



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA B

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

//nos Aires, Capital de la República Argentina, a los días del mes de marzo de dos mil dieciséis, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados: **"Ferrero, Juan Manuel c/Instituto Oftalmológico Stefani & Asoc. S.A. s/daños y perjuicios"** respecto de la sentencia de fs. 228/234 el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden Señores Jueces Doctores: MAURICIO LUIS MIZRAHI.- ROBERTO PARRILLI.- CLAUDIO RAMOS FEIJOO.-

A la cuestión planteada el Dr. Mizrahi, dijo:

I. Antecedentes

La sentencia de primera instancia, obrante a fs. 228/234, resolvió rechazar –con costas- la acción promovida por Juan Manuel Ferrero contra el Instituto Oftalmológico Stefani & Asociados S.A, Carlos Alberto Stefani y Alberto Santiago Just Tiscornia.

Destáquese que la presente *litis* tuvo su origen en la demanda que luce agregada a fs. 22/32 por mala praxis médica. En esa oportunidad, el accionante relató que sufría una miopía que requería una corrección de aproximadamente seis dioptrías; que para cortar la dependencia de anteojos y lentes de contacto decidió realizarse una cirugía "Lasik"; que los aquí demandados le comunicaron que si bien la intervención presentaba algunos riesgos, el cuadro menos auspicioso era que debiera continuar usando anteojos. Agrega el demandante que se sometió a la intervención, el 4 de marzo de 2008 -- en ambos ojos-- y que a partir de allí comenzó a tener problemas de visión en su ojo derecho.

El actor indicó además que, luego de diversas consultas con otros galenos, le informaron que padece astigmatismo irregular debido a la fotoablación asimétrica del Excimer Láser. Se trata de un cuadro permanente, que no admite corrección con anteojos ni lentes de contacto y que solo podría ser remediable con un trasplante de córnea. A su vez, también le manifestaron los especialistas que lo ocurrido era uno de los tantos riesgos que entrañaba una operación de este tipo; lo cual, según narra, no fue advertido oportunamente –antes de la operación-- por los profesionales que lo intervinieron.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA B

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

El juez de primera instancia basó el rechazo de la acción en la experticia médica practicada en el expediente. En esta línea de razonamiento, concluyó que "no se aprecia accionar alguno deficiente o negligente por parte de la demandada, y que las cirugías fueron realizadas según los protocolos quirúrgicos, en forma correcta, adecuada y habitual" (v. fs. 233 vta.).

II. Los agravios

Contra el referido pronunciamiento se alzó la parte actora, expresando agravios a fs. 273/275; pieza que mereció idénticas réplicas a fs. 291/294 y 295/298.

El apelante se agravió del rechazo de demanda dispuesto por el juez de grado. Adujo que la condena a los demandados solicitada en el escrito inaugural estaba fundada en la falta de información respecto de los riesgos a los que se exponía con la realización de las cirugías. Aclaró que de haber sabido las complicaciones que finalmente acaecieron (aún cuando su probabilidad fuera baja), jamás se hubiera sometido a la operación. En definitiva, indicó que su reclamo no tenía andamiaje en una práctica negligente de la intervención quirúrgica en sí por parte de los médicos, sino en el incumplimiento de su deber de información; y que su consentimiento estuvo viciado en tanto no asumió voluntariamente los riesgos de la intervención.

III. Cuestiones a dilucidar. Límites en su análisis

El *thema decidendum* de esta Alzada quedó circunscripto a determinar la atribución de responsabilidad por los hechos acaecidos y, en su caso, la procedencia y cuantía de los diversos rubros indemnizatorios que fueran solicitados en el escrito inaugural.

Es menester efectuar una advertencia preliminar: en el estudio y análisis de los agravios he de seguir el rumbo de la Corte Federal y de la buena doctrina interpretativa. En efecto, claro está que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (ver CSJN, "Fallos": 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", T° I, pág.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA B

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

825; Fenocchiato Arazi. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado", T 1, pág. 620). Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (art. 386, *in fine*, del ritual; CSJN, "Fallos": 274:113; 280:3201; 144:611).

IV. La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1° de la ley 27.077 (B.O n° 33.034 del 19-12-2014), que modificó el art. 7 de la ley 26.994, el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por esta última, que fuera promulgada por decreto 1795/2014 (B.O. n° 32.985 del 8-10-2014), ha entrado en vigencia el 1 de agosto pasado por lo que, dada la cuestión relativa a la vigencia de las normas sucesivas en el tiempo, se hace necesario determinar los alcances del nuevo texto legal en el presente caso.

Al respecto el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación fija en su artículo 7° las reglas a seguir en estos casos estableciendo que: *"A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo"*.

Como se aprecia, en materia de derecho intertemporal, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo y salvedad hecha de la evidente omisión incurrida en el primer párrafo del adverbio "aún", el nuevo cuerpo legal ha decidido mantener el mismo texto y sistema que el derogado art. 3° del Código Civil, según reforma de la ley 17.711.

