

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Cirugia Estetica Obligacion De Resultado Consentimiento Informado

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis. Cirugía estética. Obligación de

resultado. Consentimiento informado Se confirma el acogimiento de la demanda de mala praxis médica, ya que las medidas de las cicatrices muestran aritméticamente que la actora no quedó dentro de los parámetros normales estéticos, lo cual es una obviedad puesto que el propio cirujano estético reconoció este hecho, volvió a intervenirla e inclusive a ofrecerle una tercera intervención para arreglar la elevación de los pezones. Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 6 días del mes de septiembre de dos mil diecinueve, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala ?E?, para conocer en el recurso interpuesto en los autos caratulados: ?H., V. P. C. S., J. A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?, respecto de la sentencia corriente a fs. 660/695, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores RACIMO. DUPUIS. GALMARINI. El Señor Juez de Cámara Doctor RACIMO dijo: I.- Antecedentes de la causa. La jueza de primera instancia hizo lugar en la sentencia de fs. 660/695 a la demanda promovida por V. P. H. por indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la mala praxis derivada de dos intervenciones quirúrgicas realizadas por el Dr. J. A. S. en la Fundación Científica Vicente López-La Florida Sanatorio. La condena se fijó en la suma de \$ 1.202.000 a pagar en forma concurrente por ambos demandados y se hizo extensiva a las aseguradoras Federación Patronal Seguros S.A. (en adelante ?Federación?) y TPC Compañía de Seguros (en adelante ?TPC?). El demandado S. interpuso recurso de apelación a fs. 698 que fundó con la expresión de agravios de fs. 772/793 que fue respondida a fs. 825/831 por la actora quien a su vez apeló a fs. 697 y presentó su memorial a fs. 766/771 que fue contestado por el médico a fs. 807/820 y por TPC a fs. 838/839. Federación apeló a fs. 702/703 y sostuvo su recurso con el escrito de fs. 760/765 que fue contestado por la demandante a fs. 821/824. La restante aseguradora TPC interpuso recurso de apelación a fs. 699 que fundó con la pieza de fs. 795/805 que fue respondido por H. a fs. 832/837. La actora afirmó en su demanda que tras adelgazar 25 kilogramos -con dieta y ejercicio- sus tejidos del abdomen se rompieron y su panza quedó literalmente colgando y que por tal motivo consultó al Dr. S. quien le recomendó la práctica de dos intervenciones quirúrgicas que consistían en dermolipectomía abdominal y mastopexia. La primera operación fue realizada el 2 de junio de 2009 con un resultado que produjo secuelas que hicieron necesaria una reintervención por el mismo profesional el 29 de septiembre de 2009. H. describió en el escrito de inicio las consecuencias dolorosas de ambas intervenciones y denunció que debido a las faltas del demandado quedó con ambas mamas con alteraciones de la forma y con complejos areola-pezones (CAP) en una ubicación anómala por encima de lo aceptable. Precisó que el CAP de la mama derecha se encuentra totalmente umbilicado y con deformación a una distancia de la horquilla esternal de 14 cm y que la cicatriz vertical de dicha mama tiene una longitud de 14 cm y una cicatriz horizontal de 20 cm. Manifestó que la posición del CAP debe estar entre 19 y 21 cm de horquilla esternal y corresponder a la proyección del surco submamario. Al contestar la demanda negó el Dr. S. que hubiera prometido a la actora solucionar sus problemas, desconoció que la paciente presente ambas mamas con alteración de la forma y con CAP en una ubicación anómala y que se presenten las deformaciones y las cicatrices con las magnitudes indicadas en el escrito de inicio. Expuso que en el consentimiento informado suscripto el 21 de abril de 2009 se habían explicado a H. las posibilidades de la intervención a realizar y particularmente que podría necesitar un nuevo procedimiento médico después de la primera intervención. Refirió la firma de un nuevo consentimiento informado suscripto el 29 de septiembre de 2009 antes de la segunda operación y que después de ella se dio de alta a la paciente a quien se ofreció corregir la posición anómala de los pezones y descenderlos aunque la actora no volvió más. Defendió su posición exponiendo que las complicaciones ocurridas por las operaciones no eran atribuibles a su parte, que se prevén en la bibliografía y le fueron informadas a la actora. La magistrada de grado estimó que se realizaron procedimientos de cirugía estética con lo cual el facultativo se comprometió a una obligación de resultado, recurrió a la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, refirió en detalle los consentimientos informados y la historia clínica de la paciente y destacó la ilegibilidad de muchas de las anotaciones del Dr. S. Acto seguido reseñó el dictamen pericial médico del Dr. J. M. O. de fs. 392/404, las impugnaciones de las partes de fs. 413/426 y 457 y la contestación del experto de fs. 470/478 y las aclaraciones de la nueva experta Dra. P. L. de fs. 568/572. A partir de su examen de la prueba tuvo por acreditado que la primera intervención no fue fructífera por lo que debió recurrir a una segunda operación que tampoco resultó suficiente ya que el Dr. S. debió efectuar al menos dos correcciones en su consultorio privado de las ?orejuelas de perro? que presentaba la actora en su cintura. Después de comparar los resultados esperados con la magnitud de las cicatrices constatadas concluyó que estas se encuentran por fuera de los cánones de

belleza aceptables o, como precisó posteriormente, de los parámetros normales estéticos.? Destacó que la historia clínica es groseramente incompleta, con tachaduras, enmendaduras, con letra ilegible igual que las fichas médicas del consultorio del demandado por lo cual no puede valer esa documentación como consentimiento informado, aunque se encuentre suscripto por la paciente. Refirió que la perita médica ha indicado que los defectos y vicios que presenta en la cintura y mamas la actora son producto de la intervención quirúrgica y por ser tan incompleta la historia clínica no pudo describir ninguno de los expertos cuál fue la causa puntual en que falló la praxis. Luego de destacar que se trataba de cirugías estéticas reconstructivas entendió que por parte del Dr. S. medió impericia al efectuar no una sino dos intervenciones con al menos dos consecuentes correcciones e inclusive sugiriendo una tercera. Puntualizó que aquellas tenían por objeto mejorar el estado de la paciente lo cual no logró sino que además dejó a la paciente por fuera de los estándares aceptables de belleza, asimetrías, cicatrices que a cualquier mujer afectaría como la elevación del CAP a tal punto que impide el uso de prendas como remeras con escote, trajes de baño y ropa interior. Como consecuencia de todo lo expuesto la magistrada entendió en el fallo recurrido que correspondía atribuir responsabilidad tanto al Dr. S. por la deficiente prestación médica desplegada como al sanatorio La Florida donde se realizaron las intervenciones y fijó un monto indemnizatorio para responder a los daños causados en los rubros incapacidad sobreviniente, tratamiento psicoterapéutico, gastos de asistencia futura y daño moral.

II.- Responsabilidad del demandado. El Dr. S. cuestiona la sentencia con la exposición de tres agravios claramente diferenciados planteando que la actora conocía las posibles complicaciones del tratamiento según resulta de los consentimientos informados por ella suscriptos, que se trata en el sub examine de una obligación de medios y que desplegó en el cuidado de la paciente una conducta que no se ha probado como impropia según las reglas del arte médico.

a. Consentimiento informado El demandado cuestiona que en la sentencia no se haya hecho valer el consentimiento informado cuando la paciente solo había alegado al presentarse tal documento en el proceso su ?estado de fragilidad? en ese momento. Nunca expuso la actora -según se alega- la redargución de falsedad de la historia clínica hasta tal punto que fue ofrecida como prueba documental cuya autenticidad fue acreditada por el Dr. S. con prueba pericial caligráfica de la historia clínica de consultorio. Plantea que al no haber sido el tema de ese estado al firmar los consentimientos motivo de litigio se ha trasgredido el principio de congruencia y aduce que a la paciente se le explicó con claridad qué implicaba su enfermedad y cuáles eran las posibilidades de éxito en una cirugía electiva en un caso en el cual no se ha demostrado el estado alegado en el escrito de inicio. El punto relacionado con las firmas y los contenidos de los consentimientos informados debe examinarse considerando el método adoptado en la sentencia respecto de los instrumentos privados agregados a la causa. La jueza de grado dijo que ?respecto de la Historia Clínica acompañada si bien se encuentra desconocida por la Sra. H. y al Dr. S. se lo declaró negligente de la prueba informativa al Sanatorio la Florida no es menos cierto que la actora se limita a negar su autenticidad empero tampoco produce prueba idónea para tachar su validez? (ver fs. 675vta.). La sentencia condenatoria del médico se basa -al menos en parte- en el estudio de dicha historia clínica y particularmente en los defectos de todo tipo en ella encontrados que fueron señalados por ambos peritos médicos. Ninguna de las partes ha cuestionado ante esta Alzada ni la historia clínica ni las fichas de consultorio del Dr. S. cuya autenticidad fue acreditada mediante prueba pericial caligráfica obrante a fs. 296/301. Ante el agravio del facultativo respecto a dichos consentimientos la actora mantuvo en la contestación de la expresión de agravios de fs. 825/831 algunas de sus manifestaciones formuladas en la instancia de grado alegando que firmó un consentimiento y no la fotocopia aportada que fue fraguada, que la inserción con grafías ilegibles nada prueba a favor del demandado y que pudo formular manifestaciones al serle corrido el pertinente traslado en tanto no está permitida la réplica. Aduce que no le informó el Dr. S. acerca de quedar deformada y que va contra el sentido común descartar su estado de fragilidad respecto de una persona al momento de ingresar a un quirófano. La jueza dio por cierto que la actora firmó el consentimiento informado obrante en la historia clínica correspondiente a dos intervenciones quirúrgicas. En efecto, señaló que en la misma historia clínica se desprende el consentimiento informado el que la actora habría firmado, según ella, en ?estado de fragilidad? extremo no probado por ella, es realizado a puño y letra por el Dr. S.? (las comillas internas son del original).

