



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA M

ACUERDO

En Buenos Aires, a los días del mes de diciembre del año dos mil veintidós, reunidos los señores jueces de la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Dres. Guillermo Dante González Zurro, Carlos Alberto Calvo Costa y María Isabel Benavente, a fin de pronunciarse en el expediente n° 26348/2020, “**Kremenchuzky, Nicolás Martín c. Gómez, Gonzalo Eduardo y otros s. daños y perjuicios**”, el Dr. González Zurro dijo:

1. Sumario

El 13 de agosto de 2020 el joven Nicolás Martín Kremenchuzky se internó en el Sanatorio Agote para ser operado del hombro izquierdo, pero salió del quirófano operado del hombro derecho.

Este hecho fue el que motivó que demandara por mala praxis médica tanto a la empresa de medicina prepaga Swiss Medical S.A., como al médico cirujano, Dr. Gonzalo Eduardo Gómez. Además, pidió la citación en garantía de SMG Compañía Argentina de Seguros S.A. y de Seguros Médicos S.A.

La [sentencia](#) admitió la demanda y condenó a los demandados y a las citadas – estas últimas con el alcance del art. 118 de la ley 17418– a pagarle la suma de \$4.654.000, intereses y costas.

Todas las partes apelaron la sentencia y expresaron agravios. [Gonzalo Eduardo Gómez](#), a quien adhirió su aseguradora [Seguros Médicos S.A.](#), se agraviaron de la responsabilidad; de los montos; de los intereses y de las costas; [Swiss Medical S.A. y SMG Cía. Argentina de Seguros S.A.](#), de los montos, intereses y costas por el rechazo del daño punitivo; [Nicolás Martín Kremenchuzky](#), por los montos y por el rechazo del daño punitivo. Las expresiones de agravios merecieron sendas y recíprocas respuestas.



2. La responsabilidad

2.1. Agravios del cirujano

El médico cirujano, Dr. Gonzalo Eduardo Gómez, consideró erróneo el fallo; sostuvo que se basó en el peritaje del Dr. Jorge Alejandro Salum y para ello refirió que Kremenchuzky fue intervenido el 13/08/2020 a través su prepaga Swiss Medical S.A. de una artroscopía de hombro derecho en el Sanatorio Agote. Expuso que firmó el consentimiento informado y, según lo estipula la OMS, se hizo la lista de verificación de la cirugía, la que incluía el sitio quirúrgico. Así surge del *check list* suscripto por Carina Barrera y del parte quirúrgico de la hora 20 de ese día: “...*lesión de SLAP tipo II. Preparación de la raíz. Colocación 1 anclaje biodegradable de 3 mm. Punto colchonero de la raíz de bíceps. Se anuda. Se constata reparación con estabilidad de la raíz del bíceps. Lavado. Sutura. Cura plana. Tolera bien la cirugía...Diagnóstico posoperatorio: Lesión de SLAP*”

El apelante Gómez se remitió luego a lo expuesto por el perito interviniente, que señaló que la lesión de SLAP (*Superior Labrum Anterior to Posterior*) es la rotura anterior hacia posterior del labrum superior, el cual es un anillo fibrocartilaginoso ubicado en la articulación del hombro. Indicó que estas lesiones se pueden producir durante actividades deportivas, especialmente en deportes de lanzamiento o como resultado de una caída sobre el brazo extendido.

El recurrente argumentó que conforme el parte quirúrgico detectó una lesión en el hombro derecho y así lo resolvió, prueba de ello es que el paciente no presenta ninguna secuela física incapacitante ni dolor alguno. Solo las cicatrices propias de la intervención, por las que el perito le concedió un 5% de incapacidad.

En otras palabras, el Dr. Gómez sostuvo que el paciente *también* presentaba sintomatología en el hombro derecho, lo que se corroboró con el parte quirúrgico.



Por consiguiente, discrepó con la sentenciante en cuanto a considerar que la conducta desplegada por el cirujano haya sido negligente ni que pueda considerarse culposa.

Cuestionó también que esa afirmación se base en una opinión subjetiva del perito médico, sin tomar en cuenta la historia clínica (HCE). De ninguna manera –afirmó– quedó probado que hubiera operado el hombro equivocado; de ser así, también se habría equivocado el personal de enfermería y el anestesista; y cabría preguntarse cómo se reparó una lesión, presente en el hombro derecho.

Se agravió, asimismo, de que la culpa no se presume y que, por más que algún reproche se le pueda efectuar a su actuar según el criterio de la jueza, para hacerlo civilmente responsable era necesario demostrar que los daños causados tenían relación causal con su actuar, y que haya obrado con culpa, lo que en la especie no ocurrió.

Por último, se quejó de que la sentenciante se apartó de las reglas de la sana crítica, pues hay elementos probatorios suficientes que permiten establecer que se ha actuado en el ejercicio de la profesión conforme lo indican las normas y costumbres de práctica en el arte de curar.

2.2. Fundamentos jurídicos

2.2.1. En primer lugar, destaco que el codemandado Gómez *consintió* el peritaje médico del Dr. Jorge Alejandro Salum, al que ahora, tardíamente, considera solo como “una presunción, una opinión subjetiva del perito médico interviniente”.

Sobre este punto, es necesario recordar que el peritaje médico constituye la prueba más importante en esta clase de juicios, donde se dilucidan cuestiones que escapan al ordinario conocimiento de los jueces, de modo que tanto los hechos comprobados pericialmente, como sus conclusiones, tienen que ser aceptados por el sentenciante, salvo que se demuestre la falta de opinión fundante o su no objetividad, para lo cual quien la impugna debe acompañar la prueba del caso, pues al respecto no bastan ni el puro disenso ni la opinión



meramente subjetiva del impugnante, debiéndose demostrar que la opinión del perito se halla reñida 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. O sea que, en definitiva, la facultad para apreciar la pericia no es discrecional, pues si bien las normas procesales no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, para desvirtuarlo es imprescindible traer elementos de juicio que permitan concluir en el error o en el inadecuado uso que el experto hubiere hecho de los conocimientos científicos de los que ha de suponérselo dotado¹.

