

## Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Cirugia Estetica Responsabilidad De La Empresa De Medicina Prepaga Eximicion Del Sanatorio

### JURISPRUDENCIA

### Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Cirugía estética.

Responsabilidad de la empresa de medicina prepaga. Eximición del sanatorio Se mantiene la condena a la empresa de medicina prepaga por la mala praxis en una cirugía estética, pero se revoca la que recayó sobre el sanatorio, que solo prestó el quirófano y servicios auxiliares.

En Buenos Aires, a los 2 días del mes de noviembre del año dos mil quince, encontrándose reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala 7L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a fin de pronunciarse en el expediente caratulado 7F., X. S. c/ Malacchia, María Liliana y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.? de acuerdo al orden del sorteo el Dr. Liberman dijo: I.- El caso trata el reclamo iniciado por X. S. F. contra María Liliana Malacchia, Fundación Científica Vicente López (Sanatorio La Florida) y Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE). Quedaron citados en garantía Seguros Médicos S.A. y TPC Cía. de Seguros S.A. por la mala praxis que dice haber sufrido en la intervención quirúrgica llevada a cabo el día 21 de julio de 2009. El juez, en la sentencia dictada a fs. 584/604, hizo lugar a la demanda entablada, lo que causó el agravio de las partes. A fs. 637/639 obran los de la actora en relación a los montos indemnizatorios fijados para cada uno de los rubros concedidos, a excepción del tratamiento psicológico y tasa de interés. Corrido el pertinente traslado contestaron TPC Cía. de Seguros a fs. 682/683 y la codemandada Malacchia y su aseguradora a fs. 685/695. A fs. 645/661 lucen las quejas de Malacchia y Seguros Médicos S.A. respecto a la responsabilidad y la concesión de indemnización por los rubros daño psicológico, daño moral, tratamiento psicológico y gastos médicos futuros. Asimismo cuestionan la fecha de partida para el cálculo de intereses. El traslado fue contestado por la actora a fs. 677/680. Finalmente a fs. 663/5 expresó agravios TPC Compañía de Seguros en relación a la responsabilidad y el límite de seguro.

II.- Habiendo sido cuestionada la responsabilidad en los autos, trataré este punto en primer lugar. Aclaro, en párrafo preliminar, que la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, ley 26.994, no modifica las bases jurídicas del análisis toda vez que, en materia de reparación de daños emergentes de un accidente, 'es la ley del día en que el daño fue causado la que fija las condiciones de la responsabilidad civil', como también 'la extensión del derecho a la reparación, es decir, los límites del crédito' (Roubier, citado por Nieto Blanc, Ernesto E., en L.L. 146-289). O, dicho en los términos de la mayoría en el plenario de esta Cámara 'in re' 'Rey c. Viñedos y Bodegas Arizu', cabe someter la regulación de los hechos ilícitos a la ley vigente al tiempo de producirse (CNCiv., en pleno, 21-12-71, L.L. 146-284, y sus citas). De la lectura de los extensos agravios vertidos por la codemandada Malacchia y su aseguradora, plagados de jurisprudencia y doctrina que dice relacionada, no se advierte una crítica concreta y razonada en los términos del art. 265 del Código de forma. Nada de conducente tiene alegar una errónea interpretación y aplicación del derecho, la valoración errónea, parcial y arbitraria de la prueba y apartamiento de la sana crítica, con el afán de revertir la decisión sobre responsabilidad. Lo cierto es que el perito fue contundente al dictaminar que, de lo observado y objetivado, las lesiones estéticas, físicas y sintomatología que sufre la actora son causales a la intervención realizada por la quejosa. Hubo defectos de técnica (fs. 464 vta.). Por otra parte, no parece un argumento viable el hecho de discurrir a estas alturas sobre la pericia médica, que a todo evento no fue cuestionada en el momento procesal oportuno. En punto a este agravio sólo cabe declarar la deserción del recurso. Cabe admitir la queja de TPC Compañía de Seguros S.A. en torno a la condena que fuera impuesta a su aseguradora Fundación Científica de Vicente López. El largo e inútil argumento de fs. 16 vta./18, con cita de libros de otra data para situaciones absolutamente disímiles, no podía llevar a la injusta condena del sanatorio. Que quepa incluir al sistema de medicina prepaga no lleva de la mano a la entidad sanatorial. Lo que en aquella vieja primera edición de Bueres contemplaba el autor era el supuesto del paciente que contrataba con un sanatorio una prestación médica, y que éste derivaba la atención en un médico de su 'staff', aunque no hubiese relación laboral de dependencia. Eso era bastante habitual hace cuarenta años. En autos la actora contrató con la médica y no con el sanatorio. Este, en apariencia (no se invocó otra cosa), sólo prestó quirófano y servicios auxiliares. Servicios de los que evidentemente no ha derivado daño sufrido ni, por tanto, resarcible. Reitero: hay un yerro jurídico de apreciación cuando a fs. 17 vta. se dice que '[L]a aludida responsabilidad del Sanatorio La Florida es objetiva, pues acreditada como fue (¿con el escrito inicial?) la culpa del médico, dicha responsabilidad se torna inexcusable e irrefragable... (omito el resto). Error que se repite al contestar agravios a fs. 679 vta. Esto sería así sólo y tan sólo si la paciente hubiese contratado la prestación médica a través de la entidad sanatorial. De allí que no comparto el fundamento del sentenciante en cuanto a que la Fundación debía probar que la facultativa no fuera personal de su centro asistencial (de fs. 601). En rigor, la actora no invocó alguna razón seria para legitimar pasivamente a la Fundación. Votaré por revocar la condena, rechazando la demanda a su respecto, y la consecuente extensión de la condena a TPC Compañía de Seguros