De este modo, con las aclaraciones ya realizadas en materia contractual, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación es aplicable a las relaciones y situaciones jurídicas futuras; a las existentes a la fecha de su entrada en vigencia, tomándolas en el estado en que se





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA B

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

encuentren –en este caso regirá los tramos de su desarrollo no cumplidos- y también, a las consecuencias no agotadas de relaciones y situaciones jurídicas constituidas bajo el amparo de la antigua ley.

Pues bien, al ser el daño un presupuesto constitutivo de la responsabilidad (cfr. arts. 1716 y 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación y art. 1067 del anterior Código Civil), aquél que diera origen a este proceso constituyó, en el mismo instante en que se produjo, la obligación jurídica de repararlo.

En consecuencia, dicha relación jurídica, al haberse consumado antes del advenimiento del actual Código Civil y Comercial de la Nación, debe ser juzgada -en sus elementos constitutivos y con excepción de sus consecuencias no agotadas-de acuerdo al sistema del anterior Código Civil - ley 17.711 (ver en este sentido, Luis Moisset de Espanes, "Irretroactividad de la ley", Universidad de Córdoba, 1975, en especial p. 22 y 42/43, p. IV, apartado "b").

Esta es la solución que siguió esta Cámara en pleno, *in re*, Rey, José J. c. Viñedos y Bodegas Arizu S.A." del 21/12/1971, publicado en La Ley *on line*, AR/JUR/123/1971, cuando luego de sancionarse la reforma de la ley 17.711 se produjeron resoluciones contradictorias respecto de la aplicación temporal de ésta. Allí, la mayoría entendió que el hecho ilícito se produce instantáneamente, no quedando sometido a acción alguna del tiempo, por lo cual corresponde atribuir a la ley antigua la regulación de los presupuestos de existencia de la obligación de reparar el daño causado, así como su contenido, inclusive la extensión del daño y su evaluación (cfr. Belluscio Augusto C.- Zannoni Eduardo A., "Código Civil y leyes complementarias...", Buenos Aires, 1979, tomo 1, p. 28).

Lo expuesto no significa que no participemos de la opinión de que todo lo atinente a la aplicación temporal del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación debe seguirse una hermenéutica que no limite su efectiva vigencia. Es que, como con acierto lo recordaba Vélez Sarsfield en su nota al viejo art. 4044 -luego derogado por la ley 17.711- "el interés general de la sociedad exige que las leyes puedan ser modificadas y mejoradas, y que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto antes a las antiguas, cuyos defectos van a corregir". Sin embargo, por las razones antes expuestas, en este caso





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA B

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

puntual ha de regir la limitación ya señalada por aplicación del principio consagrado en el art. 7 del mismo cuerpo legal.

De todos modos, con Código viejo o nuevo, la interpretación que guíe esta decisión, y cualquier otra, no puede desconocer la supremacía de la Constitución Nacional, ni los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, no ya solo porque lo recuerde el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1º y 2º), sino porque así lo manda la Constitución Nacional (cfr. art 31 y art 75 inciso 22º). Sin duda, tampoco pueden soslayarse los valores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico; los que se sintetizan en el mandato de "afianzar la justicia", contenido en el Preámbulo de nuestra Constitución, que no es letra vana.

V. Estudio de los agravios en materia de responsabilidad

Ingresando al análisis concreto de la cuestión, diré que —en esencia y en lo que aquí interesa— los deberes que tiene el galeno ante el paciente, y que su incumplimiento es susceptible de generar *mala praxis*, son de dos órdenes. Uno, el relativo a actuar diligentemente en lo que hace a las labores que él mismo lleva a cabo sobre el cuerpo del paciente; que en este caso concreto sería que le realice la intervención quirúrgica conforme a las reglas del arte. Vale decir, que emplee una adecuada técnica, tenga conocimientos idóneos y actualizados y, en fin, que actúe con la pericia que es de esperar en el acto quirúrgico.

El otro orden de cosas, es cumplir con su deber de brindar al paciente la información suficiente y de obtener el correspondiente consentimiento informado con la práctica propuesta. La distinción apuntada merece destacarse; y ello porque un galeno puede realizar una intervención quirúrgica sin que tenga ninguna objeción médica y cumpliendo con todos los recaudos del caso; y, sin embargo, incurrir en mala praxis y tener responsabilidad civil por la falta del debido consentimiento informado. En otras palabras, el profesional puede responder si falla a esto último aunque no haya actuado en forma imperita, ni negligente, ni imprudente (ver López Mesa, Marcelo J., "Pacientes, médicos y consentimiento informado", en La Ley 2007-B, 867, *Online AR/DOC/898/2007*).





