

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Cirugia Estetica Responsabilidad Medica Dano Incapacidad Sobreviniente Dano Moral Obligacion De Medios

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis. Cirugía estética. Responsabilidad médica. Daño. Incapacidad sobreviniente. Daño moral. Obligación de medios

Se hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios por mala praxis iniciada por la actora, toda vez que el actuar del médico cirujano demandado no fue de conformidad con las reglas del arte de su profesión. En el caso particular, la actora se había sometido a una cirugía estética de lipoaspiración de la zona abdominal y, como resultado de la práctica negligente del facultativo, tuvo inflamaciones, quemaduras y abultamiento de la zona operada. En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 3 días del mes de marzo de dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excm. Cámara Nacional de la Apelaciones en lo Civil, Sala ?D?, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados ?G. P. A. c/ SAMPIETRO Gustavo Emilio s/ daños y perjuicios?, 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, Ana María Brilla de Serrat y Patricia Barbieri. A la cuestión propuesta el señor juez de Cámara doctor Osvaldo Onofre Álvarez, dijo: I - Por sentencia obrante a fs. 546/572 se hizo lugar a la demanda interpuesta y en consecuencia se condenó a Gustavo Emilio Sampietro y Estética Integral S.A. a abonarle a P. A. G. la suma de \$84.515,80, con más sus intereses y costas. Apelaron las partes. La actora fundó sus censuras a fojas 590/597 y en primer lugar cuestiona que la sentenciante -sin perjuicio de hacer lugar a la demanda- resolvió que la obligación asumida por el cirujano es de medios y no de resultado, como así también considerar que el consentimiento informado no aplica para pacientes con poder adquisitivo, influyendo en la cuantificación de los daños. Luego se queja de los montos fijados en concepto de incapacidad sobreviniente, gastos médicos y daño moral, por considerarlos reducidos. Por último cuestiona la tasa de interés fijada en el fallo recurrido. El médico demandado, expresó agravios a fojas 599/606 y queja de la condena dispuesta por el juzgador. Sostiene al respecto, entre otras consideraciones que la paciente abandonó el tratamiento, y que existió un apartamiento de las reglas de la sana crítica, toda vez que no existió un daño. En subsidio impugna los diferentes rubros por considerarlos elevados. La Aseguradora SMG Cía Argentina de Seguros S.A., basamentó su recurso a fojas 607/609, y también se agravia de la condena dispuesta en la sentencia, impugnando la pericial médica. A fojas 610/615 la citada en garantía Noble compañía de Seguros, presenta su memorial atacando la responsabilidad resuelta por el juzgador y subsidiariamente las inmunizaciones fijadas a favor de la actora. Por último a fojas 617/623 Estética Integral S.A., cuestiona el fallo de grado, sostiene que la actora se fue de vacaciones en el período post operatorio, que la técnica quirúrgica aplicada y el seguimiento post quirúrgico han sido los adecuados. Luego se queja de las cantidades asignadas en concepto de incapacidad sobreviniente, gastos médicos, gastos afrontados, daño moral, psicológico y tratamiento psíquico. Preliminarmente es dable destacar que los jueces no se encuentran obligados a seguir a las partes en todos los planteamientos, ni evaluar la totalidad de los elementos probatorios agregados al expediente sino que sólo deben hacer mérito de aquéllos que crean conducentes y de las articulaciones que juzguen valederas para la resolución de la litis. (C.S.J.N. Fallos 258: 304; 262:222; 272: 225; 278:271 y 291: 390 y otros más).- Asimismo, es dable destacar que en el terreno de la apreciación de la prueba, el juzgador puede inclinarse por lo que le merece mayor fe en concordancia con los demás elementos de mérito que puedan obrar en el expediente, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del magistrado.- II - 1) Responsabilidad Esta Sala tiene decidido que en materia de responsabilidad médica, y como consecuencia que el deber jurídico central asumido por el facultativo es por lo general de actividad y en principio incumbe al paciente (damnificado) la carga de demostrar la culpa de aquél (demandado). Esta conclusión -tal como lo sostuvo el doctor Bueres en reiterados votos como integrante de este Tribunal (v.gr.: 28/02/96, in re "G., F. M .y otro c/ Centro Médico Lacroze y otros")- hoy día parece estar afianzada en el derecho vigente tras un fructífero debate doctrinal de más de tres lustros, puesto que en las aludidas obligaciones de actividad, cuya infracción genera responsabilidad subjetiva, el incumplimiento -cuando menos en el plano funcional-, se conforma con la culpa, razón por la cual la demostración de ésta entraña tanto como hacer patente aquel incumplimiento -al cual prima facie debe ir dirigida la prueba- (Jordano Fraga, Francisco, "La responsabilidad contractual", Ed. Civitas, Madrid. 1987, pág. 170 y sstes.). No basta, pues, con revelar la mera infracción estructural -la causación el daño médico- para deducir sic et simpliciter el elemento subjetivo (culpa), aunque tal trasgresión al alterum non laedere provoque antijuridicidad, que es asunto diverso (véase la opinión del doctor Alberto J. Bueres, en "Responsabilidad contractual objetiva", JA 1989-II-964). Este es un tema de prueba del incumplimiento funcional, el cual ante la falta de directivas en dirección diversa sigue el cauce natural por el que transita la obligación de actividad. Es que, en verdad, la

