la boca. Control injerto OK; 7/05: Control injerto (45 días). Pequeña emergencia del tornillo de fijación anterior; 16/05: Control injerto; 23/05: . 30/05: . 13/06: Retoque, pulido.(Se le insiste a la paciente con la conveniencia de hacer una TAC para ver el volumen logrado x el injerto. Sigue dando vueltas); 27/06: La paciente está bastante angustiada.; 28/06: No quiere hacer los IMP. “no cree poder soportar otra cirugía”; .; 6/08: .Volvió a pedir turno. Reprogramación etapas tratamiento; .30/08: Tallado definitivo piezas sector 2 . Nota: La paciente se puso muy incómoda durante el tallado. Estalló en una crisis y arrancándose el babero se incorporó en el sillón, tomó sus provisorios y los arrojó al piso mientras se generaba una fuerte discusión. Se retiró violentamente del consultorio golpeando la puerta de entrada así como la reja de acceso a la escalera. Esto ocurrió en presencia de la secretaria asistente, con vecinos que acudieron a ver que ocurría. Nota 2: 30 ´ después regresa acompañada por su esposo que también se muestra muy alterado. Luego de discutir por 40 ´ acordamos terminar con la rehabilitación.; 5/9: Turno 15,30, pasa p/ 6/9, 18,00 hs.; 6/9: Tallado definitivo. Se piden.en oro en acuerdo con la paciente; 13/09: Puedo. sup e inf. Se mandó a repetir.24.25.21; 17/09: Prueba. 24.25.21. Se repite 25; 19/09: .maxilar superior; 26/09: Prueba bizcochado (Se pide un tono más claro a pedido de la paciente); 1/10: 2da.prueba Bizcochado.; 3/10: Cementado CO.24.25.26.27 CO.14. Pte.151617; 11/10: Prueba.; 24/10: Prueba armazón.Se manda a cambiar retenedor metálico s/43 x retenedor en resina metálica; 31/10: Corono 35.; 1/11: 2da. prueba bizcocho 35.; 7/11: Prueba enfilado. Se mejora el registro; 14/11:.(se manda a aclarar el color x pedido de la paciente); 21/11:.; 22/11: Se la llama para citarla más temprano como había solicitado xq se desocupó el turno de las 17 hs. No puede venir en ese horario. Se le ofrece 19 hs. o también . Control cromo. Entrega blanqueamiento; 28/11: Llama p/cancelar. No toma turno. Dice que prefiere llamar luego; 3/12: Llama p/ turno. Se cita 17,30. Llama para cancelar; 5/12: Ajuste cromo. Se queja x la . Dice q ´ le cuesta ponerlo y sacarlo (Discusión por el presupuesto inicial); 10/12: Ajuste cromo inf. (se le explica a la paciente los términos económicos de la rehabilitación terminada. Según detalle. La paciente no lo acepta y amenaza con mandar una carta documento y cobrar de otra forma. Según le aconsejó su abogado. Se re cita para reajustar el cromo inf. Si hiciera falta y para

blanqueamiento; 12.12.01: (ASA) 12,30 hs. La paciente no concurre al turno para realizar el blanqueamiento x segunda vez. b.- El informe remitido por la Universidad de Buenos Aires - Facultad de Odontología. Hospital Odontológico Universitario- agregado a fs. 362/364, en donde se especifica que: 1. La historia clínica como documento legal, es un acuerdo bilateral y contractual, donde el paciente recibe instrucciones (plan de tratamiento, diagnóstico y pronóstico informado por el odontólogo) prestando su conformidad a la prestación realizada, con previo consentimiento del paciente, quedando ambos comprometidos a cumplir el compromiso final; 2. La ficha odontológica es un cuestionario de salud que puede ir acompañado de un protocolo acorde al tratamiento que debe efectuar el profesional. De acuerdo a la operatoria que debe seguir, se indica estudios previos, análisis complementarios de rutina, prequirúrgicos, antes de comenzar un acto quirúrgico; 3. Específicamente en el tratamiento por implante dental, los estudios radiográficos o por imágenes como radiografías periapicales, panorámicas, tomográficas, son elementos diagnósticos que dan vista a la contextura ósea de los maxilares; 4. Es primordial en implantología el estado de los tejidos (periodontal) y el comportamiento biológico del hueso para que un implante mantenga su integración ósea al someterlo a las fuerzas de oclusión en el impacto masticatorio; 5. Los requisitos y condiciones mínimas necesarias del profesional actuante para efectuar un implante, dependen del grado de conocimiento de su paciente y el tiempo que lleva en la relación paciente-profesional; 6. Los estudios de protocolo previos a la intervención para la colocación de implantes con posterior restauración protética, tienen en cuenta al paciente en su condición de salud y al profesional en su idoneidad; 7. El criterio que adopta todo profesional en la interpretación del tratamiento pactado, con habilidad y dominio en su proceder, lo llevarán a evitar maniobras quirúrgicas erradas; 8. Todas las precauciones y controles debidos, deben tomarse en cuenta para obtener una respuesta favorable en la evolución de un tratamiento odontológico. c.- La declaración testimonial del Sr. Carlos Eduardo Rivas, llevada a cabo en audiencia oral el día 24 de septiembre de 2013 -v. acta de fs. 499-, que obra grabada en CD y he procedido a visualizar detenidamente.