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA B

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Con la aclaración precedente, se especifica desde ya que en este voto no habré de analizar cómo fue en sí la práctica quirúrgica, sino exclusivamente el punto relativo al consentimiento informado. Ello es así, toda vez que el experto designado en la causa, el magistrado que me precedió e, incluso, ambas partes coincidieron en la inexistencia de *mala praxis* en la cirugía. En efecto, vale la pena recordar que el perito fue contundente al señalar que la intervención fue realizada de acuerdo a los protocolos, en forma correcta y habitual, y sin ningún tipo de negligencias (v. fs. 188/193); conclusiones que no fueron impugnadas durante el proceso ni ante esta Alzada.

En consecuencia, no siendo materia de debate en esta instancia la actuación diligente del galeno en la ejecución de la práctica quirúrgica, corresponde examinar si ha existido consentimiento informado por parte de la actora; lo cual, pese a ser el argumento medular del escrito inaugural y una cuestión sumamente importante en estos casos, no ha sido examinado en la sentencia de grado.

Sobre el punto, es evidente que un profesional médico no debe realizar intervención alguna al paciente sin brindar las explicaciones del caso, con los riesgos y ventajas que podían tener lugar con esa operación. Resulta necesario, pues, que la persona que se va a someter a tal acto sea debidamente esclarecida para que se halle en condiciones de tomar la decisión respectiva. Obsérvese que otorgar el consentimiento informado hace al derecho inalienable del paciente de disponer de su propio cuerpo, a su autodeterminación, por lo que entraña el ejercicio de sus derechos personalísimos más valiosos; y de ahí que esa labor condiciona la licitud y legitimidad de la actividad médica.

Corresponde aclarar que la exigencia del consentimiento informado no constituye una mera formalidad, sino todo lo contrario. Debe haber por parte del galeno una completa exposición y comparación de la ventajas de la intervención, por un lado, y de los posibles riesgos y complicaciones, por el otro. Tiene que tratarse de una información, previa al acto, que sea comprensible, clara y asequible, por lo que tienen que quedar excluidas la reticencia y las informaciones parciales; como tampoco tiene que estar dotada de un excesivo tecnicismo que no se encuentre al alcance de un lego.

Es que la actuación médica de la manera mencionada es lo





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA B

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

que permitirá al paciente prestar o no su conformidad de un modo consciente; esto es, ejercer debidamente la *opción* que le asiste y expresar entonces –en uno u otro sentido-- una voluntad libre. Veamos entonces si se ha cumplimentado en el caso de autos con todas las directivas antes señaladas. Desde ya adelanto que me inclinaré por la respuesta negativa.

La encartada, al contestar demanda, adujo sobre este tema que “al actor se le explicaron todos los riesgos, los beneficios y la cirugía que se le realizaría en cada ojo” así como “las alternativas y porcentaje de éxitos y complicaciones”; que Ferrero es “universitario, ingeniero reconocido, que no puede afirmar desconocimiento del tema; “que tiene importancia en la interpretación de los riesgos, la profesión, el grado de intelectualidad y nivel cultural y socioeconómico del actor”; que “la cirugía refractiva con excimer láser es una técnica quirúrgica que requiere la asistencia de un ingeniero”; que el paciente vino “derivado por otro médico (Dr. Zas) quien también le había explicado los beneficios, riesgos y características de esta cirugía”; y que no “se lo anestesió en forma general o se le aplicó ninguna medicación para que no pudiera irse del quirófano en cualquier momento que quisiera”. En resumidas cuentas, sostuvo que “no caben dudas que el actor prestó su conformidad y consentimiento para la cirugía conociendo lo que se le realizaría” (v. fs. 58 y 64).

Tal como puede percibirse, los emplazados plantearon dos argumentos principales; aunque contradictorios. El primero, *absolutamente inaudible por donde se lo mire*: que el actor, en tanto profesional universitario (ingeniero), debió haber conocido los riesgos que entrañaba la operación. Esta apreciación (salvo que se hubiere dado el hipotético caso de que el paciente fuese versado en la materia), no resiste el menor tipo de análisis.

El segundo argumento: que efectivamente le brindaron al actor toda la información pertinente acerca de la cirugía. Al respecto, bueno resulta destacar que el consentimiento deber ser *expreso* y –más allá de lo que ahora dice la ley 26.529, posterior al hecho de marras— la doctrina siempre entendió que preferentemente debe ser prestado por *escrito*. Sin embargo, no se ha anejado en estos obrados documento alguno que explicita la aceptación de los riesgos por parte de la actora.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA B

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Más allá de lo expuesto, tampoco se ha producido *ninguna prueba* en la especie que permita sostener que se han explicado de *modo verbal* todas las posibles consecuencias de la intervención quirúrgica efectuada. Al respecto, se ha decretado –incluso– la caducidad de la prueba testimonial de Marcelo Zas (v. fs. 147); único deponente que podría haber echado luz a la postura de la demandada.