H. incurre en una postura no del todo clara en este aspecto relativo a la documentación cuya suscripción se le atribuye (ver art. 358 el Código Procesal). A la vez que se refiere a que se trata de copias al mismo tiempo no desconoce categóricamente las firmas insertas en los consentimientos informados con lo cual seguiré el criterio de la magistrada al haberlos tenidos por auténticos en su contenido. El Dr. S. solicita que se tenga en cuenta que a la paciente se le expuso con claridad, en una cirugía electiva, qué implicaba su enfermedad, y en qué consistía el tratamiento y sus posibilidades de éxito o fracaso; y acorde a lo expresado y entendido aceptó realizarlo señalando el recurrente que de lo contrario no hubiera firmado o bien hubiera expresado su rechazo conformado o se hubiera retirado sin operarse (ver fs. 776). El contenido de los consentimientos informados fue puesto a consideración del perito médico Dr. O. quien manifestó que existían consentimientos informados suscriptos por H. para los procedimientos respecto de los cuales afirmó que ?no se entiende la letra? (ver fs. 400, ptos. 14 a 16). A pesar de estas respuestas la jueza de grado intentó determinar el contenido de esos consentimientos. No obstante, llegó en este cometido a una

solución parecida a la del experto ya que la reconstrucción textual efectuada en el fallo aparece insuficiente para conocer el contenido sustancial de esos instrumentos. Respecto del consentimiento informado previo a la primera cirugía de abril de 2009 destacó que H. habría autorizado al Dr. S. a efectuar ?dermolipsectomía? sin indicarse nada acerca de ptosis mamaria pese a que así se asentó motivo de ingreso. Dice a continuación que donde se detalla el procedimiento la letra es casi ilegible ?pero se extrae que: ?se le explica y acepta... refiere entender y comprender que se le resecarán de tejidos flácidos y laxos los que se lipoaspirarán dentro de lo posible... pudiendo necesitar nuevo procedimiento médico quirúrgico a tal fin con costes a su cargo... de las posibles cicatrices o relieves...?? (ver fs. 673 vta., las comillas internas y las cursivas son del original). El texto del consentimiento informado de fs. 98 es ciertamente legible en gran parte. El médico refirió el consentimiento de la actora en los siguientes términos: ?Se le explica y acepta, en términos que refiere entender y comprender que se resecarán los tejidos flácidos y laxos y se le lipoaspirará la grasa excedente pudiendo quedar asimetría abdominal o mamaria pudiendo necesitar un nuevo procedimiento médico o quirúrgico a tal fin, con costos a su cargo, de la asimetría, o de las posibles cicatrices o relieves creados al realizar (flejes) de cierre y afrontamiento?. (en paréntesis vocablo de dudosa legibilidad). Una situación similar se presenta respecto al segundo consentimiento previo correspondiente a la operación del 29 de septiembre de 2009. Según lo expuesto en la sentencia en dicho instrumento consta lo siguiente: ?se deja constancia que los resultados no deseados de la cirugía fueron por no realizar... por el cirujano... por (?¿) luego de la cirugía. Acepta nueva intervención sabiendo que los resultados dependerán de los colgajos... con una piel tan laxa resultado de su variación de peso y de sus embarazos múltiples.?? (las cursivas, las comillas internas, los signos de interrogación, el subrayado y las negritas son del original). Por mi parte puedo leer que en ese consentimiento informado de fs. 109 contiene este texto legible: ?Se deja constancia acepta que los resultados no deseados de la cirugía fueron por no realizar pautas dadas por cirujano y por haber aumentado de peso luego de la cirugía. Acepto nueva intervención sabiendo que los resultados dependerán de los colgajos que permitan hacerse con una piel tan laxa resultando de su variación (básica) de peso y de sus embarazos múltiples.? (en paréntesis vocablo de dudosa legibilidad) El Dr. S. dio particular relevancia en la expresión de agravios a los consentimientos informados suscriptos por la paciente. Se asienta tal posición en que de haber probado su teoría de las complicaciones en el marco del desarrollo de una práctica médica correcta su posición se habría visto reforzada porque las complicaciones habrían sido informadas previamente a la paciente. Se habrían tratado de secuelas posibles a este tipo de operaciones que no deberían serle imputables a título de responsabilidad civil. En lo que respecta a las cirugías estéticas, como el caso que nos ocupa, se ha dicho que el deber de información impuesto a los facultativos adquiere particular relevancia tratándose de cirugías estéticas con fines de embellecimiento, en las que debe satisfacerse de una manera prolija y pormenorizada, atendiendo a los fines cosméticos y no curativos del cometido (C.N. Civ, esta Sala, en c. Páez de Tezanos Pinto, Ana M., c. Otermin Aguirre Julio? del 20/009/1985 pub. en LL 1986-A, 469). Es que en materia de intervenciones estéticas difícilmente los resultados desfavorables sean afrontados con entereza ya que quien recurre a ellas lo hace con una gran carga de expectativa que no pocas veces excede lo posible y por tanto, en el cumplimiento del deber de información se ha de brindar la mayor cantidad de datos sobre los riesgos y complicaciones -aún eventuales e inciertos- para no fomentar la idea de un resultado 100 por ciento satisfactorio cuya frustración puede devenir en daño a la salud psíquica (CNCiv., Sala I, ?A., A., c. R., C.A. s/daños y perjuicios? del 26-8-14). No se ha probado, como bien indicó la jueza de grado, el alegado estado de fragilidad de la paciente al momento de suscribir esos dos consentimientos informados los cuales, además, se vinculaban a cirugías de carácter estético que no se realizaron en momentos de urgencia o de peligro de vida para la actora. No obstante, el estudio del contenido de los consentimientos informados pondrá de manifiesto que el Dr. S. hizo algo más que comunicarle a la paciente cuáles eran las características de su situación y cuáles habrían de ser las técnicas a implementar para solucionar sus problemas estéticos. El consentimiento informado de junio de 2009 no contiene la descripción de la situación física de la paciente (ptosis mamaria) y se refiere al tratamiento a efectuar (dermolipsectomía) con referencia a un procedimiento que se centra en el tema de la lipoaspiración de los tejidos flácidos y grasos. Se le avisó a la paciente que era posible que después de esa cirugía programada pudiera ser necesaria la realización de una segunda intervención con costes a su cargo para el tratamiento de las posibles cicatrices y relieves. La posibilidad de una nueva cirugía se exponía siempre que, claro está, el Dr. S. siguiera las reglas del arte en la ejecución de la anunciada ?dermolipsectomía? y la no anunciada ?mastopexia?. Ningún paciente acepta -ni siquiera de modo implícito- que se le diga que habrá de enfrentar una segunda cirugía incluso aunque el médico desarrolle su prestación de modo inadecuado. Todo esto es, aparentemente, muy obvio, pero resulta necesario explicitarlo por las particulares características del segundo consentimiento informado de septiembre de 2009. El primer tramo de este consentimiento informado consistió en hacerle suscribir a la paciente que los ?resultados no deseados de la cirugía? lo fueron porque H. desplegó cierta conducta después de esa operación. La lectura cándida de esta afirmación revela que se ha hecho caer sobre la paciente toda la responsabilidad por los ?resultados no deseados? de la primera cirugía con la consiguiente liberación que esa afirmación supone respecto de la prestación médica que había asumido el Dr. S. quien sostiene desde el comienzo la teoría de la obligación de resultado. Se entendería así que

todos los resultados no deseados lo fueron por cierto tipo de conducta de la paciente y ninguno de ellos por la del médico hasta el momento de la firma de ese segundo consentimiento informado. La paciente ¿acepta? incluso una eventual deficiente prestación médica respecto de la primera intervención porque los resultados no deseados se atribuyen causalmente a su deficiente conducta individual. Una conducta (la de la paciente) claramente excluye a la otra (la del médico en la primera operación). Se borran los eventuales defectos del arte de curar en tanto no se los considera, aunque hayan existido, como causa adecuada de los resultados inconvenientes derivados del incumplimiento de ciertas pautas y del aumento de peso. Un consentimiento suscripto bajo estas condiciones supone lisa y llanamente la liberación de la responsabilidad del médico por parte de la paciente en cuanto a la conducta previa del galeno. La pretensión de liberación que pueda edificarse sobre ese texto es claramente inaceptable. Los pacientes normalmente no saben cuáles son las causas de los resultados no deseados; y muchas veces los peritos o los jueces no pueden siquiera determinar la etiología de ciertos estados en el difícil campo de la praxis médica. Ningún conocimiento pudo tener en ese momento la paciente acerca de la relación causa-efecto entre las ¿pautas? y su aumento de peso con los resultados frustrados de la primera operación. Debe tenerse en cuenta que la declaración de septiembre de 2009 no quedó limitada a la descripción por la actora de su disconformidad a la referencia entre los eventuales resultados deseados antes de la primera intervención y los resultados que pudo contemplar después de esa cirugía. Un criterio analítico en el estricto sentido de la palabra revela que lo suscripto contiene a la vez tanto una manifestación de aceptación de la propia paciente sobre resultados distintos a los esperados como una referencia a la causa de esa situación que inequívocamente se ubica sobre su propia conducta. Se acepta implícitamente que no hay responsabilidad del médico y se admite explícitamente que la culpa es de la paciente (art. 1111 del Código Civil) descartándose, además, indirectamente un supuesto de caso fortuito. No hay en realidad información dada por el facultativo sino asunción de una disconformidad con lo esperado y una liberación de responsabilidad por esa situación posterior a la primera cirugía que acepta la paciente por el abandono de ciertas pautas que se le habrían indicado en el curso del tratamiento médico. Pero el punto no queda solamente dentro de lo descriptivo o de las posibilidades de comprensión de la actora sobre su conducta. La situación reviste mayor gravedad en lo concreto y no solo en lo abstracto porque se desconocen cuáles habrían sido las ¿pautas? dadas a la paciente después de la primera intervención que H. supuestamente habría incumplido durante el mencionado lapso. Y se las desconoce porque ha sido imposible acceder al contenido de la historia clínica por su falta de completitud y su ilegibilidad a lo que se añade que el Dr. S. jamás solicitó a los peritos que explicaran cuáles habrían sido las instrucciones dadas a H. después de la primera intervención de junio de 2009. La conducta del paciente es trascendente para el logro de la eficacia del tratamiento médico (conf. esta Sala en c. 491376 del 22/11/2007 y C. N. Civ. Sala J, en c. 090617 del 15/12/1992). De modo que debe seguir el tratamiento que le da el facultativo, y si no lo hace, incurre en un incumplimiento que excluirá la responsabilidad del galeno (ver CNCiv., Sala G con fundado voto de la Dra. Areán en c. ¿T., S.A. c. Sotomayor Appiani, Erdulfo y otros? del 21-11-08, LL 2009-A, 607). No obstante, en los casos de voluntariedad disminuida por hábitos que son de conocimiento del médico, éste debe indicar un tratamiento para los mismos. Resulta relevante que el médico ordene el tratamiento y complementariamente notifique al enfermo que debe atenderse además por el hábito, efectuando la derivación al profesional con aptitud para tratarlo de esa dolencia (conf. Lorenzetti, Rubinzal Culzoni, Responsabilidad civil de los médicos, t. II, págs. 262/3). Desde esta perspectiva el examen de la conducta de la paciente podría haber llevado a que se considerara esta como causa o concausa de los resultados no esperados en los diversos tratamientos a los cuales fue sometida. Pero ni siquiera cuando se examina la cuestión desde esta perspectiva es posible considerar el contenido del consentimiento informado como relevante. Sobre este punto la cuestión del aumento de peso merece un párrafo aparte. El Dr. S. hizo que H. dejara constancia que los resultados no deseados obedecían a su aumento de peso desde la primera operación hasta la firma del consentimiento informado. Ni siquiera este punto de tan sencilla comprobación puede tenerse por objetivamente verificado. Ocurre que el Dr. S. no indicó el índice de Masa Corporal de H. ya que, como se dice en el peritaje del Dr. O., los valores de la masa corporal de la actora no se incluyen en la historia clínica de la paciente (ver fs. 399, pto. 5). El consentimiento informado falla desde su base en tanto su firma implica una liberación de responsabilidad de la conducta previa a la segunda operación por una conducta desplegada por el mismo Dr. S. tanto en la primera operación como en el lapso del postoperatorio. No creo que sea esta una conducta deontológicamente aceptable en el marco de las relaciones entre médico y paciente. Tal documento es la declaración de voluntad emitida por un paciente a través de la cual éste presta su conformidad para someterse a un determinado tratamiento o intervención quirúrgica, debiendo ser previamente informado por el médico respecto a todas las alternativas posibles con las que cuenta, así como de los eventuales riesgos y posibilidades de éxito que posee la práctica médica a la cual será sometido (Calvo Costa, Carlos Alberto, ¿Responsabilidad civil de los médicos?, Revista Responsabilidad Civil y Seguros, Año VI, n°4, mayo 2004, pág. 39). Desde luego que en un contexto amplio el médico debe comunicarle al paciente las razones de la intervención que habrá de seguir indicándole, en su caso, eventualmente si esta se ha originado en alguna conducta previa de aquél que operó como causa del efecto que se pretende reparar. Pero en principio resulta inaceptable que en el interludio entre dos

