

Voces: DAÑOS Y PERJUICIOS - MALA PRAXIS - CONSENTIMIENTO INFORMADO - CIRUGÍA ESTÉTICA Y CORRECTORA - IMPUTACIÓN OBJETIVA - DEBER DE INFORMACIÓN - HISTORIA CLÍNICA - MÉDICOS - PACIENTE

Partes: B. M. C. C/ S. N. M. | daños y perjuicios

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario

Sala/Juzgado: Tercera

Fecha: 23-abr-2015

Cita: MJ-JU-M-93372-AR | MJJ93372

Producto: STF,MJ,SYD

Se hace lugar a la demanda de mala praxis médica, ante la falta del deber de informar a la paciente por parte del cirujano plástico demandado.

Sumario:

- 1.-Corresponde apreciar con mayor severidad la conducta diligente del profesional en el caso de las cirugías puramente cosméticas, dada la naturaleza y finalidad que dan origen a estas intervenciones que no están motivadas por una patología.
- 2.-Cuando el resultado que obtiene el cirujano plástico es negativo no incumple su prestación en cuanto al acto médico, empero existe la posibilidad que al profesional se le reproche el haber violado su deber de informar conforme las reglas que impone su profesión, ello cuando surja de manera más o menos incontrastable que la intervención practicada haya sido 'inoficiosa' o 'improductiva'.
- 3.-Ante un supuesto de infracción del deber de información debida al paciente, se produce una imputación objetiva al médico infractor del daño sufrido por aquél, pues el incumplimiento del médico obligado a informar priva al paciente de su derecho de autodeterminación, ejercitando una facultad que tan sólo pertenece al ámbito de la voluntad del enfermo, con lo que el resultado que se produce es la asunción por parte del profesional de todos los riesgos que entraña el tratamiento que se instaura y por tanto, en consecuencia, de los daños que éste provoque.
- 4.-El deber de información es obligatorio en materia de cirugía estética, supuesto en el que comprende también la posibilidad del paciente de obtener una efectiva mejora del aspecto físico, que repercute favorablemente en su vida profesional y de relación; así, en el campo de la cirugía estética el deber de información del médico se extiende también al resultado -consistente en obtener una mejora de su aspecto físico- con la finalidad de permitir al paciente decidir si se someterá o no a la operación.

5.-El carácter completo de la historia clínica es una condición de calidad de los cuidados médicos o de la correcta práctica quirúrgica, de modo que a la hora de juzgar la responsabilidad por los daños producidos, puede ser la clave de la relación adecuada de causalidad.

En la ciudad de Rosario, a los 23 días del mes de Abril de 2015, se reunieron en Acuerdo los Sres. Jueces de la Sala Tercera Integrada de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Dres. Mario E. Chaumet, Dario L. Cúneo y Jorge W. Peyrano, para dictar sentencia en los caratulados "B. M. C. C/ S., N. M. S/ DEMANDA DE DAÑOS Y PERJUICIOS", Expte. N° 56/14, venidos del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 11ra Nominación de Rosario, en apelación de la sentencia N° 3002 de fecha 01 de Noviembre de 2013 obrante a fs. 198/202, y habiéndose efectuado el estudio de la causa, se resolvió plantear las siguientes cuestiones:

PRIMERA: Es nula la sentencia recurrida?

SEGUNDA: Es ella justa?

TERCERA: Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Efectuado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Dres. Chaumet, Cúneo y Peyrano.

A la primera cuestión, dijo el Dr. Chaumet: Los recursos de nulidad interpuestos no han sido mantenidos en esta instancia, por ello y atento no advertir vicio sustancial que autorice la revisión de oficio, voto por la negativa.

A la misma cuestión, dijo el Dr. Cúneo: De conformidad con lo expuesto por el Sr. vocal preopinante, voto por la negativa.

A la segunda cuestión, dijo el Dr. Chaumet: 1. El caso puede sintetizarse del siguiente modo:

1.1. La actora promovió demanda de daños y perjuicios contra N. S. por la suma de \$93.800.- con más intereses y costas.

Sostuvo que para mejorar su imagen decidió someterse a una cirugía estética a los fines de que se le colocaran implantes mamarios.

Dijo que luego de efectuar varias consultas decidió hacer la intervención con el demandado en el "Centro S." de calle Laprida N° 1248 de Rosario, dado la confianza que le tenía por haberse desempeñado previamente como secretaria en dicho lugar.

Relató que con la asistencia de un anestecista -Jorge Baclini- y una ayudante -Alicia Granuzo-, el accionado le practicó la primer cirugía.

Agregó que, a los pocos días de efectuarse la operación la prótesis implantada en el pecho izquierdo, se encapsuló.

Manifestó que fue sometida a una segunda cirugía para reparar los daños causados y que a raíz de una consulta suya y siguiendo el consejo del Dr. S. aprovechó la oportunidad para realizarse una lipoaspiración.

