

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medico Cirugia Estetica Obligacion De Resultado Cicatriz Dano Fisico

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis. Médico. Cirugía estética.

Obligación de resultado. Cicatriz. Daño físico Se confirma la sentencia que hizo lugar al reclamo por daños y perjuicios derivados de una mala praxis médica en una cirugía estética y se establece que la aseguradora solo responderá en la medida del seguro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 de la ley 17418. En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 11 días del mes de diciembre de dos mil quince, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excm. Cámara Nacional de la Apelaciones en lo Civil, Sala 2ª, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados "A. M. G. c/ MORRONE Roque y otros s/ daños y perjuicios - Responsabilidad profesional médicos y auxiliares", el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara doctores Osvaldo Onofre Álvarez, Patricia Barbieri y Ana María Brilla de Serrat. A la cuestión propuesta el doctor Osvaldo Onofre Álvarez, dijo: I - Por sentencia obrante a fs. 498/507 se hizo lugar a la demanda y en consecuencia se condenó a Roque Morrone, CLIMO S.A. y sus citadas en garantía El Progreso Seguros S.A. y Seguros Médicos S.A. a abonar a la actora la suma de ... pesos (\$...), con más intereses y costas. Por último se regularon los honorarios de los profesionales intervinientes. Apelaron las partes en el presente proceso. A fojas 578/579 fundó su recurso la actora y cuestiona la tasa de interés fijada en el fallo de grado. El codemandado Roque Morrone y su aseguradora presentaron su libelo a fojas 565/576 y se agravan de la atribución de responsabilidad resuelta en la sentencia de grado. Subsidiariamente se quejan de los montos fijados en la instancia de grado en daño estético, daño moral, gastos materiales, farmacia y movilidad. También cuestiona la tasa de interés fijada en el fallo de grado. Por último se queja de la imposición de costas. A fojas 580/ 584 presenta sus quejas la demandada Climo S.A. y la citada en garantía y en primer lugar se agravan en punto a que el juzgador rechazó la defensa oportunamente opuesta consistente en sostener la ausencia de responsabilidad fundada en la partición de la prestación. Asimismo opugna en subsidio, que se condenara al médico Morrone. Luego se quejan de las indemnizaciones acordadas en el fallo recurrido. Por último plantean que la condena respecto a la aseguradora no puede exceder el límite del seguro, solicitando que así se disponga en la sentencia. También fueron recurridas las regulaciones de honorarios de los profesionales intervinientes. II - 1) Responsabilidad Como lo adelantara las demandadas controvierten la decisión de grado en cuanto las condena a resarcir a la accionante de los daños y perjuicios ocasionados a raíz de una cirugía estética reparadora que le fuera practicada. Antes de analizar las quejas vertidas por las partes haré una breve reseña de los hechos que motivaron el presente litigio. Así pues, el presente reclamo lo inicia M. G. A., persiguiendo el cobro de los daños y perjuicios de una mala praxis médica que dice haber sufrido el día 27 de diciembre de 2007, luego de que el codemandado le realizara una dermolipetomía abdominal y de muslo en la Clínica Privada el Buen Pastor, con un mal resultado estético. Agrega, que debido a ello y a una cirugía de brazos se programó una nueva fecha quirúrgica para el día 24 de enero de 2008, sumando un implante mamario. Finalmente destaca que obtuvo como resultado cicatrices extensas, viscosas visibles, deformantes inestéticas que deterioraron su imagen. El médico demandado negó los hechos y reconoció que operó a la actora en dos oportunidades previamente programadas por resultar en una sola, una práctica riesgosa. Aclara que ambas evolucionaron bien; que el día 28 de enero de 2008 la paciente concurrió a la primera curación, se la citó a las 72 horas y recién regresó el 6 de febrero, 9 días después, y luego se perdió contacto, toda vez que la actora abandonó el tratamiento. Por último la codemandada Climo S.A., manifiesta que no tiene vínculo alguno con la asistencia médica prestada a la actora, que las dos cirugías se realizaron en una clínica perteneciente a su representada, pero que el tratamiento se continuó por consultorios externos. En cuanto al fondo de la cuestión, diré que coincido con el encuadre jurídico brindado en la anterior instancia, reiteradamente se ha dicho que la obligación asumida por el médico no es de resultado, sino de medios. No se compromete a sanar al enfermo, sino solamente a atenderlo con prudencia y diligencia, a proporcionarle todos los cuidados que conforme a los conocimientos científicos que su título presume, son conducentes al logro de la curación, la que no puede asegurar (Conf. Trigo Represas, Félix, "Responsabilidad civil de los profesionales", pág. 81). Así el art. 20 de la ley 17.132 prohíbe a los profesionales que ejerzan la medicina anunciar o prometer la curación fijando plazos, anunciar o prometer la conservación de la salud (incisos 1 y 2). Pero en el caso de la cirugía estética, parte de la doctrina entiende que se está ante una obligación de resultado, ya que de no prometerse o asegurarse, al menos con cierto grado de certeza, un resultado feliz y realizable al paciente, la experiencia indica que éste difícilmente se sometería a ella (Conf. Bustamante Alsina J. "Teoría General de la Responsabilidad Civil", pág. 407; Trigo Represas F.A. "Responsabilidad Civil de los profesionales" págs. 117/8; Mosset Iturraspe, J. en "Responsabilidad por daños",