Dicho testigo dijo ser odontólogo, Director del Centro Docthos -donde se atendía la actora- al momento de los hechos.

Afirmó también que todos los casos de implantología en dicha entidad pasaban por él. En el caso de la actora, consideró que por las características de la misma, no era posible realizar la práctica del tratamiento de implante pues no estaban dadas las condiciones (no había altura ósea ni en alto ni en ancho). Las consecuencias eran el proceso y los riesgos mayores por complicaciones.

Reiteró que él dijo que NO. Habían condiciones anatómicas y radiológicas que aconsejaban que NO. No eran las condiciones para implantología y más de esa época.

Recordó que había un presupuesto aceptado de \$9000 -en aquel tiempo eran U\$S 9000-. En ese momento era implante o prótesis móvil. La paciente no quería prótesis móvil, por eso convino con O. Su posición fue que no era para implante. Por algo se hizo afuera.

Concluyó su declaración indicando que atendió a la actora tres o cuatro años después. Había una mayor pérdida ósea, complicaciones de hueso. Hizo una tomografía y no había ninguna posibilidad de implante. d.- La pericia odontológica realizada por el profesional desinsaculado

en autos, que resulta de fundamental importancia pues ésta es parte esencial en los juicios de responsabilidad civil médica.

Habiendo sido designada como perito la Dra. Nélide Noemí Parolari, presentó su experticia a fs. 246/253.

Expresó la facultativa que la actora demostró en la consulta un estado de inestabilidad emocional (llora mientras relata), poco colaboradora, con gran temor frente a la consulta odontológica y dudando de la imparcialidad de los peritos.

Relató los hechos con algunos ribetes que evidenciaron su ignorancia de las técnicas que le fueron realizadas, las que vivió de manera traumática.

Afirmó la experta que le preguntó a la actora si había leído y firmado un consentimiento informado sobre el procedimiento quirúrgico que le iban a realizar y ella indicó que no recuerda haberlo hecho. Indicó la perito que nada de ello se encuentra en el expediente.

Por lo demás, expresó la odontóloga desinsaculada que en la primera intervención quirúrgica, se colocó un relleno óseo de banco (Pacific Coast Tissue Bank, laminar bone) en el sector derecho, porque la altura existente del reborde maxilar era insuficiente para la colocación de los implantes. Este se infectó y hubo que removerlo. Se esperó a la cicatrización.

En una segunda intervención quirúrgica se colocó un relleno óseo de la misma paciente (autólogo) en el mismo sector.

La situación para la actora fue tan traumática que decidió dejar el tratamiento con el Dr. O. y continuarlo con otro profesional.

Indicó que debido al abandono del tratamiento y que no fueron colocados los implantes dentarios en tiempo y forma, el proceso de reabsorción de los rellenos es inevitable, volviéndose al estado inicial.

Concluyó que la actora no presenta secuelas odontológicas, puesto que su boca está restaurada y en función; una prótesis parcial removible (cromo cobalto) reemplaza las piezas ausentes.

Aclaró que en el caso de autos, la relación paciente-odontólogo a lo largo del tratamiento se fue deteriorando hasta hacerse insostenible después de la segunda intervención quirúrgica, por lo tanto, la causa-efecto fue el abandono del tratamiento, la pérdida del relleno y la falta de colocación de los implantes propuestos y abonados.

