SENTENCIA NÚMERO: 430

Córdoba, 16/10/2018.

Y VISTOS Los autos caratulados: **"K., S. K. c/ B., R. E. y OTRO- ORDINARIO- OTROS"** (Expte. Nº5812792), traídos a despacho para resolver, de los que resulta que:

1) A fs. 1/10 comparece, e inicia demanda ordinaria de daños y perjuicios en contra de la Sra. R. E. B. y/o Implant- Cor por la suma de pesos ciento sesenta y cinco mil novecientos sesenta y nueve con setenta y seis centavos ($165.969,76) o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse, con más intereses, costas y honorarios del art. 104 inc. 5 de la ley 9459.

Señala que en las presentes actuaciones se encuentran comprometidos derechos protegidos por la Ley de Defensa del Consumidor por lo que solicita la intervención del Ministerio Público Fiscal.

Relata que en el mes de enero de 2011, adquirió en "Implant-Cor", un par de prótesis mamarias marca Sebbin, 335 cc, SN: 0935891030, REF: LS 91 335, por la suma total de $ 3.600, a los fines de realizarse la cirugía estética para la colocación de implantes mamarios.

Advierte que en todo momento, el contacto con la vendedora, fue a través de la Sra. L. B., quien se presentaba como encargada de venta de la empresa mencionada.

Adita que contra el pago de cada cuota que abonaba personalmente la accionante (el precio total se convino en 6 cuotas mensuales de $600), obtenía de la Sra. B. un recibo a nombre de "Implant-Cor".

Aduce que se convino verbalmente la entrega de las prótesis con el pago de la primera cuota, obligación que fue cumplimentada por la accionada.

Explica que la cirugía se llevó a cabo el 23/02/2011 en la C. S., la que estuvo a cargo del Dr. O. E. D.

Indica que la operación no tuvo complicaciones pero que con el correr de los meses ambas mamas (fundamentalmente la izquierda) comenzaron a ocasionarle molestias e intensos dolores, los cuales al día 13/12/2012 se volvieron inaguantables, por lo que luego de la realización de una nueva ecografía mamaria, la Dra. M. C. C. le sugirió realizar una resonancia. Precisa que en dicho estudio se confirmó la ruptura del implante de la mama izquierda y varios pliegues en la derecha, por lo que ambas prótesis debían ser extraídas y reemplazadas con la mayor rapidez posible.

Aclara que estas circunstancias fueron informadas a la demandada a través de cartas documento, obteniendo sólo negativas a hacerse cargo de la situación. Transcribe partes

de la Carta Documento enviada como respuesta, concluyendo que la demandada no niega la compra de las prótesis, ni el lugar, ni cualquier otro dato relativo a la adquisición de los implantes.

Asimismo, considera que la demandada enumera cuantiosos y burocráticos trámites que supuestamente la accionante debía cumplir a los fines de efectuar reclamación alguna, sin perjuicio de que la compareciente no había sido informada de ello.

Esgrime que en tal situación, conforme a las recomendaciones médicas se vio obligada a someterse a una nueva operación a los fines de extraer las prótesis, lo que ocurrió el 24/01/2013, a cargo del Dr. E. G. C. Aduce que en dicha cirugía se le colocaron nuevas prótesis mamarias marca Nagor, N° de Serie 085415, las que fueron adquiridas y solventadas por la accionante.

Refiere que siempre le ha dado importancia a su cuerpo y que ha realizado innumerable cantidad de trabajos por temporada en V. C. P. pero que a raíz de todos los problemas ocasionados, se vio imposibilitada de realizar temporada de verano, lo que le significó un claro perjuicio económico.

Insiste en que la situación descripta se trata de una clásica relación de consumo, revistiendo la demandada la calidad de proveedor y la compareciente de consumidora.

Denuncia el incumplimiento por parte de la demandada al deber de información previsto en el art. 4 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Aduce que la demandada tenía una obligación de seguridad y garantía de mantener indemne al consumidor. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura.

Esgrime que como consecuencia de los daños sufridos, la accionante debió ausentarse de su trabajo por el plazo de 30 días, perdiendo el “presentismo”, por lo que reclama como lucro cesante pasado la suma de $729,21.

Asimismo, en concepto de daño emergente, reclama gastos médicos y de curación por $1.000 y por la cirugía y adquisición de nuevas prótesis un total de $13.704.

Bajo el rubro de daño emergente futuro reclama $ 5.000 para la realización de tratamiento psicoterapéutico y $ 101.536,55 en concepto de incapacidad psicofísica sobreviniente.

Requiere también la suma de $ 30.000 en virtud de daño moral, ya que explica que fue víctima de un severo daño en sus mamas, que pudo haber puesto en grave peligro su vida, lo que generó una lógica zozobra en su espíritu.

Explica también que la conducta ilícita de la demandada constituye una falta grave por la cual pide que se imponga a la demandada una multa por daño punitivo. Reclama por este rubro $ 15.000.

Hace reserva del caso federal.

2) Impreso el trámite de la demanda (fs. 46), la demandada Sra. R. E. B. comparece y explica que es la única propietaria del comercio denominado “Implant Cor” y que esta última no constituye una persona jurídica, por lo que a fs. 68 la accionante desiste en contra de dicho comercio.

A fs. 251/263 la demandada evacúa el traslado de la demanda, solicitando el rechazo de la misma, con costas.

Luego de una negativa genérica, la accionada reconoce que la actora adquirió en su comercio un par de prótesis cuyos datos constan a fs. 26 vta.

Explica que los implantes en cuestión cuentan con aprobación y certificación de la Comunidad Europea de FDA y de ANMAT, ello así por cuanto cumplimentan toda la normativa ISO 9001 y 13.485 y Anexos.

Indica que los procedimientos establecidos en la carta documento remitida con fecha 30/01/2013 son los que obligatoriamente deben cumplirse para determinar la procedencia de cualquier reclamo que se formule con relación a los mismos.

Aduce que la actora pretendió insólitamente que su representada le abonara $150.000 por lo que se le explicó que no había cumplimentado con los requisitos ni con el procedimiento que le fuera informado en caso de existir cualquier reclamo respecto de las prótesis en cuestión.

Indica que la actora pretendió una suma exorbitante, después de haber adquirido nuevas prótesis, de mayor tamaño.

Aclara que los pliegues son normales, que su existencia no implica en absoluto la necesidad de reemplazo de las prótesis y que la ruptura de una prótesis tampoco requiere de una reintervención quirúrgica urgente.

Puntualiza que solamente en su caso, se hubiese procedido al reemplazo de la prótesis cuya ruptura denunció la actora, único reclamo que podría haber efectuado de buena fe, pero que de ningún modo correspondía el reemplazo de ambas prótesis.

Niega que los procedimientos indicados en la misiva enviada sean cuantiosos ni engorrosos y que hayan existido en el caso controles post operatorios por lo que no le consta la buena evolución ni las molestias o dolores intensos que la accionante refiere.

Postula que todo cirujano plástico especialista, miembro de la Asociación de Cirugía Plástica de Córdoba y la Asociación de Cirugía Plástica a nivel internacional (SACPER) conocen acabadamente el procedimiento a seguir en caso de presentarse una ruptura de implante. Agrega que la actora no recurrió a un especialista en cirugía plástica porque el supuesto reemplazo de prótesis fue realizado por un obstetra, Dr. C.

Niega que la demandada haya incumplido con el deber de información y de seguridad. Alega que no le consta que la actora haya sufrido un daño por defecto de fabricación de producto y que tampoco ha entregado la prótesis supuestamente dañada. Rechaza los rubros reclamados por la actora y niega que el post operatorio correspondiente a una reintervención quirúrgica de este tipo requiera 30 días de reposo.

Cuestiona que la actora debiera efectuar gastos de curación, los que no son precisados en la demanda, máxime cuando cuenta con cobertura de medicina prepaga (SWISS MEDICAL S.A.)

En relación al reclamo por gastos de cirugía y adquisición de nuevas prótesis, esgrime que deben rechazarse por no existir relación de causalidad que justifique su procedencia ni factor de atribución que habilite el reclamo.

Esgrime que tampoco puede inferirse válidamente una relación de causalidad entre la reintervención quirúrgica y una depresión prolongada o una disminución en las aptitudes psicofísicas de una persona.

En cuanto a la incapacidad psicofísica sobreviniente, entiende que el reclamo no encuentra ningún fundamento y que la actora no explicita cuáles serían las disminuciones que la afectarían y que injustificadamente estima en un 10% de la T.O.

Considera que no se advierten cuáles serían las potencialidades que la actora habría perdido o vería aminoradas. Insiste en que no le consta que el Dr. C haya practicado correctamente el recambio de prótesis. Solicita se rechace el rubro mencionado en su totalidad por infundado e improcedente, con costas.

Aduce asimismo que en el reclamo por daño moral la actora incurre en vaguedades que impiden que se conozca cuál es el fundamento válido del reclamo. Aclara que si es verdad que a la actora le hubieran quedado marcas, ello podría deberse a una mala técnica quirúrgica o una mala cicatrización de la actora que en nada se relaciona con el implante mamario adquirido a la demandada. Manifiesta que la alegación formulada no constituye fundamento válido que justifique el reclamo por daño moral que se efectúa.

Niega que la actora haya atravesado situaciones de stress, nervios y angustias, que se haya visto impedida de realizar los trabajos en temporadas estivales y de realizar actividades deportivas y llevar una vida sexual plena.

Alega que el reclamo efectuado en concepto de daño punitivo no puede prosperar ya que la demandada no ha incurrido en ningún ilícito. Insiste en que ha cumplimentado todas las obligaciones a su cargo y en que la prótesis no se encontraba reventada. Cita jurisprudencia.

Hace reserva del caso federal. Solicita asimismo se aplique a la parte actora el máximo de la multa prevista en el art. 83 del C.P.C.C. en virtud de que se ha demostrado que sus pretenciones son caprichosas y que la demanda no exhibe ninguna seriedad.

3) A fs. 269 toma intervención la Sra. Fiscal Civil y Comercial y Laboral de Segunda Nominación.

4) Diligenciada la prueba ofrecida, se corren los traslados para alegar, los que son evacuados por la fiscal y por las partes a fs. 649/658, 673/701. Dictado y firme el decreto de autos, queda la causa en estado de resolver.

Y CONSIDERANDO: I. La actora demanda, en virtud de la ley de defensa del consumidor, a quien le vendiera prótesis mamarias puesto que al tiempo de colocadas una de ellas había sufrido una rotura ocasionándole intensos dolores que motivaron una nueva intervención quirúrgica, a los fines de su extracción y colocación de nuevos implantes. Reclama daño patrimonial (lucro cesante pasado y futuro así como gastos médicos y de curación), extrapatrimonial y daño punitivo.

A su turno la demandada, luego de la negativa de rigor, rechaza la pretensión aduciendo que se le reclamó extrajudicialmente una suma exorbitante luego de dos años de adquirida la prótesis y sin seguir el procedimiento indicado en carta documento, para determinar la causa de la rotura de la prótesis pues la ruptura puede obedecer a múltiples causas y no necesariamente a deficiencias del producto, negando que haya urgencia para la reintervención quirúrgica. Niega, además, que la accionante haya sufrido algún daño.

En estos términos queda trabada la litis.

II. Responsabilidad.

1. Tal como expuso la Sra. Fiscal interviniente (fs. 269/270), no caben dudas que en el *sub lite* se configuró una “relación de consumo” que justifica la aplicación del “estatuto del consumidor” (art. 42 Const. Nac., ley 24.240 y C. C. y C.).

Ello así puesto que la actora se trata de una persona física que ha adquirido a título oneroso una prótesis mamaria (art. 1, Ley 24.240), y el demandado queda subsumido en la noción de proveedor del art. 2, ib. ya que se dedica de forma profesional a la venta de prótesis médicas.

Lo expuesto tiene especial incidencia para resolver el caso.

