

Fallo:

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 16 días del mes de marzo de dos mil veinte, 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: "B., F. R. C. L., R. C. Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS. RESP. PROF. MÉDICOS Y AUX.", respecto de la sentencia corriente a fs. 432/444, 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. GALMARINI. DUPUIS.

El Señor Juez de Cámara Doctor RACIMO dijo:

I.- El juez de primera instancia hizo lugar en la sentencia de fs. 432/444 a la demanda promovida por F. R. B. por indemnización de daños y perjuicios por la defectuosa prestación médica desplegada por el Dr. R. C. L. a quien mandó pagar la suma de \$ 662.500 en una condena que se hizo extensiva a la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. en la medida del seguro contratado.

Contra dicho pronunciamiento el demandado interpuso recurso de apelación a fs. 445 que sustentó con la expresión de agravios de fs. 519/543 que fue respondida por la actora con el escrito de fs. 545/550.

La relación entre las partes, en lo que hace al marco de la presente controversia, se originó cuando la demandante decidió consultar al demandado en julio de 2003 para superar la situación en que se encontraba ya que debido al posparto y la prolongada lactancia de su primera hija entendió aquella que sus mamas habían asumido un aspecto antiestético. Se decidió postergar la realización de un procedimiento quirúrgico para el 26 de julio de 2005 en el centro médico El Parque de la Ciudad de Salta para la inclusión de prótesis mamarias de siliconas de cc. La actora fue sometida el 20 de diciembre de 2005 a una nueva intervención de Mastopexia vertical con fines correctivos. Y el 12 de abril de 2006 se efectuó una tercera operación desarrollada por el mismo profesional.

La ejecución de estas tres intervenciones y la participación del Dr. L. en todas ellas no es materia discutida en esta causa. Lo que sí cuestionó la actora es el fracaso del profesional en superar la patología en que se encontraba y además el empeoramiento de la situación en que se hallaba

antes de la primera operación. El demandado sostuvo, al contestar la demanda a fs. 85/103 que su conducta debe examinarse como una obligación de medios y que realizó para superar la ptosis mamaria de la actora una técnica de mastoplastia con la inclusión protésica que no siempre puede ser satisfactoria.

El magistrado a quo entendió que la obligación asumida por el médico como cirujano estético era de medios y que correspondía dilucidar si el facultativo había extremado todas las previsiones y cautelas para evitar el resultado acaecido que motivó el reclamo de la paciente. A tal fin consideró el dictamen de fs. 370/389 elaborado por el perito médico especialista en cirugía plástica Dr. R. N. C. Dicho profesional indicó que según parte quirúrgico el objetivo de la primera cirugía fue implante mamario por hipoplasia sin mencionarse en ese instrumento la ptosis evidente de la foto presentada en autos con fecha de la cirugía. El objetivo de la segunda cirugía fue corregir ptosis mamaria grado 3 que dice mastopexia vertical que quiere decir que el profesional operó para alzar las mamas con una incisión vertical. Aduce que el objetivo de la tercera cirugía fue reducir una cicatriz patológica vertical y reducir su longitud y agregar una incisión horizontal, o sea una técnica más agresiva y con más chances de lograr una pexia. El perito hizo hincapié en la inexistencia de fotos del tercer postoperatorio y consideró que sin fichas con comentarios, sin consentimiento escrito, con la ausencia de fotos secuenciales, es imprudente inferir lo que la letra del cirujano no deja saber con seguridad llamando la atención que el dx de la primera cirugía no mencione la ptosis y que el parte no describa el tratamiento.

A partir de estas reflexiones y teniendo en cuenta que no había sido aportada la historia clínica de la entidad asistencial por negligencia del demandado en la producción de la prueba informativa el a quo determinó la falta de éxito de la cirugía llevada a cabo por el demandado a punto tal que el perito informó que la actora presenta complicaciones de cirugía mamaria con implantes y un porcentaje del 25 % de la total estética de carácter permanente consolidado.