intervenciones se le diga al paciente que los resultados no esperados de la primera obedecen exclusivamente a su conducta. Y digo en principio porque puede ocurrir que al paciente se le explique con sustento científico que su comportamiento es el que ha producido los resultados no esperados independientemente la conducta del galeno. De todos modos aunque se acepte esta clase de consentimiento informado no cabe soslayar que el instrumento suscripto en septiembre de 2009 carece de ese sustento científico en las circunstancias concretas en que se desarrolló la prestación médica del Dr. S. hasta ese momento. Se desconoce cuáles habrían sido las "pautas" que habría dado dicho facultativo con anterioridad con lo cual también se ignora si la actora fue debidamente informada de una conducta exigible médicamente antes de la firma del segundo consentimiento informado. Y en lo que hace al aumento de peso se desconoce realmente siquiera si este ocurrió realmente o si fue de tal entidad que pudo haber provocado los "resultados no deseados". La falta de diligencia del médico interviniente que no anotó en la historia clínica el índice de masa corporal de la paciente H. impide siquiera examinar la justificación que se dio en el segundo consentimiento informado respecto de ese tipo de resultados. Por más que se acepte el contenido del consentimiento informado de septiembre de 2009 se podrá ver que la información dada era defectuosa en tanto no basada en datos objetivos en cuanto a la diferencia de peso al momento de la primera operación y al momento previo a la segunda operación. Al mismo tiempo el consentimiento informado fue elaborado por el Dr. S. con el objeto de crear una doble liberación a la vez retrospectiva y prospectiva. Lo era retrospectiva en tanto los resultados no deseados se debían entender derivados de las erróneas pautas de conducta. Y prospectiva a fin de que quedara claro que la segunda operación que habría de realizar obedecía no a las faltas del galeno sino a los defectos de comportamiento de la propia paciente. Cabe advertir, por otra parte, que la aceptación del contenido del segundo consentimiento informado pondría al Dr. S. en una curiosa situación respecto de la posición asumida en este pleito en cuanto a la defensa basada en las complicaciones propias de estos actos quirúrgicos. Ocurre que a estar al consentimiento informado el resultado no conseguido en la primera operación se habría debido a la inconducta desplegada por la paciente y no a situaciones imposibles de prever como consecuencias del primer acto quirúrgico mismo. El contenido del consentimiento informado en lo que hace a esta conducta aceptada por la demandante resulta, en definitiva, insustancial porque ninguno de los peritos concluyó que hubiera existido una relación causal entre el incumplimiento de ciertas pautas, jamás definidas en la historia clínica, y el aumento de peso con el estado físico de la paciente después de las dos intervenciones. Aclarado el alcance que debe darse al segundo consentimiento informado de septiembre de 2009 queda subsistente lo comunicado por el Dr. S. a la paciente en el primer consentimiento informado de junio de 2009. La actora sabía concretamente que sus graves problemas de orden estético no necesariamente habrían de ser solucionados con una única intervención quirúrgica. Es más, tanto se tuvo en cuenta esa situación que se le indicó a la paciente que los costes correrían, de darse ese caso, a su cargo, lo cual no significa, como queda dicho, que se exculpara previamente mediante ese primer documento o retrospectivamente con el segundo la hipotética errónea conducta del médico interviniente.

b.Obligación de medios. Cuestiona el recurrente que se haya establecido en la sentencia que la obligación asumida por el facultativo era de resultado cuando se trataba de una obligación contractual que es, en principio de medio, ya que, salvo algunos supuestos marginales, el médico no está obligado al restablecimiento de la salud sino solamente a procurarla aplicando todos sus conocimientos. La realidad es que el facultativo en su misma queja respalda la posición asumida por la jueza en torno al tan delicado tema de las cirugías estéticas. Sobre este punto ha tenido oportunidad de expedirse el Dr. Calatayud en un caso similar vinculado a una mala praxis en cirugía plástica mamaria (ver c. "L. M. C. c. D. M. M. y otro s/daños y perjuicios" del 18-3-13). Dijo allí que esta Sala ha tenido oportunidad de expedirse acerca de la naturaleza de este tipo de cirugías en la causa fallada el 20 de septiembre de 1985, en autos "Páez de Tezanos Pinto Ana M. c/ Otermín Aguirre Julio" (ver L.L. 1986-A-467), el Dr. Dupuis -vocal preopinante-, después de señalar que no era materia de controversia la naturaleza jurídica contractual existente entre el paciente y el profesional médico, y que ése era, por lo demás, el criterio aceptado en la actualidad por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia, expresamente manifestó: "Desde otro ángulo, si bien se ha considerado por lo general que la obligación asumida por el médico no es de "resultado" (sanar al enfermo), sino de "medios", o sea emplear toda su diligencia y prudencia a fin de lograr su curación, la que no puede asegurar, se hace excepción de algunos supuestos particulares, entre los que se cuenta la "cirugía estética", en los cuales la obligación se considera de "resultado", puesto que de no prometerse un resultado feliz al paciente, éste no se sometería al tratamiento u operación (conf. Trigo Represas, obra cit. [Responsabilidad civil de los profesionales], ps. 81/82; Alterini Jorge H., Obligación de resultado y de medios, Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XX p. 706, n° 11; Alterini, Ameal y López Cabana, Curso de obligaciones, t. II p. 492, n° 1863; Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, p. 352; ídem, Responsabilidad civil del médico, p. 134; Bustamante Alsina J., Teoría general de la responsabilidad civil, n° 1436, p. 407; Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, p. 373, ap. n° 89; CNCiv. Sala "C", L. 276.860 del 24-8-82, in re: "Vega Néstor G.c/ Sanatorio Alberti y otros s/ Daños y perjuicios")". Agregó que es decir, cuando se está en presencia de una cirugía estética estrictamente "plástica", en aquellas hipótesis de operaciones de tipo cosmético, que únicamente tienden a embellecer al paciente -como en la especie - y no de las que podrían considerarse

"reparadoras", debe aplicarse dicho principio, puesto que a las segundas debe considerárselas comprendidas dentro de las obligaciones de "medios" (ver CNCiv. esta Sala, voto del Dr. Calatayud en causa 237.622 del 3-4-98). Al haberse, entonces, prometido un resultado, existe un desplazamiento de la carga de la prueba, ya que, ante el incumplimiento del opus propuesto y las secuelas post-operatorias en el cuerpo de la paciente, correspondía al cirujano demandado acreditar su falta de culpa (ver voto del Dr. Dupuis y fallo de la Sala "C", recién citados), cosa que -me adelanto a señalar- no ha logrado demostrar. Este criterio fue reiterado en otros precedentes de este mismo Tribunal (ver mis votos en causas 277.730 del 21-10-99 y 604.723 del 25-10-12, entre otros). Empero, incluso aunque no se compartiera este punto de vista y se considerara que la obligación asumida por el demandado era simplemente de "medios", lo cierto es que el resultado final acerca de este tópico no podría variar, toda vez que, además de que el Dr. S. no acreditó -como la Sala exige- su falta de culpa, precisamente se encuentra debidamente demostrado que actuó en la emergencia con mala praxis médica.

c. La praxis del médico. El tercer agravio del Dr. S. se refiere a las consideraciones efectuadas en la sentencia en relación a la prestación médica desarrollada que estima inadecuada al no haber considerado que la presencia de complicaciones es una consecuencia propia de este tipo de operaciones. La jueza de grado estimó, luego de reseñar los dictámenes médicos que el facultativo no desarrolló una adecuada técnica al tratar a la paciente. Señaló que la cicatriz aceptable para una operación es de 7 cm cuando la constatada en el cuerpo de H. es de 10 cm que se encuentra, según dijo, por fuera de los cánones de belleza aceptables. Las fotografías aportadas en autos por la actora, según se afirmó en la sentencia, exponen que luego de las observaciones se visualiza que aun así con corpiño se asoma la areola-pezón. Se afirmó a continuación que es que el CAP está elevado por fuera del estándar normal ya que los peritos indicaron que los determinados en el cuerpo de la actora miden 15/16 cm mientras que lo aceptable oscila entre 19 y 21 cm. Concluye así la magistrada que las medidas muestran aritméticamente que la actora no quedó dentro de los parámetros normales estéticos lo cual, según puntualiza, es una obviedad puesto que el propio cirujano reconoció este hecho, volvió a intervenirla e inclusive a ofrecerle una tercera intervención para arreglar la elevación de los pezones.

Todo esto se estima en el fallo que no le permite a la actora usar remeras escotadas, trajes de baño ni siquiera ropa interior porque se ven sus pezones umbilicados con una cicatrización en apariencia hacia adentro y uno de ellos más elevado que el otro. A lo expuesto se suma que H. presenta además flancos visiblemente amorfos en su cintura que le permiten decir a la jueza que ¿ella se veía estéticamente mejor antes de ser operada lo que se desprende de las fotografías de fs. 94/95 vs.?. El Dr. S. sostiene que de la prueba producida resulta que la segunda intervención lo fue por corrección de cicatriz suprapúbica y submamaria, que la aparición de cicatrices queloides con crecimiento redundante en la cicatriz es frecuente, que la causa de formación serosa o bultos en el abdomen como la de autos responde a algo habitual de dicha práctica, que es posible que tras una dermolipectomía se produzca ¿orejuelas de perro? y que también pueden ocurrir asimetría de mamas, cicatrices extensas, retracción del pezón o mal posición de la areola pezón. Agrega que es posible que sea necesario efectuar cirugías complementarias a los eventuales ¿resultados disvaliosos?, que la presencia de retracciones en una cirugía mamaria puede obedecer al modo individual de reparación tisular que es característico de cada individuo luego de un acto operatorio y que al momento de la revisación por parte del perito de autos se refirió a que la actora evidenciaba mejoría como condición natural en la evolución postoperatoria. El tercer agravio del Dr. S. se centra en la crítica de un sector muy restringido dentro del campo de conductas examinado en la sentencia de primera instancia. En efecto, señaló el recurrente que en el fallo se entendió erróneamente que las operaciones no fueron fructíferas debido a que H. quedó con orejuela de perro. Esta propia limitación queda evidenciada también al exponer sus conclusiones sobre el punto para señalar que las ¿orejuelas de perro? son complicaciones habituales por la manipulación de los tejidos en este tipo de intervención con lo cual es posible que sea necesaria una cirugía complementaria. El problema de la expresión de agravios del Dr. S. no se halla en lo que expone en este circunscripto ámbito sino, en realidad, en todo aquello que soslaya para construir una exposición que dé cierto grado de plausibilidad a su queja. Tal método de exposición del memorial le permite centrarse en la teoría de las ¿complicaciones? según la cual la actora podría haber esperado que se produjera el resultado constatado por los peritos intervinientes. En este sentido señala, por ejemplo, que aun midiendo y marcando correctamente la ubicación del futuro complejo areola pezón en el acto operatorio, en modo alguno podía garantizar que la distancia de dicho complejo hasta el surco submamario no se desplazara hacia arriba en el transcurso de los meses postoperatorios. La situación de la paciente se presenta así en el memorial como una consecuencia posible de esa clase de intervenciones que la paciente conocía por los consentimientos informados suscriptos con anterioridad a cada una de ellas. Se trataría de complicaciones propias de estos tratamientos que se presentan aun con la mayor rigurosidad en la prestación del servicio por el médico interviniente las cuales, además, son susceptibles de ser reparadas mediante nuevas intervenciones en el cuerpo de la paciente. Corresponde examinar la cuestión considerando que en juicios como los de autos, es reiterada la jurisprudencia que otorga a la pericia médica un rol relevante para la solución, sujeta a valoración según las reglas de la sana crítica (conf. esta Sala, en causa ?M., A. P. c. L., R. G. y otro s/daños y perjuicios? del 19-11-09 y doctr. fallo C.Nac. Civ. y Com. Fed, Sala 2a, 25/9/2001 publ. en J.A. 2003-I-síntesis; y c. 219/91 del 22/10/1996 y fallos allí citados). Sobre este punto ha