pág.352, Bueres, "La responsabilidad civil de los médicos", p. 367). Lorenzetti, por su parte, sostiene que el problema se soluciona reconociendo que el paciente tiene la facultad de perseguir su mejoramiento estético, por lo que el ordenamiento jurídico debe garantizarle una elección racional, a través de un correcto balance entre los beneficios del mejoramiento estético y los riesgos para obtenerlos. La obligación del médico debe juzgarse conforme a la oferta realizada. No interesan las posibilidades reales del resultado sino las que se le presentaron al paciente. Es más apropiada la exigencia de una culpa estricta en la que el galeno puede demostrar su falta de culpa (Conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, "Responsabilidad civil de los médicos", Tomo II, pág. 386). En criterio que comparto, se ha sostenido: "Si bien cuando se trata de correcciones simples, la cirugía estética obliga al médico a la consecución del fin, ello no quiere decir -de ninguna manera- que toda operación de cirugía estética haga surgir, fatal o necesariamente, una obligación de resultado, ni que la sola no obtención del embellecimiento perseguido produzca responsabilidad objetiva del cirujano" (Conf. Sala G, 19-03-99, elDial - AE11A7). "Cuando se trata de simples correcciones para enaltecer la estética corpórea, la obligación que incumbe es de resultado, sin que tal aseveración resulte absoluta en los términos de imputabilidad matemática. Aun en los casos de cirugía puramente estética o embellecedora, sería en extremo simplista sostener que el médico siempre responde si no se logró el desenlace esperado por la paciente -como si se tratara de una responsabilidad objetiva sin analizar y deslindar los distintos factores que coadyuvaron a que la práctica no fuera satisfactoria" (Sala G, 10-10-03, elDial - AE1C86).- La parte actora expresó al demandar que el resultado de la práctica negligente del médico demandado consistía en la presencia de cicatrices deformantes muy mal ubicadas, mal posicionadas, visibles y con asimetría por defectos de la técnica utilizada por el profesional. A fs. 287/289 obra la experticia médica en la cual se consignó que al examen físico la actora presenta las siguientes secuelas: a) muslo izquierdo sobresale una cicatriz de 6cm de largo por 0,5cm de ancho con impronta de puntos de recorrido sinuoso, blanco nacarada, dehiscente levemente en algunos trechos de su recorrido, ubicada en su cara interna y posterior de 3,5 cm del surco subgluteo izquierdo (secuela de la dermolipsectomía inguino crural); b) cicatriz abdominal de 52 cm de largo con impronta de puntos de aspecto hipertrófico de trayecto también sinuoso asimétrico levemente pigmentada, ubicada a 8,7 cm del comienzo de la implantación del bello pubiano; c) muslo derecho cara posterior presenta la cicatriz con impronta de puntos que sobresale por debajo del surco subgluteo con ligera deformidad en su recorrido; d) en cara anterior de ambos muslos se observan cicatrices ubicadas por fuera de los surcos inguinales, levemente pigmentadas de aspecto hipertrófico; e) en ambas axilas presenta cicatrices de aspecto hipertróficas, la derecha aspecto levemente dehiscente de 8 cm de recorrido y dehiscente con impronta de puntos; f) región mamaria con implantes bilaterales con un volumen de 365cm cúbicos con incisiones submamarias, levemente asimétricas en volumen y en la proyección de ambos complejos areola pezón. Preguntado el idóneo si la segunda operación de la paciente fue realizada por el demandado debido a un mal resultado estético de la primera cirugía, éste contestó de manera afirmativa, Estimó en un 20 % el grado de incapacidad estética que, sobre la total de la vida, le acarrea a la accionante. A fs. 359 la parte actora solicitó aclaraciones y a fs. 307 el experto contestó ratificando en todo su informe anterior. En suma entiendo -coincidiendo con el primer sentenciante- que el resultado de las intervenciones efectuadas por el médico demandado no ha sido el esperado, tal como se desprende de la pericia mencionada y las fotografías que lucen a fojas 281/286. Asimismo, adviértase que la actora no solo no obtuvo la mejoría estética buscada, sino que además incorporó a su cuerpo cicatrices claramente visibles -descriptas "ut supra"- debido a las intervenciones efectuadas por el cirujano inquirido, lo que acarrearía su responsabilidad si ello se debió a su impericia, pues, cuando un afectado se somete a una cirugía plástica, indudablemente lo hace con una finalidad concreta, que es la de mejorar algún aspecto de su estética corporal, por que, de haber sabido que de la operación no le resultaría un claro beneficio, no habría corrido el riesgo propio de todo tratamiento invasivo. Vienen aquí a colación las tendencias vigentes en la doctrina y la jurisprudencia que tienden a mejorar la posición probatoria de quien no puede cumplir las cargas en condiciones de igualdad.- "Normalmente el médico ya tiene en sus manos la historia de la enfermedad, sabe lo que hizo, los remedios que aplicó, los profesionales que intervinieron; conoce los hechos sucedidos. De ahí que cuando resulta difícil, inexplicable, o directamente no se sabe lo que ocurrió en el caso, los jueces dicen que quien está en mejores condiciones probatorias es el médico y que éste debió explicar; ello es razón suficiente para imponerle la carga probatoria" (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, Responsabilidad civil de los médicos, T. II, pág. 196).- Desde otra óptica, se ha sostenido que "cuando una de las partes tiene superioridad técnica cabe interpretar que hay superioridad jurídica. La distribución dinámica de las cargas probatorias se relaciona con la profesionalidad en tanto la prueba de hechos complejos incumbe a quien está en mejores condiciones de demostrarlos" (Lorenzetti, op, cit, pág. 211).- "El análisis económico del Derecho ha desarrollado una regla atinente a la posición probatoria; esto es, externa al proceso, indicando que debe adjudicarse la carga a quien está en mejores posiciones probatorias. El significado de mejor se relaciona con la más eficiente en el sentido de que a quien ya tiene la información o la prueba, le resulta más barato arrimarla al proceso. (...) En los juicios de responsabilidad profesional se parte de la base de que quien tiene la información, la documentación y quien puede explicar mejor las cosas es juntamente el profesional. Evidentemente es más económico para el médico aportar la prueba" (Lorenzetti,