Por un lado, ya que del art. 7 C. C. y C. se desprende que, las leyes de protección del consumidor, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata, siempre y cuando sean más favorable al consumidor. Ello pues, el codificador ha tenido en miras la protección efectiva del consumidor como parte débil de la relación de consumo y, en tal sentido, introdujo una ligera variante con relación a la regulación del art. 3 del Código Civil, relativa a los contratos en curso de ejecución y las nuevas normas supletorias.

De otro costado, puesto que el espíritu de la ley 24240 y el principio *in dubio pro damnato* que inspira el art. 3 de dicho cuerpo normativo, debe tenerse en cuenta tanto en la apreciación de los hechos, como en la aplicación del Derecho y en la valoración de la prueba (conf. PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. “Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones”, Hammurabi, t. 1, p. 113).

En otros términos, el precepto *"in dubio pro"* significa que ha de acudirse al test de racionalidad para determinar, en cada caso, quién se encuentra en posición más vulnerable o más débil, desde el punto de vista fáctico, técnico y económico, a fines de eliminar esa desigualdad, y para ello, la protección comprende la duda en la apreciación de los hechos y en la aplicación del derecho (GALDOS, Jorge Mario, El principio favor debilis en materia contractual - algunas aproximaciones, La ley 1997-D, 1112).

2. Planteada así la cuestión, entiendo necesario delimitar con precisión la base normativa por la que debe dirimirse la controversia.

Liminarmente, debo decir que la Ley de Defensa del Consumidor (de aquí en más, LDC) consagra una norma específica que tiene como objetivo la protección de la salud e integridad física de los consumidores y/o usuarios. En efecto, el art. 5 dispone lo siguiente: *"Protección al Consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios"*.

Como puede adviertirse, se trata de la introducción legislativa expresa del **deber de seguridad** (conf. VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto, "La obligación de seguridad", La

Ley, Suplemento especial, "Obligación de Seguridad", Bs. As., 2005, pág. 3 y ss. y GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, "La obligación de seguridad en la relación de consumo y su base constitucional", LL LTGR on line).

En este sentido, el contenido de la obligación de seguridad en el marco de las relaciones de consumo, supone, a manera de principio, incorporar al mercado productos seguros conforme a las exigencias normativas y a las expectativas legítimas del consumidor (HERNÁNDEZ, Carlos, "Las exigencias de seguridad en las relación de consumo", La Ley, Suplemento especial, "Obligación de Seguridad", Bs. As., 2005, p. 21 y ss.).

Dicha obligación de seguridad de resultado, se complementa, en materia de responsabilidad, con lo previsto por el art. 40 de la LDC, el cual establece que, si el daño resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, la legitimación pasiva se amplía a todos los sujetos intervinientes en la cadena de producción y comercialización del producto o servicio.

Tal disposición prescribe expresamente que: *"Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena"* (el destacado me pertenece).

Así las cosas, resulta claro que, a fin de posibilitar la tutela del consumidor y del usuario, el art. 40 de la LDC prescinde de la culpa como factor de atribución y establece una **responsabilidad objetiva** (cfr. PICASSO - VÁZQUEZ Ferreira, "Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada", t. 1, ed. La Ley, Bs. As., año 2009, pág. 514).

Ahora bien, por estar en juego en el caso la responsabilidad objetiva, si el accionante logra acreditar un nexo de causalidad aparente en entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño, correspondía a la demandada acreditar la ruptura del nexo causal o una causa eximitoria **(inversión de la carga probatoria)**; así la LDC (art 40) contiene una norma expresa sobre la carga de la prueba cuando prescribe en su último párrafo que "...sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".

En tal caso, el consumidor se libera de la carga de probar una rigurosa relación causal, pudiendo sin embargo el fabricante o vendedor demostrar la ajenidad de la causa. De allí que, para liberarse de las consecuencias del hecho dañoso, el demandado debe probar: (i) la culpa del consumidor o usuario; (ii) el hecho de un tercero por quien no debe responder -no siendo terceros entre sí todos los que intervienen en la cadena de

producción y comercialización-; o (iii) caso fortuito ajeno al producto o cosa que fracture la relación de causalidad

En definitiva, la cuestión debe ser analizada a la luz de los arts. 5, 40 y concs. de la ley 24.240, con las modificaciones de la ley 24.999.

3. Sentado lo anterior, corresponde destacar que en el caso no se encuentra controvertido ni la adquisición de prótesis mamaria entre las partes, ni su ulterior cambio –a casi dos años de su implantación- por haberse dañado una de ellas, ya que se trata de hechos expresamente reconocidos por la accionada y, por tanto, exentos de prueba.

En efecto, *"la vigencia del principio dispositivo impone al juez el deber de aceptar, sin más, la existencia de aquéllos hechos que son unánimamente reconocidos o concordantemente afirmados por ambas partes (afirmación bilateral), de suerte tal que las alegaciones fácticas incontrovertidas bastan, en el proceso civil, para servir de fundamento a la sentencia"* (PALACIO, Lino E., Derecho Procesal Civil, t. IV, 4° ed., Abeledo Perrot, p. 276).

Ahora bien, antes de avanzar debo aclarar –a fin de una justa composición del litigio- que la propia demandada, proveedora de productos médicos, admite que los implantes mamarios vendidos y colocados quirúrgicamente a la accionante –marca Sebbin- tienen "garantía de por vida". Ello así en virtud de la publicidad que acompaña (fs. 103), que –en virtud del estatuto del consumidor- es integrante de la relación contractual y obligan al oferente (argum. art. 8, L.D.C., 1103, C. C. y C.).

Por lo tanto, corresponde dejar sentado que este no es el caso de implantes mamarios colocados veinte años atrás, en la década del 80, que no tienen una vida útil ilimitada y, por tanto, necesariamente requerían ser cambiados cada diez años; circunstancia que hacía ineludible que la implantada hiciera exámenes anuales del estado de la prótesis (como se expuso en autos: CNCiv., Sala A., "Juárez De Mas Maria Esther c/ Dow Corning de Argentina S.A.I.C y otros s/ daños y perjuicios", 8/03/06, MJJ7187).

Por otro lado, en el caso tampoco existe ningún reproche a los profesionales médicos que atendieron a la accionante, tanto en la primera operación de colocación de implantes como la segunda de extracción y colocación. Antes al contrario el perito oficial especialista en medicina laboral dictamina, en base a las constancias de la historia clínica que ninguna falla hubo en el obrar de los galenos (fs. 502 vta./503), lo que también es corroborado por la testimonial del cirujano que asistiera el Dr. Dieguez en la operación (fs. 415).

En realidad, se postula una **falla del producto** que provocó la rotura de una de las próstesis mamarias y la necesidad de su reemplazo.

No obstante, en el caso no se ha rendido prueba pericial técnica (fs. 641 y 645) y tanto el perito especialista en medicina legal como el especialista en cirugía plástica no han podido determinar si el producto efectivamente adolecía de un vicio o defecto de fabricación. El primero porque adujo que el tópico excede a sus conocimientos profesionales (fs. 502 vta.) y el segundo porque no le consta en las condiciones en que los implantes mamarios fueron extraídos (fs. 518 vta.)

En esas condiciones, aun cuando reconozcamos –en base a lo informado por el perito especialista en cirugía plástica- que la ruptura de implantes mamarios es rara y sólo se produce en un 5% de los casos, y que de ese porcentaje se puede deber a varias causas (v.gr. traumatismo en la paciente, mala técnica quirúrgica y a un defecto de fabricación), lo cierto y concreto es que –como vimos- tratándose de una responsabilidad objetiva **era la demandada quien debía acreditar una eximente de responsabilidad**: en el caso, descartada la mala praxis médica, que la rotura se debió al hecho de la propia víctima o un caso fortuito por haber recibido un fuerte traumatismo en la zona del pecho. Máxime si la demandada publicita su producto dándole "garantía de por vida" y la rotura se produjo antes de los dos años.

No obstante, no solo que la accionada no ha asumido esa carga procesal, imperativo del propio interés, sino que la prueba colectada permite descartar esa hipótesis (siquiera provisoriamente).

En efecto, por un lado, debe tenerse en consideración que el médico que interviniera en la cirugía de recambio depuso que ello –así como la urgencia- se justificaba por la rotura del implante protésico izquierdo, que le causaba un intenso dolor, aclarando que la prótesis estaba *"llamativamente rota, fuera de lo normal, ya que la misma ´estaba como estallada´ y esto no es normal"*, agregando *"que seguramente es una falla en el material o puede ser un accidente, por ejemplo un choque, que haya tenido la paciente"* (fs. 464). Este testimonio, de especial importancia no solo porque no fue impugnado sino -fundamentalmente- porque fue quien tuvo inmediato contacto con la prótesis, da cuenta de una severa anormalidad en la misma y parece inclinarse por la tesis de la falla o vicio del producto, máxime si no da cuenta de otras lesiones en el pecho de la actora compatibles con un fuerte golpe ya que –conforme las máximas de la experiencia- hubiera merecido otro tratamiento o cuidados extra. De otro costado pero en la misma línea argumental, las doctoras que realizaron los diagnósticos por imágenes (ecografía y

resonancia) informan que observaron probable ruptura (fs. 420) y que sólo informan resultados positivos (fs. 412), sin que se hayan informado lesiones compatibles con un golpe en la zona del pecho de la paciente, lo que –de suyo- hubiera producido otras heridas aparte de la ruptura de la prótesis. Finalmente, de las historias clínicas agregadas no surge que la actora haya sufrido un golpe que pudiera causar la rotura de la prótesis.

Pero aunque no se compartiera lo anterior, lo cierto es que la demandada no ha probado la ajenidad de la causa, por lo que debe responder por el daño causado (conf. para el caso específico de implantes mamarios: CNCiv., Sala C, "L. L., M. Y. c. Medic S.A. y otros", 26/06/08, MJJ41136, Cita Online: AR/JUR/9233/2008; CNCiv., Sala B, "F. F. A. c/ M. S. A. s/ daños y perjuicios", 12/11/09, MJJ51828, AR/JUR/46325/2009; CNCyC Fed., Sala II, "M. C. M. c/ MEDIC S. A. y otro s/ daños y perjuicios", 27/04/17, MJJ106773).

Insisto, a riesgo de ser reiterativo, el art. 40 L.D.C., tras establecer la presunción que beneficia a la víctima, traslada al proveedor la carga probatoria, al sentar que sólo se liberará total o parcialmente si demuestra que la causa del daño le ha sido ajena. Dicho de otro modo: la obligación de seguridad objeto de análisis tiene un factor objetivo de atribución y, en consecuencia, se encuentra a cargo del obligado a prestarla la prueba de su eximente (conf. SAUX, Edgardo I, "La obligación de seguridad en los vínculos contractuales", en La Ley, Suplemento especial, Bs. As., 2005, p.16 y ss.; HERSALIS, Marcelo, Los implantes y su relación con los consumidores, LA LEY 2010-A, 374).

De manera tal, la responsabilidad del fabricante y del vendedor, al tratarse de una imputación a título objetivo, se configura aún frente a un supuesto obrar diligente de su parte, el producto haya sido sometido a estrictas normas de calidad (ISO) o haya sido aprobada su venta por el ANMAT (fs. 442/446, 518 vta., 571/605 y 606).

Finalmente, la solución aquí adoptada se ve corroborada -también- si se analiza la situación desde la perspectiva de lo dispuesto por el art. 3 L.D.C. (arts. 1194 y 1195 C. C. y C.). Así, pues el sistema de protección estructurado por la normativa consumeril impone como principio que, **en caso de duda** (si la rotura se produjo por un vicio del producto o por un golpe en el pecho), **cabrá estar siempre a la interpretación que fuera más favorable al consumidor**.

4. Por lo demás, que la responsabilidad del vendedor del producto quede enervada –como sostiene la accionada- por el hecho de que el accionante no haya seguido el procedimiento indicado en carta documento por el primero, para determinar la causa de la rotura de la prótesis, no resiste el menor análisis.