El primer segmento de la expresión de agravios se dirige a cuestionar el examen de la documentación presentada en autos. Sostiene que el original de las fichas de consultorio se encuentran agregados a la causa sin haber sido objetadas por la contraria. Aduce que la demandante acompañó los partes quirúrgicos que fueron reconocidos por su parte al efectuar su transcripción en la contestación de la demanda con lo cual quedaron reconocidos en el proceso. El segundo tramo de su crítica se refiere a que la cirugía plástica es una cirugía no exenta de complicaciones, que la actora era portadora de una ptosis mamaria y que

la mastoplastia con inclusión protésica es una manera de dar solución a esta problemática aunque no es infalible. Acto seguido reiteró la transcripción de los protocolos quirúrgicos y del cuadro evolutivo para concluir que la demandante no tiene ninguna secuela glandular mamaria y que las cicatrices son signos visibles que quedan después de que una herida se ha curado.

La cuestión del examen de la prueba documental agregada a autos resulta prioritario en el sub examine toda vez que una parte relevante de las críticas del apelante se asienta sobre el inadecuado método de estudio adoptado al respecto por el perito Dr. C.

B. acompañó con el escrito de demanda tres hojas de protocolos quirúrgicos procedentes del Sanatorio Parque obrantes en documentación reservada y señalizados como fs. 2/4. El primero corresponde a la intervención del 26-7-05 con diagnóstico preoperatorio de "Hipoplasia mamaria" y operación de "Implante mamario", el segundo es del 20-12-05 con diagnóstico preoperatorio "Ptosis mamaria G 3" y operación "Mastopexia vertical" y el tercero del 12-4-06 con diagnóstico preoperatorio de "Cicatriz patológica de mastopexia vertical" y una operación de "Revisión y conificación." El Dr. L. no solo reconoció la autenticidad de esa documentación en la contestación de la demanda sino que transcribió el procedimiento operatorio realizado en cada uno de ellos (ver fs. 87 vta./88vta.). Los documentos aportados por el demandado al contestar la demanda consistieron en una hoja de Identificación y Diagnósticos Clínicos (ver fs. 75), una hoja de Historia Clínica (ver fs. 76), una hoja de Evolución (ver fs. 77), una hoja de Protocolo Quirúrgico (ver fs. 78) y una hoja de Historia clínica (ver fs. 79), todas ellas con el membrete de L. Cirugía Plástica.

El perito médico se limitó a transcribir los tres partes quirúrgicos muy brevemente señalando que el resto de lo escrito en esos instrumentos "no se entiende". Dos de las fechas están equivocadas -como admitió posteriormente a fs.404/407 ante el pedido de explicaciones del demandado- y la transcripción del parte de julio de 2005 dice "implante mamario vía periareolar" cuando en el documento original solo consta textualmente "implante mamario" (ver fs. 2). Son ciertamente merecidas algunas de las críticas al respecto por parte del Dr. L. en el pedido de aclaraciones de fs. 398/400 que ciertamente no fue adecuadamente respondido por el experto con la pieza de fs. 404/407.

El demandado pretende fortalecer su posición aludiendo a estos defectos de la pericia que no habrían sido adecuadamente considerados en la sentencia apelada. Pasa por alto, sin embargo, la negligencia de su parte

en la agregación de la historia clínica del Sanatorio Parque donde se desarrollaron las tres intervenciones quirúrgicas. La importancia de este elemento la puso de resalto el mismo Dr. L. al contestar la demanda y ofrecer la prueba documental. Reclamó allí que se incorporara la documentación en poder de terceros consistente en "la historia clínica completa (ficha de internación, fichas de evaluación, estudios de laboratorio e imágenes, análisis, reports de enfermería, estudios complementarios, protocolos quirúrgicos, etc.) vinculados a la atención brindada a la actora" (las negritas y el subrayado son del original de fs. 100 vta.). El demandado fue declarado negligente en lo que hace a la producción de la prueba informativa tendiente a obtener la historia clínica labrada en la Clínica del Parque (ver fs. 332) con lo cual incumplió con lo prometido en el escrito de demanda respecto a los detalles concretos de la atención allí dispensada a la paciente B.