de considerarse que en la sentencia se hizo hincapié en los defectos de la historia clínica del Dr. S. Se ha dicho que en el supuesto de estar mal confeccionada la historia clínica o con anotaciones que no se condicen con la realidad, debe interpretarse como prueba presuncional, *iuris tantum*, en contra del profesional. En el caso de inexactitudes ellas constituyen graves infracciones al deber general de los médicos, en tanto deben ser bien redactadas, completas y exactas, aunque no provocan automáticamente la responsabilidad del profesional, sino que generan una presunción en contra, que los mismos tienen a su cargo desvirtuar (ver Urrutia, Amílcar, Responsabilidad por mala praxis quirúrgica, Hammurabí, págs. 302/3). En este sentido he señalado en la causa 539.387 -del 25-3-10- que las irregularidades comprobadas en las historias clínicas deben computarse en contra del servidor de la prestación médica. La CSJN ha precisado que la constancia documental que emana de la historia clínica es una prueba sustancial en casos de mala praxis médica, que la convierte en un instrumento de decisiva relevancia para la solución del litigio, pues permite observar la evolución médica del paciente y coopera para establecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y el daño (Conf. CSJN, 04/09/2001, LL, 2002-A, 731). Y es jurisprudencia de esta Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil que omitir asientos en la historia clínica origina presunciones *hominis* desfavorables al médico demandado por mala praxis, a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarlas, prueba que debe ser apreciada con criterio riguroso" (ver Sala F, "A., M. S. F. c/ Clínica Sussaut S.R.L. y otros", 15/11/04, DJ 2005-1-804 y además, CNCiv., Sala A, ?A., N.A. c/ B., A. y otro s/ Daños y Perjuicios?, del 9-1-12; íd., Sala D, ?J. M. c/ Empresa Líneas Marítimas Elma S.A. y otro s/ daños y perjuicios? del 1-9-07; íd., Sala F; ?Saladino, María José c/Van Thienen Carlos? s/daños y perjuicios? del 6-7-18; íd., Sala I, ?C.; M.A. y otro c. B. W. y otros? del 10-8-00; LL 2001-A-175; íd., Sala K, ?G., G. M. c/ Hospital Materno Infantil Ramón Sardá y otros sobre Daños y perjuicios. Ordinario?, del 1-4-15; íd., Sala M; ?D. C., JU. C. A., M. L. y otros? del 20-4-16). Empero, las omisiones de la historia clínica no autorizan a concluir que no se practicaron las medidas que las reglas del arte exigían de manera que resulta inadmisibles imputar un actuar negligente por esa sola razón de la historia clínica incompleta (CNCiv, Sala E, 26/8/87, JA 1988-II-329; id. Sala H, 30-11-06 en autos ?O., M. C. c. Ciudad de Buenos Aires y otros?). Es verdad que la Corte Suprema de Justicia ha admitido que el carácter incompleto y por tanto irregular de una historia clínica, constituye presunción en contra de una pretensión eximitoria de la responsabilidad médica, pues de otro modo el damnificado por un proceder médico carecería de la documentación necesaria para concurrir al proceso en igualdad de posibilidades probatorias (Fallos: 324:2689). Se trata, sin embargo, de una presunción judicial (ver CNCiv, Sala D, voto del Dr. Bueres del 9-8-89, LL 1990-E, 416) que impone a los demandados la prueba de su falta de culpa (CNCiv, Sala D, también voto del Dr. Bueres del 24-5-90, LL 1991-D, 469). En resumen, los defectos de la historia clínica juegan en perjuicio del médico, aunque no necesariamente la presunción configurada a partir de esa situación fáctica juega en contra en todos los casos del facultativo con lo cual se impone considerar en detalle la prueba pericial médica producida en la causa. El perito médico Dr. O. dijo que la técnica aplicada respecto de la paciente era Dermolipectomía y Mastopexia. El parte quirúrgico dice Dermolipectomía ?y no figura horario? (ver fs. 395, pto. 4). Las complicaciones y qué tratamientos post operatorios fueron efectuados no pudieron ser respondidos porque ?la ilegibilidad de la letra hace imposible una correcta interpretación de los actos relatados? (ver fs. 396, pto. 9). Tampoco fue posible determinar si el tiempo de recuperación fue el habitual en el caso y si el relato de los hechos guarda adecuada verosimilitud con las constancias de la historia clínica por la misma imposibilidad (ver fs. 396, ptos. 10 y 11). Preguntado el perito si a su criterio la historia clínica y el parte quirúrgico son completos, minuciosos y están constituidos según *lex artis* contestó que no (ver fs. 396, pto. 16). La falta de registro de otros datos adquiere mayor relevancia cuando se los considera a la luz del texto de los consentimientos informados. Preguntado que fue el perito médico por Federación acerca del índice de masa corporal que la actora presenta al momento del examen el perito dijo que ?se desconoce la masa corporal de la actora al momento del examen de ingreso al Sanatorio, ya que dichos valores no se incluyen en la historia clínica incluida en el expediente? (ver fs. 399, pto. 5). Inquirido por la misma parte acerca de si en el mismo acto quirúrgico también fue corregida la ptosis mamaria el perito dijo que era ?imposible de afirmar ya que no coinciden los datos de los títulos escritos en los protocolos de anestesia y cirugía? (ver fs. 399, pto. 8). Los pasos técnicos y fundamentos del procedimiento quirúrgico llevados a cabo por el Dr. S. ?no se encuentran detallados claramente, ni completos? (ver fs. 399, pto. 9). El demandado S. destaca que las complicaciones son situaciones propias de este tipo de operaciones. El perito médico fue interrogado por Federación Patronal Seguros acerca de si del análisis de la documentación surge información sobre la existencia de complicaciones y en caso de que su respuesta hubiese sido afirmativa detalle las mismas e indicase si serían las contempladas por la bibliografía médica. El perito responde lacónicamente que ?no se entiende la letra? (ver fs. 400, pto. 17). Ante la pregunta efectuada por TPC Compañía de Seguros acerca de si es posible ?a título de complicación que tras una dermolipectomía se produzcan serosas a nivel de la herida, cicatrices viciosas y/o ?orejuelas de perro? aun poniendo el cirujano todo el celo de la ciencia para prevenir su aparición? respondió el Dr. O. que ?sí? (ver fs. 403, pto. 7). Sobre este punto de la cuestión no dejo de advertir que en ocasiones el anormal proceso de cicatrización como consecuencia de una intervención quirúrgica puede entenderse como un hecho fortuito de la víctima que rompe el nexo adecuado de causalidad, y

que de ningún modo puede ser imputable al médico (CNCiv, Sala A, ?C., C F. c. F., A. M. s/daños y perjuicios? del 5-6-14). Ambos expertos han concordado en que H. padece de una incapacidad estética permanente en este sentido que nunca ha sido atribuido a un supuesto excepcional que configure un casus y cuya etiología, agrego por mi parte, resulta difícil de elucidar también ante las deficiencias de la historia clínica. Véase en este sentido que el Dr. O. no pudo analizar la documentación para la determinación de la existencia de complicaciones porque, según dijo, ?no se entiende la letra? (ver fs. 400, pto. 17). La ausencia o falta de completitud de una historia clínica coloca al profesional en condición procesal desfavorable. Y alguna influencia tiene también a la hora de acreditar la vinculación entre el resultado dañoso y el accionar de aquél a quien se pretende exigir la reparación del perjuicio sufrido (CNCiv., Sala B, ?Chiodetti, Nora y otro c. Amsa S.A. y otros? del 6-2-09 pub. en La Ley Online AR/JUR/9141/2009). En resumen, se trata en el sub examine de una cuestión dudosa la cual se resuelve según el criterio antes expuesto ya que ante las deficiencias de la historia clínica no resulta posible determinar si estas cicatrices viciosas se han debido a una conducta desplegada por el médico cuyo alcance no es posible precisar justamente por esos defectos de elaboración atribuibles al mismo demandado. En cuanto a la conducta del Dr. S. expuso el Dr. O. al responder las impugnaciones de pericial de la actora que ?los resultados de la cirugía observados en el cuerpo de la actora fueron incorrectos. Los medios para alcanzar los resultados no quedan claramente determinados en la historia clínica...? (ver fs. 476 pto. p). La perita médica Dra. L. llega a similares conclusiones en el informe de fs. 570/571. Así dice que no hay constancia de complicaciones en la historia clínica (fs. 570 vta. pto. 5) que no se pueden leer las constancias de la historia clínica (fs. 570 vta., pto. 9), que no se puede correlacionar la ficha de la historia clínica y que no se entiende la letra del profesional (ver fs. 570 vta., pto. 10) y que no constan en la historia clínica las indicaciones preoperatorias en relación a las técnicas a emplear (ver fs. 571 pto. 10). Se ve, pues, que la teoría de las complicaciones habituales podría haber sido eventualmente examinada si hubiera existido una historia clínica ajustada a los métodos de la medicina moderna dando cuenta de las condiciones reales de la paciente antes de las operaciones, de los fundamentos y de las técnicas a utilizar, del detalle concreto de las complicaciones eventualmente constatadas y de los tratamientos pre y post operatorios. No es siquiera posible determinar si los resultados de las cirugías fueron incorrectos precisamente porque los medios empleados por el Dr. S. no quedaron claramente determinados en la historia clínica. Tal tipo de historia clínica que permitiera determinar que los resultados obedecieron a complicaciones que se presentan incluso con una técnica quirúrgica correctamente desplegada no existe en el caso de autos; y ello es lo que se busca soslayar en la expresión de agravios que no se hace cargo del examen efectuado en la sentencia sobre tales debilidades. La perita médica Dra. L. ha dado en las consideraciones médico legales de fs. 569/570 una explicación asequible de la situación física previa de la actora, de las medidas adoptadas para intentar la superación de ese estado y de la conducta desplegada por el Dr. S. en el curso del tratamiento examinado en esta causa. H. tenía una ptosis mamaria que es una alteración estética que sufre la glándula mamaria y que conlleva un descenso de la mama por debajo del pliegue inframamario. Desde el punto de vista estético, la ubicación normal del complejo areola-pezones (CAP) está determinada por la distancia entre la fosa supraesternal y el pezón cuyos valores oscilan entre 19 a 21 cm en posición de pie. La ptosis mamaria se produce como consecuencia de fenómenos fisiológicos como el envejecimiento y la gestación o bien secundaria a procesos patológicos como la hipertrofia mamaria, hiperplasia mamaria y la obesidad. La mastopexia -operación realizada a la actora- tiene como objetivo reposicionar el complejo areola-pezones que ha descendido por disminución de la capacidad elástica de los tejidos y remodelar la mama remanente reestructurando el tejido glandular y resecaando el excedente cutáneo secundario. La perita médica fue precisa en puntualizar que la mastopexia, a diferencia de la reducción, tiene una ?connotación puramente estética lo que hace que el tema de la extensión y calidad de las cicatrices sea primordial?. La dermolipectomía abdominal es una cirugía plástica de abdomen y la técnica más frecuentemente empleada es aquella que deja una cicatriz transversa inferior a nivel de la región suprapúbica (abdominoplastia clásica) cuyas posibles complicaciones son hematoma, seroma, infección, dehiscencia, sufrimiento cutáneo y necrosis, malposición umbilical y lesión nerviosa. El resultado de tales operaciones se expone con texto y fotografías a fs. 568/vta. La experta indica que es evidente en las imágenes que ?la cicatriz vertical de ambas mamas que tiene 13 cm de longitud la izquierda la derecha y 14 cm con un ancho de 1,3 cm?. Agrega que ?en ambos extremos de las cicatrices horizontales se encuentran deformidades? y que ?en abdomen se evidencia amplia cicatriz horizontal de 43 cm de longitud?. Los resultados de las intervenciones del Dr. S. en el cuerpo de H. pueden clasificarse en tres tipos distintos a la luz del informe de la perita médica. El primero se relaciona con las cicatrices en ambas mamas, el segundo es la presencia de una extensa cicatriz horizontal y el tercero consiste en la ubicación del CAP que no se condice con las pautas estéticas vigentes. Los dos primeros tipos de efectos se produjeron, obviamente, por causa de la actividad del Dr. S. La tercera consecuencia es de más difícil elucidación, aunque debe tenerse en cuenta que resulta claro que en caso de haber existido previamente no fue solucionada con las dos intervenciones quirúrgicas del año 2009. De todos modos, la perita médica explica que las asimetrías se verifican en las fotografías efectuadas en el expediente (ver fs. 604, pto. 6.) y particularmente hizo hincapié en la cuestión estética que debe enfrentar la actora respecto a la ubicación actual de sus pezones (fs.