Se produjo una iatrogenia (lesión o enfermedad que por su ejercicio profesional correcto produce el odontólogo) en la primera intervención quirúrgica, el fracaso del relleno y su posterior remoción.

Aclaró que el tabaco se ha evidenciado como uno de los factores principales de fracasos de los rellenos porque parece ser que predispone a una escasa calidad ósea y una reducida vascularización del hueso. Las personas fumadoras demuestran un fracaso doble con respecto a las no fumadoras.

La actora es fumadora.

Expresó que al haber infección del relleno, este es inviable para cualquier otro tipo de procedimiento y debe ser retirado.

Además, afirmó que para realizar implantes dentarios sobre maxilares desdentados atróficos (falta de altura) y evitar lesiones o invasiones en reparos anatómicos se aconseja: a) Radiografía periapical, b) Pantomografía (RX panorámica), c) Tomografía computada de maxilar. Esta última da información fidedigna acerca de la condición de los rebordes óseos (reconstrucción tridimensional).

Agregó también que el requerimiento estándar para la realización de cualquier intervención quirúrgica además del diagnóstico por imágenes necesita: análisis de sangre, coagulograma, recuento de plaquetas. Asimismo, es condición fundamental que antes de la cirugía se le explique al paciente los detalles del procedimiento con sus ventajas y desventajas; esto debe quedar registrado en el procedimiento informado escrito, firmado por el paciente.

Para resumir, indicó la perito que el primer relleno fracasó y como consecuencia de ello, la relación odontólogo-paciente se fue deteriorando. Luego de la segunda intervención quirúrgica la actora perdió confianza y no quiso seguir con el tratamiento. Los implantes no fueron colocados y el relleno, a consecuencia, se perdió.

Recalcó que en la actualidad la paciente está rehabilitada a través de una prótesis parcial removible de cromo cobalto, no evidenciándose daño odontológico.

Luego, al contestar los pedidos de explicaciones que le fueran requeridos por las partes, afirmó la perito que la relación paciente-odontólogo debe ser fluida y cimentada en el respeto mutuo y la confianza; si esto se pierde, la continuidad del tratamiento es casi imposible. Al no continuar el tratamiento, le quitó al Dr. O. la posibilidad de rehabilitar a la actora. Señaló que la actora era fumadora, y siguió haciéndolo pese a la advertencia (v. fs. 274).

También expresó que a la actora no se le realizó una tomografía computada de maxilar. La actora presentaba maxilar desdentado atrófico, era aconsejable una TAC porque informa tridimensionalmente espesores, alturas óseas y reparos anatómicos en forma milimétrica, lo que brinda certeza de viabilidad, pero ello es a criterio del profesional. Afirmó que la historia clínica no contenía consentimiento informado ni estudios de laboratorio (V. fs. 277/278).

Por lo demás, la perito brindó también explicaciones en audiencia, que se encuentra agregada a estos autos en CD -reservado en Secretaría- que he procedido a visualizar.

Expresó allí que la práctica de implantes es bastante cruenta y provoca dolor. En el momento que la actora lo hizo, no era algo generalizado; la situación odontológica más las intervenciones, provocó una situación que la paciente no pudo superar.

Recalcó que la actora al año 2000 había perdido los molares inferiores y su situación no era adecuada para un implante. Había que colocar hueso para elevar la altura del maxilar para permitir luego el implante. La indicación del relleno óseo estuvo correcta, pero fracasó por la

infección -que era una posibilidad real-, y hubo que sacarlo. Cuando se infecta el relleno hay que sacarlo, no queda otra.

Indicó como causales de infección: a) fumar, porque trae menos irrigación al hueso; b) que el relleno haya quedado en contacto con células del medio bucal (que haya quedado un espacio); c) sutura imperfecta.

Asimismo reiteró que le llamó la atención que no se hizo una rutina de sangre y orina, de tiempo de coagulación y de sangría, previo a la cirugía. Insistió en que es una intervención quirúrgica y que lleva un montón de riesgos.

No puede saber la causa de la infección. Fracasado el primer relleno hay que esperar 2 o 3 meses para volver a intentar otro relleno. Un segundo relleno, puede volver a infectarse.