Con acierto se precisó que el hecho de que el paciente nada haya expresado, y se someta a la práctica quirúrgica, de ningún modo puede ser visto como una actitud implícita de legitimación a la actuación del médico. Por eso, es más que obvio que la prueba de la existencia de un consentimiento informado corresponde al médico, sin que tenga influencia alguna la mera pasividad del paciente; dado que es el galeno quien debe tomar la iniciativa para que aquel instrumento se extienda (ver López Mesa, Marcelo J., “Los médicos y el consentimiento informado”, El Derecho, 11-2-2016, p. 1; y, del mismo autor, “Los médicos y la información debida al paciente en el Código Civil y Comercial”, La Ley, 15-2-2016, y *Online* AR/DOC/377/2016).

Por otra parte, parece claro que a quien se somete a una intervención quirúrgica no se le puede exigir una prueba negativa diabólica; como sería el absurdo de que se pretendiera que acreditara el *no* otorgamiento del mentado consentimiento. Por lo dicho, ante la *patente orfandad probatoria*, es evidente que los médicos actuantes han incurrido en una omisión significativa y trascendente. La actora quedó privada de contar con *datos esenciales* para poder decidir válidamente si aceptaba o no la intervención quirúrgica.

Así las cosas, bueno resulta resaltar que el consentimiento informado constituye una pieza básica de la relación médico-paciente; ya que su existencia o no es *clave* a la hora del reparto de los riesgos propios del actuar médico. Entonces, de no haberse aquel verificado, como en el caso de autos, no queda otra alternativa que descargar tales riesgos en las espaldas del facultativo; y ello debido a que la falta de éste –su *mala praxis* con esa omisión– le *impidió* a la demandante ejercer la apuntada opción que es fundamental: someterse a la intervención aconsejada o negarse a ella.

La ausencia del consentimiento informado convirtió en *antijurídico* el acto médico y, por ser tal, los emplazados tienen que





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA B

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

responder por las consecuencias negativas que se han producido. Y es así porque fue el mismo profesional que, con esa conducta *omisiva*, decidió *afrentar unilateralmente* los riesgos de la intervención (ver Highton, Elena I. y Wierzba, Sandra M., "La relación médico-paciente: el consentimiento informado", pág. 220 y siguientes, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1991; Vázquez Ferreyra, Roberto A., "El consentimiento informado en la práctica médica", JA., 2001-III-1085, López Mesa, Marcelo J., "Pacientes, médicos y consentimiento informado", en La Ley 2007-B, 867, *Online AR/DOC/898/2007*).

Ahora bien, ¿cuáles eran estos riesgos? Sobre el punto, el experto médico, cuyas conclusiones no fueron impugnadas, fue contundente al señalar que el actor presenta "ectasia corneal del hemisferio inferior corneal de ojo derecho entre las 4 y 8 horas", provocada por una "degeneración marginal pelúcida" como causa de la intervención. A su vez, el perito indicó que *la probabilidad* de que ocurra la ectasia corneal post lasik es del 0.008 al 0.06%; al ser preguntado por el encartado, adujo que *es una complicación relatada como posible en la bibliografía*; aunque "estadísticamente, poco esperable" (v. fs. 191).

Claro está, que la chance de que ocurriera el lamentable episodio era muy baja. No obstante, aunque fuera ínfima, queda claro que los demandados –al haber asumido, como ya dije, los riesgos no informados por la intervención quirúrgica practicada a la actora—tendrán que afrontar el pago de la indemnización pertinente por todos los daños ocasionados.

En función de lo delineado, habré de proponer a mis colegas que se revoque la sentencia de primera instancia en lo principal que decide y se haga lugar a la demanda incoada contra Oftalmológico Stefani & Asociados S.A, Carlos Alberto Stefani y Alberto Santiago Just Tiscornia.

A su vez, se extiende la condena a la citada en garantía SMG Compañía Argentina de Seguros S.A en los términos del art. 118 de la Ley 17.418. Esto es, de acuerdo a las condiciones pactadas en las pólizas CAA 500685, IND 404904 e IND 401114 oportunamente acompañadas.

VI. La indemnización





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA B

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Antes de comenzar, diré que no accederé a la solicitud de la actora de aumentar los valores "por inflación"; en tanto impugnó la imposibilidad de indexar prevista por la ley 23.928.

Al respecto, he de precisar que no comparto la postura relativa a la "actualidad" de los montos indemnizatorios. Es que, vale la pena resaltarlo, las indemnizaciones que establecen los jueces no pueden contener actualización alguna pues -de lo contrario- se violarían las leyes 23.928, 25.561 y sus decretos reglamentarios (ver, entre tantos precedentes, esta Sala *in re* "Walas c/ Fernández", del 20/12/2007 y el fallo de nuestra Corte Federal en "Massolo, Alberto José c/ Transporte del Tejar S.A.", 20-4- 2010, LL, del 25-10-2010, p. 9).

VI.a. Trataré inicialmente las partidas requeridas en el escrito inaugural en concepto de daño físico, daño psíquico, gastos de tratamiento psicológico y asistencia médica futura (\$200.000, \$200.000, \$24.960 y \$50.000; respectivamente).