Destáquese que, como consecuencia del principio protectorio dispuesto en nuestra carta magna, fruto de la desigualdad estructural de los consumidores (art. 42, Cont. Nac.), la ley 24.240 impone al proveedor un **deber de información agravado**, ya que *"esta obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización"* (art. 4, Ley 24.240) así como *"toda otra circunstancia relevante para el contrato"* (art. 1100, CCyC).

Como puede advertirse, el deber de información constituye uno de los pilares sobre los que se asienta el régimen protectorio de la LDC, de raigambre constitucional, ya que -insisto- el art. 42 de la Constitución Nacional el derecho de los consumidores a una información adecuada y veraz (cfr. TEVEZ, Alejandra N., "El deber de advertencia en las relaciones de consumo", La Ley del 5 de mayo de 2015). Se trata de la necesidad de suministrar al consumidor conocimientos de los cuales legítimamente carece, a efectos de permitirle efectuar una elección racional y fundada respecto de un determinado bien o servicio. El porqué de la necesidad de una información al consumidor o al usuario radica precisamente en la desigualdad evidente que tiene respecto del proveedor, en lo concerniente a los conocimientos sobre los productos y servicios.

En estas condiciones, no puede exonerarse de responsabilidad al demandado porque -en el mejor de los casos- el procedimiento o protocolo a fin de determinar las causas de la rotura le fue explicado al consumidor casi dos años luego de adquirido el producto (30/01/13) y como respuesta al reclamo extrajudicial de éste (23/01/13).

Recién en dicha oportunidad (a falta de toda otra constancia agregada al expediente) se le comunicó al consumidor que: *"1) El médico debe enviar copia de los estudios realizados a la paciente donde pueda notarse la ruptura del implante, 2) Deberá entregar copia de los stickers, facturas o consentimiento donde conste que las prótesis colocadas son Marca Sebbin, 3) Para realizar el recambio la paciente o el médico deben abonar la prótesis correspondiente y la misma se entregará con una nota donde conste que una vez analizado el implante extraído, si Sebbin da como respuesta que el mismo es cubierto por la garantía, se reintegrará el dinero, 4)Una vez extraída la prótesis, el médico debe enviarla a Delec Científica Argentina S.A. sita en Aráoz 823- C1414DPQ- Buenos Aires esterilizada y adjuntando el formulario ´Demande de renseignenments 07´ (el cual se le proveerá a la paciente cuando se haga presente en la Oficina de Implant-Cor sita en _____ de la ciudad de Córdoba, la cual deberá enviarla a Sebbin junto con dicho formulario y éste dará una respuesta en el período de*

3 meses, 5) En caso de que la paciente no vuela a colocarse implantes Sebbin, se procederá a enviar la prótesis a analizar a Sebbin y una vez obtenida respuesta, en caso de ser favorable, se le entregará al médico la prótesis correspondiente sin cargo…" (fs. 33).

La extemporaneidad de la información brindada (que incluso impone cargas a un tercero -como es el médico-, deja librado la procedencia del reclamo a la respuesta que brinde el fabricante -que también es responsable solidario en los términos del art. 40, L.D.C. y por ende parte interesada- y en la mejor hipótesis solo reconoce los gastos de la prótesis no de la operación necesaria para hacer el recambio -aun cuando fuere consecuencia directa e inmediata de la falla del producto- pero como mínimo luego de pasados tres meses –lapso durante el cual solo tendía un implante en el pecho-), naturalmente que la torna inoponible al accionante, ello en virtud de la tutela del estatuto del consumidor.

Incluso más, que a otro paciente se le haya brindado oportunamente la información que reseñamos (conf. testimonial de fs. 617), o que usualmente se siga otro protocolo (conf. testimoniales de fs. 434 vta. y 626/627 o lo informado por el Comité Consultivo a fs. 641) tampoco sirve para comprobar que a la accionante –que aquí es lo único que importa- se le haya brindado información en forma cierta, clara y detallada respecto de la conducta a seguir en caso de rotura del implante mamario.

Lo expuesto, a primera vista puede parecer que se impone un deber resarcitorio en cabeza del vendedor sin que el consumidor brinde una mínima colaboración a fin de determinar la causa de la rotura del implante, como entiende el representante del Ministerio Público Fiscal en primera instancia (fs. 657).

No obstante, si se tiene en consideración la responsabilidad objetiva que pesa sobre el proveedor y la consecuente inversión de la carga probatoria, pero -fundamentalmente- la desigualdad estructural que existe con el consumidor, de ello se sigue que los costos o la falta de colaboración para determinar esa supuesta etiología no pueden cargarse liviana y extrajudicialmente sobre la parte débil de la relación sin que previamente no se haya cumplido en forma el deber de información, puesto que -precisamente- el estatuto del consumidor atiende a esa asimetría y tiende a equilibrar la balanza para que sea el proveedor quien lo haga –si es necesario- judicialmente.

5. Por todo lo expuesto, considero que se encuentra demostrada la responsabilidad de la demandada, cuestión que así decido.

Agrego, a mayor abundamiento, que ninguna incidencia puede tener en el resultado dañoso el hecho de que la accionante haya comprado una nueva prótesis al momento de

efectuar el reclamo extrajudicial a la aquí demandada, ni –tampoco- el hecho de que solo una de las prótesis sufriera una rotura y no obstante la accionante decidió cambiar ambas. Ello así ya que al haber presentado una falla una de las prótesis, que como consecuencia de ello generó la necesidad de una nueva intervención quirúrgica para efectuar el recambio, con todo lo que trae aparejado, es válido pensar –conforme las máximas de la experiencia- que ello quebró la confianza del consumidor en el producto a quien se le aseguró que presentaban "garantía de por vida".

En el marco de la relación de consumo (art. 42 C.N.), desde que un producto sale de fábrica a través de la cadena de comercialización y llega a su destinatario final, pueden originarse situaciones fácticas con consecuencias jurídicas que involucran al consumidor. Ergo, el tráfico hace exigible la protección responsable del consumidor, y la confianza como principio de contenido ético impone a los operadores económicos el inexcusable deber de honrar estas expectativas. El quiebre de la confianza, implica la contravención de los fundamentos de toda organización jurídica, tornando inseguro el tráfico jurídico (cfr. REZZÓNICO, Juan Carlos, "Principios fundamentales de los contratos", Astrea, p. 376 y ss.). Tanto más si se tiene en consideración que la ley de defensa del consumidor consagra la protección de los intereses económicos de los consumidores y usuarios, otorgándoles derecho a una información adecuada y condiciones de trato equitativo y justo, derecho que tiene explícita base constitucional (v. art. 42, CN) con alcance operativo e inmediato principio de cumplimiento.

Precisamente por todo lo anterior, aunque sea cierto que no haya habido "urgencia" para efectuar el recambio, ya que se trató de una ruptura intracapsular y el gel interior por su propia composición no migra de lugar (conf. lo informado por el perito oficial a fs. 521, que no tiene en consideración el dolor que los médicos tratante constataron en la paciente), ello en modo alguno significa que no era "necesario" el recambio, punto en que todos los médicos que depusieron (sea como peritos o como testigos) coinciden. De allí que a falta de una información cierta, clara y detallada, ninguna incidencia tiene el tópico para determinar la responsabilidad de la demandada.

III. Daños reclamados:

<u>1.- Gastos de médicos y de farmacia</u>: Peticiona el accionante por este rubro la suma de $ 1.000.

El presente rubro es generalmente admitido aunque no exista prueba directa sobre el mismo. *"Ello es así porque por lo común –según las máximas de la experiencia- ´quien sufre lesiones a raíz de un accidente tiene gastos médicos y de farmacia que son de*

difícil prueba, pues es poco probable que se guarde la factura de cada medicamento, gasa, venda, consulta médica, etc, que la persona efectúa, pero de las mismas lesiones se presume que existieron, por lo cual se admite que la condena incluya un monto prudencial para compensar los mismos´.

Ahora bien, para admitir que esa flexibilización proceda es preciso: a) Una relativa inmediatez entre accidente y el momento en que se realiza el gasto, de manera tal que éste quede comprendido dentro de la situación de urgencia que justifica la excepción a las reglas sobre la carga probatoria. b) Que se trate de gastos de monto relativamente bajo, que hacen explicable que quien los efectúa no requiera y guarde los comprobantes en el contexto de una situación de emergencia, aunque por su cantidad sumen una cifra considerable; c) Que el gasto se adecue razonablemente a la situación por la que debió atravesar el damnificado...

Recogiendo esta jurisprudencia –que es mayoritaria- el ordenamiento fondal ahora determina que ´se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad´ (art. 1749, CCyC)" (cfr. DIAZ VILLASUSO, Mariano A., Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba, t. 2, Advocatus, p. 326/327).

Al respecto, cabe destacar que a raíz de la falla de una prótesis mamaria la accionante padece una incapacidad que, aunque parcial, es permanente y definitiva. En efecto, sin perjuicio de las consideraciones que haremos al momento de analizar la incapacidad psicofísica, por un lado, la pericial médica ha determinado que padece una incapacidad de entre el 11 y 4% de la T.O. (respectivamente fs. 501 y 518). Por otro lado, el informe pericial psicológico ha determinado una incapacidad del 4 %, que no es definitiva (fs. 488).

Como consecuencia, demostradas las lesiones sufridas por la actora, los gastos "pasados" reclamados resultan ser una consecuencia forzosa, debiendo su indemnización ser valorada conforme un criterio flexible y sin requerir prueba efectiva y acabada sobre la efectividad de los desembolsos y su cuantía. Máxime si se tienen en consideración las constancias de la historia clínica, lo exiguo del monto reclamado en relación a una operación quirúrgica de recambio de prótesis mamarias y lo informado por el perito oficial (fs. 501 vta.).

Por lo demás, aun cuando el accionante tenga obra social, igualmente debe tenerse en consideración que *"es tan frecuente que las empresas de medicina prepaga no cubran la integridad de gastos de curación y que excluyen ciertas terapias, que la sola vigencia*

del sistema no fundamenta una presunción de pago total por aquéllas" (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Disminuciones psicofísicas, t. I, Astrea, p. 345).

En virtud de lo expuesto, encuentro razonable hacer lugar al presente en concepto de gastos médicos y farmacéuticos pasados por la suma de **mil pesos ($ 1.000).** A dicha sumas debe adicionarse un interés según la tasa pasiva que publica el BCRA más un 2% nominal mensual, desde la fecha en que presumiblemente la actora debió haber sufragado dichos gastos, esto es, concomitantemente a la reintervención quirúrgica.

2. <u>Incapacidad psicofísica</u>. Invocando disminución laborativa y vital, la accionante reclama al momento de demandar la suma de <u>$ 101.536</u>, en base a un ingreso de $ 5.000, una incapacidad del 11% y 4% de la T.O. y una vida útil de 72 años. Al momento de alegar no solo que reajusta la incapacidad a los fines de la fórmula Marshall sino que también aclara que existe una probabilidad concreta de detrimento económico futuro.

a. Cabe aclarar, como enseñaba Matilde Zavala de González, que en una materia sembrada de incertidumbres terminológicas, debe cuidarse que los "nombres" o "rótulos" no empañen la reparación, siempre y cuando no se incurra en una duplicidad resarcitoria (diría excesiva) que puede conducir a un enriquecimiento injustificado de la víctima.

Por otro lado, corresponde recordar que el sentenciante se encuentra facultado calificar el rubro más allá de la nominación indicada por la accionante, en base al principio *iura novit curia*, procediendo a la reparación del perjuicio efectivamente sufrido al título que corresponda

En efecto, el error en que la propia parte incurra en la nomenclatura (*nomen iuris*) que le asigna a un determinado capítulo de los daños cuyo resarcimiento se reclama, no resulta vinculante para los jueces, los cuales pueden -y hasta deben- encuadrar los hechos que alegan los litigantes como sustento del perjuicio que se invoca en los conceptos y normas que sean realmente aplicables (cfr. DIAZ VILLASUSO, Mariano A., Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba, t. 2, Advocatus, p. 308).

b. Con esas previsiones, conviene señalar que la incapacidad psicofísica de una persona no es resarcible como un rubro autónomo del daño patrimonial o extrapatrimonial.