op.cit., pág. 219).- Ahora bien, respecto a la codemandada CLIMO S.A., diré, que corresponde confirmar la decisión de grado en cuanto resolvió responsabilizarla en forma solidaria de los daños sufridos por la actora. Así pues, no se acreditó fehacientemente que la atención médica recibida por la paciente no tuviera ningún vínculo con la clínica, quién en su oportunidad alegó que sólo cedió sus instalaciones para la realización de la intervención quirúrgica. Nótese que a fojas 482 obra glosada una factura expedida por la codemandada -con fecha anterior a la cirugía- en la que puede leerse ?consulta de consultorio?. Por lo expuesto, y como ya lo adelantara, se rechazan las quejas y se confirma la decisión de grado en cuanto a la responsabilidad se refiere. II - 1) Incapacidad. Daño estético. Daño psíquico y tratamiento Cuestionan las coaccionadas/ la partida resarcitoria fijada en la instancia de grado en el presente rubro. Es sabido que la indemnización por menoscabo físico emergente debe valorar la disminución de aptitudes o facultades, aunque ésta no se traduzca en una disminución de ingresos, ya que aún la limitación para realizar en plenitud quehaceres domésticos o una actividad de relación social o familiar constituye un daño indemnizable por importar una lesión a la economía de la persona, o patrimonial indirecta. También es conocido que los porcentuales de discapacidad no tienen tanta relevancia como cuando se trata de acciones fundadas en leyes de indemnización tarifada. Por tanto las objeciones de la demandada a los dictámenes periciales no son fundamentales, en tanto no lo son los cálculos numéricos insertos por los expertos. Las lesiones físicas sufridas por la actora han sido descritas precedentemente al tratar la responsabilidad. En relación al daño psicológico, informó la experta a fojas 383/395 que la reclamante presenta una incapacidad psicológica parcial y transitoria del 20%.