Al respecto, cabe señalar que la partida por incapacidad física procura el resarcimiento de los perjuicios que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada, lo que incide en todas las actividades, no solamente en la productiva sino también en la social, cultural, y fundamentalmente en la individual (conf. CNCiv., Sala C, 21/03/1995, *in re*: "Arias Gustavo G. c/ Fuentes Esteban"). Tal criterio se sustenta en el derecho del sujeto a conservar ileso e intacto su cuerpo, dado que aun con la mejor evolución posible de las lesiones sufridas será harto difícil o imposible restablecer por completo en el organismo alterado la situación de incolumidad anterior; y esta situación es la que determina un perjuicio reparable (cfr. mi anterior voto *in re* "Domínguez c. Arakaki s/ds. y ps.", del 31/10/2005). Consecuentemente, rigiéndonos por el principio de la reparación integral, es obligación de los jueces cubrir el demérito que del ilícito resulte a la víctima.

Desde otra perspectiva, la jurisprudencia ha dicho que para fijar el monto indemnizatorio por la incapacidad derivada de un accidente, debe estarse al prudente arbitrio judicial. El órgano jurisdiccional apreciará así la trascendencia de las lesiones sufridas, la edad de la víctima, su actividad, condición social, estado civil, trabajos cumplidos, situación económico social de la unidad familiar, cantidad de personas a cargo del afectado, etc. (cfr. CNCiv., Sala D, del 7/11/1968, ED, 25-428;





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA B

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

íd, íd., del 9/5/1972, ED, 43-740; íd., Sala E, del 23/3/1961, ED, 1-58; entre muchos otros). En la especie, cabe destacar que Juan Manuel Ferrero contaba, al momento de realizarse la experticia psicológica, con 32 años de edad, era de estado civil casado, padres de dos hijas, de profesión ingeniero electrónico, y se desempeñaba como jefe de sección en Nucleoeléctrica Argentina S.A (v. fs. 155).

En lo que se refiere al daño psíquico, por supuesto que con la partida del caso se tiende a indemnizar la falta de salud mental derivada de un hecho ilícito, debiéndose verificar -a los fines indemnizatorios- la naturaleza y la entidad del interés lesionado. Tal como sucede con las lesiones físicas, se está ante una inhabilidad o dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales, sin que importe que tal disminución no afecte la capacidad productiva del individuo, dado que existe también un derecho en el sujeto a conservar ilesa e intacta su psiquis.

En el referido contexto, y precisadas ya las directivas que guiarán nuestro estudio, estimo pertinente evaluar las conclusiones arribadas en los informes periciales practicados en el expediente. Es así que el experto médico adujo que Juan Manuel Ferrero padece, producto de la intervención, una "ectasia corneal del hemisferio inferior corneal de ojo derecho entre las 4 y 8 horas", que le genera una incapacidad del 18 al 32% (v. fs. 191). Es importante destacar que, al momento del dictamen, la agudeza visual en el ojo derecho del actor era de "1/10 snellen... mejorable (con corrección únicamente)...a...3/10 Snellen" (v. fs. 190).

Ahora bien, no puede soslayarse que tales complicaciones pueden tratarse y mejorarse con "lente de contacto rígido gas permeable – cross linking – anillos intraestomales – queratoplastia laminar – queroplastia penetrante" (el lente cuesta entre \$2.000 a \$5.000 y la cirugía de \$10.000 a \$50.000); que hubo una mejoría considerable en el ojo izquierdo; y que el pretensor se encuentra "en condiciones oftalmológicas para trabajar...y tiene licencia de conducir" (v. fs. 189/193). Estas conclusiones, que no fueron impugnadas por las partes, me llevan a tener un criterio restrictivo y prudente a la hora de justipreciar la partida indemnizatoria.

En lo que respecta a la faz psíquica, el perito designado adujo que el actor presenta un "desarrollo reactivo de grado moderado"





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA B

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

que le provoca una incapacidad del 25%; al par que recomendó la realización de un tratamiento psicológico "de una duración de al menos un año, y la frecuencia...como mínimo una vez por semana...con un costo promedio de \$200" (v. fs. 159). Estas conclusiones sí fueron impugnadas (a fs. 178/181 por la citada en garantía); aunque debidamente contestadas por el perito (v. fs. 195/197).

Repárese que en materia de procesos de daños y perjuicios, la prueba pericial deviene relevante ya que el informe del idóneo no es una mera apreciación sobre la materia del litigio, sino un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos (CNCiv., Sala D., en autos "Yapura, Gregoria Ermina c/ Transporte Automotor Riachuelo S.A. s/ Ds. y Ps.", expte. libre n° 77.257/98, del 8/10/02; íd., "Fiorito, José Luis c/ Petersen, José y otro s/ Ds. y Ps", expte. libre n° 105.505/97, del 20/09/91).