Expresó que al día siguiente de la segunda operación comenzaron nuevamente las complicaciones y

que al despertarse una parte de la cicatriz estaba abierta, razón por la cual tuvieron que efectuarle drenajes en el pecho.

Por último afirmó que como consecuencia de ello le quedó una cicatriz desproporcionada y muy desagradable a la vista, y además, un pliegue que nunca desapareció. Agregó que además del daño físico y la lesión estética, existió una mala colocación de la prótesis izquierda.

Reclamó: a) En concepto de daño patrimonial: por daño físico (incapacidad sobreviniente) \$15.000.-, gastos terapéuticos realizados \$2.000.- y gastos colaterales a los terapéuticos \$2.000.-; y b) en concepto de daño extrapatrimonial: daño estético \$15.000.-, daño psicológico \$20.000.-, gastos de asistencia psicológica futura \$4.800.-, daño de la vida en relación \$5.000.-, daño al proyecto de vida \$5.000.-, daño a la actividad sexual \$10.000.- y daño moral \$59.800.-

1.2.El demandado compareció y opuso excepción de prescripción de la acción atento que la actora fue intervenida el 13/11/1994.

Subsidiariamente contestó la demanda y efectuó una negativa generalizada de los hechos invocados en la demanda. Dijo que la actora se operó con la intención de mejorar su imagen y que lo hizo mientras aún se desempeñaba como empleada en el año 1994.

1.2.1. Al contestar el traslado corrido respecto de la prescripción invocada, la accionante manifestó que los presentes tuvieron como antecedentes jurídicos dos expedientes conexos, uno de aseguramiento de pruebas y otro tendiente a obtener el beneficio de litigar sin gastos, y que en ninguno de ellos se cuestionó la prescripción que pretende hacer valer.

1.3. La sentenciante hizo lugar parcialmente a la demanda. Argumentó que no se imputa directamente acto u omisión alguno culposo al cirujano actuante sino que, mas bien, se describen las consecuencias del acto quirúrgico aludiendo a que fue practicado con deficiente práctica médica y que hubo falta de atención postoperatoria. Agregó que donde sí se advierte una falta y grave del incumplimiento del cirujano actuante es la ausencia de Historia Clínica que constituye uno de los deberes del médico, especialmente del cirujano.

2. Contra dicho decisorio se alzaron los recurrentes e interpusieron recursos de apelación y conjunta nulidad.

2.1. La accionante expresa sus agravios en relación a que la magistrada asumió que la obligación del demandado, al realizar la cirugía estética sobre la actora, era de medio y no de resultado, y sostiene que desde allí comienza a transitar un razonamiento erróneo.

Asimismo se queja de la judicante por cuanto afirmó que la responsabilidad por mala praxis médica es subjetiva, esto es, por culpa y que por ello es que debe evaluarse según las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar. Sostiene que en autos se da la condición de procedencia para atribuir responsabilidad a la demandada.

Continúa agravándose en cuanto la sentenciante sostuvo que no se imputó directamente acto u omisión alguno culposo al cirujano actuante, sino las consecuencias del acto quirúrgico, aludiendo a que fue practicado con deficiente práctica médica y que hubo falta de atención postoperatoria.

Dijo que de la deficiente técnica quirúrgica no cabe otra conclusión que considerar que las complicaciones sufridas por el paciente tuvieron su origen en la irregular conducta del médico demandado, quien omitió en la cirugía y posterior evolución del proceso las diligencias que exigía la situación.

También se queja de la afirmación efectuada por la sentenciante en cuanto a que resulta desfavorable a sus pretensiones el hecho de que, debiéndose realizar una segunda cirugía, la practique con el mismo profesional.

Se queja de que la judicante afirmó que de la pericia médica no surgen elementos que permitan atribuir responsabilidad profesional al demandado, dado que si bien se destaca en la misma como daño más notable que ambos pezones se encuentran asimétricos, de ello no surge que se deba a culpa del demandado.

La recurrente afirma que si el perito médico expresó como salientes esas irregularidades, no cabe otra posibilidad que deducir que provienen de la cirugía y no resultan de una consecuencia natural de cualquier cirugía.

Agravia a la apelante que la juez de grado haya expresado que donde se advirtió una falta grave del cirujano actuante es en la ausencia de historia clínica que constituye uno de los deberes del médico y especialmente del cirujano. Sostiene que esa falta grave debe ser considerada como un indicio que genera la presunción de la responsabilidad del médico.

Continúa agravándose de que la magistrada, no haya tomado en consideración que no existió consentimiento informado y en consecuencia no haya otorgado indemnización por este extremo tal como hizo con la omisión de la historia clínica.

Se queja también en razón que si bien la sentenciante consideró que el profesional actuante obró con negligencia, ello sumado a la inexistencia de historia clínica debió motivar el acogimiento de los rubros reclamados.