En efecto, *"la lesión a la incolumidad de la persona no es resarcible per se, toda vez que las aptitudes del ser humano no están en el comercio, ni pueden cotizarse directamente en dinero, por tanto carecen de un valor económico intrínseco (aunque –indirectamente- el valor pueda encontrarse en cuanto instrumentos de adquisición de*

ventajas económicas). Consecuentemente, el daño patrimonial derivado de tal incapacidad gira alrededor de los beneficios materiales que la persona –afectada en su plenitud y capacidad- hubiera podido lograr de no haber padecido la lesión incapacitante." (TSJ, Sala CyC, "Navarrete c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba", Sent. N° 230, 20/10/09; D. Jur. N° 1774, 07/12/09).

Adviértase que una cosa es el menoscabo médicamente diagnosticado (incapacidad) y otra distinta las consecuencias o proyecciones -espirituales y económicas- de esa lesión en la persona, es decir la repercusión material de dicha incapacidad (daño resarcible). Por ello la incapacidad no constituye un daño indemnizable autónomamente, sino que su reparación debe canalizarse ya sea a título de daño material o moral, o bien ambos tipos de perjuicios (conf. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, Tratado de daños a las personas, Disminuciones psicofísicas, t. II, Astrea, p. 42; PIZARRO, Ramón D.-VALLESPINOS, Carlos G., Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones t. 4, Hammurabi, p. 305; OSSOLA, Federico A., Responsabilidad civil, Abeledo Perrot, p. 153).

En una palabra, en materia de reparación del daño sólo existen dos grandes categorías para encuadrar un daño resarcible: el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial.

c. En esas condiciones el reclamo procede a título de *lucro cesante* si el detrimento a reparar consiste en las ganancias dejadas de percibir o la afectación de las aptitudes productivas de la persona, siempre que ello implique una disminución de beneficios.

Cuando se trata de perjuicios efectivamente sufridos con motivo de la inactividad laborativa a consecuencia de las lesiones sufridas, estaríamos en el terreno de daño *pasado*, que tiene por finalidad indemnizar la pérdida cierta de ganancias producida en el período que media entre el hecho ilícito y la sentencia. En cambio, si el resarcimiento se sustenta en la privación *futura* de los beneficios económicos que podría obtenerse derivados de una aptitud productiva genérica, lo que se pretende es la indemnización por lucro cesante futuro.

De este modo, los efectos de la incapacidad sobreviviente cuando ésta repercute de manera certera y efectiva en el valor potencial de la actividad productiva, pueden ser resarcidos a título de lucro cesante, y de no ocurrir dicha merma específica, como frustración de *pérdida de chances*, supuesto en donde sería suficiente con la frustración de una oportunidad de conservar la actividad productiva plena o de mejorar el nivel de rendimiento o progreso económico, para lo cual bastaría con la mera probabilidad en

grado suficiente de lograr la ganancia (conf. TSJ, Sala Penal, “Bustos Moyano, Juan Martín”, 06/12/2007, LLC 2008 mayo, 366).

Como puede advertirse, el lucro cesante y la pérdida de chance son conceptos que se ubican dentro del anaquel del daño patrimonial, diferenciándose sólo por grados de certidumbre del daño.

Cuando existe certeza -o una altísima probabilidad-, entonces la indemnización se concede a título de *lucro cesante* y la indemnización se fija en la totalidad de lo que se hubiera ganado si no ocurría el hecho dañoso. Si no existe tal grado de probabilidad pero hay una presunción grave de que el damnificado se encontraba en una situación favorable para obtenerla, entonces se concede la indemnización a título de *chance*, mediante una suma disminuida.

Consecuentemente, en orden a determinar si, en el subjudice, nos hallamos ante un daño por lucro cesante o por pérdida de chance, incumbe efectuar un juicio de probabilidad para distinguirlos.

d. Por aplicación de estas pautas al caso se sigue que a los fines de reparar el daño físico sufrido por el actor, este no puede serlo en concepto de **lucro cesante**, ya que no logró acreditar que la operación de cambio de prótesis le haya traído una efectiva disminución de ingresos.

Ahora bien, aun cuando no se haya acreditado la merma económica que exige el lucro cesante, la incapacidad originada en el evento dañoso le impide desarrollarse de manera plena, aun cuando no se haya visto afectado su desempeño laboral, pudiendo perder –así- la posibilidad de obtener ganancias en el futuro, por lo que tales privaciones deben resarcirse bajo el rubro **pérdida de chance**; solución que -como vimos *ut supra*- no compromete el principio de congruencia (conf. TSJ, Sala CyC Sent. Nº 54/01, 108/04, 68/08, 46/16, entre muchos otros).

De allí que corresponde aminorar el resarcimiento cuando la incapacidad no ha impedido en los hechos la reinserción productiva ni determinado alguna específica pérdida de ganancias. Efectivamente, no cabría reconocer un lucro cesante actual, sino una pérdida de la chance, la cual en el caso de marras, estriba en el menoscabo de una oportunidad reemplazar la actividad productiva, mejorar el nivel de vida o de progresar económicamente del actor (conf. C1a CC Cba., “Laion Marcelo Alfredo y otro c/ Funes Ana Cecilia y otro- ord.”, Sent. N° 41, 7/06/16; C5a CC Cba., “Cuquejo, Carlos Rumualdo y otro c/ Gutiérrez, Héctor Raúl - Ord”, Sent. n° 79, 3/7/2013).

Si bien es cierto que la pérdida de chance fue postulada recién al momento de alegar sobre el mérito de la prueba, el brocardo *iura novit curia* permite –como vimos- recalificar en ese sentido la postulación originaria, de modo que no existe infracción al principio de congruencia.

e. A los fines de la cuantificación de la **pérdida de chance futura**, se utilizará la fórmula Marshall abreviada.

Tal procedimiento matemático está contenido en la fórmula: C: a x b. Así, "C" es el monto indemnizatorio a averiguar, que se logra multiplicando "a" por "b". El factor "a" representa el perjuicio mensual sufrido por doce meses al que se suma un interés puro del 6% anual; el otro elemento de la fórmula, es "b", el número de períodos dentro del cual debe producirse el agotamiento del mismo, es decir se refiere a la totalidad del lapso resarcitorio. Para el cálculo del valor "b" es indispensable utilizar una tabla, donde a cada año corresponde un coeficiente. Seleccionada la cantidad de años, se ubica el coeficiente que le corresponde y que equivale a "b" (de tal manera se ahorran todos los cálculos que requiere la fórmula "Marsall").

Ahora bien, "*al no identificarse con el lucro cesante futuro, no corresponde aplicar dicha fórmula en su integridad, sino que como se toma de manera referencial, resulta correcto una disminución al aplicar la fórmula, no porque la victima tenga una incapacidad menor, sino porque la fórmula por la que se determina el lucro cesante, se está aplicando como pauta de referencia, pero entendiéndose que debe ser por un monto menor al lucro cesante futuro, con el que no se debe confundir, ante la mayor incertidumbre sobre su cuantía"* (Conf. C8a CC Cba., "Navarrete, Eduardo Raúl c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba", Sent. N° 173, 6/10/05).

Por ello es que se justifica condenar por un porcentaje de lo obtenido de aplicar la fórmula, o también se puede optar por aplicar en la fórmula un porcentaje de incapacidad inferior al que efectivamente tiene la víctima o incluso reducir los ingresos, que es otra manera de lograr lo mismo.

Considero que debe aplicarse la formula referida y de lo obtenido mandar a pagar un porcentaje, por parecer más práctico, y considerar todos los parámetros de manera global.

f. Entiendo que para el cálculo de la fórmula Marshall en el caso concreto no corresponde tomar como tope los 65 años de edad y sino los **72**.

Como tiene dicho nuestro tribunal casatorio, a los fines de determinar la edad máxima a tener en cuenta a los fines de calcular la incapacidad sobreviniente, no puede estarse a

criterios rígidos sino que la solución dependerá de las particulares circunstancias del caso. Ello así desde que dicho parámetro obedece a las distintas situaciones de hecho ventiladas en cada resolución. En otros términos, se trata de establecer el "*dies a quem*" del plazo para la fijación del lucro cesante por incapacidad en base a parámetros análogos existentes en materia de jubilaciones (65 años) o promedio de vida física (72 años) utilizando las reglas de la experiencia, y no basándose directamente en un precepto de derecho (TSJ, Sala CyC, Sent. N° 26/01).

No obstante, como pauta general puede decirse que -como tiene dicho prestigiosa doctrina- la productividad de las personas suele no cesar a los 65 años *"pues -en la mayoría de los supuestos- los jubilados conservan aptitud para desempeñar otras tareas materialmente provechosas (aunque no se retribuyan en dinero)… los progresos técnicos y científicos no sólo han prolongado físicamente la existencia, sino también mejorado su calidad y plenitud. Por eso, la edad avanzada no coarta por sí misma el desenvolvimiento de actividades útiles económicamente (como las domésticas), y que interesan al propio sujeto, sus familiares u otros allegados. De allí que, salvo excepciones, debe equiparase vida ´útil´ con el término expectable de ´vida´"* (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Perjuicios económicos por muerte", t. II, Astrea, p. 281).

También se ha señalado que la crisis del sistema de seguridad social –hecho notorio- ha agregado un componente a esta tesitura, puesto que muchas personas que llegan a su jubilación continúan trabajando y que ello no podrá hacerlo el incapacitado (LORENZETTI, Ricardo Luis, "Lesión física y la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante", Revista de Derecho Privado y Comunitario n° 1, Rubinzal Culzoni, p. 123).

Esta posición, por lo demás, es la seguida por la mayoría de las Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial de esta ciudad (conf. C1a CC Cba., "Serrat Roxana Alejandra y otros c/ Geric Patricio- daños y perj.- Recurso de apelación", Sent. N° 140, 5/11/15; C3a. CC Cba., "Buzzone Ernesto Luis c/ Ciudad de Córdoba SACIF y otro- Ordinario- Daños y perjuicios- accidentes de tránsito- Recurso de apelación", Sent. Nº 238, 30/11/10; C4a CC Cba., "Monier Gilda Iris c/ Turallas Nestor y otro- ordinario- daños", Sent. N° 136, 06/11/14; C5a CC Cba., "García Pamela c/ Municipalidad de Córdoba- ordinario- daños- recurso de apelación", Sent. N° 207, 25/11/14; C6a CC Cba., "Delfino Natalia Vanesa c/ Caminos de las Sierras S.A.- ordinario- daños y perj.- accidentes de tránsito- recurso de apelación", Sent. N° 2, 07/02/13; C7a CC Cba., "Scacchi

Hormaeche Sebastián Gustavo c/ Brussa Octavio Victoriano- ordinario", Sent. N° 161, 29/10/09; C8a CC Cba., "Brito Marta de las Mercedes y otro c/ Vega Mario Raúl y otros- ordinario- daños", Sent. N° 92, 2/07/15).

En estas condiciones, entonces, sin una referencia concreta a las particularidades que singularizan el caso, es decir no habiéndose alegado alguna circunstancia que haga siquiera verosímil lo contrario, no es válido suponer que inevitablemente y en absolutamente todos los casos una persona se vuelva incapaz de lograr algún beneficio (económico o de otra índole) en el mismo momento de cumplir 65 años.

g. A los fines del cálculo debe estarse a un ingreso de $ 5.000 tal y como se postula en la demanda.

Bien es cierto que los recibos acompañados en copia a fs. 27/30 no han sido debidamente adverados, mediante prueba informativa, no obstante: 1) se trata de un hecho no controvertido por la demandada; 2) en autos se ha rendido testimoniales de quienes dicen ser compañeras de trabajo de la actora en el Instituto Oulton (fs. 428 y 431); 3) una empleada administrativa de esa institución reconoce los recibos agregados (423). Todo lo cual resulta suficiente para tener por acreditado el punto.

h. Respecto del porcentaje de incapacidad a tener en cuenta, merece destacarse, por un lado, que el perito especialista en medicina legal ha determinado que producto de la segunda operación la actora padece una incapacidad permanente del 11% de la T.O. por daño estético (fs. 501) y, por el otro, que el perito especialista en cirugía plástica ha determinado por la misma lesión una incapacidad del 4% de la T. O. (fs. 518).