Ahora bien, para resolver el daño de la víctima tendré en cuenta sus condiciones personales al momento del hecho: 32 años, soltera, vive con su madre, trabaja como vendedora en una empresa (conf. fojas 34 de los autos seguidos por las mismas partes s/ diligencias preliminares; fojas 1 y 2 del beneficio de litigar sin gastos). En mérito a lo expresado y habida cuenta de las condiciones personales de la víctima, la incapacidad física, y psicológica transitoria sufrida, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1068, 1086 - actualmente artículos 1746, 1737, 1739 - y concordantes del Código Civil y 165 del CPCC, considero que el monto fijado por el sentenciante -\$...- no resulta elevado, por lo que propongo que el mismo sea mantenido. II - 2) Daño moral También censuran las accionadas la cantidad asignada en la instancia de grado en el presente rubro. Entendido como compensación de la agresión a derechos inherentes a la persona, a efectos de otorgar la cantidad de dinero que es estimada justa aprecio la forma inútil en que ocurrió el accidente, su fácil evitación, las lesiones físicas y psicológicas permanentes sufridas por el reclamante y su repercusión en su faz espiritual, que fue sometido a diferentes intervenciones quirúrgicas -que fueran debidamente detalladas en el rubro incapacidad sobreviniente-, considero que la cantidad fijada por el señor juez de grado -\$...- resulta reducida, pero habiendo sido consentido por la actora, corresponde rechazar las quejas y confirmar la decisión de grado. II - 3) Daños materiales, gastos médicos y traslado También se quejan las demandadas de la suma otorgada en el fallo recurrido por los presentes conceptos. Reiteradamente la jurisprudencia ha admitido la procedencia del reintegro de los gastos médicos, de farmacia y traslado en que debió incurrir la víctima como consecuencia de un hecho ilícito. Ello es así aunque no exista prueba documentada que demuestre precisa y directamente su erogación, siempre que resulte razonable su correlación con la lesión sufrida y el tiempo de su tratamiento. Lo propio acontece aún en el caso que la damnificada haya sido atendida en hospitales públicos o que cuente con cobertura social, toda vez que siempre existen erogaciones que no son completamente cubiertas. La presunción es susceptible de rebatirse por prueba en contrario, que deberá producir quien alega la improcedencia del reclamo, o pretende una suma inferior, o superior, a la fijada por el sentenciante en uso de las facultades que le otorga el artículo 165 del CPCC. De las constancias objetivas de autos, la actora adjuntó a su demanda siete recibos por las cirugías realizadas -conf. fojas 484/490 - que arrojan un total de \$..., y si bien, como resalta el juzgador estos documentos fueron desconocidos, hay un hecho indiscutido y es que las operaciones fueron efectivamente realizadas y abonadas por la actora. Por lo expuesto, considero que el monto fijado por el sentenciante -\$...- resulta acorde y ajustado a derecho, por lo que propongo que el mismo sea mantenido. II - 4) Extensión de la condena Cuestiona la aseguradora El Progreso Seguros S.A. que el sentenciante extendiera la condena sin hacer mención al límite del seguro. Adelanto, desde ya, que en mi opinión asiste razón al recurrente. En efecto la condena la citada en garantía -recurrente- deberá hacerse en la medida del seguro de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 de la ley 17.418. II - 5) Intereses La sentencia en estudio en cuanto a los rubros ? daños materiales? y gastos medicamentos y traslado? ordenó liquidar intereses a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina de acuerdo a la doctrina plenaria sentada en los autos ?Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios? del 20/04/2009 desde la fecha de mediación y hasta el momento del efectivo pago, y en cuanto a los restantes rubros, por tratarse de sumas actuales, fijó un interés del 8% anual también desde la fecha de mediación y hasta la sentencia; y a partir de entonces hasta el efectivo pago, a la tasa activa prevista precedentemente. La actora cuestiona el decisorio, no solo por la tasa fijada, sino también por el punto de partida, el que solicita sea desde la demanda. Por su parte las demandadas también se agravian de la tasa de interés asignada en el fallo de grado. En atención al criterio adoptado por mis colegas de Sala, propongo mantener el