La apelante se queja de que la jueza de grado haya desechado la teoría de las cargas probatorias dinámicas, ya que era el médico quien se encontraba en mejores condiciones de acreditar que su trabajo fue realizado conforme a las reglas de una buena praxis médica. En igual sentido se agravia del importe fijado por la magistrada (\$5.000.-) como indemnización para resarcir el incumplimiento del actor de presentar al juicio la historia clínica.

Continúa quejándose de que la judicante no haya otorgado ninguna indemnización en concepto de daño físico, el que surge de la pericia médica realizada en autos y de las fotografías que se encuentran reservadas en secretaría.

Asimismo se queja de que no se le haya otorgado indemnización por el daño psíquico sufrido.

Por último se agravia de que las costas se hayan impuesto en un 70% a cargo de la actora y en un 30% a cargo de la parte demandada.

2.2. El accionado contesta y dice que el cirujano estético no garantiza un resultado por el hecho mismo de la realización de la cirugía, sino de medios, dado que ésta tiene todos los riesgos propios de cualquier intervención quirúrgica. Sostiene que no puede endilgarse al médico una responsabilidad objetiva sino que es subjetiva y, en consecuencia, la culpa debe ser probada.

Expresa que la imputación realizada en cuanto a los actos médicos con relación causal con el resultado dañoso realizados en la demanda, limitan el tema fáctico del debate.

Afirmó también, que en toda cirugía queda una cicatriz porque se efectúan cortes y que las mismas pueden ser más o menos visibles o más o menos viciosas.

Dice el accionado que la actora pretende insólitamente que sea sancionado con una condena pecuniaria más importante por el hecho de que no había historia clínica.

Agrega que la ausencia de consentimiento informado no fundamenta per se el otorgamiento de reparación alguna, como tampoco la ausencia de historia clínica conlleva derecho alguno a indemnización.

En tal sentido sostiene, que el hecho de no presentar la historia clínica, no colocó al actor en un estado de indefensión jurídica y que la sentenciante no otorgó indemnización en concepto de daño psíquico por cuanto no existió culpa.

2.3. El accionado se queja de que la sentencia hizo lugar a la demanda parcialmente y condenó a su parte a abonar la suma de \$5.000.-

Dice que la sentencia incurre en una serie de inexactitudes que la invalidan por cuanto violó el principio de congruencia. Agrega que la actora nunca reclamó pérdida de chance alguna por inexistencia de historia clínica, razón por la cual no integró la litis.

Se agravia de la sentencia en razón que rechazó la tacha de la testigo Carmen Villalba de fs. 101, ya que la testigo dijo ser amiga de la actora y que siempre trabajó como manicura en la casa y a domicilio. Agregó que también se agravia del rechazo de la tacha de la testigo Cynthia B. de fs. 103, por cuanto no da fundamento alguno, lo que ocasiona su nulidad.

2.4. La actora contesta y dice que no hubo agravio sobre la decisión de la sentenciante de otorgar indemnización por inexistencia de historia clínica, sino sólo por el monto, que esta parte consideró exiguo. Dice que la conducta omisiva del demandado lo benefició ya que dificultó la labor probatoria que debía desarrollar su parte.

Afirma que la sentencia no violó el principio de congruencia dado que existe una correspondencia entre lo pretendido y lo otorgado aun cuando haya una disconformidad sobre el monto. En consecuencia, sostiene que no es cierto que el decisorio haya otorgado un rubro no reclamado dado que se persiguió la reparación integral de todos los daños sufridos.

Por último, y en cuanto al rechazo de la tacha de testigos, expresa la accionante que resulta procedente dado que se trató de una declaración veraz. En primer lugar, por cuanto si bien la testigo Carmen Villalba dijo ser amiga, que también tenía una relación comercial y, que aún cuando haya querido que se haga justicia, ello no le quita veracidad a su testimonio. En relación al testimonio de Cynthia B. , dice que se trató de un testimonio necesario ya que provino de la hermana de la accionante, persona que siempre estuvo a su lado.

3. No está controvertido en el caso en consideración que: se trató de "cirugías estéticas", la inexistencia de historia clínica y la falta de consentimiento informado.

A mi entender estas circunstancias resultan relevantes a la hora de considerar los agravios de las partes.

3.1. Si bien existe un enorme consenso en torno a la idea por la cual se afirma que la práctica médica en general supone una obligación de medio, en los casos de "cirugías estéticas", el criterio ha sido vacilante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En ese marco no son pocos los que sostienen 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. Ello implica, que al no mutar la naturaleza de la obligación, le corresponde al actor probar la

culpa del profesional y a éste acreditar su obrar diligente. Sin perjuicio de ello, en el caso de las cirugías puramente cosméticas, dada la naturaleza y finalidad que dan origen a estas intervenciones que no están motivadas por una patología, la jurisprudencia y doctrina exigen apreciar con mayor severidad la conducta diligente del profesional.