distinción entre las obligaciones de medios y de resultado tiene valor sustancial, dado que sirve para individualizar el factor de atribución: en las primeras el criterio de imputación es la culpa, mientras que en las últimas la responsabilidad es objetiva. Hay, pues, un relativismo de la clasificación, bajo la óptica del derecho adjetivo (la supuesta diversidad de las categorías por razón de la prueba) pues una obligación de medios no muda su naturaleza según el actor deba dar en juicio la culpa del demandado, o bien que éste, frente a la demostración del daño, tenga que liberarse mediante la prueba de su diligencia (cfr. opinión del doctor Bueres en "Responsabilidad Civil de las Clínicas y Establecimientos Médicos", Ed. Abaco, Buenos Aires, 1981, págs. 975/ 977 y en "Aspectos generales de las responsabilidades profesionales", "Revista Jurídica Delta", n° 3, abril 1994, págs. 13/17). Ahora bien, reiteradamente se ha dicho que la obligación contraída 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, destacada doctrina entiende que se está ante una obligación de resultado, -como sostiene la actora en sus quejas- 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). En mi opinión, y en cuanto a la cirugía estética, comparto el criterio de quienes sostienen que sin perjuicio de que la obligación del médico es la consecución de un fin, no significa que indefectiblemente que toda operación de ésta índole haga surgir, fatal o necesariamente, una obligación de resultado, ni que la sola no obtención del embellecimiento perseguido produzca responsabilidad objetiva del cirujano. ¿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 resultado 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 actora expresó al demandar que el resultado de las prácticas negligentes del codemandado médico consistía en la presencia de inflamación, quemaduras y abultamiento en la zona abdominal que le produjo un daño estético corporal, sin perjuicio del moral. Aclara que debió acudir a otro facultativo de la medicina estética a los fines de reducir las negativas consecuencias que le había provocado la intervención quirúrgica practicada por el médico demandado. En el caso que nos ocupa, se encuentra reconocido que la paciente se sometió a una cirugía programada, donde se pretendía mejorar estéticamente la zona abdominal, realizando una lipoaspiración, mediante el sistema de ultrasonido VASER. El perito médico legista designado en autos informó a fojas 397/402 que la actora, al examen presenta una irregularidad importante del pániculo adiposo abdominal que se relaciona con el acto quirúrgico inicial. Aclara el experto a fojas 423 que el sentido común indica que una segunda cirugía semejante a la primera no puede tener otro motivo que corregir o completar lo que la primera no hizo, sin perjuicio de que además la descripción de la complicación con hematomas, edema y fibrosis que describe el médico demandado, eficaces por la producción del defecto cuestionado. Por último otra prueba cabal en punto a su conclusión, es el contenido de la historia clínica del segundo cirujano, en la cual realiza una descripción detallada del cuadro previo de la reclamante. Con relación a sí la aparición de inconvenientes puede estar influenciado por inobservancias a indicaciones médicas por parte de la actora, como ser los viajes que realizó, -quejas de las demandadas- el experto fue claro y a fojas 438 señaló que no surge incumplimiento en la etapa postquirúrgica inmediata. Resalta el profesional que lo relatado en la historia clínica- obrante en la causa sobre diligencias preliminares- ha sido correcto, pero los resultados postquirúrgicos no lo fueron (el resaltado es de mi autoría). A mayor abundamiento no existe ninguna anotación en la historia clínica de la causa sobre diligencias preliminares (Exte N° 33.799/2010), que de cuenta de una directiva por parte del médico hacia su paciente desaconsejando tomar vacaciones o ausentarse del país. Tampoco tuvo relación causal la falta de adhesión de la paciente a la utilización del vendaje durante sus vacaciones, como refiere el experto a fojas 426vta, ¿el defecto posterior a la cirugía depende la cirugía realizada, el procedimiento no tiene relación con la utilización del vendaje sino con la remoción inadecuada del tejido graso o la organización de hematomas. Como fue descripto la resección irregular, tanto por realizada en distintos planos, removiendo diferentes volúmenes del tejido, sumado a la constitución de hematomas, son los responsables de las irregularidades motivo de la litis? En cuanto al consentimiento informado, el profesional manifestó que resultó incompleto -ver fojas 398vta- agregando que la accionante aceptó una cirugía, más no se lo informaron los riesgos de la misma. Y sobre este punto, disiento con la primera juzgadora, en cuanto resta importancia a la deficiencia informativa por parte del facultativo, entendiendo que la actora siendo una empresaria, con activa participación en un ambiente de alto nivel