El perito médico, precisamente, fue el que dictaminó que el paciente tenía lesionado el hombro izquierdo (respuesta al punto a); que el diagnóstico efectuado por el Dr. Gonzalo Eduardo Gómez fue “omalgia izquierda de 3 años de evolución con resonancia magnética nuclear informa lesión de labrum tipo SLAP 3-4” (respuesta al punto b); que el hombro que se debía intervenir quirúrgicamente era el izquierdo, según HCE, valoración de paciente quirúrgico (respuesta al punto e); que el Dr. Gonzalo Gómez llevó a cabo una artroscopia de hombro derecho con sutura de labrum, con 1 arpón de Artrex (respuesta a los puntos f, g y h); que el paciente debió portar cabestrillo y realizar tratamiento kinésico durante 60 días (respuesta a los puntos i y j) y que presenta una incapacidad parcial y permanente por tres cicatrices en hombro derecho del 5% (respuesta al punto l, escrito del 11/10/21; ver también contestación de impugnación de la actora, respuesta al punto 4, escrito del 07/11/21).

2.2.2. Si vamos a la HCE, como argumenta el apelante, los datos no difieren, salvo por la epicrisis, que fue tipeada *después* de la cirugía.

Veamos. Al ingresar el paciente al Sanatorio Agote proveniente de su domicilio se dejó asentado: cirugía, artorse de hombro izquierdo; tipo de

¹ CNCiv., esta Sala, “M., C. V. c. OSDE s. daños y perjuicios”, del 25/06/21, en TR LALEY AR/JUR/129586/2021, y sus citas doctrinarias.



cirugía, programada; cirujano, Gómez. La siguiente imagen capturada de la HCE es elocuente:



Sanatorio Agote
Nombre del Paciente: KREMENCHUZKY , NICOLAS MARTIN
Número de HC: 232328
Número de Encuentro: 547466
Fecha: 13/08/2018 Hora: 15:34

VALORACIÓN DEL PACIENTE QUIRÚRGICO

Edad:	20 años	Sexo:	MASCULINO
Tipo y Nro. Documento:	D.N.I		40731646
Suite:	Hab A-409, Cama A-409		
Cobertura:	SMG	Plan:	SMG
Nro. de Credencial:	8000060218998041070		
Nombre de la Madre/Padre/Tutor			
Pulsera de Identificación N°:			
Cirugía:	ARTROSC DE HOMBRO IZQUIERDO		
Tipo de Cirugía:	Programada		
Cirujano:	GOMEZ		
Procedencia:	Domicilio	Indicar cuál en caso de Otro:	

Esta cirugía programada del hombro izquierdo para el 13/08/18 venía de una dolencia del joven paciente con tres años de evolución, tratada por el mismo Dr. Gonzalo Gómez y como consecuencia de la práctica de tenis, todo según documentación aportada por el propio cirujano:



En ningún momento se alude a una lesión de hombro derecho, siempre fue el izquierdo.

2.2.3. De esta manera cabe atribuir negligencia al cirujano Dr. Gómez, pues es evidente que confundió el hombro que debía operar. El propio Gómez pareció



así entenderlo al asentar en la HCE: *“En el día de ayer al despertarse de la anestesia el paciente expresa que el hombro que se debía operar era el izquierdo. Inmediatamente después de constatar que el paciente estuviera recuperado de la anestesia me dirijo a la habitación para hablar con los padres. Les explico la situación y los padres la entienden. Al llegar el paciente a la habitación hablo nuevamente con los padres y el paciente, quienes entienden la situación con un trato amable”* (14/08/2018, 00:44).

De suerte tal que la conducta del médico cirujano cae dentro del factor subjetivo de atribución en los términos del art. 1724 del CCCN: *la culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión.*

2.2.4. En cuanto al cuestionado nexo causal, poco es necesario para tener por acreditado que las consecuencias son evidentemente imputables al actuar del médico demandado (art. 1726 CCCN). Basta con remitirse a los dictámenes y a las secuelas que la errónea cirugía le ocasionó al paciente, entre ellas, las inevitables cicatrices posquirúrgicas (respuesta al punto 7 de la demandada, dictamen del Dr. Salum) y la incapacidad psíquica compatible con trastorno de estrés postraumático (dictamen de la Lic. Alicia Cortalezzi, del 10/09/21).

2.2.5. Pero, además de lo dicho, entiendo que debe evaluarse otro argumento fundamental para decidir este caso que, si bien no recibió tratamiento especial en la sentencia, había sido introducido en la demanda. Me refiero al consentimiento informado.

En efecto, el paciente en ningún momento prestó su consentimiento para que le operen el hombro derecho. Aunque por hipótesis ese hombro derecho también tuviese una lesión (circunstancia negada por el perito médico: respuesta al punto 3 de la contestación de impugnación de la actora, escrito del 23/10/21), *faltó el consentimiento para esa cirugía*. Por consiguiente, si bien en la planilla del consentimiento informado se omitiera indicar cuál de ambos hombros debía operarse y no hay prueba que demuestre que el paciente



verificara que debía operarse el hombro derecho, era claro, por los antecedentes médicos, que debía ser el izquierdo. Esto implica que en ningún momento el paciente dio su consentimiento escrito para la operación finalmente practicada, pues quedó probado que esa cirugía no estaba programada ni que existieran razones que justificaran el cambio de protocolo quirúrgico. Como sostuvo mi distinguido colega de Sala, Dr. Calvo Costa, dentro del contexto general que conforma el deber médico de información se encuentra inmerso el consentimiento informado, cuya omisión puede originar la responsabilidad civil del galeno cuando se materializan los riesgos típicos sobre los cuales el paciente no ha sido informado; por regla general, el médico no puede sin el consentimiento informado de su paciente proceder a una intervención quirúrgica que no sea urgente. Por ende, la falta de acreditación del consentimiento informado por parte del facultativo constituye una actuación u omisión culposa que puede llevar a sostener que es el propio médico quien asumió por sí solo los riesgos inherentes a la intervención².