S.A., motivo por el cual deviene abstracto el tratamiento del agravio respecto al límite del seguro articulado en el pto. III de fs. 665. Con costas a cargo de la actora. III.- Seguidamente trataré los rubros que fueran motivo Incapacidad psicofísica sobreviniente.

Se ha dicho en innumerables oportunidades que la indemnización por discapacidad no se compara automáticamente con porcentajes pericialmente estimados ni corresponde asignar ?tanto por punto de incapacidad?. Esta indemnización tiene a compensar la disminución de las potencialidades en lo económico, es un daño económico indirecto. Sabido es que para su cuantificación debe valorarse la disminución de aptitudes o facultades, aunque no se traduzca en una disminución de ingresos, ya que la limitación para realizar en plenitud actividades domésticas o personales constituye un daño indemnizable por importar una lesión patrimonial indirecta. Como dijera la Sala C hace tiempo, comprende la idea de que la vida disminuida abarca muchas otras cosas, por las energías vitales menoscabadas, que sobrepasan la mera relación de empleo y ganancia concreta en una labor durante el tiempo de vida útil. El organismo psicofísico reducido por causa del accidente se revela en un sinnúmero de situaciones de vida que tienen medida económica más allá de una tarea específica laboral, tareas fuera y dentro del hogar, posibilidades de su aprovechamiento aun en días no laborables, todo lo cual se ve disminuido y debe ser compensado porque de lo contrario aparece el gasto necesario para su reemplazo (CNCiv., Sala C, 21-2-90; E.D. 139-712). En lo referente a la discapacidad física causalmente vinculada al hecho de autos, el perito médico en su informe de fs. 416/421 y contestaciones de fs. 440 y fs.464, estimó un 25% de incapacidad parcial y permanente. La actora, como consecuencia de la cirugía a la que se sometiera (mastoplastia bilateral de aumento mastopexia), sin perjuicio de la franca evolución intra y post-operatoria favorable, sin complicaciones, sufrió los resultados estéticos disvaliosos que el perito detalló en forma pormenorizada a fs. 417vta./418 -a los que me remito en honor a la brevedad- e ilustró a través de las fotografías obrantes en su informe. Concretamente, el galeno determinó que, como consecuencia de la técnica aplicada por la demandada, en la operación realizada para corregir las alteraciones estéticas que presentaba la actora antes de la intervención, se produjeron secuelas cicatrizales, asimetrías y disimetrías que fueron observadas y objetivadas al momento del examen de la actora realizado tres años y medio después del acto quirúrgico. Claro es que, a pesar del porcentaje de ?incapacidad? pedido al perito, esta lesión estética (desde lo físico) no tiene -en principio- como consecuencia una merma en la economía personal. No hace al desenvolvimiento económico de la persona, sino como objetivado daño a la psiquis. Desde el punto de vista psicológico, entiendo, siguiendo a Milmaniene, que daño psíquico supone modificación de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, actuaciones, etc., que son manifestaciones que permiten valorar el grado de injuria padecida. En el particular, la perito halló en la actora una incapacidad del 5% en relación al hecho de autos, lo que se traduce en ansiedad, recurrencia y cierta dificultad para articular adecuadamente el esquema corporal y la imagen del cuerpo. Asimismo, a través de las técnicas administradas, detectó un reforzamiento defensivo del esquema corporal, lo cual merma la capacidad de simbolizar la práctica médica realizada en su cuerpo. Destacó que la actora presenta un conjunto de síntomas propios de quien no ha logrado satisfacer sus expectativas frente a un deseo mayor, por el perjuicio ocasionado. Recomendó tratamiento psicológico con el objeto de elaborar la situación vivida como traumática. Habitualmente la discapacidad transitoria se resarce como lucro cesante; sin embargo es indemnizable en sí misma aunque no existan lucros frustrados (Kemelmajer de Carlucci, Aída, en ?Código Civil y leyes complementarias Comentado...?, dir. Belluscio, coord. Zannoni; ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, t. 5, pág. 