No obstante, debe estarse al primero de los dictámenes por la sencilla razón de que fue realizado en base al Baremo General para el fuero Civil Altube-Rinaldi (fs. 503), que es el generalmente utilizado en la praxis judicial, mientras que el otro informe fue elaborado en base al baremo "AACS 2012" (fs. 518), que es el elaborado por la Asociación Argentina de Compañías de Seguros.

Por otro lado, la crítica efectuada por el demandado al momento de alegar no merece recibo. Primero porque ambos peritos son contestes en que la cicatriz resultante de la segunda operación es una lesión incapacitante, difiriendo solo en el baremo utilizado. Segundo porque el perito especialista en cirugía plástica no sostiene que la actora no presenta ninguna lesión, como afirma la demandada (fs. 696 vta) sino que no presenta "otras" lesiones ocasionadas por el hecho aquí ventilado (conf. fs. 518 vta.). Finalmente, aunque se pudiera compartir lo expuesto por el perito de control en orden a que la reintervención sobre tejido cicatricial conlleva inexorablemente a una cicatriz

hipertrófica e hiperpigmentada (fs. 509), ello no significa que en el caso concreto ello efectivamente le haya ocurrido a la actora, de modo que no sirve para descartar lo informado por el perito oficial.

Por lo demás, recuérdese que la jurisprudencia es conteste en sostener que *"ante dos opiniones contradictorias entre el perito oficial y el de control (ambos especialistas en la materia) debe prevalecer el del primero pues las garantías que rodean su designación (por el Tribunal y por sorteo) hacen presumir su mayor imparcialidad y consecuentemente mayor convicción. El perito de control –a diferencia del oficial- es un experto de confianza de la parte que lo propuso, y por lo tanto actúa más como defensor parcial que como auxiliar imparcial del juez"* (DIAZ VILLASUSO, Mariano, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, t. II, Advocatus, p. 144).

De otro costado, si bien la perito psiquiatra oficial ha establecido una incapacidad del 4% (fs. 488), entiendo que no debe tomarse la misma a los fines del cálculo de la formula Marshall (dimensión pecuniaria) sino solo a los fines de mensural el daño moral reclamado (dimensión espiritual).

En efecto, más allá de las deficiencias que pudiera tener lo informado, y que son puestas de resalto por la perito de control, no solo que en estricto rigor no se determina que esa incapacidad tenga incidencia "laboral" según el baremo utilizado usualmente en el fuero civil (v.gr. Altube-Rinaldi), es decir que haya podido tener una concreta incidencia económica (basta señalar que la co-actora continúa trabajando), sino que no es "definitiva" (argum. art. 1749, C. C. y C.). Es que cabe tener presente que lo que se indemniza por este concepto no son las lesiones padecidas, sino la disminución de la aptitud psíquica derivada de las secuelas del accidente, especialmente las que perduran de modo permanente (conf. C8a CC Cba., "Careaga Rojas Cecilia c/ Transporte Monte Cristo S.A.- ord.", Sent. N° 61, 30/05/17).

Dicho de otro modo, *"no se ha demostrado que la lesión, calificada como Estrés post traumático, haya provocado un perjuicio económico porque no se puede presagiar que sea apto para provocar un daño a su futura capacidad laboral o a su vida de relación, porque no hay ninguna prueba de que sea irreversible y que vaya a subsistir en el futuro, ni que no pueda superarse con adecuado tratamiento psicológico (la pericia no precisa si podría mejorar o desaparecer mediante un tratamiento adecuado). En esas condiciones, no puede concederse una indemnización para un daño que no solo es futuro sino que sería puramente eventual o hipotético, ya que es condición esencial del*

daño resarcible la condición de "cierto", certeza que falta en quien padece una dolencia no irreversible. Por ello, estimo que el estrés post- traumático solo es reparable como redimensionamiento del daño moral en consideración a las alteraciones que ha ocasionado en la salud espiritual del demandado" (conf. C2a CC Cba., "Quinteros Luis Alberto c/ Porta Alejandro Luis- ord.- daños y perj.- otras formas de resp. Ext.- Rec. apelac", Sent. N° 76, 15/08/06)**.**

i. Bajo los conceptos señalados, aplicada la fórmula Marshall abreviada, en el caso se debe tomar la suma de $ 5.000 x 13 meses x 11% (porcentaje de incapacidad) + 6%, y a ello se lo multiplica por 13,929086 que emana de la tabla respectiva (31 años computables, desde que la actora nació en 1977, conf. fs. 36), se obtiene el resultado de $ 105.568.-

Ahora bien, sobre tal importe, corresponde establecer la minoración respectiva, resulta adecuado, ponderando los diversos parámetros que se han ido mencionando, fijarlo en el 30% de lo que hubiere correspondido de tratarse de lucro cesante, porcentaje que se atiene a la efectiva incapacidad declarada en el caso concreto (que no compromete la movilidad ni las funciones cognoscitivas, ni impide seguir trabajando), así como también a la incapacidad "vital" (como veremos a seguir) y la edad de la víctima. Así, resulta una indemnización total por este rubro de **treinta y un mil seiscientos setenta pesos ($ 31.670)**.

Finalmente, el principio de congruencia veda a que me pronuncie respecto de la pérdida de chance productiva pasada (anterior a la sentencia), por no haber sido solicitada en la demanda (naturalmente como lucro cesante pasado).

j. Adviértase que, conforme lo alegado por el actor, la incapacidad originada en el evento dañoso le produjo una disminución en sus aptitudes tanto físicas como psíquicas, menoscabando las posibilidades de desarrollo pleno de su vida en todos los aspectos de la misma. En una palabra, el accionante no ciñó su reclamo a lo estrictamente laborativo.

Con esas previsiones, convienen señalar que, como tiene dicho nuestro tribunal casatorio, la incapacidad física puede ser clasificada tanto en *laborativa* (la que atiende estrictamente al ámbito productivo) como en *vital* o amplia (proyectada a las restantes actividades o facetas de la existencia de la persona), siendo ésta última igualmente resarcible a título de daño patrimonial.

En efecto, *"la incapacidad apreciable patrimonialmente no es sólo la directamente productiva, sino que también debe apreciarse –aunque se lo aprecie de manera*

mediata- el valor material de la vida humana y de su plenitud. Y es que, la incapacidad padecida aunque no acarree una directa ´merma de ingresos´, sin dudas provoca una clara ´insuficiencia material´ para desenvolverse por sí y realizar actividades "útiles", lo que tiene una indudable proyección económica que merece ser reparada; y ello así más allá de la repercusión espiritual (daño moral) que pueda aparejar el menoscabo a la integridad psicofísica de la persona" (TSJ, Sala CyC, "Dutto Aldo Secundino c/ America Yolanda Carranza y Otro- Ordinario- Recurso de Casación", Sent. N° 68, del 25/06/2008; Sem Jdco. N°1691, pág. 108; Zeus Córdoba Nº 309, p. 317).

Adviértase que *"las capacidades físicas y psíquicas de la persona le brindan numerosos beneficios de contenido patrimonial, que no se reducen exclusivamente a los ingresos laborales (salario, honorarios, etc.) sino que abarcan las utilidades que le aporta el poder desplegarlas en su propio beneficio (piénsese que en la utilidad que implica el poder desplazarse a pie, el poder vestirse solo, cocinarse, asearse, etc.) por lo que la afectación de las capacidades humanas produce siempre, en mayor o menor medida, un daño material, aun cuando ese daño no se vea reflejado directamente en una aminoración monetaria"*(C8a CC Cba., "Chayeb Rene c/ Chalup Miguel Fabian- ordinario", Sent. N° 63, 31/05/16).

Dicho de otro modo, "*El poder cumplir en plenitud actividades vitales, así no sean laborales o no reditúen beneficios dinerarios, tiene un significado económico: la posibilidad de subir a un ómnibus, de conducir un vehículo, de higienizarse personalmente, de limpiar un piso o lavar un automotor, de realizar trámites o pagar impuestos, de cumplir en fin cualquier tarea cotidiana con libertad y sin trabajas (...) tienen también un significado económico*" (Conf. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Resarcimiento de Daños. Daños a las personas, Hammurabi, Bs. As., 1990, Vol. 2a, p. 48).

Ello encuentra justificación a poco que se tenga en consideración que el derecho a una reparación integral así como el derecho a la integridad de la persona en su aspecto físico, psíquico y moral, es decir, el derecho a una *indemnización plena del daño a la persona*, se encuentran reconocidos por el plexo convencional incorporado al arto 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (conf. arts. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4°, 5° y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6° del Pacto Internacional dé Derechos Civiles y Políticos; Fallos: 335: 2333), lo cual -como no puede ser de otra

manera- ha sido receptado por el art. 1740 CCyC (conf. CSJN, “Ontiveros, Stella Maris e/ Prevención ART S.A. Y otros s/ accidente - inc. y cas.”, 10/08/17).

Temperamento que, por lo demás, es ampliamente receptado por la jurisprudencia, tanto local (conf. C4a CC Cba., “Zagaglia Maria Rosa y otros c/ Piscitello José Luis y otro- ordinario”, Sent. N° 156, 26/12/13; C5a CC Cba., “Bisson Fanny Norma c/ Tolaba Orlando César y otro- ord.”, Sent. N° 76, 26/06/17; C6a CC Cba., “Montiel Marcos Cesar c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba y otro- ordinario”, Sent. N° 31, 19/03/14; C7a CC Cba., “Ruiz Gisela Silvia c/ Torriglia Maria Verónica- ordinario”, Sent. N° 63, 19/08/14; C8a CC Cba., “Sánchez Alcira Estela c/ Rivera Vargas Genaro- ordinario”, Sent. N° 100, 30/08/16; Cám. CC Cont. Adm. de Río Cuarto de 1° Nom., “Maldonado Lorena Maria y otro c/ Ponce Antonio Cayetano- ord.”, Sent. N° 10, 21/03/17) como nacional (conf. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Tratado de daños a las personas, Disminuciones psicofísicas, t. II, Astrea, p. 27) y que ha tenido recepción normativa en el novel art. 1746 CCyC, que ordena considerar no solo las actividades “productivas” sino también las “económicamente valorables”.

En estas condiciones, si bien no desconozco los diferentes criterios de las Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial de esta ciudad a fin de cuantificar la incapacidad “vital” (monto fijo, sin reducción de estalas, etc.), comparto aquélla que propugna un **aumento de la chance** en razón de ella.

En estas condiciones y como tiene dicho la jurisprudencia, *“al cuantificar el daño no solo debe tenerse en cuenta la afectación de las chances en el aspecto laboral del individuo, sino la afectación patrimonial ocasionada por la incapacidad permanente sobre las actividades útiles que realiza toda persona en su vida cotidiana y de relación”* (C8a CC Cba., “Jimenez Julio Agustin c/ Lozano Francisco”, Sent. N° 60, 23/05/17).

En suma, la secuela incapacitante en la actividad laborativa disminuye cualquier perspectiva de lucro en la actividad, a la par de resultar de por sí incapacitantes en aquellas tareas propias de la vida y de la rutina de la actora que no las podrá realizar con la misma solvencia y comodidad, y que importan dificultades extras a indemnizar a título de incapacidad vital (C9a CC Cba., “Purizaga Argueda Ruth c/ Chalhub Frau Silvana Esther- ordinario”, Sent. N° 89, 27/07/17).

