

Responsabilidad Del Cirujano Plastico Rinoplastia

JURISPRUDENCIA

Responsabilidad del cirujano plástico. Rinoplastia Se

modifica el monto indemnizatorio establecido en la sentencia que hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios por responsabilidad médica, y condenó al cirujano plástico por entender que existió publicidad engañosa asegurando resultados y omitiendo informar riesgos.

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, el 06 día de diciembre de dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: ?P., C. C/ T., G. D. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?, respecto de la sentencia de fs. 571/586, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA? Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores CARLOS A. CARRANZA CASARES - CARLOS A. BELLUCCI - MARIA ISABEL BENAVENTE -. A la cuestión planteada el Señor Juez de Cámara Doctor Carranza Casares dijo: I.- La sentencia de fs. 571/586 hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios por responsabilidad médica entablada por C. P. y condenó al cirujano plástico D. G. T., con extensión a Seguros Médicos S.A., al pago de \$ 145.500, más intereses y costas. A tal efecto, el pronunciamiento sostuvo que el profesional había llevado a cabo una publicidad engañosa asegurando resultados y omitiendo informar riesgos, ante lo cual resultaba suficiente la demostración del incumplimiento que ponía de manifiesto la inexistencia del resultado perseguido. II.- El fallo fue apelado por el actor y por el demandado y su compañía de seguros. El primero en su memorial de fs. 624/627, respondido a fs. 647/654, se queja por lo concluido respecto de su incapacidad. Los dos últimos, en su presentación de fs. 628/645, no contestada, cuestionan la responsabilidad atribuida por no haberse acreditado la configuración de culpa médica en la rinoplastia realizada, y también lo establecido en concepto de incapacidad, tratamiento psicológico y otorrinolaringológico, gastos de farmacia y traslado y daño moral. III.- Esta sala ha dicho reiteradamente que del juego de los arts. 265 y 266 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se desprende que el memorial de agravios debe contener la crítica razonada y concreta del pronunciamiento que se ataca, puntualizando cada uno de los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyan (cf. C.N.Civ., esta sala, R. 328.712, del 17/8/01; L. 479.061, del 8/6/07, y L. 559.744, del 18/11/10, entre muchos otros) para evitar que la cuestión se resuelva con la sanción contemplada por el último artículo citado, que corresponde a la omisión de la carga prevista por el que lo antecede. Si el juzgador se encuentra obligado a dar suficiente sustento a su decisión, simétricamente corresponde al recurrente exponer razones que desvirtúen el razonamiento contenido en la sentencia (cf. C.N.Civ., esta sala, L.318.425, del 3/7/2001, L. 418.726, del 21/11/05, y L. 548.950, del 13/7/10, entre muchos otros). Lejos de acatar la mencionada normativa, los agravios sólo expresan un subjetivo disenso con lo decidido, pero no alcanzan a señalar -ni mucho menos probar- equivocaciones en el razonamiento a través del cual el juez arriba a sus conclusiones, al haber soslayado refutar, llamativamente, el argumento central del pronunciamiento relativo a que los demandados debían responder a consecuencia de la publicidad engañosa y de la omisión de la información debida. Sin perjuicio de lo sostenido, en aras de expresar un amplio reconocimiento al derecho de defensa, cabe todavía ofrecer las siguientes consideraciones, con la aclaración de que, en razón de la fecha en la que tuvo lugar el hecho invocado como generador de la deuda que se reclama, no corresponde la aplicación retroactiva de la normativa de fondo del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (cf. art. 7 del citado, similar al art. 3 del Código Civil). Coincido con la sentencia en cuanto a que, en el caso, no se ha verificado un consentimiento informado, entendido éste como la declaración de voluntad de una persona, que recibió información suficiente acerca de un tratamiento o intervención quirúrgica, y expresa su conformidad para someterse a tal práctica médica (C.N.Civ., esta sala, CIV/99.951/2012/CA1, del 18/4/16). Esta información necesaria, ahora expresamente contemplada en la ley 26.529, de 2009 (posterior al suceso aquí ventilado), ya era reconocida por la jurisprudencia de distintos tribunales nacionales (anterior al hecho), con sustento en el art. 19 de la ley 17.132 (y en el art. 1198 del Código Civil). Y la Corte Suprema, en tal sentido, había reconocido el deber de informar de los médicos (Fallos: 324:2689), quienes deben, precisamente, brindar ?información suficiente? (Fallos: 325:2183). Por otra parte, al tiempo en que tuvo lugar la intervención quirúrgica cuestionada (2008) se encontraba vigente la ley 153 (1999) de la Ciudad de Buenos Aires, cuyo art. 4º inc. h, dispone que todas las personas en su relación con el sistema de salud y con los servicios de atención tienen derecho a que el profesional actuante solicite su consentimiento informado, previo a la realización de estudios y tratamientos. Y su decreto reglamentario 208/01, que prescribe que ?deberá brindarle información respecto a los estudios o tratamientos específicos, riesgos significativos asociados y posibilidades previsibles de evolución. También se le deberá informar la existencia de otras opciones de atención o tratamientos significativos si las hubiere?. El incumplimiento de este deber convencional y legal ha sido ostensible en el caso pues el instrumento denominado ?consentimiento