Todo trajo a la paciente más dolor de lo esperado, por eso la relación paciente- odontólogo se deterioró.

Para finalizar expresó que no hay daño actual; lo que intentó hacer O., si bien no funcionó, no tiene cicatrices ni deformidades. El procedimiento realizado por el demandado fue correcto: puso su buena voluntad de volver a colocar el relleno; nadie puede saber si hubiera prosperado. Empero, faltaron estudios clínicos previos, radiografías en 3D o Tomografía para determinar el tenor óseo.

6.- Debo recordar que los jueces no somos, en principio, especialistas en ciencia alguna que no sea la aplicación del derecho y que por ello, en otras cuestiones técnicas, nos resulta necesario acudir a la prueba pericial. La experticia nos permite elaborar nuestra convicción. Pero ello bajo la óptica de los principios de la sana crítica, porque sino bastaría con someter la cuestión a un perito y adherir, sin más, a sus conclusiones.

Ello surge por lo demás del propio art.477 del Código Procesal en tanto establece que la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y los demás elementos de convicción que ofrezca la causa.

Por ello mismo, para apreciar sus dichos, o más precisamente para apartarse de sus conclusiones, “el juez debe demostrar que el dictamen 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” (Arazi, Roland, “La prueba en el proceso civil”, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1998, pág.405).

En tal aspecto, señalaré que la experta con su asesoramiento técnico y contestación de las respectivas explicaciones requeridas, ilustró al organismo jurisdiccional, brindando conclusiones que aparecen fundadas. En la medida que no he advertido que se hayan demostrado errores que autoricen a desmerecerlas, corresponde aceptarlas y valorarlas en los términos de los arts. 386 y 477 del Código Procesal.

7.- Por todo ello, analizada que fue en conjunto la prueba referida y bajo la órbita de la sana crítica, coincido plenamente con la atribución de responsabilidad decidida por la colega de grado.

Ello, en tanto existe relación causal entre los daños sufridos por la accionante -a los cuales luego me referiré, en la medida de los agravios- y la actuación odontológica del demandado examinada en autos.

Es que, resulta indudable que todo sujeto de derecho tiene normativamente asignadas obligaciones y deberes. El caso es que, las obligaciones y deberes que todo sujeto de derecho tiene, se potencian cuando hablamos de las relacionadas con el ejercicio de una profesión, máxime si se trata de la profesión médica (conf. Trigo Represas-López Mesa, "Tratado de la Responsabilidad Civil, La Ley, T. IV, pág. 35).

En este sentido, el caso de los médicos – en el caso odontólogo- es el supuesto en que mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas exigido por el art. 902 del C.Civil, pues a ellos se confía, de modo exclusivo, la lucha contra las enfermedades, y en determinadas circunstancias, la vida de los pacientes, por lo que la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leves, adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad (conf. CNCivil, Sala A, 12/11/97, "D.L. de E., M.I. y otro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Roberto Quirno", L.L. 1998-B-1976 (40.201-S).

Adviértase que en el caso, no estaban dadas las condiciones adecuadas en la actora para un implante. Así lo expuso la perito odontóloga y así lo afirmó también el testigo Rivas, Director de la Clínica Docthos, donde se atendía la accionante y no autorizó por tal motivo la realización de tal práctica en dicha entidad.

Por lo demás, el accionado tampoco tomó suficientes recaudos estándares, previos a la realización de la intervención quirúrgica que propuso, como ser estudios prequirúrgicos de rutina (sangre, orina, sangría y coagulación); tampoco realizó radiografía panorámica o TAC, que hubieran permitido determinar la densidad ósea del maxilar de la accionante.

Y si bien señaló al respecto la perito interviniente en autos que la realización de tomografía es a criterio del profesional, no puede desconocerse que con los datos que se contaban, el testigo Rivas, no autorizó la práctica en la clínica que dirigía, ello por resultar claro que no estaban dadas las condiciones físicas de la accionante para el implante que se intentaría llevar a cabo.

Tampoco surge de autos, que el accionado hubiera brindado a la paciente la información acabada de la práctica propuesta.

Sabido es que entre los deberes de los profesionales de la medicina, se encuentran entre otros, el de información al paciente, asesoramiento o consejo y el de requerir su consentimiento informado.