Por eso se ha dicho que: "El cirujano plástico que hace cirugía estética embellecedora sin finalidad terapéutica se encuentra también -de manera independiente al matiz de la promesa que haya efectuado- obligado a prestar un servicio diligente, sin que por eso esté comprometido el resultado. Cuando el resultado que obtiene es negativo no incumple su prestación en cuanto al acto médico, empero existe la posibilidad que al profesional se le reproche el haber violado su deber de informar conforme las reglas que impone su profesión, ello cuando surja de manera más o menos incontrastable que la intervención practicada haya sido 'inoficiosa' o 'improductiva'. Un consentimiento informado detallado por escrito es la mejor de las pruebas para ambas partes, debiendo la jurisdicción observar con criterio más que estricto la conducta del profesional que no provea tal instrumento." (Hersalis, Marcelo, Magri, Eduardo O. "Cirugía Plástica. Régimen de la obligación que asume el profesional.", LA LEY 2005-B, 431).

3.2. Por consiguiente, corresponde analizar la responsabilidad del demandado en relación a la ausencia del consentimiento informado. A tales fines me permito transcribir el preciso desarrollo del tema expuesto en una sentencia de la Sala 1ª de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso administrativo de la 1ª Nominación de Río Cuarto en un caso sobre secuelas de cicatrices de una cirugía estética para la colocación de implantes mamarios:

"En el referido derrotero doctrinario se ha sostenido, con indudable acierto, como lo demuestra su reciente recepción normativa, que el alea existente en la ciencia médica, que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes, debe diferenciarse de los riesgos conocidos (y de los daños que pueden producir), por lo que corresponde sean debidamente informados y notificados al paciente o a sus familiares (según sean las circunstancias del caso), suscripto por aquél o por éstos, en cuyo caso 'deberán asir la decisión de "asumir dichos riesgos" (incluida la abstención de la práctica médica)' (Carlos Ghersi y Celia Weingarten, "Diagnóstico médico, asunción de riesgos informados y el valor de la historia clínica", Revista de Derecho de Familia y de las Personas", N° 1 - Septiembre de 2009, págs. 200/201, Editorial La Ley)." en: ("P., M. A. v. H., M. y otro", 30/07/2010, Abeledo Perrot n°: 70063184).

También se especificó: "Desde diversas ópticas, la doctrina y la jurisprudencia, nacional y extranjera, sostienen que la omisión de proporcionar la debida información en las condiciones apuntadas precedentemente, determinando la obtención de un consentimiento viciado, obliga al médico a resarcir el perjuicio sufrido por el paciente. Así se ha dicho que 'ante un supuesto de infracción del deber de información debida al paciente, se produce una imputación objetiva al médico infractor, del daño sufrido por aquel . el incumplimiento del médico obligado a informar . priva al paciente de su derecho de autodeterminación, ejercitando una facultad que tan sólo pertenece al ámbito de la voluntad del enfermo, con lo que el resultado que se produce es la asunción por parte del profesional de todos los riesgos que entraña el tratamiento que se instaura y por tanto, en consecuencia, de los daños que éste provoque . existe una relación de causalidad entre la actuación negligente del médico en este caso, el cual incumple el deber de informar debidamente al paciente sobre las consecuencias y riesgos que pueden derivarse del tratamiento o intervención a la que el mismo va a ser sometido, y los daños que finalmente sufre . como consecuencia de dicho tratamiento o intervención quirúrgica . las consecuencias derivadas para el profesional médico . (son) las mismas que las que se derivan de su falta de pericia en la práctica médica . La omisión de un consentimiento previo y suficientemente informado acerca de los riesgos inherentes a la intervención determina la asunción de los riesgos por el facultativo y, con ella, su responsabilidad por los daños en que pudieran materializarse' (el resaltado me pertenece; Federico Tallone, "Ausencia de consentimiento informado.- Implicancias ." ya citado, pág. 220/221).- El incumplimiento de la obligación de información, "en cualquiera de las "oportunidades