Asimismo, deberá tenerse presente que la función de las experticias es de asesoramiento, pues se trata de cuestiones ajenas al derecho respecto de las cuales el Juez no tiene conocimientos específicos. La solvencia técnica que se desprende de cada profesión indica que los dictámenes de expertos es lo que resulta más adecuado; y ello es así porque es el fruto del examen objetivo de circunstancias de hecho, de aplicación a éstas de los principios científicos inherentes a la especialidad, y de los razonamientos que siguen para dar respuesta a los temas sometidos a su dictamen (CNCiv., Sala D, en autos "Quiros de Delgado, Nélica c/ Ferrocarriles Metropolitanos S.A. s/ Daños y Perjuicios", expte. libre n1 25.403/93 del 27/12/96). (cfr., además, mi anterior voto in re "Chomsky c/ Palavecino s/ ds. y ps.", del 15/12/2005).

En función de todo lo delineado, a fin de establecer el importe global por esta partida tendré en cuenta: a) la entidad de la lesión visual padecida; b) que tal lesión no afectaría laboralmente al pretensor (corroborado por la empresa en la que trabaja a fs. 128); c) los gastos en que se pudiera incurrir en una cirugía o tratamiento para mejorar y/o superar ese estado; d) los porcentajes de incapacidad establecidos por los expertos; e) la necesidad de realizar un tratamiento psicoterapéutico (que podrá paliar –aunque no suprimir- las consecuencias psíquicas sufridas); f) la fecha del hecho; g) lo que se dirá respecto de los intereses; y h) las particulares circunstancias de autos. En ese escenario, y en uso





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA B

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

de las facultades que me confiere el art. 165 del CPCCN, propondré a mis colegas que se fije una suma de \$ 250.000, inclusiva de todos estos conceptos.

VI.b. De otro lado, el pretensor reclamó una indemnización por la pérdida de chance laboral (que, según explica, se trata de la imposibilidad de competir en igualdad de condiciones por un futuro empleo).

Sobre la referida cuestión, diré que hay acuerdo en fallos y doctrina -como luego se precisará- en que se verifica una chance cuando existe la oportunidad, con visos de razonabilidad o fundabilidad, de lograr una ventaja o evitar una pérdida. Y por supuesto que la frustración de esa probabilidad, imputable a otro, engendra un perjuicio resarcible. De aquí se sigue que el deber de reparar, en principio, acontece cuando hay algo actual, cierto e indiscutible; y que es precisamente la efectiva pérdida de la oportunidad de lograr un beneficio.

Ahora bien, sobre este tema resulta indispensable efectuar dos precisiones; una, relativa al requisito que se debe reunir; la otra, atinente al alcance de la indemnización. La primera, es que la pérdida de chance no genera la obligación de indemnizar cuando se trata de la frustración de meras posibilidades o expectativas; es decir, cuando éstas son muy vagas o generales, pues en tales casos el daño que se invoca sería puramente eventual o hipotético, y es sabido que resulta improcedente conceder indemnizaciones por meras conjeturas. Es por ello que esa posibilidad perdida -para dar nacimiento a la obligación de indemnizar- tiene que tener una intensidad tal de modo que se erija en una probabilidad suficiente; o sea, que es necesario que la pérdida se encuentre debidamente fundada a través de la certeza de la probabilidad del perjuicio.

La segunda precisión a efectuar en materia de chance es que -cuando lo truncado es una probabilidad suficiente- lo que se indemniza es la chance misma y no la ganancia o pérdida que era objeto de aquélla; a cuyo efecto el juez ha de evaluar la mayor o menor probabilidad de que esa chance se convierta en cierta. Esto significa, desde luego, que el resarcimiento a disponer en ningún supuesto ha de tener el alcance que lo identifique con el beneficio perdido, pues -si mediara tal identificación- se estaría indemnizando concretamente la





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA B

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

ganancia frustrada o la pérdida generada, y no la probabilidad de lograrla o de evitarla, que hace a la esencia de la chance.

La jurisprudencia y doctrina, tal como ya lo señalé, es coincidente en los precedentes lineamientos (ver esta Sala, en autos, "Torres, Horacio J. c/ Microómnibus Norte L. 60", del 16/11/2006; íd., in re "Oubiña c/ Soc. Italiana de Beneficencia y otros", del 27/2/2008; CNCiv., Sala C, del 5/8/74, LL 156-274; CNCiv., Sala G, del 21/12/81, LL 1982-D-475; CNCiv., Sala J, del 23/4/2007, en autos "AV.A. c/ Banco Superville"; CNCiv., Sala D, del 24/5/2006, "AG., R.L. c/ G., P.A. y otros"; SC Mendoza, Sala 2, del 31/10/79, JA 1980-I-197; CNFed. Civ. y Com., Sala 2, del 26/8/88, LL 1989-A-342; Zabala de Gonzalez, Matilde, "Resarcimiento de daños", vol. 2 "Daños a las personas", p. 373 y sigtes., ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991; Alterini, Atilio Aníbal, Ameal, Oscar José y López Cabana, Roberto M., "Derecho de Obligaciones", p. 790, N° 1856, 2da. edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998).