Precisamente por todas estas consideraciones entiendo –como adelanté- que debe estimarse en el 30% de lo que hubiere correspondido de tratarse de lucro cesante, ya que si bien se ha determinado una incapacidad del 11% de la T.O (que es relativamente

baja), no puede negarse que –conforme las máximas de la experiencia- las lesiones sufridas y la consecuente incapacidad que de ellas se deriva y en virtud de la actividad que desempeña la actora (que se desempeña como odolontóloga y por ello debe permanecer la mayor parte del tiempo de pie), generan una seria afectación a la vida en relación.

k. Intereses. A los fines de establecer el cómputo de intereses moratorios corresponde hacer una distinción.

En el lucro cesante *pasado* (anterior a la sentencia) se aplica el denominado "cómputo lineal de las ganancias perdidas", que consiste en multiplicar el porcentaje del ingreso correlativo a la entidad de la incapacidad, por el número de períodos temporales útiles transcurridos entre el hecho lesivo y la fecha de la sentencia toda vez que el crédito pertinente ya nació y fue exigible a partir del momento en que tuvo lugar cada pérdida de ganancia; por lo tanto, no queda entonces sino multiplicar todas las pérdidas consumadas en el patrimonio de quien acciona.

En cambio, para el lucro cesante *futuro* (posterior al fallo), en cuanto el resarcimiento se realiza por anticipado, ha prevalecido el sistema de renta capitalizable, conforme el cual se tiene en cuenta –por un lado- la productividad del capital y la renta que puede producir, y –por el otro- que el capital se extinga o agote al finalizar el lapso resarcitorio. Para efectuar tal liquidación, la jurisprudencia aplica usualmente la denominada fórmula "Marshall", o en su versión abreviada denominada "Las Heras".

Tal diferenciación de sistemas para la valuación del lucro cesante, según sea pasado o futuro, tiene igualmente incidencia en la determinación del punto de inicio del cómputo de los intereses moratorios.

En efecto, en la liquidación del lucro cesante *pasado* (conforme el método lineal) los intereses corren desde que cada cuota o período debió ser abonado. Para el caso del lucro cesante *futuro*, en cambio, los intereses comienzan a correr desde la sentencia, toda vez que recién con ella se torna exigible el pago anticipado de la obligación resarcitoria (conf. TSJ, Sala CyC, "Navarrete Eduardo Raúl c/ Sup. Gno. de la Prov. de Cba.- Ordinario", Sent. N° 230. 20/10/09; D. Jur. N° 1774 del 07/12/09; doctrina reiterada en: Sent. N° 4/12, 7/17, entre muchas otras).

Lo expuesto, naturalmente, también es predicable *mutatis mutandi* respecto de la pérdida de chance.

Por lo demás, lo expuesto guarda perfecta coherencia con los postulados que el nuevo CCyC vigente a partir del 1º de Agosto de 2.015 ha incorporado en el art. 1748; pues

allí claramente se establece que en el ámbito de la responsabilidad civil, el curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio. Y teniendo en cuenta que la pérdida de chance futura proveniente de una incapacidad es un daño que se consolida con la sentencia, sólo cuando el deudor no cumple con la condena impuesta en el plazo establecido en la providencia, habrá incurrido en mora que deberá ser resarcida a título de interés moratorio (conf. TSJ, Sala CyC, 83/16).

3. <u>Daño emergente</u>. A título de daño emergente "futuro" la accionante reclama suma de $ 24.000 (monto ampliado al momento de alegar, fs. 687), con motivo del tratamiento psicológico que deberá realizarse en razón de la incapacidad que padece (48 sesiones a $ 500, es decir una sesión semanal por un año).

Por un lado, debe tenerse en consideración que el perito oficial no solo determinó un incapacidad psicológica, sino que también en su dictamen recomendó realizar tratamiento psicoterapéutico por un período no menor a 12 meses (fs. 489, vta.). Esto último en razón de que se observa en la accionante un *"trastorno de adaptación, que surge por un estado de malestar subjetivo acompañado de alteraciones emocionales que, por lo general, interfieren con la actividad social y que aparecen en el período de adaptación a un cambio biográfico significativo o a un acontecimiento vital estresante"* (fs. 488).

Adviértase que el perito de control de la demandada no controvierte este punto del dictamen oficial, sino que hace foco en la determinación de incapacidad (fs. 494/496). Dicho de otro modo, controvierte que la lesión haya sido incapacitante pero no cuestiona que a raíz del hecho la actora deba realizar tratamiento psicoterapéutico. Por lo que no existen elementos que me permitan apartarme de lo informado por el perito.

De otro costado, debe tenerse en consideración que los gastos terapéuticos son aquellos orientados al restablecimiento de la integridad psicofísica de la víctima, y dado que la incolumidad es fundamental, debe reconocerse la facultad de hacer cuanto sea preciso para recuperar la salud dañada, en cualquier grado que resulte lesionada y con prescindencia de las utilidades económicas que la víctima lograba o no con el ejercicio de sus aptitudes (cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Disminuciones psicofísicas, t. I, Astrea, p. 327).

En virtud de lo expuesto, corresponde condenar a los demandados por gastos futuros por la suma de **veinticuatro mil pesos ($ 24.000).** A dicha sumas debe adicionarse un interés según la tasa pasiva que publica el BCRA más un 2% nominal mensual, desde la

fecha en que presumiblemente la actora debió haber sufragado dichos gastos, esto es, concomitantemente al reintervención quirúrgica.

De otro costado, a título de daño emergente "pasado" la accionante reclama el resarcimiento de los gastos que significaron la adquisición de nuevas prótesis ($ 5.704) y así como también los derivados de la intervención quirúrgica ($ 7.000), haciendo un total de $ 13.704. Para lo cual adjunta en copia de sendas facturas (fs. 34 y 35).

El rubro merece recibo parcial puesto que solo la factura de compra de la nueva prótesis ha sido reconocida por su emisor (434/435) sin que se haya hecho lo propio con la restante factura que daría cuenta del costo de la operación.

Respecto de esto último, entonces, se encuentra acreditado el daño pero no su cuantía, por lo que ello obsta su procedencia. Máxime en el caso, donde la accionante posee obra social, lo cual genera una presunción de que alguna porción de esos gastos pudo ser cubierta por la compañía.

Recuérdese que conforme surge de los arts. 333, 334 y 335, C. de P. C. si se hubiera probado el crédito o daño (*an debeatur*) pero no se hubiera acreditado ni el monto (*quantum debeatur*), ni las bases objetivas que permitan determinarlo, esto es, ante el supuesto de falta absoluta de prueba, excepcionalmente se faculta al magistrado para que "fije prudencialmente" el valor pecuniario de la condena. Pero ello únicamente es válido (como tiene dicho nuestro tribunal casatorio a partir de la causa "Amarilla") a condición de que no pueda imputársele desidia o negligencia al interesado, es decir, por parte de quien soportaba la carga probatoria (conf. DIAZ VILLASUSO, Mariano A., "Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba", t. II, Advocatus, p. 320 y ssgtes).

En virtud de lo expuesto, corresponde condenar al demandado por la suma **cinco mil setecientos cuatro pesos ($ 5.704)**. A dicha sumas debe adicionarse un interés según la tasa pasiva que publica el BCRA más un 2% nominal mensual, desde la fecha en que presumiblemente la actora debió haber sufragado dichos gastos, esto es, concomitantemente a la reintervención quirúrgica.

4. <u>Lucro cesante pasado</u>. Entiendo que debe admitirse la procedencia del lucro cesante por pérdida de presentismo a raíz de la operación. Ello así ya que, por un lado, una compañera de trabajo depone que cobran un premio por asistencia y puntualidad (fs. 423) y, por el otro, tanto su monto como su falta de percepción se ven reflejados en los recibos de 27, 29 y 30.

Por lo demás, ninguna incidencia tiene la crítica efectuada por la demandada al momento de alegar (fs. 697), desde que aunque el post operatorio fuere de 10 días y no

de 30 –como afirmó la actora en la demanda- ello no obsta que se pierda el incentivo laboral, independientemente del salario.

De allí que corresponde condenar al demandado por la suma **setecientos veintinueve pesos con veintiún centavos ($ 729,21)**. A dicha sumas debe adicionarse un interés según la tasa pasiva que publica el BCRA más un 2% nominal mensual, desde la fecha de la reintervención quirúrgica.

5. <u>Daño moral</u>: El actor peticiona la suma de $ 30.000, en virtud de las aflicciones y sufrimientos físicos y de orden espiritual que padece y tuvo que padecer como consecuencia del hecho narrado en autos.

a. En nuestro ordenamiento jurídico *"La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima..."* (art. 1078, Cod. Civil).

A partir de las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil celebradas en 1984 (Pizarro, Zavala de González, Mosset Iturraspe, Stiglitz) puede entenderse que así como el "daño patrimonial" constituye una modificación disvaliosa del patrimonio que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho y como consecuencia de este; del mismo modo "el daño moral" -o extrapatrimonial- es una modificación disvaliosa, anímicamente perjudicial del espíritu, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho y como consecuencia de este.

Esta definición uniformemente aceptada, que pone el acento en el daño al espíritu, expresión amplia que alude a los distintos estados de la persona y -al mismo tiempo- resalta que el daño debe guardar relación de causalidad con el hecho lesivo, hoy encuentra recepción legislativa en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, adviértase que el art. 1741 CCyC habla de la indemnización de las consecuencias "no patrimoniales" como categoría de daño resarcible, y dada su amplitud comprende (como pregonaba la doctrina cordobesa) todas las consecuencias perjudiciales en la capacidades de entender, querer y sentir, derivadas de la lesión a intereses no patrimoniales, y que se traducen en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba al damnificado antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial (OSSOLA, Federico A., "Responsabilidad civil", Abeledo Perrot, p. 140).

b. Avanzando corresponde señalar que el daño moral -o extrapatriominal- como regla no necesita prueba directa sino que tendrán decisiva incidencia tanto las máximas de la

experiencia (art. 327, CPC) como las presunciones (arts. 315 y 316, ib.), sobre todo en caso de daños a la integridad física (conf. DIAZ VILLASUSO, Mariano, "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba", t.I, Advocatus, p. 710).

En efecto, *"el daño moral no requiere prueba directa y se infiere, por lo común, in re ipsa, a partir de una determinada situación objetiva, siempre que ésta permita deducir la existencia inconcusa de una consecuencia disvaliosa en la subjetividad de la persona, producto de la acción antijurídica".* (TSJ, Sala Penal, "Lopez Julio César. p.s.a. de homicidio culposo- Recurso de Casación", Sent. N° 21, 10/04/03; Zeus N° 58, T. N° 2, p. 537).

En términos de nuestro tribunal cimero, a diferencia de las reglas probatorias en los supuestos de daños materiales (donde el damnificado debe probar el daño), en los inmateriales, por las particularidades de este daño, debe tenérselo por configurado *in re ipsa* ya que se presume la lesión inevitable de los sentimientos de los legitimados (CSJN, "Lima, Maira Joana y otros c/ Agon Alfredo, Sastre María Patricia y otros- daños y perjuicios", 05/09/17, Diario Jurídico N° 3508, 12/09/17).

Por tanto, *"de la lesión a la integridad física de una persona se infiere el daño moral padecido por aquélla, lo que debe surgir con suficiente grado de certidumbre, conforme a lo que ordinariamente sucede de acuerdo al curso normal y ordinario de las cosas. Esto se advierte, con absoluta claridad, cuando el bien jurídico afectado, de cuya lesión deriva el daño moral, es la integridad física"* (TSJ, Sala CyC, "Ceballos, Rubén E. y otra c. Ardiles, Efraín M.", 26/11/97; LLC 1998, 241).

Temperamento que, por lo demás, ha sido receptado por el art. 1744 CCyC de modo de mayor certeza al tópico de la prueba del daño.

c. Si bien cabe admitir que la cuantificación del daño moral (que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, conf. TSJ, Sala CyC, Sent. N° 69/07; Fallos: 334:1821) es una cuestión harto dificultosa, no obstante ello la obligación legal de fundar lógica y legalmente las decisiones jurisdiccionales (art. 155 Const. Prov., art. 3 CCyC y 326 CPC) impone el deber de no dejar librado el quantum resarcitorio solo al "prudente arbitrio judicial" sino explicar fundadamente como se llega al monto al que finalmente se arriba como justa indemnización.