adquisitivo, no podía desconocer sobre los riesgos a los que se exponía en un acto quirúrgico. Así pues, el médico tiene la obligación de informar detalladamente a su paciente previo a la intervención quirúrgica, las consecuencias de las mismas -art. 5 y 6 de la ley 26.742- y no viceversa, sin considerar su nivel socio-cultural o económico. De lo hasta aquí expuesto se concluye, coincidiendo con la primera juzgadora, que el actuar del doctor Sampietro no ha sido el adecuado, como tampoco el exigible, de conformidad con las reglas del arte propias a su profesión, prueba de ello es la experticia médica que resulta determinante cuando afirma que los resultados de la cirugía no fueron los correctos. Por ello, y como ya lo adelantara, se rechazan las quejas y se confirma la sentencia de grado en todas sus partes.

II - 2) Daños materiales Cuestiona la actora y las demandadas, obviamente por diferentes motivos la partida indemnizatoria fijada en el presente rubro. Al demandar la actora reclamó los tratamientos secundarios que debió realizar para reducir los efectos del daño sufrido en la primera de las operaciones, como así también los honorarios abonados al Dr. Leonhardt por seis sesiones de ultracavitación, más la segunda cirugía de lipoaspiración, con los gastos de internación, quirófano, etc, que arrojan un total de \$11.264. En primer lugar diré, que para que el daño sea resarcible ha de ser cierto porque, de lo contrario, tendría lugar un enriquecimiento sin causa, a expensas del responsable y debe ser propio o personal del accionante. También debe estar en relación causal jurídicamente relevante con el hecho generador. Pese a que nuestro derecho sustantivo no lo define expresamente, al daño debe conceptuárselo en sentido amplio como la lesión a intereses amparados por el ordenamiento, cuyo trascendido se evidencia en la minoración de valores económicos (daño patrimonial) o en alteraciones desfavorables en el espíritu (daño moral) cf. Alberto J. Bueres, "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en "Derecho de daños", Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1989. Y para que nazca el deber de reparar el daño causado a otro, deben quedar suficientemente acreditados sus elementos comunes: antijuridicidad, relación de causalidad entre el daño y el hecho, y los factores de atribución legal de responsabilidad. Por lo demás, la prueba del daño es esencial para la admisión judicial del resarcimiento, pues si bien es facultad de los jueces fijarlo aunque no resulte acreditado exactamente, debe siempre probarse la realidad del perjuicio. Lo expuesto tiene fundamento en los artículos 512, 519/22, 902/906, 1066/9, 1074, 1077, 1078, 1079, 1083, 1084, 1085, 1109, 1113 y concordantes del anterior Código Civil, y los artículos 165, 377/8 y concordantes del CPCC. En la sentencia recurrida se admitió la suma de \$4.515,80 monto acreditado fehacientemente como desembolsado por la actora -conforme contestación del Sanatorio Anchorena obrante a fojas 366. Por ello, no habiendo la reclamante producido prueba alguna a los fines de autenticar la documentación expresamente desconocida por la demandada corresponde confirmar el monto fijado por la sentenciante, y rechazar las quejas vertidas por las partes.