terapéuticas" en que debió informar, en sí mismo es un incumplimiento con atribución de responsabilidad objetiva" (Carlos Gherzi y Celia Weingarten, "Diagnóstico médico, asunción de riesgos informados .", artículo y publicación ya citados, pág.203). Citando un pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Zaragoza, López Mesa destaca que "el consentimiento del paciente ha de ser emitido con adecuada información previa de la intervención que se va a hacer y de los riesgos que conlleva . de forma que si así se hace, los riesgos quedan asumidos por el paciente que consiente y, de lo contrario, el facultativo asume el riesgo por sí solo" (el énfasis es mio; "La falta de información como fuente de la responsabilidad de los profesionales", Revista Derecho de Daños 2007 - 2, pág. 239, Editorial Rubinzal Culzoni; Trigo Represas - López Mesa, "Tratado de Derecho Civil .", obra y tomo citados, pág. 319/320; en similar sentido Viviana Gasparotti, "La omisión del deber de informar ." ya citado, misma publicación, pág. 276).- Refiere Plaza Penadés que "la falta de información es por sí sola fuente de responsabilidad civil para el médico, si por la falta de información se produce . el resultado previsible aunque infrecuente del que no se informó" ("El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria", pág. 73, citado por Trigo Represas y López Mesa en "Tratado .", obra y tomo ya citados, pág. 321). Por su parte Vázquez Ferreyra, citando a Fraga Mandián y Lamas Meilán, destaca que "La Corte de Apelaciones de Rouen, en sentencia del 17 de marzo de 1993, condenó a un cirujano estético que facilitó una información insuficiente sobre los riesgos y secuela de una tercera intervención estética, cuando en este campo la información debe ser particularmente rigurosa y comprender no sólo los riesgos normales y graves, sino también los benignos y excepcionales. Sostiene el fallo que un cirujano, que no ha cometido ningún fallo personal, puede, sin embargo, incurrir en responsabilidad profesional por haber faltado a su deber de información al paciente (Fraga Mandián - Lamas Meilán, "El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica", pág.99)" (Vázquez Ferreyra, "El consentimiento informado en la práctica médica" en "Código Civil ." ya citado, pág. 824). Refiere igualmente que "más reciente en el tiempo encontramos el fallo de la Corte de Casación Civil de Italia, Sección III, de fecha 6 de octubre de 1997 en la causa "Finocchiaro, Clelia".- En dicha sentencia, entre otras consideraciones, se lee: . El citado deber de información es obligatoria en materia de cirugía estética, supuesto en el que comprende también la posibilidad del paciente de obtener una efectiva mejora del aspecto físico, que repercuta favorablemente en su vida profesional y de relación . en el campo de la cirugía estético ca, el deber de información del médico se extiende también al resultado (consistente en obtener una mejora de su aspecto físico) con la finalidad de permitir al paciente decidir si se someterá o no a la operación . las importantes e inevitables cicatrices que quedaron en el cuerpo de la paciente evidencian un daño resarcible, si no se le informó previamente acerca de ellas.- Ello, en tanto la violación del deber información califica como daño a la integridad física a las consecuencias aún inevitables de la operación (Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año I, N° 3, mayo-junio de 1999, pág. 245)" (aporte en obra citada, pág. 824). Ya en nuestro país, en el decisorio citado supra, la Corte Suprema de Justicia de Mendoza se ha pronunciado recientemente en igual sentido, sosteniendo que "aún cuando el profesional no hubiese incurrido en negligencia o torpeza, puede igualmente generarse responsabilidad por los daños, si el médico hubiese actuado sin el consentimiento informado. Desde esta óptica, el concepto de mala praxis médica incluye no sólo la negligencia o la torpeza en la realización del tratamiento o práctica, sino también en realizarla sin haber anticipado al paciente los datos suficientes para que éste pudiese prestar su consentimiento informado" (31/03/2008, La Ley Gran Cuyo 2008 (junio), pág.460)." (Ibídem).

Tratándose de una cirugía estética, coincido plenamente con las posturas reseñadas. El deber de información impuesto a los facultativos adquiere particular relevancia tratándose de cirugías con fines de embellecimiento, en las que debe satisfacerse de una manera prolija y pormenorizada, y comprende, no sólo los riesgos normales y graves, sino también los benignos y excepcionales (CNCiv., sala E, Páez de Tezanos Pinto, Ana M. c. Otermin Aguirre, Julio, 20/09/1985, La Ley, 1986-A, 469, DJ 1986-2, 12, ED, 117, 244, AR/JUR/991/1985). De allí que en estos casos la falta de información es fuente de responsabilidad civil para el médico, si por ella se produce el resultado previsible, del que no se informó.

En este sentido este mismo Tribunal (con diversa integración) en un caso análogo sostuvo: "Por lo demás en autos no se encuentra siquiera discutido que dichas cicatrices aparecieron con posterioridad a la cirugía que realizara la demandada y como consecuencia de dicha intervención. Sentado lo anterior, cabe agregar que no se encuentra en autos constancia que el demandado hubiera informado a la actora las posibles complicaciones de la intervención estética que la misma pretendía realizarse y sus posibles secuelas, tal como la que aconteciera. Ello así si el demandado hubiera brindado el correspondiente consentimiento informado advirtiéndole a la actora que la cirugía que pretendía realizarse con fines únicamente estéticos podría causarle tal secuela, ello podría haber sido evaluado por la accionante". (caso "Charramiendieta", acuerdo 154/13, 30-06-13).