La información médica, involucra la revelación de todos aquellos datos que sean relevantes para que el paciente tome la decisión de dar o no su consentimiento a la práctica médica que le sugiere su médico (conf. López Mesa, Marcelo (Director) coautoría Le Tourneau – Bello Janeiro – Cesano-Santos Balleteros, "Tratado de la responsabilidad médica", Ed. Legis de

Colombia y Ubijus de México, 2007, pág. 54, cit. en Trigo Represas- López Mesa, ob. cit, pág. 47).

Si no dispone de información suficiente y adecuada, la elección del paciente será a ciegas y podrá considerarse viciada, responsabilizando al médico. El médico no puede jugar a Dios, decidiendo per se qué riesgos hacer correr al paciente, qué datos suministrarle, cómo manipular su voluntad para que consienta prácticas innecesarias o nulas terapéuticamente, etc. No llega hasta allí su ministerio, ni sus privilegios terapéuticos (conf. López Mesa, ob. cit., pág. 304).

Antes de la vigencia de la ley 26.529, la norma de la que se extraía la obligación del médico de informar al paciente era el art. 19 inc. 3° de la ley 17.132, ley de ejercicio de la medicina. En esta línea se ha postulado que el consentimiento informado aparece como la justificación misma de la legitimidad del acto médico, fundado en el derecho del paciente a su autonomía y su autodeterminación, interpretación que ciertamente comporta la superación del “paternalismo médico” con explícito reconocimiento y respeto de la “titularidad” de cada sujeto sobre su cuerpo (conf. C.Apelac. Trelew, Sala A, 24/6/2010, “Sandoval de Pérez, I. c/ Z.,N.R. s/ Daños y perjuicios”).

Por todo ello y como ya expuse, coincido plenamente con la atribución de responsabilidad decidida por la “a-quo”.

En síntesis, propondré al Acuerdo confirmar lo decidido por la colega de grado en cuanto a la atribución de la responsabilidad, lo que equivale a desestimar los agravios del demandado y citada en garantía.

III.- SOBRE LOS RUBROS RECLAMADOS.

1.- Incapacidad sobreviniente.

La “a-quo” admitió la procedencia del presente reclamo y fijó la suma de \$39.300 en concepto de indemnización, comprensiva únicamente de la incapacidad psíquica.

Se agravian el demandado y su aseguradora por la procedencia del rubro, solicitando su desestimación.

Con criterio que comparto, se ha sostenido que el resarcimiento por incapacidad comprende, con excepción del daño moral, todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluso los daños de salud y a la integridad física y psíquica (conf. CNCiv, Sala C, 15/09/2003, L.L.2/9/2004, 7).

Y en tal sentido diré que, lo indemnizable como incapacidad sobreviniente no son las lesiones padecidas, sino la disminución de la aptitud física, psíquica o estética derivada de las secuelas del accidente que perduran de modo permanente, por lo que el juzgador, con sustento en las circunstancias personales del damnificado, debe valorar principalmente las secuelas que surgen descriptas por el experto que importen una disminución en la capacidad vital (CNCiv, esta Sala, “Huaman, María de la Cruz c/ Microómnibus Norte SA s/ daños y perjuicios”, sept. 20-1999, L. 258.943; id., “Gaitán, Manuel Rosario c/ Puigdencolas, Ricardo Luis s/ daños y

perjuicios”, octubre 3/2002, L. 337.472; id. “Olea, Estela B. c/ Buenos Aires Bus SA y ot. s/ daños y perjuicios”, L. CIV 6940/2006/CA001, agosto 18/2017, entre otros).

En el caso, la perito médica desinsaculada en autos, determinó, como ya antes señalé, que la actora no presenta secuelas odontológicas, puesto que su boca está restaurada y en función; una prótesis parcial removible (cromo cobalto) reemplaza las piezas ausentes.

Sin embargo, en el aspecto psíquico, informó a fs. 576/582 el perito psicólogo designado en autos, Lic. Claudio Adrián Zatz, que los hechos motivo de estas actuaciones, repercuten en una personalidad con los rasgos anteriormente consolidados; es decir, existen trastornos previos, de significativa importancia, sobre los cuales los sucesos narrados impactan de manera desfavorable.

Afirmó que existe un nexo concausal entre el estado actual y los hechos tratados en autos, pues los mismos agravaron trastornos relacionados al estado de ánimo subyacente.