Los únicos elementos vinculados a esta historia clínica de Sanatorio del Parque son los protocolos quirúrgicos acompañados por la actora reconocidos por el Dr. L. al contestar la demanda como antes quedó dicho. Cabe observar que la falta de completitud de esta historia clínica no es un argumento puramente retórico de la sentencia puesto que se advierten incongruencias en la prueba documental obrante en autos. En efecto, el procedimiento operatorio que consta en el protocolo quirúrgico del 26-7-05 acompañado por B. y suscripto por el Dr. L. dice que fue realizado "bajo anestesia local." en letra suficientemente clara, a pesar de lo dicho por el Dr. C. y así lo transcribe el demandado en su responde a fs. 87 vta. La histórica clínica con membrete de L. Cirugía Plástica da cuenta de una operación del "26-7-05. Bajo anestesia general." (ver fs. 79). Tales contradicciones ponen en evidencia que era necesario obtener un reporte completo por parte del nosocomio en que estuvo tres veces internada para sus respectivas operaciones quirúrgicas la aquí demandante.

Se suma a lo expuesto que la documentación aportada por el demandado es particularmente escueta respecto a las características de la paciente antes y después de las operaciones quirúrgicas. No existen mediciones objetivas sobre la situación de las mamas y las fotografías son de pobre calidad o no existen como bien destacó en este aspecto el Dr. C. en diversos segmentos del peritaje que no fueron cuestionados en su oportunidad por el demandado.

La situación en la que se ha colocado el demandado por su falta de actividad procesal es perjudicial respecto al modo en que aduce haber desplegado las prestaciones médicas. Solo existen tres hojas de denominados "protocolos quirúrgicos" por las operaciones realizadas en el nosocomio mencionado. Los documentos aportados por el demandado

constan de anotaciones sin mayores precisiones y no siguen una secuencia cronológica precisa. Existe una hoja de identificación y diagnósticos clínicos con referencias a consultas, diagnósticos y tratamientos principales con mínimas anotaciones que deben presumirse del Dr. L. puesto que en esta foja 75 no hay firma y anotación alguna. Parece ser una ficha muy resumida de las relaciones profesionales tenidas con B. A continuación se encuentra glosada a fs. 76 una "Historia clínica" con una única anotación del 23-05-05 poco legible que carece de firma y de sello. La hoja de Evolución de fs. 77 tiene dos registros; una del 10 de abril y otra del 12 de abril de 2006, ambas con la firma del Dr. L. El protocolo quirúrgico -nuevamente sin firma ni sello del Dr. L.- contiene una fecha que parece decir "9-99" (sic) que no ha sido transcrito en el escrito de contestación de la demanda.

La denominada Historia Clínica del Dr. L. Cirugía Plástica agregada a fs. 79 merece párrafo aparte. Los impresos correspondientes a "Motivo de la consulta", y Antecedentes Enfermedad Actual" se encuentran tachados. En una página se insertan la operación del 26-7-05, una aparente atención del 1-8-05 (sin firma ni sello), una nueva operación el 20-12-05, dos nuevas atenciones el 28-12-05 y el 6-1-06 y otra intervención el 12-4-06 colocados entre títulos dedicados a "Antecedentes Heredo- Personales" y Examen físico". No es necesario ser un profesional de la medicina para advertir que en esta "Historia Clínica" de fs. 79 se insertaron consultas y cirugías de un modo no exhaustivo. Y digo esto porque en la Hoja de identificación y diagnósticos clínicos de fs. 75 figuran consultas como las de los días 10-4-06 y 13-04-06 no anotadas. A la inversa en la Historia Clínica de fs. 79 obra una atención del 1-8-05 no registrada en la Hoja de Identificación de fs. 75.

Sobre este punto ha de considerarse que en la sentencia se hizo hincapié en los defectos de la historia clínica del Dr. L. 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 s/ 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 opera en todos los casos contra el facultativo con lo cual se impone considerar en detalle la prueba pericial médica producida en la causa.

El particular enfoque dado por el demandado a las debilidades del peritaje en torno al estudio de la prueba instrumental hizo que soslayara una

adecuada crítica a las conclusiones del dictamen presentado a fs. 370/389. El pedido de explicaciones fue respondido en este punto por el experto con la presentación de fs.404/407 sin que en esa oportunidad se cuestionaran las principales conclusiones del dictamen adecuadamente resumidas en la sentencia recurrida.