informado? (fs. 224) consiste en un escrito en el que no se hizo constar el diagnóstico ni el tratamiento quirúrgico que se iba a realizar y mucho menos los riesgos significativos asociados con la práctica. Es más, de su lectura surge que se trata de un formulario destinado a dar información sobre la colocación de implantes mamarios. Recuerdo, entonces, lo expresado por esta sala en cuanto a que si bien normalmente, la responsabilidad de un médico en tratamientos por él administrados se basa en el fracaso del profesional en el ejercicio del grado de habilidad y cuidado requeridos, bajo la doctrina del consentimiento informado se puede llegar a cuestionar a un médico en circunstancias en las cuales se halle libre de negligencia en el tratamiento del paciente, mas habiendo actuado sin el consentimiento del enfermo, o más allá del consentimiento dado; o cuando actuara no habiendo informado al paciente acerca de los riesgos de un tratamiento en particular, de tal manera que éste pudiera decidir si quería someterse al mismo (cf. Highton, Elena I. - Wierzba, Sandra M., La relación médico-paciente: El consentimiento informado, Ad Hoc, Buenos Aires, 1991, p. 14; C.N.Civ., sala F, del 5/2/98 - El Dial, CNCIV: 10089; C.N.Civ., esta sala, expte. 17779/2007, del 12/15). En otro orden de ideas y más allá de la jurisprudencia que postula que la obligación de quienes practican cirugías estéticas es de resultado (ver C.N.Civ., sala G, L. 259.255, del 19/3/99; ídem sala E, ?V.,M.C. c/ B., P.C.?, del 25/10/12 y ?L.,M.C. c/ D., M.M.? del 1873/13; ídem sala K, ?C.T.A. c/ M.M.S.?, del 24/10/05 y ?I.,E.C. c/ B., M.F.?, del 23/9/04; ídem sala D, ?G. DE S. M., E. N. c/ M., E. E.?, del 20/11/14), lo cierto es que en el caso el resultado, según expone la sentencia sin que el profesional recurrente lo cuestione, fue ?prometido? por el médico (fs. 578) ?omitiendo sin justificación alguna las complicaciones intrínsecas a toda intervención quirúrgica? (fs. 579). En el pronunciamiento apelado se transcribe el de esta sala (D., C. c/ t., A. del 13/3/07, en RCyS 2007, 973; ver fs. 577 vta.) en el que, con cita doctrinal, se expresa que si ?se le indica a través de publicidad engañosa y promocional que se va a obtener el resultado buscado, la obligación se hace de resultado?. Y, asimismo, que ?la realización de publicidad importa una suerte de sometimiento voluntario del profesional al régimen protectorio especial de los consumidores? con la consiguiente obligación del oferente (ver arts. 1, 8 y 19 de la ley 24.240). Ahora bien, el resultado ?de excelencia?, prometido en la publicidad destacada en la sentencia, no fue alcanzado. El actor ?presenta secuela de rinoplastia con laterodesviación a izquierda y con insuficiencia ventilatoria en ambas narinas (fs. 482 vta.). En otros términos, ?una desviación del Septum nasal a izquierda con obstrucción ventilatoria nasal bilateral parcial y secuela de fractura de huesos propios y tabique cartilaginosa? (fs. 488 vta.). Ese incumplimiento prometido acarrea, entonces, la responsabilidad del promitente. Es cierto