En atención al argumento sostenido en la sentencia sobre el consentimiento presunto que habría prestado la actora al admitir una segunda cirugía, con razón se ha dicho que: "A los fines de tener por acreditado el consentimiento informado, no cabe presumir que la actora haya estado debidamente informada de las posibles consecuencias de una nueva cirugía estética, toda vez que el accionado debió cerciorarse de ello y asentarlo en la historia clínica, pues, dada la existencia de complicaciones anteriores, lo que cabe presumir es que la damnificada accedió a la intervención quirúrgica ante la promesa de una mejoría en su situación." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, C. T., A. B. c. M., M. S., 24/10/2005, JA 2006-I, 693).

3.3. Reiteradamente se ha indicado que el carácter completo de la historia clínica es una condición de calidad de los cuidados médicos o de la correcta práctica quirúrgica, de modo que a la hora de juzgar la responsabilidad por los daños producidos, puede ser la clave de la relación adecuada de causalidad (Vázquez Ferreyra, R., "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina" pág. 223 y stes.). Se agrega que su carencia podría constituirse en una violación al deber de colaboración procesal que no favorece el análisis de la conducta que se juzga. (Lorenzetti, Ricardo, "Responsabilidad Civil del médico y establecimientos asistenciales", en "Derecho de Daños", edit. La Rocca, 1989, pág. 527; Kemelmajer de Carlucci, A., "Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica", en J. A. 1992-tomo II, pág. 815/824).

Consiguientemente "el médico no sólo se desobliga invocando y probando el caso fortuito, el hecho de un tercero, o el hecho de la víctima -culpable o no- como causante del daño, sino que se libera también demostrando su obrar diligente. Dicho de otro modo, si no es posible acreditar de manera inequívoca la relación adecuada de causalidad entre el daño y la atención médica reprochada, pues resulta jurídicamente irrelevante indagar sobre la pericia, diligencia o prudencia del obrar médico; pero si el resultado es fácticamente atribuible a la conducta médica, pues en ese contexto el médico debe defender su obrar y aportar toda la prueba a su alcance para acreditar que lo hizo sin culpa, y que por tanto el evento dañoso se produjo a pesar de haber cumplido él con su deber. Precisamente he aquí donde, para uno y otro campo de análisis de la cuestión, cobra extremo valor la historia clínica como instrumento donde el médico registra toda la labor diagnóstica, terapéutica y de control o seguimiento llevada a cabo para con el paciente; resultando -por tanto y en la inmensa mayoría de los casos- la prueba por excelencia del proceso, toda vez que la pericia médica, de vital importancia, se apoya en las evidencias allí contenidas." (Acevedo, Rafael A., "El valor probatorio de la historia clínica a la luz de dos recientes pronunciamientos, y la relación adecuada de causalidad como presupuesto infranqueable", RCyS 2012-IV, 211).

Específicamente, en cuanto a los medios probatorios en los casos de daños y perjuicios por intervenciones de cirugía estética, adquiere especial importancia la prueba documental y, fundamentalmente, la historia clínica. (Fernández Madero, Jaime, "El daño en intervenciones de cirugía plástica", La Ley 2002-C, 920).

3.4. En el caso en análisis el perito médico informó que: "existen cicatrices en ambas mamas, las dos subareolares, en semiluna, de aproximadamente 10 cm. de longitud y de 1mm de ancho para la

derecha y entre 1 y 3 para la izquierda. Ambas cicatrices son visibles, si se las mira con detenimiento, siendo en la mama izquierda un poco mas notable, sobre todo en la parte externa de la cicatriz que llega a los 3 mm." Agregó que es muy probable que la cicatriz haya sido producto de la colocación de prótesis mamarias, ya que presenta prótesis en ambas mamas y no tiene otras cicatrices. Asimismo expuso que: "Ambas mamas presentan a la inspección ocular un ligero aumento de tamaño de la mama izquierda, probablemente entre un 10 a 20%, presentando un pliegue a la altura de la axila que no se ve en la contralateral y que ambos pezones se encuentran asimétricos, ya que uno, el derecho que está mas bajo, apunta francamente hacia abajo y hacia fuera y el izquierdo (en esa línea imaginaria horizontal el pezón es ésta, se encuentra a la altura del inicio del borde superior de la areola contralateral) ligeramente hacia adelante y afuera. Si se observa con detención se podrá advertir ambas cicatrices subareolares, siendo la izquierda un poco mas manifiesta." (fs. 164 y 165).

Por su parte la perito psicóloga informó que "la falta leal de respuesta, por parte del médico practicante de la cirugía, aumentó la sensación de desconfianza y cautela que la Srta. B. tiene ante su contexto social en general, .que las fallas cognitivas, de las que también se diera cuenta con anterioridad, se ven acrecentadas por la influencia de los afectos experimentados a causa del hecho que nos compete." Agregó que como consecuencia del hecho presenta depresiones neuróticas o reactivas de nivel moderado (fs. 130 y sgtes.).