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, no 11; Alterini, Ameal y López Cabana, Curso de obligaciones, t. II p. 492, nº 1863; Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, p. 352; ídem, Responsabilidad civil del médico, p. 134; Bustamante Alsina J., Teoría general de la responsabilidad civil, nº 1436, p. 407; Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, p. 373, ap.nº 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 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 se ha acreditado, como se verá a continuación, que se encuentra debidamente demostrado que actuó en la emergencia con mal a praxis médica.

Descriptas las deficiencias de las anotaciones del perito y la falta de incorporación completa de la historia clínica con las mencionadas consecuencias en el orden procesal cabe referir a continuación las conclusiones concretas del perito médico sobre la labor desarrollada por el Dr. L. En tal sentido, el experto comenzó su examen a partir de las fotos tomadas el 26 de julio de 2005 de las cuales puedo apreciar, entre otras cosas, la presencia de "ptosis mamaria grado tres sobre cuatro". Se refiere a continuación a fotos que presume corresponden al postoperatorio de la tercera cirugía que muestran cicatrices vertical y horizontal y ptosis con los complejos areola pezón orientados hacia arriba polo inferior mamario bilateral colgante hundimiento parcial mama izquierda polo inferior orientado en banda horizontal. Sobre el estado actual refiere ptosis mamaria bilateral grado 2 a 3 sobre 4 ambos complejos areola pezón orientados hacia arriba. Después de realizar algunas mediciones e incorporar fotos a la fecha del peritaje el Dr. C. indicó que el objetivo según parte quirúrgico de la primera cirugía era un implante mamario por hipoplasia sin mencionarse en el parte la ptosis evidente de la foto presentada con fecha de esa intervención. Agrega que el objetivo de la segunda cirugía fue corregir ptosis mamaria grado 3. Destaca que en la segunda cirugía se trató una ptosis grado 3 según el propio cirujano con una simple incisión vertical. Afirma que considera según el Baremo para el Fuero Civil de los Dres. Altube-Rinaldi en su capítulo Cirugía Plástica que considera complicaciones de cirugía plástica mamaria con implantes estimando adecuado un porcentaje del 25 % de la total estética de carácter permanente consolidado. Las respuestas a los puntos periciales propuestos por ambas partes resultaron de difícil ejecución a raíz de las deficiencias atribuidas al Dr. L. en el registro de sus prestaciones profesionales. Más allá de algunas críticas injustificadas, lo cierto es que la documentación aportada por el demandado resulta particularmente insuficiente cuando se trata de la evolución y de la consulta de tres operaciones. No existen fotos correspondientes a



periodos posteriores a julio de 2005 ni el Dr. L. tomó medidas del cuerpo de la paciente que permitieran determinar objetivamente su labor o que sustentaran supuestamente las alegadas complicaciones. Sobre este tema de las complicaciones no existen registros precisos en los instrumentos adjuntos por el Dr. L. Así se advierte que no consta dentro de los partes quirúrgicos las consideraciones del demandado previos a la cirugía respecto a los complejos areola pezón y su posición (ver fs. 384, resp. a pto 10) y se comprueban cicatrices visibles en polo inferior de ambas mamas (ver fs. 385, resp. a pto. 18).

Resultan particularmente importantes las contestaciones del Dr. C. ante el requerimiento del demandado. Luego de reiterar las deficiencias de los registros del Dr. L. sobre una eventual "intercurrencia intraoperatoria", el experto indicó que la foto prequirúrgica anterior a la primera operación denota ptosis mamaria bilateral y en el parte se lee dx prequirúrgico hipomastia bilateral. Tratamiento, implante de prótesis. Y agrega que "o sea ante mamas caídas el cirujano planeó aumento mamario esto es lo que surge de lo que se entiende" (ver resp. a pto. 4 de fs. 386). Afirma el perito que lo que no puede entender es cómo la paciente pasó de una hipomastia a una ptosis grado 3 según el cirujano en apenas 5 meses. Y precisa que "ya que la ptosis en julio no la menciona en el dx prequirúrgico y el tratamiento que propone para julio y efectúa al parecer, por lo poco que se entiende, es implante a secas y eso implica ignorar la ptosis evidente fotográfica de ese mismo día" (ver fs. 387, resp. a pto. 6).