2.2.6. Por estas razones, propongo al Acuerdo desestimar los agravios vertidos por el médico codemandado Gómez y confirmar la sentencia apelada en cuanto a la responsabilidad se refiere.

3. Partidas resarcitorias

3.1. Aclaración preliminar

Aun cuando la jueza de la anterior instancia no lo especificó, entiendo que cuantificó las distintas partidas indemnizatorias al momento de la sentencia, excepto la referida al tratamiento psíquico, que fue fijado de acuerdo a los valores informados en la pericia psicológica.

A fin de evaluar los agravios sobre las partidas, habré de seguir el mismo criterio temporal.

² Calvo Costa, Carlos, *Responsabilidad civil médica*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2021, V, pág. 423 y cita bajo n° 6; CNCiv., esta Sala, mi voto en expte. 28679/2007, “B., M. Ch. c. Mallo, Oscar s. daños y perjuicios-resp. prof. Médicos y aux.”, del 08-04-2022.



2. Incapacidad sobreviniente

En consonancia con el art. 1737 de Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), las lesiones a la integridad psicofísica, a la estética y a la vida en relación pueden generar, según la índole de los intereses afectados y de las proyecciones de sus consecuencias:

- a) daño patrimonial,
- b) no patrimonial,
- c) ambos³.

El daño psíquico debe ser valorado junto con la incapacidad física porque los porcentajes incapacitantes padecidos por el damnificado repercuten en forma unitaria. Esto aconseja que se fije una partida indemnizatoria que abarque ambos aspectos (arts. 1738 y 1746 CCCN). En rigor, si bien conformarían dos índoles diversas de lesiones, se traducen en el mismo daño, que consiste, en definitiva, en la merma patrimonial que sufre la víctima por la disminución de sus aptitudes para el desempeño de cualquier trabajo o actividad productora de beneficios materiales, o por la necesidad de que un tercero le ayude con las demás actividades no remunerativas, pero económicamente valorables.

De acuerdo con el art. 1746 citado, la incapacidad permanente es objeto de indemnización aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada, esto es, al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad psicofísica tiene en sí misma un valor indemnizable⁴. Y aunque este último criterio pueda ser cuestionado por autorizada doctrina, se coincide en que la integridad personal posee, cuanto

3 Pizarro-Vallespinos, Instituciones de Derecho Privado, Hammurabi, tomo 4 p. 293, con adhesión de Bueres, Zavala de González, Lorenzetti, López Mesa, Casiello.

4 CSJN, Fallos 340:1038 del 10-8-17, “Ontiveros, Stella Maris c/Prevención ART”, consid. 7; íd., Fallos 322:2658; Galdós, Jorge Mario, en Lorenzetti, Ricardo (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, tomo VIII, pp. 524-525, coment. art. 1746; art. 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).



menos, ese valor económico a *título mediato*, como medio de alcanzar ventajas⁵.

La sentencia reconoció la suma de \$2.500.000 por incapacidad sobreviniente.

Este monto fue apelado por la actora por considerarlo reducido. En su fundamentación señaló que según la doctrina emanada del fallo “Grippe” de la CSJN, la indemnización civil no puede ser inferior a la que hubiera correspondido en el ámbito laboral, conforme la ley de riesgos del trabajo. Que si se aplica lo establecido en el art. 1746 CCCN también la indemnización debió ser mayor.

Swiss Medical y SMG también apelaron este monto, pero por considerarlo elevado. Señalaron que existe una ostensible arbitrariedad por ausencia total de fundamentos sobre el monto y que se ha establecido el *quantum* indemnizatorio contraviniendo lo establecido por el artículo 1746 del CCCN que marca las pautas para llegar a una decisión razonablemente fundada como lo establece también el art. 3 del mismo código.

Añadieron que el art. 1746 del CCCN contempla la reparación de dos clases diversas de incapacidad: la laboral y la vital. Que el actor nada alegó de modo específico sobre el último aspecto, por lo que no debe considerarse suma alguno a título de incapacidad vital. Que tampoco alegó que como consecuencia del hecho haya dejado de trabajar, por lo que es legítimo reducir la indemnización en razón de que continúa percibiendo sus remuneraciones sin merma alguna.

Señalaron también que resulta prístino que las cicatrices descriptas por el experto médico no tuvieron consecuencias patrimoniales para el actor, por lo que únicamente debió tenerse en cuenta, a los fines de la incapacidad sobreviniente, el 25% estimado para la incapacidad psíquica.

El codemandado Gómez, y Seguros Médicos al adherir, se agraviaron por sostener que no existe fundamento alguno por el cual la incapacidad física y

5 Zavala de González, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código, con la colaboración de Rodolfo González Zavala, Alveroni, Córdoba, 2016, tomo II, p. 549; ver también art. 1739 del CCCN: “perjuicio indirecto”.



psicológica diagnosticada por los peritos pueda serle atribuida a Gómez. En subsidio se agravieron del monto reconocido en la sentencia por considerarlo elevado. Señalaron que el actor no demostró realizar actividad lucrativa alguna y que había dejado el tenis con anterioridad a la consulta con el Dr. Gómez.