Presenta “Depresión Neurótica”, con una incapacidad parcial y permanente del 8%, no pudiendo determinar con exactitud que porcentaje pertenece a lo preexistente en el sujeto y qué al evento de autos.

Toda vez que dicho informe pericial luce fundado, no se advierten errores que autoricen a desmerecerlo y en tanto no ha merecido observación alguna de las partes -v. lo decidido al respecto en audiencia cuya acta a fs.606-, acepto el mismo en los términos del art. 477 del CPCC.

Ello así, y en atención a lo determinado por el perito psicólogo, considero, al igual que la colega de grado, que el rubro resulta procedente, motivo por el cual propicio al Acuerdo la desestimación del agravio.

2.- Tratamiento psicológico.

El rubro prosperó por la suma de \$57.600, quejándose el demandado y la citada en garantía por su procedencia, solicitando su desestimación.

Ahora bien, el perito psicólogo recomendó a la accionante la realización de un tratamiento psicoterapéutico individual a los fines de propender los efectos padecidos y evitar el agravamiento del cuadro, con tiempo de duración de al menos dos años, con una sesión semanal a un costo de \$300 cada una.

Meritando ello, y toda vez que dicha pericia fue consentida por las partes, propondré al Acuerdo la desestimación del agravio.

3.- Daño Moral.

Se agravan también el accionado y su aseguradora por la fijación del daño moral en la suma de \$50.000 que consideran elevada, y solicitan su reducción al monto reclamado en autos, es decir, \$16.000.

Con relación al presente rubro, considero que se trata de un daño resarcible, que no tiene por objeto sancionar al autor del hecho, sino a reparar los padecimientos físicos y morales que

debió soportar el damnificado como consecuencia del hecho dañoso, intentando compensarlos.

En tal entendimiento, no resulta fácil traducir en una suma de dinero la valoración de los dolores, sufrimientos, angustias, molestias, incertidumbres o temores padecidos por la víctima, pues solo ella puede saber cuanto sufrió.

Por ello se ha sostenido que para estimar pecuniariamente la reparación del daño moral falta toda unidad de medida, pues los bienes espirituales no son mensurables en dinero. Sin embargo, al reconocerse una indemnización por este concepto, no se pone un precio al dolor o a los sufrimientos, sino que se trata de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas (conf. Orgaz, A., "El daño resarcible", pág. 187; Brebbia, R. "El daño moral" n° 116).

En tal aspecto, la determinación del daño moral no se halla sujeta a parámetros objetivos, pues las aflicciones se producen en el ámbito espiritual de la víctima por lo que su valoración debe efectuarse según la cautelosa discrecionalidad del juzgador, ceñido a considerar la situación personal de aquella (arts. 163 inc. 5°, 165, 386, 456, 477 y ccs. del CPCC; esta Sala, 18/10/2002, "Suraniti c/ Ranz y ot." DJ, 2003-1; id. 7/11/2007, "Conti, M.E. c/ Autopistas del Sol y ot. s/ daños y perj.", La ley on line, 18/7/2008; id. "Mora de Zabala, A. c/ Lucero, A. s/ daños y perjuicios", ED Digital, 23/9/2008, n°18.251, entre otros).

Además, la indemnización por este concepto tiene carácter autónomo y no tiene por qué guardar proporción con los daños materiales (conf. CNCiv, Sala G, 1/3/2000, "Zalazar, M. c/ Transporte Metropolitanos Gral. Roca SA).

Por ello, tengo en cuenta la angustia, dolores, incertidumbre y el cambio de ánimo de la accionante que han puesto de resalto los testigos Iglesias y Arena en audiencia oral llevada a cabo el día 24/9/2013 que he visualizado desde el CD reservado en Secretaría, como asimismo que el hecho de autos ha influido negativamente en su estado de salud psíquica, agravando trastornos relacionados al estado de ánimo subyacente. Todo ello con evidente repercusión moral, que le genera una limitación en su vida con la consiguiente perturbación de la paz y tranquilidad.

Considero así, que la suma fijada por la sentenciante de grado no luce elevada, por lo que propiciaré al Acuerdo confirmación.