interés del 8% anual fijado por el sentenciante o la tasa pasiva, -la que resultare beneficiosa para la víctima, sobre las todas las indemnizaciones otorgadas desde la fecha de inicio (27/12/2007) hasta el 20 de abril de 2009 y, desde entonces hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. III. Resumen, costas Por lo expuesto postulo admitir parcialmente los agravios de las partes y modificar la sentencia de grado en el siguiente sentido: a) la aseguradora El Progreso Seguros S.A. responde en la medida del seguro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 de la ley 17.418; b) se mantiene un interés del 8% anual fijado por el juzgador o la tasa pasiva, -la que resultare más alta-, sobre todas las indemnizaciones otorgadas desde la fecha de inicio (27/12/2007) hasta el 20 de abril de 2009 y, desde entonces hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina; e) las costas de Alzada se imponen a la vencida (conf. artículo 68 del Código Procesal); c) se la confirma en todo lo demás que ha sido materia de agravios. En acuerdo trataremos las apelaciones a la regulación de honorarios practicada a favor de los profesionales intervinientes. Así lo voto. Las señoras juezes de Cámara doctoras Patricia Barbieri y Ana María Brilla de Serrat, por análogas razones a las aducidas por el señor juez de Cámara doctor Osvaldo Onofre Álvarez, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto. OSVALDO ONOFRE ÁLVAREZ -PATRICIA BARBIERI- ANA MARIA BRILLA DE SERRAT. Este Acuerdo obra en las páginas n° n° del Libro de Acuerdos de la Sala ?D?, de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires, de diciembre de 2015. Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, SE RESUELVE: Admitir parcialmente los agravios de las partes y modificar la sentencia de grado en el siguiente sentido: a) la aseguradora El Progreso Seguros S.A. responde en la medida del seguro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 de la ley 17.418; b) se mantiene un interés del 8% anual fijado por el juzgador o la tasa pasiva, -la que resultare más alta-, sobre todas las indemnizaciones otorgadas desde la fecha de inicio (27/12/2007) hasta el 20 de abril de 2009 y, desde entonces hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina; e) las costas de Alzada se imponen a la vencida; c) se confirma la sentencia de grado en todo lo demás que ha sido materia de agravios. De conformidad con el presente pronunciamiento y en atención a lo dispuesto por el art. 279 del Código Procesal, teniendo en cuenta la naturaleza, importancia y extensión de los trabajos realizados en autos; el interés económico comprometido, conformado por el monto de condena más los intereses, según lo establecido por el ?a quo? en este sentido, lo cual se encuentra consentido; las etapas cumplidas; lo dispuesto por los arts. 1, 6, 7, 9, 10, 11, 19, 37 y 38 del arancel y ley modificatoria 24.432; la proporción que deben guardar los honorarios de los peritos con los de los letrados y la incidencia de su labor en el resultado del pleito, se adecuan los regulados a fs. 507 y vta., fijándose los correspondientes a los Dres. Guido Ariel Silvestein y Santiago Andrés Kaplun, letrados patrocinantes de la parte actora, en pesos ... (\$...), en conjunto; los de los Dres. Marco Aurelio Real (n), Mariana Noemí Calero y Carla Agustina Colantuono, letrados apoderados del codemandado Roque Morrone y la citada en garantía Seguros Médicos S.A., quienes no alegaron, en pesos ... (\$...), en conjunto; los de los Dres. Alberto Armando Alvarellos, Diego Florio y Martín Diego Martínez Sáenz, letrados apoderados de la codemandada Climo S.A. y la citada en garantía El Progreso Seguros S.A., en pesos ... (\$...), en conjunto; los de la perito contadora Cristina Noemí Veglia, en pesos ... (\$...); los del perito médico Oscar Daniel Adamo Nicolini, en pesos ... (\$...); los del perito psicólogo Gregorio Kletzel, en pesos ... (\$...); los del perito calígrafo Pablo Ceferino Musa, por la aceptación del cargo, en pesos ... (\$...), y los de la mediadora Dra. Sara Leonor Revich, en pesos ... (\$...) (conf. art. 2º, inciso g, del Anexo III del Decreto 1467/11, modificado por Decreto 2536/15, y valor de la unidad retributiva del SINEP vigente al 1/8/15). Por la actuación ante esta alzada, se regula el honorario del Dr. Santiago Andrés Kaplun en pesos ... (\$...); el del Dr. Marco Aurelio Real (n), en pesos ... (\$...), y el del Dr. Martín Diego Martínez Sáenz, en pesos ... (\$...) (art. 14 ley 21.839). Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2º párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Notifíquese por Secretaría y devuélvase.

Osvaldo Onofre Álvarez Patricia Barbieri Ana María Brilla de Serrat

005088E