que la realizada por el demandado no ha sido la única operación que se le practicó al actor, pero también lo es que esta circunstancia ha sido expresamente considerada en el pronunciamiento, sobre la base de lo dictaminado por el perito médico (fs. 488 y 499), al asignar sólo un treinta por ciento de responsabilidad de la incapacidad total comprobada ?siendo patrimonio de cirugías previas y posteriores el resto de la incapacidad? (fs. 583). Contrariamente a lo que parece postular el cirujano apelante no se ha configurado un abandono de tratamiento por parte del paciente que lo exima de responsabilidad. Recuerdo que el aludido abandono del tratamiento en muchos casos se justifica cuando los acontecimientos vividos entre el paciente y el profesional lo llevan a no seguir confiando en la atención médica que se le estaba brindando. Si el paciente sufre un agravamiento de su dolencia y recurre a otro médico, porque le ha perdido la confianza o por algún otro motivo válido, no será eficiente aducir como defensa idónea esa circunstancia. Lo contrario importaría cercenarle su legítimo derecho de mejorar la salud (cf. Taraborrelli, José N., ?Eximentes de responsabilidad médica en los supuestos de error excusable, caso fortuito y fuerza mayor, conducta del enfermo y fracaso del tratamiento?, JA, 1994-III-863; Fumarola, Luís Alejandro, en Bueres-Highton, Código Civil, ?Eximentes de responsabilidad civil médica?, Tomo 4-B, p. 284; C.N.Civ., esta sala, L.593.491, del 21/5/12). En el caso, el cambio de profesional estaba justificado en la ausencia de resultados positivos (dictamen a fs. 489 vta. y 491); y, además, no se ha acreditado que tal variación haya incidido causalmente como para enervar la responsabilidad del demandado. Las precedentes consideraciones, sumadas a la falta de refutación del fundamento principal del fallo, me inducen a proponer la confirmación de la responsabilidad atribuida. IV.- Tratada la precedente cuestión he de abocarme a la crítica de la cuantificación de los perjuicios. a. En la determinación del daño, como es criterio de esta sala, tampoco he de aplicar el Código Civil y Comercial de la Nación por no encontrarse vigente al tiempo de configurarse el perjuicio constitutivo de la responsabilidad (cf. art. 7 del citado cuerpo legal y 3 del Código Civil; C.N.Civ., esta sala, CIV/11380/2012/CA1, del 18/8/15 y numerosos precedentes a partir de entonces; ver doctrina del fallo plenario ?Rey, José J. c/ Viñedos y Bodegas Arizu S.A.?, del 21/12/71, en La Ley 146, p. 273; y en similar sentido C.N.Civ., sala E, Expte. 101.221/07, del 15/7/16; ídem sala F, Expte. 13.793/12; íd., sala I, Expte. 25.837/10, del 11/12/15); sin perjuicio que de hacerlo, como postula la distinguida colega designada en la vocalía 20, arribaría de todos modos en el caso a similar resultado. Ha expresado el máximo tribunal en múltiples oportunidades, que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que se desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (cf. Fallos: 308:1109; 312:752, 2412; 315: 2834; 316: 2774; 318:1715;