604 vta. pto. 8). El Dr. S. elabora en la expresión de agravios un relato según el cual las consecuencias, que no describe con precisión en dicho escrito, se habrían producido como resultados posibles de las cirugías que habrían hecho necesario una nueva intervención como se le había indicado a la paciente. Se trataría de ?complicaciones? -como las denomina en uso de un término técnico médico- que es de esperar en este tipo de cirugías. Es posible que a título de complicaciones se produzcan cierto tipo de consecuencias como respondió el perito médico Dr. O. a fs. 403 pto. 7. Pero esta es una respuesta genérica a una pregunta genérica porque ni siquiera es posible determinar que ello haya ocurrido por más que el cirujano haya puesto todo el celo de la ciencia para prevenir su aparición. Y lo mismo para el punto siguiente donde se dice que aunque se hubieran efectuado las mediciones y marcaciones de rigor pueden producirse asimetrías en las ramas. El problema central en este proceso es que casi nada se sabe de las medidas y marcaciones que pudieron haberse adoptado y ni siquiera de las ?complicaciones? porque ninguno de estos datos fue insertado con precisión en la historia clínica la cual, según se destacó en el peritaje no cumple con recaudos mínimos en afirmación no cuestionada en la expresión de agravios bajo análisis. En cuanto al tema de las cicatrices la aseguradora TPC preguntó al perito acerca si de acuerdo a lo dicho por el Dr. S. en su contestación a la demanda es posible que tras una mastoplastia de reducción la cicatriz vertical resultante desde el complejo areola pezón hasta el surco submamario duplique su longitud hasta el doble de la original por los procesos intrínsecos de cicatrización propios de cada paciente. El experto respondió que no (ver fs. 404 pto. 12). Se ve así que la extensión de las cicatrices -inaceptables a la luz del examen realizado por la Dra. L.- no pudo haberse producido por una complicación, si se la quiere llamar así, de la mastoplastia o por un proceso intrínseco propio de esta paciente. La causa de ese efecto es la intervención del Dr. S. sin que se hayan dado explicaciones al responder la demanda y al plantear esta expresión de agravios en torno a las razones de esa irregularidad en el cuerpo de la paciente en dos cicatrices de 13 y 14 cm de longitud. Queda acreditado, por consiguiente, que la actora padece de la retracción de un solo complejo areola pezón (derecho) y que los dos complejos areola pezón están ubicados anatómicamente más arriba del canon estético habitual (ver informe del Dr. O., fs. 471, pto. II), que existen cicatrices en las mamas de una extensión superior a las previsibles en este tipo de casos y que se produjeron deformidades en el abdomen que no se superaron en las dos intervenciones o en los tratamientos desplegados por el Dr. S. Se ha probado, entonces, que la actividad del galeno en su intervención sobre el cuerpo de la paciente produjo consecuencias no deseadas como las descritas por la Dra. L. Son problemas estéticos actuales (ver fs. 571 pto. 24) que no pudo solucionar el Dr. S. con lo cual se requiere en el futuro una nueva cirugía plástica para superar los problemas estéticos actuales. Se necesitaría una nueva intervención de mamas para la correcta colocación del CAP y una nueva plástica de abdomen para corregir asimismo la cicatriz y las deformaciones del abdomen (ver dictamen de la Dra. L., fs. 570 vta., pto. 17). Este tercer conjunto de intervenciones son consecuencia de los dos primeros conjuntos de cirugías efectuadas por el Dr. S. al no haber quedado correctamente ubicado el CAP ni superadas las dificultades las cicatrices y alteraciones estéticas importantes de la paciente (ver dictamen de la Dra. L., fs. 569 pto. III). Las complicaciones que teóricamente se producen en este tipo de operaciones podrían eventualmente aceptarse de haberse conocido el despliegue por parte del Dr. S. de las técnicas aceptables al nivel de la comunidad médica al tiempo en que se desarrollaron las intervenciones. Ahora bien, las circunstancias concretas de la intervención se desconocen realmente en su integralidad a la luz de los dictámenes presentados por los Dres. O. y L. Los defectos en la historia clínica -cuya lectura sistemática no ha podido ser realizada por dificultades de legibilidad- y la ausencia de datos básicos tales como la medida de masa corporal, la indicación de los fundamentos y técnicas utilizadas, las explicaciones necesarias por las cuales se produjo la redundancia de tejido abdominal como consecuencia de las operaciones impiden que pueda tenerse por cierto que la situación actual de la paciente se deba a simples ?complicaciones? que la actora debió haber esperado y que le fueron claramente explicadas en los consentimientos informados. Por las razones expuestas sugiero que se confirme la responsabilidad del Dr. S. por los daños sufridos por la paciente H. como consecuencia de su intervención profesional. III. Defensa de la aseguradora TPC. TPC Compañía de Seguros señala que la actora pidió su citación en garantía en dos ocasiones ?en los términos de la ley 17.418? pese a lo cual la jueza de grado, violando el principio de congruencia, falló extra petita al haber declarado la nulidad de las cláusulas del contrato de seguro que vinculaba a la apelante con la demandada Fundación Científica de Vicente López que establecían el monto de la suma asegurada y la franquicia a cargo del asegurado. Aduce con sustento en el fallo ?Flores, Lorena R. c/ Giménez Marcelino O. s/ daños y perjuicios? de la CSJN que los límites del seguro son oponibles al damnificado en el seguro de responsabilidad civil. Cuestiona, además, que se haya expresado en la sentencia que corresponde la declaración de la nulidad de la cláusula ?en aquellos supuestos en los que los contratos de seguro son obligatorios? cuando no existe norma alguna que imponga la obligación a los sanatorios y clínicas de contratar un seguro de responsabilidad civil. Plantea la recurrente en subsidio que no se hayan tenido en cuenta las hipótesis de exclusión de cobertura establecidas en el contrato de seguro en las condiciones generales del seguro de responsabilidad profesional médica. Tales exclusiones se refieren a los daños causados directa o indirectamente en caso de la cirugía plástica practicada en el establecimiento asegurado o por acto médico realizado con el objeto de producir la pérdida de peso o embellecimiento estético

mediante liposucción, lipoescultura o mediante receta de medicamentos que contengan barbitúricos, sus componentes y/o derivados. Alega con la transcripción de las cláusulas respectivas -que cita como j) y v)- que el reclamo de la actora fundado en el daño estético y su disconformidad con el resultado obtenido no cuentan con la cobertura del contrato de seguro. No ha mencionado la magistrada de primera instancia norma alguna que a la fecha de los actos quirúrgicos impusiera al facultativo interviniente la contratación de un seguro de responsabilidad civil por los actos eventualmente lesivos originados como consecuencia de las prestaciones médicas asumidas. De este modo la invalidez se ha sustentado en el supuesto incumplimiento por parte de la aseguradora de una norma no consignada en el fallo con lo cual corresponde admitir, en este tramo, la queja de la empresa apelante.