Se agravieron también de la procedencia del rubro daño psíquico por sostener que los fundamentos que enuncia la sentenciante para justificarlo pertenecen a la esfera propia del daño moral, por lo que en realidad se encubre un intento de duplicidad resarcitoria por el mismo título.

Veamos. El perito médico Jorge Alejandro Salum dictaminó que el actor presenta 3 cicatrices en hombro derecho, lineales, de hasta 2cm con ancho de 1, normopigmentadas tipo queiloide, y estimó un 5% de incapacidad. Es claro que estas cicatrices son consecuencia de la cirugía practicada por el Dr. Gómez.

Ahora bien, cabe hacer una aclaración con este tipo de lesiones. Y es que la *lesión estética* provoca intrínsecamente daño a un bien extrapatrimonial: la integridad corporal. Esa lesión provocará *siempre* un agravio moral aunque pueda o no provocar un daño patrimonial. Si lo provoca, se tratará de un daño patrimonial indirecto, pues aunque la lesión estética afecta directamente el bien extrapatrimonial de la integridad física de la víctima, indirectamente se traduce en perjuicios o pérdidas patrimoniales que pueden ser tanto daños emergentes (ej., gastos realizados para solventar la curación de las lesiones) o lucro cesante (ej., pérdida de una fuente de trabajo o de ingresos)⁶.

En la especie, no advierto que las cicatrices descritas por el experto generen algún tipo de incapacidad funcional, por lo que no encuentro que deban ser contempladas dentro del presente rubro, tal como sostuvieron en sus agravios Swiss Medical y SMG, aunque sí se valorarán al momento de tratar el daño

⁶ Kemelmajer de Carlucci, en Belluscio-Zannoni, Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, tomo 5, pág. 222; C.N.Civ., Sala E, voto del Dr. Racimo cit.



moral. Es que las cicatrices descritas no generan una consecuencia patrimonial como la evaluada en este rubro.

En cuanto al plano psíquico, la perita psicóloga Alicia Beatriz Cortalezzi informó que el actor presenta un desarrollo psíquico post traumático, en grado moderado, correspondiéndole un 25 % de incapacidad. Al contestar las impugnaciones formuladas por Swiss Medical y SMG reiteró que se cumple con los criterios requeridos para dicho cuadro psicopatológico: experiencia directa del suceso traumático, reacciones disociativas, malestar psicológico intenso al exponerse a factores que simbolizan al suceso traumático. Evitación o esfuerzo para evitar recuerdos, pensamientos o sentimientos angustiosos asociados al suceso traumático. Evitación de actividades o lugares que despiertan el recuerdo del suceso estresor. El examinado tiene preocupaciones constantes sobre su salud y el cuerpo y un probable deterioro como consecuencia de los síntomas somáticos que padece. Debido a que se han cronificado (duración mayor a seis meses) van acompañados de fatiga y debilidad. Se ha detectado una reacción de hipocondriasis. Presenta niveles de ansiedad y tensión significativos, es probable que esté en tensión la mayor parte del tiempo y con dificultades para concentrarse, con una insatisfacción con sus circunstancias actuales, con alteraciones del sueño y falta de energía y de impulso. Presenta cierta incertidumbre y dudas sobre asuntos vitales importantes con dificultad para darle un sentido a la vida, con sentimientos de vacío y hastío.

Esta pericia se encuentra debidamente fundada y no encuentro elementos que me permitan apartarme de sus conclusiones. Resulta evidente que el trastorno sufrido por Kremenchuzky, con las manifestaciones descritas, le impide desarrollarse en sus tareas laborales y cotidianas como antes del suceso aquí debatido, con repercusiones en el ámbito patrimonial. Por lo que aun en el caso de haber continuado trabajando en el mismo lugar que antes del hecho, y de no haber sufrido una disminución en sus ingresos, debe ser de todos modos contemplado, sin dejar de considerar lo anterior. Es que no puede soslayarse el mayor esfuerzo que debe emplear el actor frente a estas limitaciones, que lo acompañarán en el futuro. Tampoco que atento a su corta edad y sus estudios



de abogado, podría aspirar a mejoras laborales, ya sea por medio de ascensos, cambios de empleo o su independización. Además, no debe perderse de vista que esta reparación no se limita al aspecto laboral, sino que contempla, a su vez, las tareas económicamente valorables, aunque no remunerativas, que también pudieron verse afectadas por las limitaciones informadas por la experta en psicología.

A fin de determinar el alcance del resarcimiento habré de utilizar la fórmula de valor presente de una renta constante no perpetua. Tomaré en consideración los siguientes parámetros:

- a) Ingreso mensual de la víctima. Si bien en la declaración jurada presentada en el beneficio de litigar sin gastos dijo percibir la suma de \$25.000 mensuales a noviembre de 2020 por realizar tareas de procuración en el estudio de su padre, no acreditó en modo alguno dichos ingresos. Por lo que habré de tomar el valor de un salario mínimo vital y móvil a la fecha de la sentencia (\$47.850 conf. Res. 6/2022 del CNEP y SMVyM).
- b) Edad de la víctima al momento de la operación, esto es, 20 años (nació el 23/10/1997).
- c) Porcentaje de incapacidad psíquica: 25%
- d) Esperanza de vida para el actor⁷.
- e) Tasa de descuento, para la que fijo el 4% anual.

Con estos elementos puede determinarse un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud de la persona damnificada para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades (conf. artículo 1746 CCCN).

Esta cuantificación permite definir un resultado numérico de valor relevante para estimar el monto del resarcimiento. Además, debe contemplarse una suma por las posibles variaciones en sus ingresos por el resto de su vida

⁷ [INDEC Tablas de esperanza de vida](#)



laboral y por las tareas económicamente valorables, aunque no remunerativas que se vieron afectadas por las secuelas padecidas (conf. art. 165 CPCCN). También que a pesar de las dolencias pudo continuar su trabajo, lo que no es óbice para descartar las aspiraciones antes señaladas en cuanto a su futuro laboral.