320: 1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:874). La perito designada de oficio dictaminó, como en parte adelanté, que el demandante presentaba ?una desviación del Septum nasal a izquierda con obstrucción ventilatoria nasal bilateral parcial, por lo que se valúa una incapacidad parcial y permanente del 12%?; ?secuela de fractura de huesos propios y tabique cartilaginoso, por la que se valúa una incapacidad parcial y permanente del 12%?; y ?un cuadro de estrés postraumático leve a moderado, por lo que se valúa una incapacidad parcial y permanente del 10%?. Y concluyó que totalizaba una incapacidad del 28%, ?que en relación a la cirugía realizada por el demandado puede atribuirse una relación causal del 30% (8,4 %)? (fs. 488vta.). La eficacia probatoria del dictamen ha de estimarse de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 386 del Código Procesal), teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, las observaciones formuladas y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 477 del citado cuerpo legal). A pesar de que en nuestro sistema el peritaje no reviste el carácter de prueba legal, si el experto es una persona especialmente calificada por su saber específico y se desempeña como auxiliar judicial distinto de las partes, la prudencia aconseja aceptar los resultados a los que haya llegado, en tanto no adolezca de errores manifiestos, o no resulte contrariado por otra probanza de igual o parejo tenor (Fallos: 331:2109). Aun cuando las conclusiones del dictamen pericial no obligan a los jueces en la ponderación de la prueba, para prescindir de ellas se requiere, cuanto menos, que se les opongan otros elementos no menos convincentes (Fallos: 321:2118). Si no se observan razones que desmerezcan sus asertos, corresponde asignarle suficiente valor probatorio (Fallos: 329:5157), que es lo que ocurre en el caso, ya que las objeciones formuladas a la peritación fueron suficientemente respondidas a fs. 499 por el experto sin que el actor impugnante se haya hecho debido cargo de tal contestación en su memorial. Y otro tanto ocurre con la alusión del demandado a otras cirugías, pues fueron tenidas en cuenta por la experta al discriminar el porcentaje de incapacidad atribuido al obrar del galeno recurrente. Tengo presente al efectuar la estimación del tópicico por incapacidad que éste tiene por fin compensar la genérica disminución de aptitudes patrimoniales tanto en el aspecto laboral o profesional como en las áreas social, familiar y educacional, debe acordársele un capital que, invertido razonablemente, produzca una renta destinada a agotarse junto con el principal al término del plazo en que razonablemente pudo haber continuado desarrollando actividades de tal índole (C.N.Civ., esta sala, L.169.841, del 20/7/95; L. 492.653, del 12/12/07; L. 462.383, del 6/3/07 y L. 491.804, del 14/12/07; CIV/1339/2009/CA1, del 28/9/15; cf. Fallos: 318:1598 y art. 1083 del Código Civil aplicable en razón de la fecha en la que tuvo lugar el hecho generador de la deuda y arts. 1740 y 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación). Por ello, como regla, ha de tomarse en consideración la disminución de la aptitud del demandante para realizar actividades productivas hasta la edad jubilatoria y las económicamente valorables hasta la de expectativa de vida (ver Fallos: 321:570). En razón de todo lo dicho, habida cuenta las condiciones personales del reclamante a la fecha del hecho: 33 años, casado, con una hija menor de edad, técnico radiólogo, domiciliado en la localidad de Victoria, partido de San Fernando, provincia de Buenos Aires (cf. fs. 1, 2, 3, 4, 5 y 8 del incidente de beneficio de litigar sin gastos; y fs. 1, 4/5, 460vta./461 y 481 vta. de estas actuaciones); y el modo de resarcir a valores actuales decidido en la sentencia propongo incrementar lo acordado a \$ 100.000. b. La partida atinente al tratamiento psicoterapéutico y otorrinolaringológico se dirige a resarcir un aspecto diferente de la incapacidad acreditada. La señalada necesidad de la terapia apunta, obviamente, a los aspectos reversibles de las afecciones, como así también a los paliativos de las secuelas no modificables y a la prevención de ulteriores deterioros (cf. C.N.Civ., esta sala L. 450.661, del 13/3/97; L. 471.881, del 22/5/07 y L. 472.341, del 17/9/07). Así lo ha expresado la perito al sugerir un tratamiento psicoterapéutico (fs. 482 vta.) y otro otorrinolaringológico (fs. 491). Sobre la base del derecho de los damnificados de elegir razonablemente ser tratados por el profesional que mayor confianza les merezca a través de su obra social o bien en forma particular (C.N.Civ. esta sala, L. 606.817 del 20/11/12; íd sala H, L. 57.882 del 9/3/90; ídem sala K, L.47.467 del 27/3/90; íd. sala I, L. 81.258 del 8/3/91; íd. sala F, L. 109.351 del 29/9/92; íd. sala C, L. 111.746 del 20/10/92 y L. 178.672 del 28/12/95 y sala A, L. 322.227 del 13/2/02), estimo que ha de incrementarse lo establecido por tratamiento psicoterapéutico a un total de \$ 46.000 y confirmarse lo previsto para el otorrinolaringológico (art. 165, Código Procesal). c. Respecto de la reparación del daño moral -prevista en los aplicables arts. 522 y 1078 del Código Civil y en el art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación- sabido es que está dirigida a compensar los padecimientos, molestias e inseguridades, únicamente desde el plano espiritual, cobrando especial importancia la índole de las lesiones y el grado de menoscabo que dejaren, para mostrar en qué medida ha quedado afectada la personalidad y el sentimiento de autovaloración. El detrimento de índole espiritual debe tenerse por configurado por la sola producción del episodio dañoso, ya que se presume -por la índole de los daños padecidos- la inevitable lesión de los sentimientos del demandante y, aun cuando el dolor no puede medirse o tasarse, ello no impide justipreciar la satisfacción que procede para resarcir -dentro de lo humanamente posible- las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida por el actor, teniendo en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (cf. Fallos: 334:1821; 332:2159; 330:563, entre otros). Bajo tales premisas, valorando las mencionadas condiciones personales y sociales del