Sobre los tratamientos posteriores indica el perito que no vio fotos prequirúrgicas de abril de 2006 y que el Dr. L. propone revisión de cicatrices pero luego el relato de la cirugía demuestra que intentó una nueva pexia esta vez con incisión horizontal/conificó reposicionó y acortó la cicatriz vertical "si como" anunció. "La foto al año o más muestra ptosis bilateral. No tenemos foto por tercera vez profesional en autos del post op. Inmediato que se toma de acuerdo con la lex artis en cirugía plástica con fines estéticos" (ver resp. a pto. 6 de fs. 387).

El demandado consultó al perito acerca de intercurrencias y la posibilidad de correcciones luego de una cirugía plástica y si son situaciones frecuentes y descriptas en la bibliografía. El Dr. C. respondió que no surge de autos por parte el Dr. L. que el mismo haya descripto intercurrencias en sus dx, y planes quirúrgicos al menos de lo que se entiende de su letra. "Sí es cierto que en general ciertas complicaciones suelen aparecer en el post. op. como por ejemplo cicatrices anormales o serosas, asimetrías, etc. y pueden ser reparadas generalmente en una sesión. Raramente en tres y excepcionalmente en cuatro. Aunque las hay" (ver resp. a pto. 12 de fs. 388).

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 doct. 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).

Las contestaciones del perito médico dan cuenta del anómalo estado en que se encuentra la actora después de las tres cirugías efectuadas por el Dr. L. Tales consecuencias se originaron inequívocamente en la conducta del demandado quien originariamente habría seguido un curso de acción incompatible con la buena práctica médica. No existieron mediciones ni fotografías de la paciente posteriores a la primera operación como exige la buena práctica médica. Las deficientes anotaciones del demandado no informan con precisión de la existencia de complicaciones que pudieran haber justificado ese resultado. Tampoco cuestionó el demandado en su oportunidad las consideraciones del perito médico en torno a la excepcionalidad de complicaciones en este tipo de operaciones.

Las descripciones de la situación física antes de cada una de las operaciones son particularmente deficientes en lo que hace a datos básicos como el registro de medidas respecto de las ubicaciones de las mamas. La incongruencia entre el tipo de anestesia utilizado en la primera operación no es un dato menor y ello tanto más cuando las divergencias provienen de la propia pluma del Dr. L. Las deficientes consecuencias de las operaciones determinadas por el Dr. C. se han pretendido fundar en la expresión de agravios en la presencia de complicaciones o en el simple transcurso del tiempo desde la primera operación. El demandado guardó silencio, sin embargo, respecto a las diversas consideraciones formuladas por el experto en el dictamen donde se detallaron los defectos en los diagnósticos y en las intervenciones del demandado. Claramente se pretende remediar ante esta instancia la ausencia de crítica de los defectos constatados por el perito demandado en la persona de la paciente algunos de los cuales son plenamente perceptibles con la visualización de las fotos de la paciente obrantes en la causa.

Cabe advertir en este aspecto de la cuestión que habría estado fácilmente a la mano del Dr. L. obtener en las oportunidades previas a las tres operaciones imágenes que secuencialmente habría eventualmente permitido descartar la mala praxis indicada por el perito médico. Las consecuencias de orden natural como la presencia de la gravedad o la existencia de complicaciones posibles propias del desarrollo de prestaciones médicas habrían podido así hipotéticamente evidenciarse

para demostrar que las consecuencias constatadas nada tenían que ver con la culpa atribuida al Dr. L. en el escrito de demanda.

Puede señalarse, como intentó el Dr. L. con su defensa en este proceso ante esta Alzada no ya al responder el dictamen, que 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). 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 y mi voto en la c. 70.732/2011 del 6-9-19).

El perito médico ha determinado la existencia de una incapacidad en el orden estético del 25 %. El demandado solo pidió explicaciones al perito sin dar una versión alternativa al dictamen que permitiera tener por configuradas las complicaciones que ahora viene a exponer ante esta Cámara.

II.- Corresponde examinar a continuación los agravios del demandado respecto a la procedencia y a la cuantía de los rubros indemnizatorios determinados en el pronunciamiento recurrido, no sin antes aclarar que en el particular supuesto de autos lo haré conforme las normas jurídicas vigentes a la época del hecho antijurídico (ver Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación a la relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal – Culzoni editores, p. 100 N° 48; Dell' Orefice, Carolina y Prat, Hernán V., La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio, Revista Código Civil y Comercial de la Nación, ed. Thomson Reuters LA LEY, año 1 N° 1, julio 2015, p. 19, en especial, p.27, capítulo VI letra d; Lavalle Cobo en Belluscio, Código Civil y leyes complementarias, T. 1 p. 28 N° 12 letra b). a. Montos indemnizatorios.