La resolución de las dos cuestiones pendientes en esta materia queda subordinada, con carácter previo, al estudio de los planteos expuestos por la actora quien se ha quejado en ambas instancias respecto de la conducta desplegada por TPC en la presentación de la documentación en este proceso. La aseguradora opuso excepción de falta de legitimación pasiva y acompañó documental al contestar la citación en garantía con el escrito de fs. 83/88. El entonces juez interviniente dispuso en la providencia de fs. 89 correr traslado de la documental acompañada y de la excepción planteada cuya notificación se ordenó por cédula. La actora manifestó con el escrito de fs. 156 que las copias de traslado de la contestación de TPC cuyos originales obran a fs. 57/88 se encontraban incompletas justamente en lo que hace a la documentación acompañada. Solicitó en dicha presentación que se intimara a la aseguradora a cumplir con el art. 120 del Código Procesal. El juez dispuso a fs. 157 intimar a TPC a acompañar copia de la documentación acompañada bajo apercibimiento de tenerla por no presentada. A fs. 186 la aseguradora adjuntó ?copia íntegra? de la póliza 22761 a lo que el juez dispuso a fs. 187 que se corriera traslado de la documental adjuntada mediante notificación por cédula. La actora se notificó personalmente a fs. 189/190 respecto del traslado conferido en el auto de fs. 187 de la documentación acompañada exponiendo que no solo no se adjuntan las copias de fs. 62/66, 70/72 y 74/82 sino que TPC agrega nueva prueba instrumental que no se corresponde fielmente en cuanto a la forma ni contenido con la documental aportada al contestar la citación en garantía. Con dicha presentación se tuvo por contestado el traslado conferido mediante la providencia de fs. 187. La letrada autorizada por el actor retiró a fs. 194 vta. todas las copias de la documentación acompañada por la citada en garantía debiendo tenerse en cuenta que consisten en los Anexos y/o cláusulas detalladas en la póliza de fs. 60 como ?A1 CG1 C 15 900?. De todo lo expuesto resulta, en definitiva, que la actora tuvo acceso a las copias de toda la documentación anexada a la póliza emitida por la aseguradora TPC a favor de la demandada vencida Fundación Científica Vicente López. Queda entonces por examinar el texto de las exclusiones a la cobertura para verificar si resulta admisible la defensa principal opuesta por la aseguradora. La Cláusula A 1 dice al respecto que TPC no cubrirá los daños ocasionados directa o indirectamente como consecuencia de los siguientes supuestos? ?j) El caso de la cirugía plástica, practicada en el establecimiento asegurado, no quedan amparados los resultados en la configuración y aspecto físico estético como consecuencia de la intervención quirúrgica o tratamiento? y ?v) Acto médico realizado por cualquier médico clínico o cirujano con el objeto de producir pérdida de peso o embellecimiento estético mediante liposucción, lipoescultura, o mediante receta de medicamentos que contengan barbitúricos, sus componentes y/o derivados.? La actora sostuvo en respuesta a lo planteado por la aseguradora que no puede haber exclusión de la mala praxis desplegada por el Dr. S. en ambas intervenciones quirúrgicas. La misma parte expresó a fs. 32 vta. de su demanda que fue sometida a ?dos intervenciones de cirugía plástica, en el mismo acto quirúrgico? y que estas consistieron en ?dermolipectomía abdominal y mastopexia?. La perita médica afirmó, como señalé anteriormente, que la mastopexia tiene ?connotación puramente estética lo que hace que el tema de la extensión y calidad de las cicatrices sea primordial?. Y agregó a continuación que dermolipectomía abdominal es una cirugía plástica de abdomen. De todo lo expresado resulta inequívocamente que ambas intervenciones fueron calificadas como de cirugía plástica y que los resultados de estas operaciones no satisficieron a la actora que ha quedado, según las definiciones dadas por los peritos, con una incapacidad estética que establecieron en el 25 %. La cláusula de exclusión de responsabilidad se refiere a un género -el de la cirugía plástica- con precisa referencia a la especie, si se la quiere llamar así, que es el de la cirugía estética. La actora y la perita médica admitieron que se trata en el caso de una cirugía estética y así lo reconoció la jueza de grado al referirse a la necesidad de cirugías estéticas reconstructivas a fs. 685vta. De este modo estimo que asiste razón a la aseguradora en cuanto a que la cirugía estética a la cual fue sometida H. se encuentra excluida de la cobertura y ello tanto más cuando claramente la cláusula respectiva indica la posible disconformidad estética de la paciente más allá de los daños que directa o indirectamente hubieran surgido de ese tipo de intervención. El caso de cirugía plástica queda, pues, excluido de la cobertura con precisa referencia a que en esto quedan incluidos la disconformidad con los resultados en la configuración estética. No se responde así por los daños directa o indirectamente originados en una cirugía plástica y no se responde tampoco por la disconformidad de la paciente en lo estético respecto del mismo tipo de cirugía. Por estos motivos estimo que corresponde hacer lugar a la defensa de la aseguradora, revocar en este aspecto lo decidido en primera instancia y por consiguiente desestimar la extensión de la condena en los términos del art. 118 de la ley 17.418 a TPC. IV.- Corresponde examinar a continuación la procedencia y la cuantificación de los rubros

indemnizatorios establecidos en la sentencia de primera instancia en relación a las personas consideradas como responsables en este caso, a saber, el Dr. S., la Fundación Científica Vicente López-La Florida Sanatorio y Federación Patronal Seguros.

a. Incapacidad sobreviniente. La jueza de grado ponderó lo dicho por el perito médico Dr. O. en cuanto a que la actora presenta un grado de incapacidad estética del 15 % por destrucción bilateral de las mamas, por cicatriz de más de 10 cm por un 8 % lo que suma un total de 23 % de incapacidad. También consideró lo expuesto por la perita médica Dra. L. quien expuso que por plástica mamaria con complicaciones sin prótesis la incapacidad oscilaría del 5 al 20 % la que sería parcial y permanente. Sostiene el Dr. S. que la sentencia considera las consecuencias en el abdomen sin ponderar la existencia de complicaciones posibles descriptas para casos similares o la posibilidad de volver a operarse con lo cual no corresponde admitir una incapacidad del 23 % a lo que se suma que el rubro estaría duplicado ya que se ha hecho lugar al rubro "Daño de asistencia futura". La actora afirma que el monto del resarcimiento se ha visto reducido por el proceso de depreciación monetaria. Aduce que la incapacidad sobreviniente no solamente engloba el daño físico sino también el daño psíquico y el estético de modo que propugna que se incremente el monto indemnizatorio.

El perito médico Dr. O. negó, ante una pregunta de la actora, que H. sufriera algún grado de incapacidad a raíz de las intervenciones realizadas (ver fs. 396, pto. 15). La perita médica Dra. L. explicó que en relación a la incapacidad el baremo para el fuero civil de los Dres. Altube y Rinaldi en el capítulo "cirugía plástica", ítem plástica mamaria, otorgan para el caso de plástica mamaria sin prótesis con complicaciones un valor de incapacidad parcial y permanente del 5 % al 20 % (ver fs. 570 vta., pto. 15). Cabe precisar que los porcentuales indicados por ambos peritos lo son, como en el mismo dictamen se reconocen, en concepto de "incapacidad estética". No especificó la Dra. L. que las secuelas constatadas en el organismo de la paciente limiten de algún modo su capacidad física en el presente caso. En tal sentido, esta Sala entiende que si bien existe discrepancia doctrinaria y jurisprudencial en torno a la naturaleza del daño estético, puesto que, por un lado, están quienes sostienen que se trata de un daño material, dado que incide sobre las posibilidades económicas y sobre la vida de relación de quien lo padece, siendo ambos conceptos acumulables; otra tendencia aduce que sólo lesiona las afecciones legítimas del damnificado, por lo que integraría el concepto de daño moral (conf. causas 29.387 del 31/8/1987, 97.757 del 13/9/1991, entre otras), en realidad, la lesión estética provoca intrínsecamente daño a un bien extrapatrimonial: la integridad corporal, lesión que siempre, por ende, provocará un agravio de tipo moral y que puede o no, afectar el aspecto patrimonial del individuo. Si lo provoca, estaremos en presencia de un daño patrimonial indirecto, toda vez que -además de la afección extrapatrimonial- indirectamente se traduce en perjuicios patrimoniales que pueden ser tanto daños emergentes (gastos insumidos en la curación de las lesiones), como lucros cesantes (pérdida de la fuente de trabajo o disminución del mismo; conf. voto del Dr. Calatayud, causa 29.837 del 31/8/1987; ídem, 53.570 del 21/11/1989; votos del Dr. Dupuis en causas 61.742 del 27/11/1990; 88.207 del 20/6/1991; 73.718, 75.776 ambas del 14/8/1991 y 602.184 del 6/9/2012, entre otras). En tales condiciones, dado que no se encuentra acreditado que, en razón de este perjuicio estético, la damnificada hubiere visto mermadas o coartadas sus posibilidades económicas, habré de considerar la lesión estética dentro del daño moral.

Corresponde, por consiguiente, examinar de modo independiente el rubro indemnizatorio por incapacidad psíquica. En lo que hace a este ámbito la perita licenciada en psicología A. S. E. diagnosticó en su informe de fs. 436/451 la presencia de un estrés postraumático moderado y crónico que provoca a la actora una incapacidad psíquica del 20 %. Un punto importante a considerar es que -ante los agravios de los vencidos- los peritos han considerado posible la solución, siquiera parcial, de estas secuelas producidas por la deficiente atención médica del Dr. S. La Dra. L. estima adecuada una nueva intervención de mamas para la correcta colocación del CAP y una plástica de abdomen para corregir asimismo la cicatriz y las deformaciones del abdomen para superar los problemas estéticos actuales (ver fs. 570 vta., pto. 17 y 571, pto. 24). En un caso similar al presente decidido por esta Sala -que he citado anteriormente- el Dr. Calatayud- indicó que el porcentual establecido en el baremo no es criterio decisivo ya que es jurisprudencia constante de este Tribunal aquella que establece que los porcentajes de incapacidad que otorgan los diferentes baremos representan meras pautas para el juzgador, y no lo vinculan (ver CNCiv. esta Sala, causas 169.316 del 8-6-95, 170.721 del 20-6-95 y 173.810 del 20-7-95, entre otras), debiendo aquél pronunciarse sobre la incidencia en la vida de relación de la víctima de las dolencias verificadas y, a partir de estas comprobaciones, fijar la cuantía resarcitoria de la partida en examen (conf. CNCiv. esta Sala, votos del Dr. Dupuis en causa 537.279 del 9-2-12, mi voto en causa 583.790 del 15-2-12 y voto del Dr. Calatayud en causas acumuladas 578.651 y 579.031 del 20-10-11). La sentencia de primera instancia se atuvo a lo señalado por la prueba pericial en cuanto al grado de incapacidad psíquica constatada en la persona de la actora que se estimó en el 20 %. En este sentido he señalado en mi voto en esta Sala en la c. "S., L. GH.S. y otro c. Mercedes Benz Argentina Sociedad Anónima y otros s/daños y perjuicios" del 29-12-17, que debe ponderarse que el daño psíquico supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente, incide en la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual y de relación (conf. Zavala de González, "Resarcimiento de Daños", Tomo 2 a. "Daños a las personas", 2ª edición ampliada. 3ª reimpresión, p. 231). En este sentido debe indemnizarse adecuadamente de acuerdo con las particulares circunstancias