II -3) Incapacidad sobreviniente También se cuestiona por alto y por bajo respectivamente el monto asignado en la sentencia de grado. 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. En la experticia médica obrante a fojas 397/402 se consignó las secuelas que presenta la actora son de orden estético, no funcional, estimándose en un 20%, teniéndose en cuenta que se trata de una mujer en situación de vida social activa y que encuentra un menoscabo para las actividades de tipo veraniego. En relación al daño psicológico informó el experto que no puede establecerse una incapacidad toda vez que no se realizó el estudio complementario del psicodiagnóstico solicitado. Ahora bien, para resolver el daño de la víctima tendré en cuenta sus condiciones personales al momento del daño denunciado, mujer de 48 años, que ocupa un cargo gerencial. En mérito a lo expresado y habida cuenta de las condiciones personales de la víctima, las lesiones estéticas sufridas, 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 en concepto de incapacidad sobreviniente a favor del actor -\$40.000-, resulta exiguo, por lo que propongo elevarlo a \$150.000.

II -4) Daño moral 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 daño, su fácil evitación, las lesiones estéticas permanentes sufridas por el reclamante y su repercusión en su faz espiritual, considero que la cantidad fijada por el señor juez de grado -\$40.000- resulta reducida, por lo que propongo elevarla a \$60.000, monto reclamado en la demanda.

II -5) Intereses La sentencia en estudio mandó liquidar intereses a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina y desde que se ocasionó el perjuicio -fecha de la primera cirugía- y hasta el efectivo pago de la condena, exceptuándose los gastos afrontados por la accionante, los que devengarán intereses desde la fecha de su erogación. La actora cuestiona la tasa de interés fijada por la juzgadora. En atención al criterio adoptado por mis colegas de Sala, propongo disponer que los intereses sobre las indemnizaciones otorgadas sean computados desde la fecha en que se produjo el daño (04/12/2008), exceptuándose los

gastos por daño material, que correrán a partir de su erogación a la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina 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 las quejas de la actora y modificar la sentencia de grado en el siguiente sentido: a) se eleva a ciento cincuenta mil pesos (\$150.000) y a sesenta mil pesos (\$60.000) las indemnizaciones fijadas en concepto de incapacidad sobreviniente y daño moral respectivamente; b) los intereses sobre las indemnizaciones otorgadas se computan desde la fecha en que se produjo el detrimento (04/12/2008), exceptuándose los gastos por daño material, que correrán a partir de su erogación a la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina 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; c) las costas de Alzada se imponen a las demandadas vencidas (conf. art. 68 del Código Procesal). La regulación de honorarios de los profesionales intervinientes se difiere de conformidad con lo resuelto a fojas 572vta. Así lo voto.

Las señoras juezes de Cámara doctoras Ana María Brilla de Serrat y Patricia Barbieri, 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- ANA MARIA BRILLA DE SERRAT- PATRICIA BARBIERI. 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, 3 de marzo de 2017. Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, SE RESUELVE: Admitir parcialmente las quejas de la actora y modificar la sentencia de grado en el siguiente sentido: a) elevar a ciento cincuenta mil pesos (\$150.000) y a sesenta mil pesos (\$60.000) las indemnizaciones fijadas en concepto de incapacidad sobreviniente y daño moral respectivamente; b) los intereses sobre las indemnizaciones otorgadas se computan desde la fecha en que se produjo el detrimento (04/12/2008), exceptuándose los gastos por daño material, que correrán a partir de su erogación a la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina 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; c) imponer las costas de Alzada a las demandadas vencidas. La regulación de honorarios de los profesionales intervinientes se difiere de conformidad con lo resuelto a fojas 572vta. Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional.

Notifíquese por Secretaría y devuélvase. Osvaldo Onofre Álvarez Ana María Brilla de Serrat Patricia Barbieri

018790E