Sostiene el Dr. L. que todos los montos determinados en la sentencia por los rubros indemnizatorios exceden sobremanera lo peticionado por la actora en la demanda.

De la lectura del escrito de demanda resulta que la actora solicitó el cobro de las sumas que surgían de la liquidación practicada "y/o lo que en más o en menos resulta de las pruebas a rendirse" (ver fs. 40 pto. I). El juez

de grado -mediante un criterio que esta Sala comparte habitualmente- calculó la indemnización a valores actuales. Los intereses los determinó al 8 % anual desde la fecha de la primera cirugía hasta la sentencia excepto el rubro gastos médicos que mandó calcular desde la fecha de cada gasto y hasta el efectivo pago a la tasa activa y en relación a rubro operaciones futuras al 8 % que fijó desde la primera intervención hasta la fecha de la pericia médica y desde entonces al momento del efectivo pago conforme la tasa activa.

Queda claro, por consiguiente, que el juez de grado adoptó un criterio autorizado por la forma en que se había postulado la demanda sin que por ello pueda entenderse afectado el principio procesal de congruencia.

b. Daño estético.

Pide el Dr. L. que se desestime la indemnización por el daño estético toda vez que no es un concepto autónomo y aduce que eventualmente debe ser limitado a supuestos específicos considerando la capacidad productiva del reclamante.

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. c.Dañomoral.

El demandado solicita que se desestime la indemnización por el rubro daño moral o en su defecto se lo reduzca a sus justos límites.

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).

El juez de primera instancia estableció la suma de \$ 375.000 en concepto de indemnización por la calificada como lesión estética y la de \$ 187.500 para reparar el daño moral que consideró existente en la persona de la actora.

Considerada la acumulación de ambos conceptos bajo el rubro daño moral y habida cuenta se trata de cuantificaciones realizados al momento del dictado de la sentencia entiendo que en razón de los padecimientos sufridos desde el momento de la primera intervención y el posterior sometimiento a dos nuevas cirugías infructuosas resulta finalmente ajustada a derecho la ponderación efectuada en la sentencia. d. Gastos médicos.

En cuanto a los gastos médicos petitiona el Dr. L. que se lo rechace o que se lo limite adecuadamente toda vez que se hizo lugar al reclamo en base a inferencias y no a probanzas que la actora debió necesariamente acompañar al proceso.

Los elementos de prueba producidos por la actora y el estudio efectuado por el juez a quo respecto de la deficiente prestación médica desarrollada por el Dr. L. son suficientes para concluir que de nada sirvieron las tres intervenciones quirúrgicas realizadas en los años 2005 y 2006. Es más, el dictamen expone que se ha producido un importante deterioro estético en la apariencia exterior de B.

Entiendo entonces adecuadamente justificada en la sentencia respecto a los honorarios que presumiblemente había satisfecho la actora al demandado para la realización de tales operaciones. e. Operaciones futuras y tratamiento correctivo.

Solicita el apelante que también se desestime el rubro correspondiente a operaciones futuras y tratamiento correctivo. Aduce que hay que considerar si el daño es permanente con lo cual se lo resarce como tal o si es transitorio con lo cual no hay indemnización a otorgar e hipotéticamente se podrían otorgar montos a la actora para hacer frente a nuevas cirugías y tratamientos.

Inquirido el experto para que indicara técnica correctiva a la que debería someterse la actora para subsanar el perjuicio sufrido y el procedimiento y duración de la misma y la probabilidad de éxito aquel contestó que "sería interesante considerar la laxitud de los tejidos subcutáneos y cutáneos de la actora y pensar en una ubicación retromuscular de los implantes con un costo entre \$ 70.0000 y \$ 90.000" (ver fs. 385, pto. 20).