demandante, que no puede dudarse de la existencia de un padecimiento espiritual provocado por la intervención quirúrgica y sus secuelas, propicio confirmar el importe determinado. d. Se ha dicho reiteradamente que los gastos médicos y farmacéuticos deben ser admitidos, aun cuando no estén acreditadas las erogaciones que se afirma haber realizado, si las lesiones sufridas presuponen necesariamente la existencia de tales desembolsos, pues aunque la víctima haya sido tratada en un establecimiento gratuito o dependiente de una obra social, los gastos en medicamentos corren por cuenta del interesado (cf. C.N.Civ., esta sala, L. 497.770 y 497.771, del 4/12/08; L. 530.337, del 14/8/09, y L. 558.746, del 26/11/10, entre muchos otros). Bien entendido que el resarcimiento solo deberá cubrir la parte no abarcada por la gratuidad (cf. C.N.Civ., esta Sala, L. 504.149, del 25/8/08; L. 526.164, del 15/5/09; L. 550.300, del 8/7/10, entre otros) Respecto de los gastos de traslados es también razonable pensar, por las lesiones sufridas, aunque no estén acreditados en forma cierta, por cuanto no suelen lograrse comprobantes que permitan una fehaciente demostración, ello no es óbice para la procedencia del rubro (cf. C.N.Civ., esta sala, L. 476.356, del 31/8/07). Por ello, propongo confirmar lo determinado, que surge como una correcta aplicación de las facultades discrecionales otorgadas por la ley ritual (art. 165, Código Procesal). V.- En su mérito, examinados los argumentos y pruebas conducentes, propongo al acuerdo modificar parcialmente el pronunciamiento apelado para establecer por incapacidad \$ 100.000 y por tratamiento psicoterapéutico \$ 46.000; y confirmarlo en lo demás que decide y fue materia de agravios no atendidos; todo ello con costas al demandado vencido (art. 68 del Código Procesal).