Integradas todas estas variables, encuentro algo baja la suma fijada en la sentencia, por lo que postulo al Acuerdo elevarla a **\$3.000.000**.

3. Tratamiento psíquico

La sentencia fijó la suma de \$144.000 por este ítem.

Swiss Medical y SMG se agraviaron de su reconocimiento por cuanto el daño psíquico otorgado por la perita fue con carácter de permanente, por lo que de otorgarse una suma por tratamiento se estaría indemnizado dos veces por el mismo concepto.

Agregaron que el actor cuenta con la prepaga Swiss Medical S.A. para llevar a cabo el tratamiento propuesto.

Por su parte, Gómez y Seguros Médicos cuestionaron también la procedencia de este rubro, por entender que debe concederse o el daño psíquico o el tratamiento, ya que de concederse ambos se duplicaría el resarcimiento. Pidieron que, en su caso, se reduzca la suma reconocida.

Pues bien, tal como lo expresó mi distinguida colega de esta Sala, Dra. Benavente en reiterados pronunciamientos, no es verdad que de admitirse las partidas por daño psíquico y tratamiento psicológico se indemnizaría dos veces el mismo menoscabo. Existe independencia entre ambos ítems indemnizatorios: uno está destinado a paliar el daño que surge por la pérdida de la capacidad y el otro tiende a proporcionar los medios para que a través de la terapia aconsejada se disminuya el perjuicio o se evite el agravamiento⁸.

⁸ Conf. esta Sala, voto de la Dra. Benavente en autos “De la Vega, Luis Alberto c/ Empresa Gral. Urquiza S.R.L. y ot. s/daños y perjuicios” del 15/12/2016 *in re* “Ramírez Viviana Edith c/ Aseguradora Total Motovehicular S.A. s/daños y perjuicios” del 10/08/2018, entre muchos otros



Queda claro entonces que la indemnización por daño psíquico intentará resarcir la disminución de la capacidad en este ámbito, y la suma por gastos de tratamiento psicológico, solventará los costos de una terapia que –aunque no remitirá el daño por ser permanente– probablemente contribuirá a menguar sus efectos.

Por otro lado, el hecho de que el actor cuente con el servicio de su prepaga no es óbice para el reconocimiento de esta partida. No puede soslayarse el derecho del paciente a elegir el profesional con el cual atenderse y que, a pesar de contar con prepaga, habitualmente debe hacerse cargo de ciertas prestaciones no amparadas por esos servicios.

Por lo expuesto, y por encontrar ajustada la suma admitida, propongo al Acuerdo la confirmación de este punto de la sentencia.

4. Gastos de asistencia médica, farmacia y traslados

La sentencia admitió este ítem por la suma de \$10.000.

Swiss Medical y SMG criticaron su procedencia. Indicaron que la sentencia pareciera otorgar esa suma por un cabestrillo y por el costo del tratamiento kinésico de rehabilitación. Sin embargo, el costo de un cabestrillo a la época de los hechos oscilaba la suma de \$2.000, y el tratamiento kinesiológico fue cubierto por Swiss Medical. Agregaron que dicho concepto no fue peticionado por el actor, y que no puede eximírsele de cumplir con la prueba del supuesto pago por estos gastos dado que en nuestro país las compras de bienes y servicios llevan consigo la expedición y entrega de factura.

Gómez y Seguros Médicos cuestionaron su procedencia por sostener que no existe certeza alguna de la necesidad de que hubiera incurrido en dichos gastos, más aun teniendo en cuenta que a la fecha de los hechos contaba con cobertura de su prepaga.

Ahora bien, de acuerdo al art. 1746 del CCCN se presumen los gastos médicos y farmacéuticos que resultan razonables en función de la índole de las lesiones. A su vez, también se admiten dichos gastos aun cuando la asistencia



se brinde por intermedio de obras sociales o empresas de medicina prepagas, porque de ordinarios los pacientes deben hacerse cargo de ciertas prestaciones no amparadas por esos servicios⁹. Idénticas consideraciones cabe efectuar con relación a los gastos de traslados, ya que es seguro que el actor debió trasladarse hasta el centro de rehabilitación en taxis o remises.

Así, propicio confirmar la sentencian también en este punto.

5. Daño moral

El daño moral es una lesión a intereses extrapatrimoniales tutelados por la ley. Lo difícil de su valoración no significa que el dolor y las aflicciones sean insusceptibles de apreciación económica. En tal caso, la indemnización monetaria cumple una función reparadora o de satisfacción, que encuentra ahora fundamento legal en el art. 1741 del CCCN: *El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas*. Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar, reparar el padecimiento mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etcétera, que le permitan a la víctima, como lo decidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales¹⁰”.

Como la reparación del daño moral no se hace en abstracto, sino en cada caso concreto, es justo que esté en relación con la magnitud del perjuicio, del dolor o la afección involucrada.

El monto de \$2.000.000 reconocido en la sentencia fue apelado por bajo por la actora.

9 C.N.Civ., Sala “A”, “Romero Selva del C. c/Montesnic SRL s/Daños y perjuicios”, del 11/12/97; esta sala en “Ramírez, Ruth Salomé c/ Pradella Franco Nicolás y otro s/ daños y perjuicios”, del 7/4/2021

10 Lorenzetti, Ricardo Luis *Código Civil y Comercial de la Nación*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Tomo VIII, Pág. 1741, III. 4, y su cita: CSJN, 4/12/2011, “Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros”; y Juárez Ferrer, Martín, *El derecho constitucional a la reparación integral*, Editorial Hammurabi, pág. 233



Swiss Medical y SMG consideraron elevada la suma. Sostuvieron que no hay fundamentación real en la sentencia para otorgar la misma. Se agraviaron también de que la jueza haya resarcido el daño moral además de la incapacidad psíquica, sumando de este modo las consecuencias no patrimoniales del accionante. Sostuvieron que el daño moral incluye las consecuencias psicológicas aunque sean incapacitantes.