de cada caso, siendo menester a tal efecto la subsistencia de secuelas que el tratamiento o asistencia prestados a la víctima no logran enmendar o no lo consiguen totalmente (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, c. V.G.R y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros, 19-10-2009, La Ley Online AR/JUR/44918/2009). El daño psíquico se configura cuando la persona muestra una modificación definitiva de la personalidad que se puede calificar como una patología en esa órbita que causa efectivo menoscabo a su integridad personal (CNCiv., Sala J, ?A. de S.N.c. Arcos Dorados S.A. y otros del 20-5-05, La Ley On Line AR/JUR/3166/2005; íd., Sala K, ?Fridman, María E. c. Grillo, Fernando y otro?, DJ 2003-2,187 íd. Sala L, en autos ?Graf, Víctor H. c. Parini, Alejandro? del 4-6-07 en La Ley On Line AR/JUR/2569/2007). Este daño se convierte en particularmente relevante a la hora de indemnizar el daño alegado en cuanto es susceptible de producir una merma patrimonial en la víctima por la disminución de sus aptitudes para el desempeño del trabajo y cualquier actividad productora de beneficios materiales (CNCiv. Sala A, ?Carrasco, Mario o. y otro c. Norato, Gustavo A. y otro? del 29-11-06, pub. en DJ del 2-5-2007, pág. 30 e íd., Sala I, ?Baldassini, Liliana S. y otro c. Otheguy, Alfredo V. y otro? del 27-5-99). Esta situación no se ha configurado en esta causa al haber concordado ambos peritos en cuanto a la inexistencia de una incapacidad sobreviniente en el orden físico y a la ausencia de prueba en cuanto a que la merma en lo psíquico haya producido una afectación en el orden de los ingresos de la actora. Ante la índole de los agravios de la parte vencida cabe distinguir, además, la situación de privación de algo significativo emocional o espiritualmente (daño moral) de la distorsión adicional de la personalidad a raíz de esa privación o por otras circunstancias que se configura como trastorno psicológico y en tanto se consolide como un daño psíquico (Zavala de González, Matilde, ?Daño síquico y rubros indemnizables?, RCyS 2006, 55) el cual es posible que agrave una vulnerabilidad preexistente de la personalidad (CNCiv. Sala A, ?Mok, Petrona y otro c. Calfat, Hugo Mitre y otro? del 13-9-07, La Ley On Line AR/JUR/5567/2007). La actora adujo desempeñarse como analista de sistemas, según el informe por ella acompañado con la demanda a fs. 18/21, habiendo dejado de trabajar cuando se produjo el embarazo de sus últimos hijos (mellizos). Las mismas referencias hizo ante la perita licenciada en psicología E. según resulta de fs. 440. No se acreditó en el curso del proceso que la actora desempeñara algún rol profesional al momento de las intervenciones. H. es madre de cuatro hijos y se encuentra casada con lo cual corresponde ponderar, sobre todo en este último aspecto, la afectación que debió producirse en el ámbito familiar como consecuencia de la defectuosa actuación del Dr. S.. Por estas razones propongo que se establezca la suma de \$ 200.000 en concepto de resarcimiento por la incapacidad psíquica constatada en la actora. b.Tratamiento terapéutico. El demandado S. alega que el monto admitido por tratamiento terapéutico resulta excesivo ya que se estaría percibiendo en forma duplicada la indemnización pretendida considerando que se ha concedido un resarcimiento por incapacidad sobreviniente. La perita psicóloga sugirió que H. haga terapia por lo menos durante un año y medio (ver fs. 445). No dice en momento alguno la experta que la terapia propuesta habrá de reducir el grado de incapacidad psíquica indicado que ha sido calificado como crónico. Se trata de un trastorno por estrés post traumático moderado y crónico que le provoca una incapacidad psíquica del 20 %. La terapia propuesta le permitirá elaborar los cambios producidos en su cuerpo para poder proyectarse en un futuro mejor (ver fs. 451) En virtud de lo expuesto no comparto el criterio expresado por la parte demandada en cuanto a la alegada duplicidad de la indemnización. Es que, como surge de la pericia, el daño psíquico se consideró como una secuela permanente. De lo que se trata ahora es de evitar que ese daño no se agrave, con lo que parece claro que la alegada superposición no se configura en el caso. Es que, como ha sostenido la Sala, no es incompatible resarcir por el daño psíquico y al mismo tiempo por el tratamiento psicoterapéutico a que debe someterse la víctima. Ello no implica que el primero pase a ser un daño transitorio (conf. esta Sala, voto del Dr. Mirás en causa 345.988 del 29-5- 02, voto del Dr. Calatayud en causa 398.997 del 11-8-04 y mismos votos en c. 78.442/12 del 1-12-17 y 27.721-13 del 22-12-17) y lo expresado pericialmente en estos autos de ninguna manera significa que el mal remitirá. Por todo ello propongo que se confirme lo decidido al respecto en la sentencia de primera instancia. c.Daños por asistencia médica futura. La magistrada de primera instancia determinó el importe de \$ 200.000 en concepto de daño de asistencia futura. Aduce el Dr. S. que la actora había reclamado por tal rubro la suma de \$ 130.000 con lo cual se ha concedido en el fallo un monto que resulta muy superior al reclamado originalmente. Agrega que debe desestimarse este rubro indemnizatorio por no estar fundados los importes fijados reiterando sus anteriores quejas en torno a la duplicidad de la indemnización. Federación Patronal también cuestiona la admisión de este rubro porque no está basado en cálculo alguno de los peritos. En sentido contrario, la actora reclama el incremento de la indemnización aduciendo que los honorarios profesionales alcanzan en la actualidad al monto de 5.000 dólares. Los peritos médicos calcularon -a diferencia de lo expuesto por la parte vencida- el valor de los tratamientos dirigidos a reparar, dentro de lo posible, las consecuencias de las defectuosas intervenciones del Dr. S. Ambos expertos indicaron la posibilidad de recurrir a una asistencia médica futura. El perito médico explicó que una cicatriz vertical larga, resultante de una mastoplastía reductora, puede reducirse en una segunda intervención según expuso el perito médico (ver fs. 397, pto. 28). La perita médica habla de cicatrices y alteraciones estéticas importantes (ver fs. 569, pto. III). Al mismo tiempo admitieron la existencia de una incapacidad permanente con lo cual no es posible asegurar que las intervenciones futuras basten para ubicar a la actora siquiera en la situación en

que se encontraba antes de la operaciones de junio y septiembre de 2009. La Dra. L. estimo para una corrección mamaria en forma privada la suma de \$ 40.000 y para una corrección abdominal de \$ 35.000 a \$ 38.000 para el año 2016. La sentencia de primera instancia fue dictada el 29 de junio de 2018. A raíz de lo expuesto es que sugiero que se incremente la indemnización establecida al monto actual de \$ 300.000 al considerarse que deberán realizarse dos intervenciones quirúrgicas sobre distintas partes del cuerpo de la actora con anestesia general. d.Daño moral Solicita el Dr. S. que se rechace el rubro daño moral y en subsidio que se reduzca al mínimo el otorgado en el fallo apelado. De modo similar, la aseguradora Federación Patronal se queja de la admisión del rubro por agravio moral y del monto establecido por la magistrada de grado. Aduce la actora que el monto de \$ 450.000 establecido en la sentencia representa un valor de u\$s 16.000 al momento del fallo que resulta muy exiguo para compensar el sufrimiento permanente de una persona que ha visto desfigurado su cuerpo a los 39 años y que enfrenta la cuestión a diario en lo público y en la intimidad. Por daño moral debe entenderse cualquier lesión a los sentimientos o afecciones legítimas de una persona, o cuando se le ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos o, en fin, cuando de una manera u otra se han perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado (conf. C.N.Civil. Sala ?D? en E.D. 61-779; íd., en E.D. 69-377; íd. Sala ?F? en E.D. 42-311; íd., en E.D. 53-350; íd. Sala ?G? en E.D. 100-300; esta Sala, causas 502 del 26-12-83, 66.984 del 30-5-90, 77.842 del 7-11-90 y c. 84.445/2014 del 14-03-18). De la misma manera, ha resuelto que para fijar el monto indemnizatorio se hace imprescindible valorar un cúmulo de factores, entre los que merecen ser destacados, a modo de ejemplo, la gravedad de la culpa del autor del hecho, la existencia y cuantía de los perjuicios materiales, las condiciones personales de aquél y las de la víctima, etc., factores todos que quedan librados al prudente arbitrio judicial (conf. C.N.Civil. Sala ?B? en E.D. 57-455; íd. Sala ?D? en E.D. 43-740; íd. Sala ?M?. c. 69.907 del 18-10-17; íd. Sala ?L?. c. 102.565 del 15-05-17; esta Sala, causas 19.073 del 13-3-86, 124.140 del 16-11-94 y c. 84.445/2014 del 14-03-18). Debe considerarse en el caso de este rubro que el Dr. O. indicó que los resultados de la cirugía no son los mismos a través del tiempo y que las hipercorrecciones de los defectos suelen atenuarse con el pasar del tiempo. Precisó que ello puede ser constatado comparando las fotos del postoperatorio de fecha más cercana a la cirugía incluidas en el CD presentadas por la actora el día del examen pericial con las fotos de la fecha más alejada a la cirugía correspondiente al día del examen pericial en cuestión. Destaca que en estas últimas imágenes el resultado ?es evidentemente mejor que el [de] las fotos más antiguas, y es esto es una condición natural de la evolución postoperatoria. La reabsorción de los edemas, la maduración cicatrizal y la elasticidad de la piel sumados a la acción de la fuerza gravitatoria terrestre, hacen que el resultado a largo plazo sea mejor que el observado en el postoperatorio inmediato, como se deja ver claramente en las fotografías incluidas en el informe? (ver fs. 474/475, pto. III, h). Los resultados de la deficiente atención médica del Dr. S. fueron correctamente resumidos por la jueza de grado al examinar el rubro denominado incapacidad sobrevenida. Se indicó en ese tramo de la sentencia que fueron consecuencias de las intervenciones practicadas por el demandado la mala cicatrización, la elevación del CAP por fuera del estándar normal de belleza, el abdomen con las orejuelas y la umbilicación y con cicatrices de más de 10cm. (ver fs. 684vta.). Todas estas secuelas surgen como resultados de las intervenciones del Dr. S. Las cicatrices ubicadas en las mamas no son aceptables según la técnica quirúrgica, la elevación del CAP se encuentra fuera del estándar exigible en estos casos sin haberse dado una explicación plausible al efecto, la actora padece redundancia de tejido abdominal que guarda relación de causa efecto con las intervenciones (dictamen del perito O., fs. 398, pto. 32) y la umbilicación del CAP después de una técnica quirúrgica de reducción mamaria no es aceptable cuya causa ha sido imposible de determinar ante las deficiencias de la historia clínica (ver dictamen del perito O. a fs. 398, pto. 30 y 31) aunque debe inferirse que lo ha sido por la cirugía (ver dictamen de la perita L. a fs. 570 vta., pto. 31). La exculpación buscada en base a la firma del primer consentimiento informado es insuficiente puesto que una cosa es que no se puedan exigir resultados sobre un deficiente estado previo (ver dictamen del Dr. O., fs. 402, pto. 3) y otra, muy distinta, es que la paciente se encuentre con secuelas que implicaron inequívocamente un afeamiento de su imagen corporal en tórax (zona mamaria) y abdomen (cicatrices). Los daños que se han calificado como una incapacidad física en la sentencia deben ser considerados como exclusivamente de orden estético. Ninguna de estas consecuencias origina un impedimento de orden físico a la actora para el desarrollo de algún tipo de tareas. La incapacidad psíquica ha sido, en cambio, constatada en la presente causa originada, en lo sustancial, en la comprensible insatisfacción de H. respecto de los resultados del tratamiento desplegado por el Dr. S.. Tales secuelas han afeado su imagen corporal, aunque al mismo tiempo debe considerarse -como surge de la pericial médica- que se produjo un relativo mejoramiento de la situación en la que se encontraba a la época de la promoción de la demanda. Ambos peritos han dado cuenta del afeamiento de la imagen corporal de la paciente como consecuencia de la defectuosa intervención del Dr. S. La situación debió obviamente afectar la relación conyugal toda vez que son notorias las imperfecciones sobre todo en el complejo areola pezón además de haber creado todo tipo de obstáculos para la vestimenta que puede portar la actora. A ello cabe agregar que en el futuro deberá sobrellevar al menos intervenciones quirúrgicas sobre dos sectores de su cuerpo con la necesidad de anestesia general de manera que tales temores deben ser ponderados a la hora de la determinación del rubro indemnizatorio por incapacidad psíquica.