Los Señores Jueces de Cámara Doctores Carlos A. Bellucci y María Isabel Benavente votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el Doctor Carlos A. Carranza Casares. Con lo que terminó el acto. Buenos Aires, 06 de diciembre de 2017. Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, SERESUELVE: I.- Modificar parcialmente el pronunciamiento apelado para establecer por incapacidad \$ 100.000 y por tratamiento psicoterapéutico \$ 46.000; y confirmarlo en lo demás que decide y fue materia de agravios no atendidos; todo ello con costas al demandado vencido. II.- Devueltas que sean las actuaciones se proveerá lo pertinente a fin de lograr el ingreso de la tasa judicial (arts. 13 y conc. de la ley 23.898). III.- En atención al monto condenado, la calidad, extensión y mérito de la labor profesional desarrollada en este proceso, etapas cumplidas y resultado obtenido; a lo que establecen los arts. 6, 7, 9, 10, 14, 19, 37, 38 y conc. de la ley 21.839 y la ley 24.432 se elevan los honorarios del letrado apoderado del actor Dr. A. A. C., por tres etapas, a la suma de PESOS SETENTA MIL (\$70.000); y los de los letrados apoderados del demandado Dres. F. H. G. (primero patrocinante y luego apoderado) y V. L. D. (apoderada), en conjunto y por dos etapas a la suma de PESOS TREINTA Y CINCO MIL (\$35.000). Se confirman por haber sido apelados sólo por altos los honorarios de los letrados apoderados de la citada en garantía Dres. M. A. R. (H), M. C. S. y M. N. C.. Por los trabajos de alzada se regulan los honorarios del Dr. C., en la suma de PESOS DIECISIETE MIL (\$17.000) y los de la Dra. D. en la suma de PESOS DOCE MIL (\$12.000). En atención a la calidad de la labor pericial desarrollada en autos; a su mérito y eficacia y a la adecuada proporción que deben guardar las retribuciones de los expertos con las de los letrados intervinientes (Fallos: 314:1873; 320:2349; 325:2119, entre otros) se confirman por haber sido recurridos únicamente por elevados los emolumentos del médico A. V. C.. Respecto de los honorarios de la mediadora P. A. V., el art. 3° del decreto 2536/15, que sustituyó el art. 28 del 1467/11, dispone que la remuneración del mediador deberá ser establecida conforme el honorario básico vigente al momento de finalizar el proceso. En el caso de autos, a la fecha de la sentencia de fs. 571/586 el decr. 2536/15 ya estaba vigente; por ello, asiste razón a la mediadora en lo que refiere a su aplicación y debe revocarse lo decidido; y en consecuencia se establecen sus emolumentos en la suma de PESOS NUEVE MIL TRESCIENTOS VEINTITRES (\$9.323) (cf. dec. 1467/11, modificado por el dec. 2536/15). Se deja constancia de que la publicación de esta sentencia se encuentra sujeta a lo establecido por el art. 164, segundo párrafo, del Código Procesal. Regístrese, a las partes en el domicilio electrónico denunciado, conforme lo dispone la ley 26.685 y acordadas 31/11 y 38/13 de la CSJN, oportunamente cúmplase con la acordada 24/13 de la Corte Suprema de la Nación y devuélvanse. Integra la Vocalía 20 la Sra. Juez de Cámara Dra. María Isabel Benavente (Resol. 707/17 del Tribunal de Superintendencia).

CARLOS A. CARRANZA CASARES CARLOS A. BELLUCCI MARÍA ISABEL BENAVENTE

026945E