Efectuadas las aclaraciones precedentes, diré que no se logra comprender a ciencia cierta cuál es la chance reclamada. En efecto, si el planteo apunta a la pérdida de chance de poder competir por un puesto de trabajo en el futuro en igualdad de condiciones, se podría decir que estamos en el campo patrimonial y específicamente en lo que fue objeto de análisis al momento de justipreciar el rubro "incapacidad sobreviniente". A su vez, si interpretamos que se trata de alguna otra chance -tal como haber perdido la posibilidad efectiva de un empleo en el lapso en el que ocurrió el hecho-, no puede soslayarse que dicha circunstancia no ha sido acreditada en el expediente; y bien se sabe que, si no se quiere incurrir en un enriquecimiento sin causa, no resulta posible otorgar una indemnización por un supuesto perjuicio cuando no se verifica prueba alguna que certifique su acaecimiento de un modo concreto.

En suma, no pueden otorgarse reparaciones en base a articulaciones unilaterales sin sustento fáctico alguno. Es que las consideraciones realizadas por el pretensor de ninguna manera alcanzan para tener por verificado el daño; sin perjuicio que, reitero, no obra en la causa elemento alguno que lo haga suponer.

Es sabido que quien omite probar -no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo- se expone al riesgo de no formar la convicción del juez sobre la existencia de los hechos de que se trate y,





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA B

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

por consiguiente, a la perspectiva de una sentencia desfavorable. La actividad probatoria constituye, pues, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés (Palacio, Lino, "Manual de Derecho Procesal Civil", Abeledo Perrot, 2004, pág. 399). Esta conclusión se aplica a la letra al reclamo ahora en estudio; y es precisamente la falencia probatoria antes apuntada la que definirá la suerte adversa de esta partida.

VI.c. Seguidamente me referiré al monto requerido en concepto de daño moral (\$250.000). Sobre la cuestión, he de destacar que en general se admite que para que estemos ante un daño de esta índole es indispensable que se trate de una lesión a los sentimientos o afecciones legítimas, perturbándose la tranquilidad y el ritmo normal de vida, por lo que representa una alteración desfavorable en las capacidades del individuo para sentir, querer y entender; traducándose en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho.

Es que el daño moral -en tanto configura un menoscabo a los intereses no patrimoniales- es el conjunto de sinsabores, angustias, pesares, sufrimientos, etcétera, que el injusto provocó en el damnificado; más allá de las secuelas de orden psíquico que el episodio pueda o no dejar en la víctima, según su peculiar sensibilidad y circunstancias personales (ver Cammarota, Antonio, "Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos", ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 102; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños, T. 2b, pág. 593 y ss.; Zannoni, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, p. 287; CNCiv, Sala C, 22-12-2005, "Vega Rubilan, Soria de las Mercedes c/ Transporte Automotor General Las Heras SRL", LL, online; íd., Sala E, 26-5-2006, "Montalbetti, Carlos F. y otros c/ Microómnibus Sur SAC y otros").

No puede discutirse que el daño moral recae en el *lado íntimo de la personalidad*, y en este sentido es verdad que nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia, y en su caso la intensidad, del padecimiento y angustia que se invoca. Es que se trata de un *sentimiento* que, como decía Kant, representa un estado que *"no contiene más que lo subjetivo puro"* (ver Principios metafísicos del Derecho", p. 13, Imprenta de José María Pérez, Madrid, 1873).

No obstante lo expuesto, la circunstancia de que nos





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA B

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

hallemos ante supuestos de alteraciones emocionales profundamente subjetivas e inescrutables no ha de impedir la evaluación del juez, la que -necesariamente- tendrá que ser objetiva y abstracta; para lo cual se considerará cuál pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo de una persona común, colocada en las mismas condiciones concretas en que se encontró la víctima del acto lesivo (ver Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad civil", p. 247, 9º edición, Abeledo-Perrot, 1997). Desde esta óptica, no parecería un requisito necesario la demostración por el accionante de la existencia en sí del daño moral; a tal punto que se ha sostenido que dicha prueba -de producirse- sería irrelevante para el Derecho, pues lo que hay que tener en cuenta es el dolor o sufrimiento moral que el hecho en cuestión *produce normalmente* en los sujetos, dado que se estaría ante un efecto "*previsto de antemano por la norma*" (ver Brebbia, Roberto H., "El daño moral", p. 86, Ed. Orbir, 2º edición, Rosario, 1967). De todas maneras, y en lo que hace a la *magnitud* y el *alcance* del daño moral, es verdad que podrá ser *presumido* por el juez por vía *indirecta*, tras la prueba por la víctima de determinadas situaciones por las que ella transita a raíz del injusto (ver Zabala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", T. 2b, p. 593 y ss.).

Claro está que, a los fines indemnizatorios, no sólo se debe tener en cuenta las condiciones personales de la víctima al momento del evento –antes destacadas- sino también evaluar los padecimientos de esta índole que razonablemente pudo haber sufrido a consecuencia del hecho dañoso.