219), en orden a las limitaciones sufridas en la vida de relación. De esa manera, para la necesaria cuantificación del daño es menester considerar la índole y levedad de las lesiones, las condiciones personales, familiares y socioeconómicas de la persona damnificada (conf. CNCiv., Sala G, 17-5-02, "Fabiano c. Fernández"; J.A. 2002-III-367). Puntualmente, en lo referente a la discapacidad psicológica, hay que tener en cuenta que la propuesta de psicoterapia por el perito interviniente puede o no llevar a buen resultado, lo que depende de múltiples factores, ajenos incluso a la decisión o voluntad del paciente. Partiendo de una hipótesis positiva acerca de resultados favorables de reducción de la minusvalía, bien puede existir un "resto no asimilable", algo imborrable de la esfera anímica (conf. Daray, Hernán: ?Daño psicológico?, pág. 56/7). Han transcurrido varios años desde la ocurrencia del hecho; implica que la discapacidad hasta el momento existe. Y la posibilidad de minoración depende de factores varios. Bajo esta perspectiva, la circunstancia que se haya fijado una indemnización en concepto de tratamiento psicológico con el objeto de elaborar la situación vivida como traumática y poder restablecer el equilibrio anímico para lograr un mejor desarrollo integral y futuro, no es óbice -tal como pretende la demandada Malacchia y su aseguradora en sus agravios- para indemnizar el daño psicológico objetivado en la persona de la actora. Los argumentos arriba explicados, sumados a las condiciones personales de la reclamante, de 26 años al momento del hecho, y en el entendimiento que los porcentajes proporcionados por los peritos no cumplen un rol determinante sino orientativo a los fines de la fijación indemnizatoria, me llevan a proponer la elevación de este rubro a la suma de \$ .... Daño moral. Para resarcir el daño moral en casos como el que nos ocupa, no es exigible prueba acabada del padecimiento, sino que basta la acreditación de las circunstancias que rodean al hecho y permitan inferir la existencia y extensión (conf. CNCiv., Sala C, 11/10/96, Saucedo, Dardo y otros c. Rodríguez, Armando?). ?La indemnización del daño moral no está en función de la

representación que de él se hace la víctima (no es concreto), sino en función de su constatación por el juez y de su evaluación objetiva (en abstracto) en el límite de lo reclamado en la demanda? (Bustamante Alsina, en "Responsabilidad civil por irregular prestación...", L.L. 1996-A, 360, citando a Geneviève Viney). Creo entonces que el padecimiento o angustia que lesiona afecciones legítimas, la modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de sus capacidades, como se conceptúa el daño moral; la sensación de desequilibrio de la persona cuando ocurren eventos como el sufrido por la actora, quien se sometió a una cirugía para lograr mejorar el aspecto estético de sus mamas ante un diagnóstico de Ptosis mamaria grado I y II, asimetría mamaria e hipomastía y terminó con secuelas disvaliosas, replanteándose una nueva cirugía, ahora reparadora de las secuelas cicatrizales y reacomodación del bolsillo izquierdo, con el consecuente post-operatorio y molestias que ello implica, alteración de su ritmo habitual de vida y aflicciones que ello conlleva, configura un verdadero daño moral. Así, teniendo en cuenta las condiciones personales de la víctima, índole estética y ubicación de las secuelas, y sin olvidar que se trata de una mujer joven, me llevan a proponer se eleve esta partida a la suma de \$.... Gastos médicos futuros Probada la existencia del daño sufrido, y la expresa recomendación por parte del perito del planteo de una nueva cirugía reparadora de las secuelas cicatrizales y reacomodación del bolsillo izquierdo, me llevan a considerar viable el otorgamiento de una suma que contemple la posibilidad de la actora a acceder a la misma. Tengo en cuenta que la suma de \$... fue estimada al momento de la pericia (diciembre de 2012) y que la actora ha pedido en alzada (y va a lograr) modificar la cuenta de intereses a tasa activa por todo el período. Entonces, mal puede pretender que además se "actualice" el gasto todavía no realizado. Por el contrario, votaré por disminuirlo a \$....