3.4.1. Cabe destacar que en su ampliación de pericia el médico interviniente sostuvo que "con relación a las cicatrices, estas son propias de la cirugía, aceptadas por la actora al realizar la misma". Con relación a su afirmación sobre la aceptación de la actora, el perito no da razón de su conclusión la que por otra parte, no se corresponde con el resto de las constancias de estas actuaciones.

3.4.2. Tal como se ha señalado, la cuestión que aquí se plantea con relación a la responsabilidad atribuida al médico, se apoya, fundamentalmente, en la ausencia de la información adecuada que debió realizar el facultativo como así también en la ausencia de historia clínica.

3.4.2.1. Cómo se ha señalado en casos análogos los pacientes, en intervenciones quirúrgicas como la de autos, deben ser advertidos de las cicatrices que siempre quedan en este tipo de operaciones. También se ha destacado que se debe detectar cualquier tipo de problema psicológico en el paciente que se traduzca en una irrealidad en cuanto al alcance y la limitación de la cirugía y que cause cualquier clase de queja injustificable. De allí que antes de plantear una cirugía de esta clase, el galeno debe escuchar atentamente las quejas y determinar su nivel de expectativas, puesto que resulta importante informar la existencia, ubicación y tamaño de las cicatrices, ya que algunas personas rechazan la cirugía sorprendidos por la magnitud de la cicatriz necesaria para su corrección. (CNCiv, SalaF, "C. L. A. c. P. L. C. A. y otros s/ daños y perjuicios", 27/02/2014, DJ18/06/2014, 86).

3.4.3. En el caso, estaba a cargo del médico demandado, el demostrar el cumplimiento de su obligación de obtener de la actora el consentimiento informado para la cirugía plástica realizada. Al no brindarle a ésta la información relativa a las previsibles complicaciones que en definitiva surgieron, el mencionado profesional asumió los riesgos respectivos y por tanto la responsabilidad, de resarcir los daños causados, en el caso, configurado por aquellas complicaciones previsibles aunque no prevenibles e inevitables. Por lo tanto la omisión en cuestión, voluntaria o negligente, importó, particularmente tratándose de cirugías plásticas embellecedoras, que el demandado tomó a su cargo las consecuencias de la omisión.

En definitiva, aun cuando el demandado a modo defensivo destaque que la técnica utilizada era la adecuada, que las cicatrices son el modo de reacción del cuerpo, no debe dejar de advertirse que la omisión de información impidió que la paciente pudiera tener la libertad de elegir y, en todo caso, de intervenir quirúrgicamente, sumándole a ello que la validez de su conclusión también se ve afectada ante la privación de historia clínica.

3.5. La actora ha expuesto en su demandada que sufrió diversos daños: daño físico, gastos terapéuticos, estético, psicológico, asistencia psicológica futura, daño a la vida de relación, daño al proyecto de vida.

En este sentido, corresponde señalar que en reiterados pronunciamientos este Tribunal, siguiendo a la profesora Matilde Zavala de González, ha considerado que "la lesión entraña una afectación de determinada esfera de la persona." mientras que "el daño versa sobre las concretas consecuencias o efectos disvaliosos. en el producto o resultado negativo de la violación del derecho, bien o interés de la víctima". En otras palabras, hay lesiones a la integridad psicofísica de las personas que pueden ser de orden estético, psíquico, relacional, físico, que a su vez podrán ser transitorias o permanentes y estas lesiones pueden ser fuente de daño material o daño moral o de ambas cosas a la vez; vgr. la lesión estética disminuye la "chance" laboral del individuo y a la vez es fuente de sufrimiento y pesares. o puede ser sólo de esto último sin repercusión patrimonial, por lo que el daño resarcible no será el perjuicio estético en si mismo considerado, sino el daño moral o patrimonial que tiene origen el aquél.

En consecuencia, las distinciones del recurrente no importan, desde esta perspectiva, una multiplicación de un solo y único daño, sino un catálogo descriptivo de las diversas lesiones sufridas, cuyo acogimiento depende de la prueba que se produjo y, especialmente en el caso, de los criterios para cuantificarlos.

3.4.2.2. Cabe a su vez destacar que el límite de la decisión de este Tribunal, está dado por los agravios de las partes. En su expresión de agravios, la actora sólo hace referencia al daño físico, lesión en los sentimientos y daño psíquico.

3.5. Si bien no se me escapa que, tal como se ha especificado, se ha hecho referencia a que la cirugía que se le practicara a la actora puede dejar una cicatriz, lo cierto es que también surge en el caso, que aquella intervención produjo daños que carecieron de la debida información al momento de decidir la intervención. De allí, que proceda atender a esta circunstancia al medir los daños.