Entiendo que cabe tener en cuenta que al descartarse el concepto de incapacidad estética no por ello debe desmerecerse el derecho de la actora a una reparación por el daño moral producido. El demandado parece creer que por el hecho de que eventualmente se llegue a una mejora de la situación actual de B. se producirá una desaparición que podría denominarse retrospectiva del daño moral. El caso es que este agravio moral se presenta bifronte. Por un lado se procura reparar las molestias que ha padecido la actora por la deficiente prestación médica producida. Tal reparación alcanza en primer lugar a la frustración de las expectativas que dio lugar el demandado mediante la realización de la operación de julio de 2005. A ello se suma que por la deficiente praxis del demandado la actora debió someterse a otras dos operaciones en diciembre de 2005 y en abril de 2006 con un resultado a todas luces incompatible con las exigencias estéticas esperables según lo expuesto por el perito médico Dr.C.

El segundo aspecto a considerar se relaciona con el menoscabo que en el orden de la percepción estética propia ha sufrido la actora con motivo de tratamientos que se remontan a más de 14 años sin haberse logrado que el demandado abonara las sumas necesarias para la eventual reparación del daño causado en las mamas de B. El agravio moral perdura desde el momento de las operaciones hasta el presente con lo cual la reparación futura -si ella pudiera producirse en su integralidad- no borraría el perjuicio sufrido por la actora desde el momento de la operación. No cabe pasar por alto que B. tenía 23 años al momento de la primera intervención quirúrgica (ver fs. 75) con lo cual ha debido soportar desde ese entonces el deficiente aspecto que llevó al perito a considerar inequívocamente configurada una lesión estética en la persona de la actora.

Baste señalar, a modo de ejemplo de las dificultades que padece la actora, que el perito informó que hay sensibilidad en el complejo areola pezón derecho y no en el izquierdo (ver fs. 384, pto. 13). Que esta lesión no le haya impedido la realización de actividades domésticas o productivas (ver resp. a pto. 15 de fs. 384 del peritaje del Dr. C.) no significa que no deba ser considerada al momento de la determinación del agravio moral que estimo indudablemente configurado durante ese lapso y que persiste al menos hasta que se realice la denominada operación correctiva.

III. Finalmente cuestiona el demandado que se hayan fijado los intereses desde el momento del hecho cuando procede desde la fecha de notificación de la demanda pues no hay otra prueba que se hubiere constituido en mora con anterioridad a esa fecha además de que resulta improcedente dicho cálculo sobre gastos aún no realizados.

Esta Sala, a partir de la sentencia dictada en la causa 537.335 del 20-11-09 se orientó por el criterio conforme al cual, en hipótesis como la de autos, los intereses deben correr desde el acto médico que originó el daño que en el caso, como precisé, solo lo es en el sentido de causa inmediata.

Esa doctrina, que también fuera sostenida por la Sala en anteriores precedentes, se funda en que tratándose de una obligación incumplida en forma definitiva, no era necesaria la previa intimación y los réditos deben comenzar su curso desde el momento mismo del hecho (conf. causas 305.369 del 25-10-00, 339.906 del 13-6-02 y 130.1-66 del 19-9-03; Sala "H", en causa 304.453 del 3-4-01, voto del Dr. Dr. Kiper; CNCom. Sala "C", 25-11-98 in re: "Jara, José c/ Sanatorio Guemes SA s/ sumario"; íd., 23-4-99, in re: "Helguero, Hugo c/ Sanatorio Guemes s/ sumario"; íd. sala "E", del 29/9/99, "Pourpour de Navarette c. O.S.D.I.C. s/sum."; ídem, íd. Sala "B", 14-12-2004, in re: "Maillot González, Iris c/ Obra Social

de la Industria del Plástico s/ sumario"; CNCiv. y Com. Fed, sala 2a, causa 7.496, etc.).