A los fines de justificar este "quantum" no existen pautas fijas para su cálculo, atento la propia naturaleza del mismo por lo que corresponde evaluar las repercusiones que la lesión infirió en el ámbito subjetivo de la víctima, lo que requiere, en razón del principio de *individualización del daño,* que se ameriten todas las circunstancias del caso, tanto

las de naturaleza subjetiva (situación personal de la víctima) como las objetivas (índole del hecho lesivo y sus repercusiones). No debe perderse de vista que no puede traducirse en un enriquecimiento sin causa del peticionante, como tampoco en una simple sanción ejemplificadora.

Por otro lado, debe tenerse en consideración que la remisión a la práctica judicial, como parámetro para la fijación del daño moral no es antojadiza sino que goza de amplio respaldo doctrinal, a punto tal que ciertos autores -opositores a la tarifación del daño moral- llegan a propiciar lisa y llanamente la *"tarifación judicial iuris tantum del daño moral"* como modo de fijar pautas flexibles con cierto grado de uniformidad que permitan alcanzar el objetivo de seguridad, predictibilidad y tratamiento equitativo para casos similares (cfr. PIZARRO, Ramón Daniel, "Daño moral", Hammurabi, p. 351 y 352; PEYRANO, Jorge W., "De la tarifación judicial del daño moral" J.A. 93-1, p. 880, entre otros).

Línea argumental que –cabe destacar- es compartida por nuestro tribunal casatorio, quien tiene dicho que, cuando se trata de cuantificar rubros como el de marras, constituye una pauta objetiva básica atender a lo que es habitual en circunstancias análogas a las demostradas, optando por la más moderada (TSJ, Sala Penal, "Nuñez, Marcelo César p.s.a. de homicidio culposo calificado, etc. -Recurso de Casación-", Sent. N° 7, 21/02/07).

En efecto, es una pauta válida: *"colocar el monto en cuestión, en una valoración de contexto con otras indemnizaciones más o menos de tenor parecido y que hayan sido dictadas por los tribunales de la misma instancia al interviniente. De esta manera, la respuesta que en el caso se brinde será no sólo la que mejor conviene al supuesto fáctico sino también, la que mayor adhesión desde la experiencia iuris prudential genera; siempre claro está, con la totalidad de las facultades en poder del juez para discernir en un sentido diferente, y por las razones que encuentre y aplique en modo suficiente y convincente"* (TSJ, Sala CyC, "López Quirós Carlos H, C/ Citibank N.A.- Ordinario- Recurso Directo", Sent. N° 44, 20/06/06, Diario Jurídico N° 1026 del 30/08/06).

d. En autos debe tenerse en consideración tanto las condiciones subjetivas de la víctima, es decir el impacto psíquico que produce en una persona la disminución parcial y definitiva de aptitud laborativa, lo que trae aparejado un innegable impacto en la víctima (confirmado por la prueba pericial psiquiátrica –más allá de sus deficiencias- y -fundamentalmente- por las testimoniales rendidas en autos, fs. 423, 428 y 431, que dan

cuenta de un intenso dolor); así como también las objetivas, es decir todo lo referido a la necesidad de someterse a una nueva intervención quirúrgica con los riesgos que ello trae aparejado, a las que me he referido reiteradamente al analizar los distintos rubros resarcitorios. Por lo que estimo justo y equitativo resarcirlo por este rubro en la suma de **$ 20.000**.

Solución que, por lo demás, resulta ajustada a lo decidido en casos que guardan una "razonable" analogía –único que se puede exigir en atención a que cada caso presenta sus propias y las más de las veces irrepetibles singularidades- con el presente.

Adviértase que para casos más graves se ha condenado por este rubro a la suma de $ 40.000, donde –a diferencia del sub lite- existió filtración del gel y depósito en ganglios (conf. CNCyC Fed., Sala II, "M. C. M. c/ MEDIC S. A. y otro s/ daños y perjuicios", 27/04/17, MJJ106773). En tanto que para casos en donde solo se produjo una rotura, que es más próximo al ventilado en *sub lite*, se ha condenado por la suma de $ 20.000 (conf. CNCiv., Sala B., "F. F. A. c/ M. S. A. s/ daños y perjuicios", 12/11/09, MJJ51828).

No se debe olvidar la extrema dificultad que presenta para el juzgador la estimación de este rubro, pues tratándose de vivencias personales, no puede saberse con certeza cuanto sufrió el damnificado a raíz del suceso, ni la repercusión en sus sentimientos que fueron consecuencia del siniestro, pudiendo sólo evaluar la magnitud del menoscabo que puede provocar el hecho en el común de las personas, valorándolo a la luz de las circunstancias particulares acreditadas en la causa.

e. Corresponde imponer un interés moratorio del 6% anual, desde la fecha del hecho y hasta la fecha de la presente resolución; momento a partir del cual devengará un interés equivalente a la Tasa Pasiva que publica el B.C.R.A. con más un 2% nominal mensual, hasta su efectivo pago.

Ello se justifica en atención a que la indemnización del daño moral es una típica obligación de valor (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento del daño moral, Tratado de daños a las personas", Astrea, p. 3619) y como tal es insensible a las oscilaciones del poder adquisitivo de la moneda (conf. PIZARRO, Ramón D.; VALLESPINOS, Gustavo; "Instituciones de derecho Privado. Obligaciones", Hammurabi, t. I, p. 372;). Por lo tanto, la tasa de los intereses por mora que corren desde el vencimiento de la obligación (fecha en que se produjo el daño) hasta la fecha de la sentencia (momento en que fue liquidada la deuda) no deben contar con escoria inflacionaria, sino que se devengan a tasa pura. Ello explica que los intereses anteriores

a la sentencia tengan una tasa inferior que los intereses que corren con posterioridad a la misma y hasta su efectivo pago (conf. C8a CC Cba., "Cañete Abel Nicolas c/ Radiodifusora del Centro S.A.- Ordinario- daños y perjuicios- otras formas de resp. extr.", Sent. N° 13, 23/02/17; C5a CC Cba., "Saieg Monica Graciela c/ Cardona Daniel Ricardo y otro- ordinario- daños y perj.- acc. de trab.- Recurso de apelación", Sent. N° 156, 22/09/16; C2a CC Cba., "Moya Horacio Lisandro c/ Pacharoni Juan Guillermo y otros- ord.", Sent. N° 16, 7/03/17).

Adviértase que una solución contraria produciría una distorsión del contenido económico de la condena, consagrando indebidamente un enriquecimiento a favor del accionante, ya que la tasa de interés de uso judicial contiene ya una prima inflacionaria y en definitiva, se actualizarían valores de montos establecidos en un período posterior. En otros términos, *"debe desestimarse la procedencia de una tasa de interés bruto, que incluya la prima por depreciación de la moneda, pues de lo contrario se compensaría al acreedor doblemente por ese concepto (por vía de la valorización de la prestación adeudada y de la referida escoria incluida dentro de la tasa de interés bruto)"* (PIZARRO, Ramón D., "Los intereses en el Código Civil y Comercial", LA LEY 31/07/2017, 1).

La solución expuesta, entonces, es la que mejor concilia el hecho de que el curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio (argum. art. 1748 CCyC) con la especial naturaleza que tiene el resarcimiento del daño moral o extrapatrimonial.

6. Daño punitivo. En nuestro ordenamiento jurídico la ley Defensa del Consumidor ha previsto dos hipótesis -que se complementan- para la procedencia de la "multa civil" (también llamado "daño punitivo"): 1) El *incumplimiento de las obligaciones* legales o contractuales por parte del proveedor (art. 52 bis, Ley 24.240); 2) La ejecución de cualquiera de las *conductas tipificadas en el art. 8 bis* íb. ("que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias"; "ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice"; "En los reclamos extrajudiciales de deudas… utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial").

Ahora bien, existe suficiente consenso en orden a que -más allá de la letra del art. 52 bis- no basta con el mero incumplimiento de las obligaciones (legales o contractuales) a cargo del proveedor para que se torne procedente la multa, sino que hace falta algo más: el elemento subjetivo que consistiría en una conducta deliberada o de serio menosprecio

hacia los derechos del consumidor y que se traduce en dolo o culpa grave. Es decir, es necesario que -además del incumplimiento objetivo que genere un daño- concurra en la conducta del proveedor un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que continúe repitiéndose (conf. TSJ, Sala CyC, "Teijeiro o Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.- Abrev.- Recurso de casación", Sent. Nº 63, 15/04/12).

En efecto, *"sin lugar a dudas la redacción de la norma deja mucho que desear por su amplitud e imprecisión, pero de lo que no cabe duda es que el legislador ha dejado librado totalmente al arbitrio judicial la apreciación en cada caso concreto de la procedencia o improcedencia de la multa civil y un prudente ejercicio de esa amplísima atribución no puede perder de vista la naturaleza y características que tiene este instituto en los ordenamientos jurídicos que le han servido de fuente, como así también la construcción que en nuestro país han realizado la doctrina y la jurisprudencia, la que ha señalado que la noción misma de ´daño punitivo´ está indisolublemente unida a la de ´conducta reprochable´"* (C3a CC Cba., "Teijeiro o Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.- Abreviado- otros", Sent. N° 49, 17/04/11; Sem. Jdco. N° 1855, p. 703).

Adviértase que *"el punto decisivo radica en la verdadera finalidad de esta institución, la que apunta a dos objetivos esenciales: prevenir el acaecimiento de hechos similares, favoreciendo la prevención de futuras lesiones y por otro, punir graves inconductas. Dichas sanciones civiles se aplican como castigo a un infractor de una norma civil, conteniendo una finalidad ejemplificadora y moralizadora, a los efectos de prevenir conductas similares que afecten los derechos de los consumidores. Y el propósito punitivo del instituto no le otorga sin más el carácter penal, ya que el Derecho de Daños puede y debe cumplir una finalidad de esta índole, la que no es excluyente del Derecho Penal, con lo cual no se advierte inconveniente alguno en su emplazamiento en la esfera privada"* (TSJ, Sala CyC. "Defilippo Dario Eduardo y otro c/ Parra Automotores S.A. y otro- Abrev.", Sent. N° 61, 10/05/16).

Se trata, entonces, de entender que cuando se habla de "daño punitivo", debe tenerse presente el doble contenido sancionador y disuasivo, en el ámbito del derecho privado, aunque, eso sí, con un fuerte componente público derivado del reconocimiento del derecho de los consumidores en el ámbito constitucional (art. 42 C.N.). De allí que se haya sostenido su constitucionalidad (conf. C4a CC Cba., "Defilippo Dario Eduardo y

otro c/ Parra Automotores S.A. y otro- Abrev.", Sent. N° 72, 01/07/14, Diario Jurídico N° 2800, 21/07/14; C8a CC Cba., "Joaquín Alejandro Cesar c/ Orbis Cia. Argentina de Seguros S.A.- abrev.", Sent. N° 98, 8/08/17; C9a CC Cba., "Geuna María Josefa c/ Banco Comafi S.A.- Abrev.", Sent. N° 1, 9/02/15. Diario Jurídico N° 2965, 24/04/15).

De lo hasta aquí expuesto se coligue que para la procedencia de la multa civil prevista por la L.D.C. es necesaria la concurrencia de dos requisitos: 1) el *elemento subjetivo*, que es más que la culpa o la debida diligencia; se trata de conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; así la conducta del proveedor debe ser indignante, desaprensiva o antisocial; 2) el *elemento objetivo*, esto es una conducta que produzca un daño individual o de incidencia colectiva, que por su gravedad, trascendencia social, repercusión institucional exijan una sanción ejemplar.

En una palabra, se trata de una sanción pecuniaria disuasiva de carácter excepcional -y por ende de interpretación restrictiva- que sólo se justifica cuando **el proveedor actúa con un grave menosprecio o indiferencia hacia los derechos del consumidor**, impuesta con el fin de desalentar esa conducta en el futuro (función preventiva).