En virtud de lo referido, de acuerdo a todas las circunstancias particulares de autos antes señaladas y lo que se dirá respecto de los intereses, propondré al Acuerdo que se fije por este concepto la cantidad de \$ 50.000. Tal ha de ser mi voto.

VII. Los intereses

En lo que respecta a los intereses, en el caso se impone la vigencia del art. 303 del ritual, precepto que considero vigente en su redacción originaria conforme lo decidido por esta Sala (R. 621.758, del 30/08/2013, "Perez Horacio Luis c/ Banco Saez S.A s/ ejecución de honorarios", LL, *Online*, AR/JUR/55224/2013). A la luz de la mencionada





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA B

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

norma, entonces, se establece para todo el fuero la *obligatoriedad* de los fallos plenarios. Así las cosas, en la sentencia de esta Cámara, en pleno, en los autos "Samudio de Martínez, Ladislada c/ Transporte Doscientos setenta S.A. s/ Daños y Perjuicios", dictada el 20 de abril de 2009, se resolvió dejar sin efecto la doctrina fijada en los fallos plenarios "Vazquez, Claudia c/ Bilbao, Walter y Otros" (del 2-8-1993) y "Alaniz, Ramona Evelia c/ Transporte 123 S.A." (del 23-3-2004), disponiéndose aplicar desde la mora (en el caso, desde el día del hecho) la tasa de interés *activa* cartera general (préstamos), nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Es verdad que el mentado plenario admite una solución diversa cuando acontezca "una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido". Pero esa singular especie comporta una situación *harto excepcional*, que se aparta de la regla general, y que -para que pueda tener lugar- debe ser acreditada *fehacientemente y sin el menor asomo de duda* en el marco del proceso. A mi juicio no obran en la causa constancias que certifiquen que, con la aplicación de la tasa activa desde el día del evento, se configuraría el mentado "enriquecimiento indebido"; como tampoco existen elementos que siquiera lo hagan presumir.

Para finalizar, debo aclarar que con relación a los intereses devengados a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y hasta el efectivo pago, al ser una consecuencia no agotada de la relación jurídica que diera origen a esta demanda, la tasa que resulte aplicable para liquidarlos por imperio del art. 768 del citado ordenamiento, nunca podrá ser inferior aquí establecida, pues ante la falta de pago en tiempo de la indemnización y dadas las actuales circunstancias económicas, iría en desmedro del principio de la reparación plena del daño que se ha causado (ver. art. 1740 del mismo código).

VIII. Las costas

Con relación a las costas, no hay motivo alguno para apartarme del principio objetivo de la derrota; de manera que las erogaciones causídicas devengadas en primera y segunda instancia se aplicarán a la parte demandada que ha resultado sustancialmente





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA B

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

vencida en el pleito (artículo 68, primera parte, del CPCCN).

IX. Conclusión

A tenor de las consideraciones fácticas y jurídicas desplegadas a lo largo del presente voto, propongo al Acuerdo revocar la sentencia de grado y, por ende, admitir la demanda incoada en autos, condenando a los demandados al pago de la suma de pesos trescientos mil (\$300.000), con más sus intereses. Éstos se calcularán desde el día del hecho dañoso y hasta el momento del efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida, a treinta días, del Banco de la Nación Argentina. La condena se hace extensiva a la citada en garantía, en los términos del seguro contratado. Las costas de ambas instancias se imponen a los emplazados vencidos.

Los Dres. Parrilli y Ramos Feijóo, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Mizrahi, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Con lo que terminó el acto: MAURICIO LUIS MIZRAHI.- ROBERTO PARRILLI.- CLAUDIO RAMOS FEIJOO -.

*Es copia fiel del Acuerdo que obra en la Pág. n° a n°
del Libro de Acuerdos de esta Sala B de la Excma. Cámara Nacional de
Apelaciones en lo Civil.*

Buenos Aires, Marzo de 2016.

Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: revocar la sentencia de grado y, por ende, admitir la demanda incoada en autos, condenando a los demandados al pago de la suma de pesos trescientos mil (\$300.000), con más sus intereses. Éstos se calcularán desde el día del hecho dañoso y hasta el momento del efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida, a treinta días, del Banco de la Nación Argentina. La condena se hace extensiva a la citada en garantía, en los





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA B

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

términos del seguro contratado. Las costas de ambas instancias se imponen a los emplazados vencidos.

Teniendo en cuenta como se decide en esta instancia, difiérese la adecuación dispuesta por el art. 279 del Código Procesal respecto de las regulaciones practicadas a fs. 234 vta., así como la determinación de los honorarios correspondientes a la tarea desplegada en la Alzada, hasta tanto exista liquidación definitiva aprobada (conf. art. 1 de la ley N° 24.432).

Regístrese, protocolícese y notifíquese. Oportunamente publíquese (conf. C.S.J.N. Acordada 24/2013). Fecho, devuélvase.

4

5

6