Gómez y Seguros Médicos se agraviaron tanto de su procedencia como de su cuantía.

La jueza de la anterior instancia fundamentó debidamente la procedencia de este rubro, y las apelantes no han logrado rebatir sus argumentos. Es claro que todo lo vivido por el actor le generó un daño moral que debe ser resarcido. No puede perderse de vista, tal como señaló la sentencia, que el actor fue operado del hombro incorrecto, que debió padecer un posoperatorio y rehabilitación por tal operación, que le quedaron las cicatrices descritas por el perito médico, y que de haber sido correctamente operado podría probablemente haber retomado la práctica del tenis, deporte en el cual se encontraba federado.

Por su parte, y tal como señalé en el punto 3.2., las lesiones a la integridad psicofísica, a la estética y a la vida en relación pueden generar, según la índole de los intereses afectados y de las proyecciones de sus consecuencias, daño patrimonial, no patrimonial, o ambos. El daño psíquico contemplado en el rubro incapacidad genera una merma patrimonial en la víctima por la disminución de sus aptitudes para el desempeño de cualquier trabajo o actividad productora de beneficios materiales, y por tanto, es una consecuencia distinta a la aquí contemplada, donde lo que se resarce es una lesión a intereses extrapatrimoniales, el dolor y las aflicciones sufridas a raíz del accionar de la demandada. De tal modo, no se está resarcido doblemente las consecuencias no patrimoniales, sino que se trata de dos rubros separados e independientes.

Dicho ello, a fin de evaluar este reclamo tengo en cuenta las características del hecho, las lesiones, molestias, cicatrices descritas por el perito médico, y las



condiciones personales de la víctima, quien contaba con 20 años al momento del hecho, soltero, estudiante de abogacía y federado en tenis.

Sobre estas bases, encuentro algo elevada la cantidad reconocida en la sentencia, por lo que propongo al Acuerdo reducirla a **\$1.200.000**. Dado lo señalado en los agravios, esta suma se ponderó en miras a una satisfacción sustitutiva como ser un viaje al exterior con estadía paga (art. 1741 cit.).

4. Daño punitivo

La parte actora se agravió del rechazo del daño punitivo reclamado contra la empresa de medicina prepaga Swiss Medical.

El art. 52 bis de la LDC faculta a aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso.

Sin desconocer la polémica que genera, desde su literalidad, la aplicación automática del último artículo citado, comparto la posición que interpreta que el presupuesto de hecho es de una extrema laxitud y se encuentra en pugna con todos los antecedentes de la figura en el derecho comparado¹¹.

La norma dispone su procedencia con relación al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, sin exigir ningún otro requisito, lo cual es absolutamente excesivo. No cualquier ilícito debería ser apto para engendrar una sanción tan grave, sin riesgo de un completo desquiciamiento del sistema. Existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que los daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos

¹¹ Pizarro, Ramón D. Stiglitz, Rubén S., “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, TR LA LEY, AR/DOC/1219/2009.



individuales o de incidencia colectiva. En esta misma línea interpretativa se ha pronunciado la mayoría de las Salas de este fuero¹².

En cambio, no caben dudas que la naturaleza de la figura no es resarcitoria sino sancionatoria, aunque también tiene una función disuasoria y preventiva, que apunta a la finalidad de evitar la repetición de la conducta desaprobada por la sociedad¹³. La aplicación de la pena es excepcional y debe ser aplicada con extrema prudencia¹⁴.

Lo expuesto significa que no basta el mero incumplimiento de obligaciones legales o contractuales para habilitar la sanción¹⁵, sino que está reservada para supuestos de real gravedad¹⁶.

Sobre la base de esta interpretación, no considero acreditado estos extremos ni el elemento subjetivo agravado, que ciertamente difieren de los antecedentes

12 CNCiv., esta Sala, expte. 17758/2016, “*Nelli, Nancy Beatriz c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s. daños y perjuicios*”, del 09/08/2022; íd., íd., expte. 94507/2016, “*Morón, M. O. c. Remax Argentina SRL s. daños y perjuicios*” del 12/04/2022, TR LA LEY AR/JUR/30295/2022; íd., íd., expte. 39.093/2017, “*White, T. J. c. Fundación Universidad de Belgrano Dr. Avelino Porto s. daños y perjuicios*”, del 10/08/2021, TR LA LEY AR/JUR/119549/2021; íd., íd., 35421/2014; íd., Sala F, *Cañadas Pérez, M. c/Bank Boston*, del 18/11/2009, en La Ley, Cita Online AR/JUR/45423/2009; íd., Sala K, *M., M. B. c/Compañía Financiera S.A.*, del 22/8/14; íd., Sala B, *B., M.S. c/S.N.J.* del 7/2/14; íd., Sala D, *Ramos, José Antonio c/Compañía Financiera Argentina S.A.*, del 22/09/2010, en RCyS 2011-IV-149; íd., Sala H, *S. M., M. L. c/Telecentro S.A.*, del 10/12/12, en RCyS 2013-VI, 148 La Ley Cita Online AR/JUR/74009/2012; íd., sala E, *C. c/Fundación Universidad de la Marina Mercante*, del 26/10/12; íd., Sala L, *Soto, Karina Paola c/Confira S.A. s/daños y perjuicios*, del 15/11/2012, La Ley Cita Online AR/JUR/69382/2012; íd. Sala G, *G., L. B. C/ Club Atlético San Lorenzo de Almagro s/daños y perjuicios*, del 27/4/2015.