Para la determinación del monto indemnizatorio consideraré que el concepto de incapacidad estética debe ser incorporado al rubro daño moral a la vez que se espera un mejoramiento con el tratamiento al que será sometida la paciente según se ha reclamado. Por ello propongo que el resarcimiento por agravio moral quede establecido en la suma de \$ 300.000. V. Intereses. La jueza de primera instancia dispuso que el cómputo de los intereses correspondientes a los rubros incapacidad sobreviniente y daño moral corra desde la fecha de la primera intervención y el relativo al tratamiento terapéutico y a la asistencia médica futura a partir del dictado de la sentencia recurrida conforme la tasa prevista en el plenario de esta Cámara en los autos ?Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta S.A. s/daños y perjuicios?. La aseguradora Federación Patronal solicita que se le aplique la tasa pasiva toda vez que las indemnizaciones fueron establecidas a valores actuales. El Dr. S. reclama que se compute el interés solo desde el momento de notificación de la demanda y que la tasa a aplicar desde ese momento hasta la de la sentencia sea la del 8 % según jurisprudencia que cita. La actora solicita que se establezca una tasa incrementada desde el momento de la sentencia a fin de que los vencidos satisfagan la deuda sin más demora. En cuanto a la tasa de interés hasta la fecha de la sentencia es jurisprudencia reiterada de este tribunal que si la tasa activa prevista en el plenario ?Samudio de Martínez Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios? se devengara desde el momento mismo de producido el evento dañoso y hasta el del efectivo pago, en la medida que coexista con indemnizaciones fijadas a valores actuales, tal proceder representaría lisa y llanamente un enriquecimiento indebido a favor del acreedor y en desmedro del deudor, que la Justicia no puede convalidar. Es que, sin lugar a dudas, en tal caso se estaría computando dos veces la pérdida del valor adquisitivo de nuestro signo monetario operado entre el hecho y la sentencia, cuando en ésta se contemplan valores a la época de su dictado, en tanto la referida tasa capta, en cierta medida y entre otros elementos, la depreciación de la moneda. Esta es la doctrina que en forma reiterada aplicó la Sala interpretando la emanada de dicho plenario. De la misma manera, es la que cuadra adoptar a partir de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, ley 29.994 (ver mi voto en expediente 80.509-10 del 27-8-15, con cita de Lorenzetti, Código Civil y Comercial comentado, ed. Rubinzal-Culzoni, t.V pág.158, com. art.772). En conclusión, si bien este tribunal en situaciones similares resolvió reducir la tasa establecida entre la fecha del hecho y la del pronunciamiento de primera instancia a la del 6% anual, devengándose con posterioridad y hasta el efectivo pago la activa dispuesta en el pronunciamiento de la anterior instancia (ver causas 527.451 del 12-5-09, 579.837 del 31-10-11, 615.823 del 14-8-13, expedientes nros.105.395-10 del 31-8-15 y 85.237-11 del 7-9-15, entre muchas otras), a partir del fallo dictado el 13-3-17 con voto del Dr. Calatayud en el expediente caratulado ?Flores Sebastián M. c/ Expreso Nueve de Julio S.A. s/ daños y perjuicios? (n° 69.993/13), la Sala modificó su postura y resolvió incrementar esa tasa al 8% anual a la luz de las nuevas circunstancias económicas que atraviesa el país, por lo que en tal sentido propicio modificar este aspecto del fallo de primera instancia respecto ala incapacidad sobreviniente y al daño moral. Finalmente, resulta improcedente la pretensión de la actora de que se establezca la doble tasa activa, pues la previsión del art. 768, inc. c, del Código Civil y Comercial de la Nación, no dispone esa solución y por no tratarse de ninguna de las tasas que se fijan según las reglamentaciones del Banco Central (ver voto del Dr. Galmarini en la disidencia efectuada en la c. 97.631-09 del 27-5-19). Por las razones expuestas propongo 1) que se confirme la sentencia en lo principal que decide respecto de los demandados; 2) que se haga lugar a la defensa de exclusión de cobertura opuesta por TCP imponiendo las costas en el orden causado en ambas instancias por haber podido creerse la actora con derecho a demandada como lo hizo 3) que se modifique la sentencia respecto a la indemnización por incapacidad que queda limitada a la psíquica y establecida en la suma de \$ 200.000, 4) que se incremente el resarcimiento por asistencia médica futura a la suma de \$ 300.000, 5) que se fije la indemnización por daño moral en la suma de \$ 300.000; 6) que rectifique el método de cómputo de los intereses en la forma indicada en los párrafos precedentes y 7) que se impongan las costas de Alzada al vencido Dr. S. en cuanto ha cuestionado la responsabilidad que le ha sido endilgada (art. 68 del Código Procesal) y en el orden causado respecto a la aseguradora Federación Patronal que no cuestionó la responsabilidad endilgada a su asegurada. El Señor Juez de Cámara Doctor DUPUIS dijo: Por análogas razones a las expuestas por el Dr. Racimo, voto en el mismo sentido. El Señor Juez de Cámara Doctor GALMARINI dijo: Solamente aclaro que como integrante de la Sala C he expresado que ?...aunque tradicionalmente la cirugía estética ha sido señalada como ejemplo de obligación médica de resultado, en la actualidad se hacen precisiones más puntuales y se la considera sujeta a criterios comunes. Se ha puesto de relieve que ?A lo sumo, se sugiere que la obligación del médico podría ser apreciada con un criterio de mayor severidad (Acuña Anzorena, Bustamante Alsina), pero es inapropiado calificarla genéricamente como de resultado, puesto que, al igual que cualquier cirugía, está expuesta a fracasos...' (Atilio Aníbal Alterini-Oscar José Ameal- Roberto M. López Cabana, ?Derecho de Obligaciones-Civiles y Comerciales', p. 783, n°1865 ter, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995).? ?En un antecedente en el que se alegaba responsabilidad médica por cirugía estética, he sostenido que la cuestión no debe examinarse partiendo del resultado, que en alguna medida implicó una frustración de las expectativas de embellecimiento, sino que debe apreciarse retrospectivamente, esto es, al momento en que se examinaba la mejor solución al problema que presentaba la paciente cuando, con fundamento en las explicaciones y consejos

médicos, ella decidía el tratamiento a seguir. Allí mismo señalé, no corresponde presumir la promesa de 'resultado feliz', promesa que está prohibida para el profesional de la medicina por el art. 20 de la ley 17.132 y que de haber existido debió ser probada fehacientemente por la actora, sino que si algo fuera presumible sería que la operación aconsejada por el médico era la que él consideraba adecuada para solucionar el problema de la paciente, con los riesgos propios de la intervención quirúrgica en sí misma y de la atención médica hospitalaria subsiguiente (CNCiv. Sala C, julio 19/2002, 'De Luca Marta Susana c/ Marco Marcelo s/ daños y perjuicios', L. 342.818).? (CNCiv. Sala C, diciembre 6/2004, 'Radeschide Rodríguez Liliana Lucía c/ Ripetta Luis s/daños y perjuicios?', L. 401.281). Concordantemente en la Sala F -que en la actualidad integro como vocal titular-en un supuesto que se trataba de una cirugía con fines estéticos referido a implantes mamarios he recordado que '...en reiteradas oportunidades se ha sostenido que en las operaciones plásticas no cabe entender que el facultativo se obliga a lograr el resultado buscado por él y su cliente, sino más bien a ejecutar con diligencia lo que la ciencia, la técnica y el arte médicos indican como conducentes para ello, según las circunstancias de las personas el tiempo y el lugar (en tal sentido CNCiv. Sala 'A', diciembre 6/1994 'Méndez, A. c/ Ciarrochi, E. s/ daños y perjuicios'; id. Sala 'K', octubre 22/2001, 'Guerra, G. c/ Fernández Arias, R. s/ daños y perjuicios'; id. Sala 'C', diciembre 6/2004, 'Radeschi de Rodriguez, L. c/ Ripetta, L s/ daños y perjuicios'; id. Sala 'I', mayo 12/2011 'Gana, A. c/ Viñal, M. s/ daños y perjuicios')?. 'Asimismo se ha dicho que en el campo de la cirugía plástica el profesional médico no tiene plenas seguridades de éxito en la aplicación de su ciencia, técnica y arte sobre quien requiere su actuación, ya que no todas las reacciones del organismo son abarcables y controlables por ella (CNCiv. Sala 'A' julio 16/2004, 'Longo, G. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios')?(CNCiv. Sala F, diciembre 14/2017, 'Coronel, María Eva c/Leone, Roque Roberto y otro s/ daños y perjuicios'Expte. N° 108.838/2011). Con esta aclaración, por entender que en el fundado voto del Dr. Racimo hay elementos de convicción suficientes para responsabilizar al Dr. S. coincido con la solución que propone el distinguido colega. En cuanto a los intereses, como integrante de la Sala 'F' de esta Cámara a partir del fallo dictado el 14 de febrero de 2014 en los autos 'Zacañino Loloir Z. c/ AYSA s/ ds. y perjuicios' (expte. 162543/10, L. 628.426) adherí al criterio según el cuál la tasa activa prevista en el fallo plenario 'Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios', del 20 de abril de 2009, no representa un enriquecimiento indebido, por entender que en manera alguna puede considerarse que la aplicación de esa tasa en supuestos como el del caso implique una alteración del significado económico del capital de condena.

Consecuentemente considero que corresponde confirmar lo resuelto en primera instancia sobre los intereses. Con relación a la pretensión de la actora de que se establezca la doble tasa activa, adhiero a los términos expresados en este punto por el Dr. Racimo.

De ahí que por razones análogas a las expresadas en su voto respecto de las demás cuestiones que fueron objeto de agravios, lo hago en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto. FERNANDO M. RACIMO. JOSE LUIS GALMARINI (con

aclaración y disidencia parcial). JUAN CARLOS G. DUPUIS. Este Acuerdo obra en las páginas N° a N° del Libro de Acuerdos de la Sala 'E' de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires, 6 de septiembre de 2019.-

Y VISTOS: En virtud a lo que resulta de la votación de que da cuenta el acuerdo que antecede: 1) se confirma la sentencia en lo principal que decide respecto de los demandados, 2) se hace lugar a la defensa de exclusión de opuesta por la aseguradora TPC rechazándose la extensión de la condena a su respecto; 3) se modifica la sentencia respecto a la indemnización por incapacidad psíquica que se establece en la suma de \$ 200.000; 4) se incrementa el resarcimiento por asistencia médica futura a la suma de \$ 300.000; 5) se fija la indemnización por daño moral en la suma de \$ 300.000, 6) se rectifica el método y la fecha de cómputo de los intereses según lo indicado en los considerandos y 7) se imponen las costas de Alzada al vencido Dr. S. y se las distribuye en el orden causado en la Alzada respecto a Federación Patronal y en ambas instancia en lo que hace a la citada en garantía TPC. 8) Se difiere la adecuación de los honorarios de los profesionales intervinientes y la fijación de los correspondientes a esta instancia, para cuando obre liquidación aprobada. 9) Notifíquese y devuélvase.

044572E