No desconozco que la actora solicitó en su demanda un importe menor. Sin embargo, mencionó que las sumas reclamadas "deberán considerarse meramente estimativas, sujetas a lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendir o determine el prudente arbitrio del Tribunal", lo que habilita a esta Alzada -ponderando las circunstancias de la causa, y el tiempo transcurrido desde aquel momento- a conceder una suma diferente.

4.- Gastos médicos, odontológicos y de rehabilitación.

Este rubro prosperó por la suma de \$700, y la parte demandada y citada en garantía se quejan por su procedencia o cuantía, solicitando el rechazo del mismo o en su caso, su reducción.

Reiteradamente la jurisprudencia en la que se enrola esta Sala ha decidido que no es necesario acreditar mediante comprobantes los gastos farmacéuticos y de traslado cuando la gravedad de las lesiones autoriza a presumir que se han debido realizar (CNCivil, Sala C, octubre 17/1993, L. 111.531; id., octubre 7- 993, L. 11.534; id. mayo 9/2005, L. 404.524; id. noviembre 1-2005, L.424.716, entre otros).

Por ello, atendiendo a las dolores y malestares sufridos por la actora, meritando el proceso infeccioso padecido luego de la primera intervención debido al fracaso del relleno realizado por el odontólogo accionado -lo que ha de haber requerido necesariamente la ingesta de antibióticos y analgésicos-, como así también la posterior rehabilitación efectuada al resultar imposibles los implantes, y toda vez que se ha sostenido que no obsta a la procedencia de este ítem indemnizatorio el hecho de que el damnificado haya sido atendido en algún hospital público o mediante obras sociales, pues también se presume que tales entidades comúnmente no cubren todos los gastos que requiere la respectiva atención médica (CNCivil, Sala C, set.15/2003, L. 373.618; id., L.617.771, julio 2/2013, entre otros) pero al mismo tiempo debe tomarse en consideración esa circunstancia para la apreciación del monto indemnizatorio, entiendo que el rubro resulta procedente y la suma fijada en la sentencia de grado no luce elevada, por lo que propiciaré en el Acuerdo su confirmación, desestimando así los agravios del demandado y la citada en garantía.

5.- Gastos de Honorarios.

La colega de grado admitió la procedencia de este rubro y fijó en \$.la suma que el profesional debía reintegrar a la accionante por el trabajo comprometido y no realizado.

El demandado y su aseguradora se agravian por la procedencia del rubro.

Adelanto que propondré al Acuerdo la deserción de esta queja pues el esbozo realizado por el accionado y la citada en garantía en la expresión de agravios no contiene los recaudos mínimos que permitan considerarla como tal, pues no se observa que ello importe una crítica “concreta y razonada de la parte del fallo que el apelante considere equivocada”, como reza e impone el art.265 del ordenamiento procesal.

Al respecto, ha decidido esta Sala de modo reiterado, tras recordar las exigencias del artículo referido con relación a la expresión de agravios, que ésta, para que cumpla su finalidad, debe constituir una exposición jurídica que mediante un análisis serio de la sentencia apelada demuestre su equivocación o los errores -de hecho o de derecho- que contiene; por ello, la mera discrepancia con el monto establecido por la sentenciante sin rebatir sus fundamentos no satisface los recaudos técnicos precedentemente enunciados (conf. esta Sala C, R. 503.019, del 22-4-2008, entre otros) ni tampoco lo hace el mero disenso con la interpretación efectuada en el fallo en crisis sin fundamentar la oposición, o sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista, debiendo presentarse una crítica precisa de cuales son los errores que la resolución contiene, ya sea en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho (conf. Fassi, Santiago, “Código.”, T.I, pág. 474, n° 923, ed. 1975; Areal – Fenochietto, Manual de Derecho Procesal Civil y Comercial, tomo II pag. 577).

Por lo demás la restricción que al Tribunal impone el art.277 del mismo ordenamiento, pone en cabeza del apelante la carga de la debida fundamentación mediante el ataque directo y pertinente al desarrollo expuesto por la a-quo en la sentencia recurrida, demostrando que el mismo, y por ende su conclusión, es erróneo en su construcción. Es el ataque fundado el que proporciona a la Alzada la medida de su actuación.