En el caso, entiendo que **no** se configuran los presupuestos de la multa solicitada (aclaro, por la suma de $ 15.000).

En efecto, más allá de lo expuesto al tiempo de analizar la procedencia del daño moral, lo cierto y concreto es que en el *sub lite* la accionante/consumidor no ha logrado acreditar debidamente el elemento subjetivo de la figura en análisis.

Adviértase que, fuera de la declaración de responsabilidad ante el acto antijurídico que importó la infracción al deber de información al consumidor y de la falla del producto, no se ha demostrado que el vicio del implante se haya replicado en otros casos de la misma marca.

Es un hecho notorio (y por tanto exento de prueba) que otros implantes de origen francés pero de diferente marca han generado numerosos reclamos por parte de consumidores ante innumerables fallas (conf. https://elpais.com/internacional/2017/04/19/actualidad/1492594727_829315.html).

Se trata, por tanto y en el mejor de los casos, de otra operación aislada pero que no permite formar un patrón de conducta que evidencie que el proveedor ha actuado con grave menosprecio hacia los derechos de los consumidores.

En definitiva, no puede alegarse válidamente que el demandado tenía conocimiento del vicio que tenían los implantes Sebbin, y aun así, continuó con su comercialización.

Distinta hubiera sido la solución si, ante las denuncias de los consumidores, el proveedor hubiera hecho caso omiso, manteniendo el producto en el mercado, a sabiendas que no resultaba inocuo.

Por otro lado, cabe señalar que no se ha colocado al consumidor en un derrotero de reclamos que justifique la condena por daño punitivo.

Así, no solo que la interesada no ha acudido extrajudicialmente a la Dirección de Defensa del Consumidor, sino que tampoco ha oficiado a dicho organismo (tanto municipal como provincial) a fin de recabar información de si existen otras denuncias en contra del demandado en autos por los mismos hechos.

Por el contrario, en el caso ha quedado acreditado que a casi dos años de adquiridas las prótesis y el día anterior a someterse a la operación quirúrgica de recambio de implantes mamarios la accionante intimó formalmente –mediante carta documento- a la demandada al reconocimiento de los gastos con más daños y perjuicios ($ 150.000).

En estas condiciones, reitero, **la sola verificación de una falla en el producto y la infracción al derecho de información no resulta suficiente a fin de imponer la multa civil** del art. 52 bis, Ley 24.240.

IV. Sanción procesal. Con relación a lo peticionado por la parte demandada respecto a la aplicación de la sanción procesal dispuesta por el art. 83 del C. de P. C., su pretensión no puede ser acogida.

Adviértase que la sola afirmación vertida por la accionada en orden a que las pretensiones formuladas por la actora son caprichosas y que la demanda es temeraria, no sólo no parece veraz sino que además no permite siquiera sospechar una actitud que evidencie -de un modo "manifiesto"- violación del principio de probidad y buena fe, condición necesaria para aplicar la sanción peticionada (Conf. T.S.J., Sala C y C, Sent. N° 125/02, A.I. 25/11, en otros). Tan es así que en la presente resolución se hace lugar a la demanda incoada en la mayoría de los rubros requeridos.

Cabe aclarar que aún para el caso de que la demanda incoada hubiera sido rechazada, tiene dicho nuestro tribunal casatorio (TSJ, Sala CyC, Auto N° 335/09) que *"la sola falta de razón no es motivo de temeridad, pues de lo contrario todo litigante que perdiera el pleito sería pasible de la sanción; no es lo es tampoco el error ni la negligencia..."* (Conf. DIAZ, Clemente, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Abeledo Perrot, Bs. As., T. II-A, p. 282-283, nota 246).

De ello se sigue que la conducta que se dice atentatoria del principio de moralidad en realidad queda protegida dentro del amplio haz de facultades que confiere el derecho de defensa en juicio (argum. art. 18, Const. Nacional).

No deviene ocioso destacar que: *"el juzgamiento de la conducta procesal de las partes y de sus letrados debe hacerse con criterio restrictivo porque de lo contrario se puede arribar a soluciones inconciliables con la vigencia de la garantía constitucional de la defensa en juicio"* (PALACIO, Lino E., ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ed. Rubinzal Culzoni, 1997, Santa Fe, T. II, pág. 412).

V.1. Costas. Las costas por el acogimiento parcial de la demanda, deben imponerse conforme el art. 132, C. de P. C.

En efecto, recuérdese que en el supuesto de que se haga lugar parcialmente a la demanda, o lo que es lo mismo, que existan vencimientos parciales y mutuos, también se adopta el principio objetivo del vencimiento a los fines de la imposición de costas. Lo que ocurre es que en este caso el vencimiento no opera in abstracto –el que pierde paga-, sino en concreto. Es decir que esa pauta objetiva encuentra –además- la posibilidad de morigeración en función de un parámetro de índole subjetivo, que alude a la prudencia del juzgador, y que significa que éste debe valorar –a la luz de la justicia y la equidad- las particularidades que singularizan el caso. En consecuencia, se advierte que debe estarse a una pauta objetiva (éxito obtenido o proporcionalidad matemática) concatenada con otra de tipo subjetiva (prudencia del juzgador), de lo que se colige –a riesgo de ser reiterativos- que dos son los parámetros a tener en cuenta (conf. DIAZ VILLASUSO, Mariano, "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba", t.I, Advocatus, p. 435).

Por aplicación de estas pautas, las costas deben imponerse a la demandada en un 85% y el restante 15% a la parte actora.

Adviértase que la acción procede en lo sustancial (atribución de responsabilidad) y respecto de casi todos los rubros reclamados (se rechaza el daño punitivo), aunque respecto al rubro incapacidad psicofísica, daño moral y daño emergente pasado por cifras menores a las solicitadas en la demanda. Ahora bien, no puede desconocerse que respecto de algunos de los rubros que no prosperaron totalmente (incapacidad psicofísica y daño moral) dependen –como es bien sabido- de una gran cantidad de variables que hacen difícil su estimación inicial, siquiera para el abogado más avezado. Finalmente, también debe tenerse presente que tanto doctrina como jurisprudencia son

contestes en admitir una solución especial respecto de la imposición de costas tratándose del daño moral, ya que –en definitiva- su fijación depende del prudente arbitrio judicial (conf. DIAZ VILLASUSO, ob. cit., p. 438).

2. Honorarios. Los honorarios del Dr. Nicolás Cocca, letrados de la parte actora, se determinan sobre la base del monto de la sentencia (arts. 30 y 31, Ley 9459) con más sus intereses (tasa pasiva del BCRA con más el 2° mensual) desde la reintervención quirúrgica y hasta la fecha de la presente resolución (art. 33, ib.), los que calculados conforme planilla de cálculos judiciales de la página WEB del Poder Judicial ascienden a $179.106,58. Por aplicación del término medio de la escala del art. 36 de la ley 9459, entonces, regulo los honorarios profesionales definitivos del referido profesional, en la suma de **pesos cuarenta mil doscientos noventa y nueve ($ 40.299**). A ello se deberá adicionar la suma de 3 *jus* previstos en el art. 104 inc. 5 de la ley 9459.

Para la Dra. Carolina del Pópolo, abogada de la demandada, fijo la base regulatoria prudencialmente en el 20% por ciento del monto de la demanda (arg. art. 31 inc. 2º, 2º supuesto de la ley 9459), la que se integra con el capital reclamado, con más intereses desde la fecha de la reintervención quirúrgica (tasa pasiva del BCRA con más el 2% mensual), lo que hace un total de $127.225,85. Por aplicación del término medio de la escala del art. 36, C.A., regulo los honorarios profesionales definitivos de la aludida letrada, en la suma de **pesos veintiocho mil seiscientos veinticinco con ochenta centavos ($ 28.625,80).**

En función de la tarea desplegada estimo justo fijar los honorarios de los peritos oficiales, en función de las reglas de evaluación cualitativa del art. 39 ib., de la siguiente manera: a) del Dr. Omar Francisco Hiruela (perito especialista en medicina legal) en el equivalente a 12 *jus*; b) de la Lic. Fernanda Curto, en el equivalente a 10 *jus*; c) del Dr. Almada José Adelmo (perito médico especialista en cirugía plástica) en el equivalente a 15 *jus.*

Asimismo, corresponde fijar los estipendios de los peritos de control, de conformidad a lo dispuesto en el inc. 2 del art. 49, de la siguiente manera: *a)* del Dr Tomás Luis Campillo (perito médico de control de la parte actora) y del Dr. José Miguel Dip (perito médico de control de la demandada), en el equivalente a *6 jus*. b) de la Lic. Zarife Kandalaft (perito psicóloga de control de la demandada), en el equivalente a *5 jus*. c) del Dr. Pablo Ruben Paolucci Cabanillas (perito médico de control de la demandada, especialista en cirugía), en *7,5 jus*.

Se aclara que los honorarios de los peritos de control mencionados, estarán a cargo de sus proponentes, de conformidad a lo dispuesto en el art. 49 ib.

Asimismo, corresponde precisar que deberá adicionarse a las regulaciones de todos los peritos, el 15% en concepto de aportes conforme lo prescripto por el art. 26 inciso b punto 3 de la Ley N° 8577.

Dichos emolumentos devengarán intereses desde el día de la fecha y hasta su efectivo pago, aplicando para su cálculo la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina, con más el 2% por ciento nominal mensual (art. 35, ley 9459).

Por ello y disposiciones legales citadas,

RESUELVO: I) Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la Sra. K., S. K. (D.N.I. 25.920.486), y en consecuencia condenar a la Sra. B., R. E. (D.N.I.27.171.886), a abonar a la actora la suma de pesos ochenta y tres mil ciento tres con veintiún centavos ($ 83.103,21); todo ello, con más los intereses calculados conforme el considerando correspondiente, dentro del término de diez días, bajo apercibimiento. **II)** Las costas se imponen a la demandada en un 85% y el restante 15% a la parte actora. **III)** Fijar en forma definitiva los honorarios del Dr. Nicolás Cocca, en la suma de pesos cuarenta mil doscientos noventa y nueve ($ 40.299), con más pesos dos mil cuatrocientos sesenta con ochenta y siete centavos ($2460,87) y los de la Dra. Carolina del Pópolo en la suma de pesos veintiocho mil seiscientos veinticinco con ochenta centavos ($ 28.625,80). **IV)** Fijar los estipendios del Dr. Omar Francisco Hiruela en la suma de pesos nueve mil ochocientos cuarenta y tres con cuarenta y ocho centavos ($9.843,48), con más pesos un mil cuatrocientos setenta y seis con cincuenta y dos centavos ($1.476,52); los de la Lic. Fernanda Curto, en la suma de pesos ocho mil doscientos dos con noventa centavos ($8.202,90), con más pesos un mil doscientos treinta con cuarenta y tres centavos ($1.230,43); y los del Dr. Almada José Adelmo en pesos doce mil trescientos cuatro con treinta y cinco centavos ($12.304,35), con más un mil ochocientos cuarenta y cinco con sesenta y cinco centavos ($ 1845,65). **V)** Regular los honorarios de los peritos de control Dres. Tomás Luis Campillo y del Dr. José Miguel Dip, en la suma de pesos cuatro mil novecientos veintiuno con setenta y cuatro centavos ($4.921,74), con más setecientos treinta y ocho con veintiséis centavos ($738,26) para cada uno de ellos; los de la Lic. Zarife Kandalaft, en la suma de pesos cuatro mil ciento uno con cuarenta y cinco centavos ($ 4.101,45), con más seiscientos quince con veintiún centavos ($615,21); y los del Dr. Pablo Ruben Paolucci Cabanillas, en la suma de pesos seis mil ciento cincuenta y dos con diecisiete centavos ($ 6152,17),

con más pesos novecientos veintidós con ochenta y dos centavos ($ 922,82); honorarios que serán a cargo de sus proponentes. **VI)** Rechazar la aplicación de la sanción del art. 83, C. de P. C.

Protocolícese, hágase saber y dese copia.