13 CNCiv., esta Sala, expte. 35421/2014, “*A., C. c/Fundación Educar s/daños y perjuicios*” del 1/7/20, voto de la Dra. Benavente y sus citas.

14 López Herrera, Edgardo, *Los daños punitivos. Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación del derecho al consumidor*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pág. 17.

15 Mosset Iturraspe, Jorge-Wajntraub, Javier, *Ley de Defensa del Consumidor*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010

16 CNCiv., esta Sala, expte. 39.093/2017, “*White, T. J. c. Fundación Universidad de Belgrano Dr. Avelino Porto s. daños y perjuicios*”, del 10/08/2021, TR LA LEY AR/JUR/119549/2021 y sus citas.



fácticos del precedente de la Sala citado en el agravio¹⁷. En especial si se valora que este instituto no es aplicable a las profesiones liberales y que la empresa de medicina prepaga no tuvo intervención directa en la actuación del cirujano.

Por lo tanto, postulo al Acuerdo desestimar este agravio y confirmar la sentencia en este aspecto.

5. Intereses

La sentencia estableció que a las sumas reconocidas se le adicionen intereses desde la fecha en que se produjo el perjuicio (13/8/18) y hasta el efectivo pago conforme a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, conforme plenario de esta Cámara Civil en “Samudio de Martínez Ladislaa c/Transporte 270 S.A.”, del 20/04/2009.

Estableció, además, y de acuerdo a lo peticionado por la actora en su demanda, que sobre el monto de la condena operará la capitalización desde la fecha de la notificación de la demanda (6/10/2020).

Swiss Medical y SMG se agraviaron de la procedencia de la capitalización de los intereses. Señalaron que la capitalización de intereses es contradictoria con un sistema en el que está prohibida la actualización monetaria de deudas y que no debe aplicarse a las deudas de valor. Agregaron que, como todas las excepciones a la prohibición de capitalizar intereses, esta nueva excepción legal también debe ser interpretada en forma restrictiva. Indicaron, finalmente, que el anatocismo admitido por la jueza de grado resulta inconstitucional.

Gómez y Seguros Médicos, por su lado, se agraviaron por considerar que la aplicación de la tasa activa más la capitalización de los intereses fijada en la sentencia genera un enriquecimiento indebido en cabeza del actor, dado que estando frente a deudas de valor, y fijándose las partidas indemnizatorias a valores actuales, se han tenido en cuenta, entre otros factores, la

17 CNCiv., esta Sala, “A., C. H. y otros c. Fundación Educar s. daños y perjuicios”, del 01/07/20, voto de la Dra. Benavente.



desvalorización monetaria. Pidieron que se aplique una tasa pura de interés del 6% anual.

Conforme al nuevo criterio adoptado en “Lencinas, Ramona Celina y otro c/ Crucero del Norte SRL s/ daños y perjuicios”¹⁸, a cuyos fundamentos me remito, esta Sala aplica la tasa activa desde el momento del hecho y hasta su efectivo pago sin perjuicio de que los montos hayan sido fijados a valores históricos o actuales, cuestión que igualmente se considera en la evaluación de las partidas para obtener un resultado global de la indemnización que cumpla con el principio de la reparación plena (art. 1740 CCCN).

En cuanto a la capitalización de los intereses desde la notificación de la demanda, adhiero a la hermenéutica que, respecto del art. 770 inc. b del CCCN, hace mi distinguida colega, Dra. Benavente. En este sentido, comparto que la norma tiene por finalidad las *deudas de dinero*. En cambio, en las *obligaciones de valor*, como el caso que nos ocupa, la moneda no es el objeto de la prestación sino un sustituto en el acto de cumplimiento (arg. art. 772 CCCN). De ahí que, hasta tanto no sobrevenga el acto de juzgamiento y cuantificación, el deudor no debe una suma de dinero que justifique la aplicación del art. 770 citado¹⁹.

Postulo así, revocar lo decidido en torno a la capitalización de los intereses a partir de la notificación de la demanda, y confirmar la tasa activa dispuesta desde la fecha del hecho dañoso.

6. Costas

Las costas de primera instancia fueron correctamente impuestas a la parte demandada, ya que además de resultar sustancialmente vencida (art. 68 CPCCN), la jueza señaló el carácter indemnizatorio de la condena. Ello, aunque algún aspecto no prosperase, como el daño punitivo.

18 CNCiv., esta Sala, expte. n°. 78498/2017, del 13/6/2022

19 CNCiv., esta Sala, votos de la Dra. Benavente en exptes. 52314/2013, “Medeyra, Carlos A. c/Zeballos, Graciela L.” del 3/7/18; 77110/2016, “Álvarez, Gabriel E. c/Ferrovías SA s/daños y perjuicios”, del 18/5/2021, al que adherí.



Igual criterio se aplicará para la segunda instancia, donde las demandadas resultaron sustancialmente vencidas.

7. Síntesis

Por los argumentos expuestos, propongo al Acuerdo:

1. Elevar la cantidad fijada por incapacidad sobreviniente a \$ 3.000.000.
2. Reducir el monto reconocido por daño moral a la suma de \$1.200.000.
3. Revocar lo decidido en torno a la capitalización de los intereses desde la fecha de notificación de la demanda.
4. Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decidió y fue materia de agravio.
5. Imponer las costas de segunda instancia a las demandadas (art. 68 CPCCN).

A la misma cuestión, el Dr. Carlos A. Calvo Costa dijo:

I.- Por compartir la solución a la que ha arribado, adhiero al muy fundado voto de mi distinguido colega Dr. González Zurro, aunque deseo expresar mi opinión con relación al “daño punitivo”, más allá de que comparto la decisión del vocal preopinante de no hacer lugar a esta partida.