Y en tanto lo no impugnado del fallo o lo no criticado suficientemente queda consentido para el apelante, no hay demanda de impugnación contra lo decidido en la instancia anterior y por ende, hay imposibilidad para este Tribunal, en ausencia de expresión de agravios, de verificar la justicia o injusticia del rubro apelado (conf. CNCiv. Sala C, L. 550.429, del 2/9/2010).

Por ello, y de conformidad con lo normado por el art. 266 del Código Procesal propongo al Acuerdo que se declare desierto el agravio referido al presente rubro.

IV.- TASA DE INTERES.

La colega de grado dispuso la aplicación desde la fecha de ocurrencia de cada perjuicio objeto de reparación hasta el efectivo pago, de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, conforme lo establecido por el plenario "Samudio".

Dicho aspecto de la sentencia fue apelado por el accionado y citada en garantía, quienes solicitan que se revoque la tasa fijada y se establezca una distinta, toda vez que los montos fueron establecidos a valores actuales.

Al respecto, señalo que comparto la interpretación legal y los fundamentos que resultan del voto de la mayoría del fallo plenario de esta Excma. Cámara "Samudio de Martinez, L. c/ Transportes Doscientos Setenta SA s/ ds.y ps." (20 de abril del año 2009), por lo cual considero que el mismo deviene aplicable al presente, sin perjuicio de señalar que conforme lo sostuve pretéritamente y en diversos precedentes, que la tasa pasiva era la que debía aplicarse sobre aquellas partidas fijadas a valores actuales desde que cada perjuicio se originó hasta la fecha de la sentencia definitiva.

Adentrándome en un nuevo estudio del tema en cuestión, y el cambio de las circunstancias de hecho existentes al momento del dictado del plenario, me indujeron a cambiar la posición sostenida y mencionada precedentemente. En este entendimiento, considero que debe aplicarse la tasa activa al capital de condena desde el momento del hecho -en el caso, desde la fecha de ocurrencia de cada perjuicio en atención a lo dispuesto por la a-quo, en la medida del agravio-, toda vez que la misma no genera o configura un "enriquecimiento indebido" ni una "doble actualización". Si así fuera e importara una situación excepcional que se apartara de la regla general establecida en el mencionado plenario debe ser probada en forma clara y contundente por el deudor en el ámbito del proceso (cfe. art. 377 del CPCC), circunstancia que no se verifica en el presente, por lo que propiciaré al Acuerdo la confirmación de la tasa activa establecida por la colega de grado.

Propicio así, desestimar los agravios de la parte demandada y citada en garantía.

V.- En definitiva, si mi voto fuese compartido, propongo al Acuerdo: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto decide y fuera motivo de agravios; 2) Imponer las costas de Alzada al demandado y citada en garantía, en virtud del principio objetivo de la derrota (conf. Art. 68 del Código Procesal).

El Dr. Converset dijo: Por razones análogas, adhiero al voto que antecede.

Disidencia parcial del Dr. Pablo Trípoli:

Adhiero al voto del Dr. Diaz Solimine excepto con relación a la tasa de interés moratorio aplicable al caso, pues considero que debe aplicarse una tasa pura anual del 8% desde que se configuró cada perjuicio objeto de reparación y hasta el momento de su cuantificación, y desde allí en adelante la tasa activa indicada en la sentencia recurrida.

Ahora bien, en atención a la postura adoptada por los vocales preopinantes por cuestiones de brevedad me abstengo de desarrollar los fundamentos de la posición adoptada, remitiéndome, en consecuencia, a las consideraciones desarrolladas en mis votos emitidos en otros pronunciamientos de esta Sala.

Con lo que terminó el acto.- OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE.- JUAN MANUEL CONVERSET.- PABLO TRÍPOLI (disidencia parcial).

Buenos Aires, 20 de Diciembre de 2019.

Y VISTOS:

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede SE DISPONE POR MAYORIA:

1) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto decide y fuera motivo de agravios; 2) Imponer las costas de Alzada al demandado y citada en garantía, en virtud del principio objetivo de la derrota (conf. Art. 68 del Código Procesal).

Regulados que sean los honorarios por la actuación en primera instancia, se fijarán los correspondientes a la Alzada.

Regístrese, notifíquese electrónicamente a las partes, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 15/2013) y oportunamente, devuélvase.

JUAN MANUEL CONVERSET

OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE

Juez de Cámara

PABLO TRIPOLI

JUEZ DE CAMARA