IV- Intereses El juez de grado mandó a liquidar intereses desde el inicio de la mora, es decir desde la producción del daño, hasta el dictado de la sentencia, a la tasa pura del 8% y de allí hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general. Esto causa agravio a las partes: mientras la actora solicita se aplique derechamente la tasa activa establecida en el plenario "Samudio", la codemandada Malacchia y su aseguradora pretenden se calculen intereses sólo desde la notificación de la demanda, atento el carácter contractual de la relación en análisis. Asimismo en lo que a los gastos de tratamiento psicológico se refiere, éstos piden que se apliquen intereses a partir de que quede firme la sentencia. La Sala en su actual composición aplica la tasa activa durante todo el período. Dejo a salvo mi criterio personal al respecto. Por ese motivo, discrepando además con las demandadas por cuanto la suma de capital más intereses no me parece constituya un enriquecimiento indebido de quien ha sufrido este infortunio; y a pesar de que sigo creyendo que corresponde un 8% anual sobre valores "actuales", propondré se modifique el cálculo de intereses, que se liquidarán a tasa activa desde la fecha de la operación (21/07/2009) hasta el efectivo pago. Dejo a salvo también que, en mi opinión, la cuenta sobre gastos futuros debería correr desde la sentencia, como pide la demandada. Pero, sabiendo que mi criterio es minoritario, para evitar la imaginable disidencia votaré en el sentido apuntado. Amén de ello, como venimos haciendo desde inicios 2014, se adicionará a los compensatorios intereses moratorios equivalentes a otro tanto de la tasa del plenario "Samudio" para el caso de que no se pague la condena dentro del plazo previsto. En lo referente al punto de inicio de la cuenta de intereses, estoy de acuerdo con lo resuelto por el juez. Aun tratándose de una responsabilidad contractual por inejecución, los intereses deben contarse desde el momento de la ilicitud (o la producción del daño, si fuese posterior). Brebbia dice que, en sentido amplio, hay ilicitud cuando el acto de un sujeto es contrario al ordenamiento jurídico en general, comprensivo de las disposiciones contractuales (Brebbia, Roberto H., "La mora en la responsabilidad profesional", en "Las responsabilidades profesionales", Librería Editora Platense, La Plata, 1992, pág. 179). En la responsabilidad aquiliana, la mora es siempre concomitante con el daño, pero en la contractual puede nacer "ex re" o "ex persona". Remite a diversos autores, entre ellos a Borda como inspirador de las reformas al Código Civil por ley 17.711. ¿Y qué dice Borda? Que si se trata de las consecuencias directas del hecho ilícito - incapacidad, etc.- los intereses deben correr desde el momento del hecho. Y si se trata de pagos realizados, desde que estas erogaciones fueron hechas (Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", 8ª. edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1998, tomo I, pág. 164). Por su lado, Wayar explica que en materia de responsabilidad por actos ilícitos sólo hay daños compensatorios. En consecuencia, citando doctrina francesa, afirma que los daños compensatorios no están sujetos a la previa interpelación del acreedor y son debidos desde que el perjuicio fue causado (Wayar, Ernesto Clemente, "Tratado de la mora", Editorial Abaco, Buenos Aires, 1981, pág. 546). Cree que para llegar a esa conclusión se puede prescindir de la teoría de la mora, porque no tiene aplicación en materia de obligaciones nacidas de hechos ilícitos. A esto suma el principio de reparación integral (p. 547). No podría haber retardo en el incumplimiento del deber de no dañar. Porque al nacer de una ilicitud, sea de origen contractual o no, la obligación resarcitoria es compensatoria, nunca podría resultar un daño meramente moratorio. Al haber incumplimiento absoluto por inadecuación total del plan de prestación, la inejecución por la que se reclama es definitiva; no hay retardo en la ejecución. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo, 1º) declarar la deserción del recurso intentado por la codemandada Malacchia y su aseguradora en torno a responsabilidad; 2º) revocar la condena de Fundación Científica de Vicente López, rechazando la demanda a su respecto, y la consecuente extensión de la condena a TPC Compañía de Seguros S.A., con costas a cargo de la actora; 3º) modificar la sentencia elevando los rubros