II.- Si bien el art. 52 bis de la ley 24.240 instituye el daño punitivo o la multa civil en materia de consumo, como lo he expuesto en una obra de mi autoría²⁰, la norma ha recibido múltiples objeciones por parte de la doctrina. Ello así puesto que -en primer lugar- tratándose el daño punitivo de

20 Calvo Costa, Carlos A., *Derecho de las obligaciones*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2021, ps. 586 y ss. En similar sentido, véase: Picasso, Sebastián, “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, en Vázquez Ferreyra, Roberto (dir.), *Reforma a la ley de defensa del consumidor*, suplemento especial La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 123 y ss.; ídem, comentario al art. 52 bis en Picasso, Sebastián-Vázquez Ferreyra, Roberto A., *Ley de defensa del consumidor comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 593 y ss.; ídem, “Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, octubre de 2012, p. 82; Bueres, Alberto J. - Picasso, Sebastián, “La responsabilidad por daños y la protección del consumidor”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2009-1-31; ídem, “La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos”, *Revista de Derecho de Daños*, 2011-2-21)



una verdadera sanción materialmente penal²¹ que puede imponer el juez al proveedor en favor del consumidor afectado, queda, pues, por analizar qué sucederá en la práctica cuando de un mismo incumplimiento por parte de un proveedor, sean dos o más los consumidores afectados que soliciten al magistrado la imposición de los daños punitivos previstos en la norma. Ello así, porque en razón del principio *non bis in idem* (que impide que una persona pueda ser condenada dos veces por el mismo hecho), se estaría vedando la posibilidad de que el responsable pueda ser condenado a pagar daños punitivos en forma sucesiva a los distintos reclamantes damnificados. De esta manera, sólo se vería beneficiada con la recepción del monto de la pena la primera víctima que reclamara su imposición al magistrado, lo que sería violatorio de la igualdad ante la ley que consagra el art. 16 de nuestra Constitución Nacional.

En segundo lugar, pareciera emanar del texto del art. 52 bis citado que bastaría únicamente el incumplimiento de sus obligaciones por parte del proveedor para tornar procedente la imposición del daño punitivo, sin importar *a priori*, si aquél ha sido o no intencional (es decir, si en dicho incumplimiento ha existido dolo o no del proveedor). Estimo pues que esto desnaturaliza la figura del daño punitivo, porque éste ha sido concebido en el Derecho anglosajón para ser impuesto como castigo a quien comete dolosamente un daño obteniendo a través de ello un beneficio; es decir, como regla general, en el *Common Law* -donde se origina esta figura jurídica- para la procedencia del daño punitivo debe existir un grave reproche subjetivo en la conducta de quien ocasiona el daño, lo que no se aprecia en el texto del art. 52 bis.

De todas maneras, aunque se esté por la validez del instituto, no puedo dejar de remarcar que la interpretación doctrinaria y jurisprudencial dominante sostiene que dicha sanción sólo puede ser aplicada cuando existe

21 Vale aclarar que no es el daño punitivo no es una sanción *estrictamente* penal, aunque forma parte del derecho sancionador (al igual que otro tipo de sanciones como las tributarias o las administrativas), y por eso debe cumplir con ciertos requisitos que deben cumplir las sanciones penales como las que menciono en este punto.



dolo o culpa grave del dañador²². Así es que procede en supuestos de particular gravedad, calificados sea por el dolo o la culpa grave mencionados o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva²³.

Se ha resaltado, por ello, que es condición general de aplicación de una multa civil, que hace a su naturaleza jurídica, que exista un factor subjetivo de atribución de la responsabilidad necesario para que proceda la condena adicional²⁴.

En este sendero, no observo que tales extremos se configuren en el caso de autos, por lo cual coincido con el voto de mi distinguido vocal preopinante.

La Dra. María Isabel Benavente dijo:

Adhiero por análogas consideraciones al voto del Dr. González Zurro.

Con lo que terminó el acto, firmando electrónicamente los señores jueces. Fdo.: Guillermo D. González Zurro, Carlos A. Calvo Costa y María Isabel Benavente. Doy fe, Adrián Pablo Ricordi (Secretario interino).

ADRIAN PABLO RICORDI

22 CNCiv., Sala A, 29/4/2022, “Márquez, Daniel E. c/ Reginald Lee S.A. y otro”, expte 71.072/2017, y sus citas.

23 CNCiv., Sala M, 10/8/2021, “White, Tomás J. c/ Fundación Universidad de Belgrano Dr. Avelino Porto”, expte. 39.093/2017; íd., 12/4/2022, “Morón, Mariano O. c/ REMAX Argentina SRL y otros”, expte. 94.507/2016.

24 CNCiv., Sala M, 18/7/2019, “Rodríguez Ferrere, María D. c/ Inc. S.A.”, expediente 82.325/2014, y sus citas.



Buenos Aires, de diciembre de 2022

Y VISTO:

Lo deliberado y las conclusiones establecidas en el acuerdo precedente, el

Tribunal **RESUELVE:**

1. Elevar la cantidad fijada por incapacidad sobreviniente a \$ 3.000.000.
2. Reducir el monto reconocido por daño moral a la suma de \$1.200.000.
3. Revocar lo decidido en torno a la capitalización de los intereses desde la fecha de notificación de la demanda.
4. Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decidió y fue materia de agravio.
5. Imponer las costas de segunda instancia a las demandadas (art. 68 CPCCN).
6. Diferir la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia para una vez que se encuentren determinados los correspondientes a la instancia anterior (art. 14 del Arancel).
7. Regístrese, notifíquese y devuélvase.

GUILLERMO D. GONZALEZ ZURRO

CARLOS A. CALVO COSTA

MARIA I. BENAVENTE

ADRIAN PABLO RICORDI

SECRETARIO