Esta postura fue sostenida por relevante doctrina. En tal sentido, Llambías señala que cuando el cumplimiento de la obligación ya no resulta factible por obra del deudor, éste queda por ello constituido en mora. Se prescinde de la exigencia de pago porque en el caso sería estéril. Aquí se ve cómo la interpelación no es un acto ritual, sino una manifestación de voluntad plena de significado substancial en las relaciones de las partes. Por eso es que si el cumplimiento del deudor ha dejado de ser posible, como sería absurdo supeditar la responsabilidad del deudor a la exigencia de un pago ya imposible, se considera que, a todos los efectos jurídicos, el deudor está en mora desde que incurrió en el incumplimiento definitivo de la obligación (conf. Tratado de Derecho Civil-Obligaciones, 2a ed., Perrot, t.I pág.162 n° 131.IV y nota 99; Borda, Tratado de Derecho Civil-Obligaciones, 8a ed., Perrot, t.I pág.73 n°69 y jurisprudencia citada en nota 158; Lafaille Héctor, compilado por Frutos-Arguëllo, Curso de Obligaciones, 1926, t.I, n°120, págs.67/68, con cita de Maynz, Droit Romain, párr. 179, 5ª ed. 1898; Rezzonico, Estudio de las obligaciones en

nuestro Derecho Civil, 6a. ed. 1953, pags. 58/9). Y Salvat añade que en tal caso la constitución en mora del deudor sería un acto inútil y no se ve a qué fin práctico podría responder; ella sería en este caso innecesaria. Por último, señala como fuerte argumento al artículo 889 que convierte la obligación primitiva, sea de dar o hacer, en la de pagar daños e intereses en dos casos: 1º cuando la prestación se hace imposible por culpa del deudor; 2º cuando él es responsable del caso fortuito, sea por haberlo tomado a su cargo, sea por haber sido constituido en mora. Y advierte que en el primer caso, la ley no exige la constitución en mora del deudor (conf. Tratado de Derecho Civil Argentino-Obligaciones en general, ed. La Ley 1946, 5a. ed., t.1 págs.64/5 nos. 106 b) y 107). Y recuerda la nota del codificador al artículo 509, párrafo segundo, caso tercero, con cita de Maynz, II, & 264, pág.39, autor que ha sido la fuente del artículo 509 y su nota, a los que añade a Van Wetter, III, &301, pág.90 y Planiol, II, núm.227, entre otros (ver por todo voto del Dr. Dupuis en la causa citada n° 537.335).

Es por lo expuesto que considero que la totalidad de los réditos deberán devengarse desde el momento mismo del acto quirúrgico que ocasionó el daño excepto la partida correspondiente a los gastos por tratamientos futuros. Si no entiendo mal no se trata aquí de operaciones que debieron hacerse antes, sino de correcciones a las ya realizadas, porque en el particular caso los errores de las anteriores se resarcan con los otros



rubros. Por ello propongo la tasa activa desde la valuación efectuada por el perito.

Propongo entonces que se desestimen las quejas intentadas sobre los accesorios por parte del demandado en lo que hace a la fecha de inicio del cómputo de la tasa con la salvedad indicada. También sugiero que se rechacen las quejas del demandado en lo que hace al empleo de la tasa activa respecto de los gastos médicos efectuados puesto que se trata de sumas cristalizadas a las cuales, como ha sostenido esta Sala, se les debe aplicar dicho método a fin de no perjudicar a la acreedora.

Por las razones expuestas propongo que se confirme la sentencia en todo lo que decide con expresa imposición de costas al demandado L. vencido (art. 68 del Código Procesal).

El Señor Juez de Cámara Doctor GALMARINI dijo:

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, no1865 ter, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995)." (CNCiv. Sala C, julio 19/2002, 'De Luca Marta Susana c/ Marco Marcelo s/ daños y perjuicios', L. 342.818; íd, Sala C, diciembre 6/2004, "Radeschi de 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')" (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. L. coincido con la solución que propone el distinguido colega.

Por razones análogas a las expresadas en el voto del Dr. Racimo, voto en el mismo sentido.

Con lo que terminó el acto. FERNANDO M. RACIMO. JOSE LUIS GALMARINI.

Este Acuerdo obra en las páginas No a No del Libro de Acuerdos de la Sala "E" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Buenos Aires, 16 de marzo de 2020.

Y VISTOS:

En virtud a lo que resulta de la votación de que da cuenta el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de fs. 432/444. Costas de Alzada al demandado L. Se difiere la consideración de los recursos contra las regulaciones de honorarios y la fijación de los correspondientes a esta instancia para cuando obre liquidación aprobada. Notifíquese y devuélvase.

FERNANDO MARTIN RACIMO

JUEZ DE CAMARA

JOSE LUIS GALMARINI

JUEZ DE CAMARA