incapacidad sobreviniente a \$... y el daño moral a \$...; 4°) disminuyendo el rubro de gastos médicos futuros a \$...; 5°) modificando la tasa de intereses, que correrán desde el 21/7/2009 hasta el efectivo pago conforme tasa activa; adicionando a los compensatorios intereses moratorios a otro tanto de la tasa del plenario ?Samudio? para el caso de que no se pague la condena dentro del plazo previsto. De haber acuerdo, habría que confirmarla en lo demás que fuera materia de agravio. Las costas de alzada serían a cargo de los demandados Malacchia, su aseguradora, y OSDE, sustancialmente vencidos. En cuanto a Fundación Científica Vicente López y su seguro, las costas de alzada deberían ser cargadas a la actora vencida. La Dra. Iturbide dijo: Comparto los argumentos de mi estimado colega Dr. Liberman en lo que concierne a la responsabilidad de la codemandada Malacchia y de OSDE, como así también respecto de la cuantía de los rubros indemnizatorios, pero discrepo en lo referido a la exclusión de la condena de la Fundación Vicente López (Sanatorio La Florida), y su Aseguradora TPC Cía. de Seguros S.A., remitiéndome a los fundamentos de mi voto en los autos ?Palavecino Oscar Humberto c/ Hospital Materno Infantil Ramón Sarda y otros s/ daños y perjuicios (expte n° 112.496/05), del 7/08/2015, por cuanto reiteradamente he sostenido que el fundamento de la responsabilidad de los centros asistenciales debe hallarse en figura de la estipulación por otro, consagrada por el artículo 504 del Código Civil, y en la obligación tácita de seguridad, tal como lo decidió el magistrado de la instancia anterior. Esa responsabilidad alcanza a su aseguradora, ?TPC Compañía de Seguros S.A.? en los términos del artículo 118 de la ley 17.418 y del límite que resulta de la presentación de fojas 151/157 y de la documental acompañada con esa presentación. Con tal alcance, adhiero al voto del distinguido colega preopinante.

Por razones análogas a las expuestas por el Dr. Liberman, la Dra. Pérez Pardo vota en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto. Firmado: Víctor Fernando Liberman, Gabriela Alejandra Iturbide y Marcela Pérez Pardo. Es copia fiel del original que obra en el Libro de Acuerdos de esta Sala. Jorge A. Cebeiro Secretario de Cámara Buenos Aires, ... de noviembre de 2015 YVISTOS: Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se declara desierto el recurso de Malacchia y su aseguradora en torno a responsabilidad; se revoca la condena de Fundación Científica de Vicente López, rechazando la demanda a su respecto y de TPC Compañía de Seguros S.A., con costas a cargo de la actora; se eleva los rubros incapacidad sobreviniente a \$... y el daño moral a \$...; se disminuye el rubro de gastos médicos futuros a \$...; se modifica la tasa de intereses, que correrán desde el 21/7/2009 hasta el efectivo pago conforme tasa activa; adicionando a estos compensatorios intereses moratorios a otro tanto de la tasa del plenario ?Samudio? para el caso de que no se pague la condena dentro del plazo previsto. Se confirma en lo demás que fuera materia de agravio. Las costas de alzada se imponen a los demandados Malaccia Seguros Médicos S.A. y OSDE. En cuanto a Fundación Científica Vicente López y su seguro, las costas de alzada están a cargo de la actora vencida. Difiérese regular honorarios hasta que se fijen los de la instancia anterior. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Hácese saber que la eventual difusión de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo, del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Víctor Fernando Liberman Gabriela Alejandra Iturbide Marcela Pérez Pardo

005001E