3.5.1. En virtud de ello, para la cuantificación del daño material cabe tener en cuenta la descripción de las lesiones físicas y psicológicas, (lo expresamente expuesto en el punto 3.4.1. y en el párrafo precedente), la edad de la víctima, su estado civil y su ocupación. Entendiendo todo lo precedente, se fija como monto indemnizatorio por el presente rubro, la suma de \$20.000.-

3.5.2. En lo relativo al daño moral, corresponde otorgar una indemnización por las lesiones sufridas como consecuencia de la cirugía estética, pues, resultan indudables los padecimientos por los que ha debido atravesar la actora, si se considera que se sometió a dicha cirugía para embellecer su imagen, con el afán de mejorar su estética y obtuvo como resultado una discapacidad permanente que desconocía a la hora de adoptar dicha decisión. La compensación pecuniaria por dicho padecimiento espiritual es de naturaleza resarcitoria y no debe necesariamente guardar una proporción equivalente con el daño patrimonial. En virtud del daño material sufrido por la víctima en relación a las circunstancias ya mencionadas, corresponde fijar una indemnización de \$20.000.-

3.5.3. Se entienden congruentes estos montos, no sólo con los hechos probados sino también con el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido que ".el valor de la vida humana no debe apreciarse en criterios exclusivamente económicos. No se trata de estimar en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de la víctima, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquellas o su capacidad de producir bienes económicos con su trabajo. Las manifestaciones espirituales insusceptibles de medida económica integran también el valor vital de los hombres" (Fallos 292, pág. 428; La Ley 1988-A 217).

Asimismo, dichos montos son congruentes con los fijados para casos análogos y con la metodología

utilizado para determinar la cuantificación de los daños por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Badín" actuando como Tribunal de instancia originaria (J.A. 1995, IV, ps. 142 y ss.). Por otra parte, no surge de lo expresado por la recurrente datos mensurables que permitan apartarse de los parámetros habituales para la determinación de los montos.

3.6. En materia de intereses esta Sala viene sosteniendo en numerosos pronunciamientos (entre otros, T°IX- F°317/319 N°43 de fecha 27/02/09: "AMARANTI MONICA C/ CIA. FINANCIERA ARG. SA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - DEMANDA SUMARISIMA, Expte. N° 90/08), que la tasa de interés a aplicar debe ser, para casos como el presente, la activa sumada.

Sentado ello, cabe destacar que en el Plenario "Samudio", el voto de la mayoría sostuvo que: ".La tasa de interés (activa) fijada debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido.".

El motivo de la salvedad, reiterado en la mayor parte de los votos, es que si se fija el capital a valores actuales (digamos, a la fecha de la sentencia), y si la tasa contempla la depreciación de la moneda, entonces tenemos una doble actualización. En otras palabras, según el plenario, cuando el capital está dado en valores actuales, no corresponde aplicar una tasa que no sólo retribuye el uso del capital, sino que intenta recomponer el capital mismo. Y si el capital está fijado a valores actuales, no hay nada que recomponer (Barbero, Ariel E., Interés moratorio: se vuelve a la buena senda. Plenario de la Cámara Civil de la Capital, LL 04/05/2009, 5).

Dentro de este orden de ideas, la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Rosario In Re: "Calabrese, Sandra y Otros c/ AUFE S.A.C. s/ Daños y Perjuicios", (Acuerdo n° 443, 10/11/09) descartó expresamente la aplicación del Fallo "Samudio" toda vez que el capital indemnizatorio fue fijado a valores actualizados a la fecha de la sentencia apelada. En este aspecto, señaló que ".precisamente se ha entendido, en juicios por daños y perjuicios como el de autos donde se fijaron valores actualizados a la fecha del fallo apelado, que cuando los valores admitidos en una acción de daños y perjuicios se encuentran fijados al momento de la sentencia, la tasa activa establecida en el plenario Samudio, no puede aplicarse desde la fecha pretendida porque existiría un enriquecimiento indebido a favor del acreedor en detrimento del deudor, al computarse dos veces la misma desvalorización monetaria, razón por la cual se aplicó una tasa de interés puro del 6% anual desde el hecho hasta la sentencia.".

La jurisprudencia ha dicho que ".en una acción de daños y perjuicios, corresponde que al monto de condena se aplique una tasa de interés del 8% anual, desde la mora y hasta el dictado de la sentencia de primera instancia, y desde allí y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, en tanto en dicho decisorio la suma indemnizatoria fue fijada a valores actualizados." (CNCiv., Sala A en autos: "Rojas, Alicia Susana y otro c/ Sanatorio Modelo Adrogué S.A. y otros", La Ley Online, AR/JUR/4074/2011).

Habiendo sido el capital debidamente integrado, reparado, y actualizado a la fecha del Acuerdo, el interés a otorgarse debe tener por finalidad únicamente reparar la demora en el pago.

En virtud de lo precedentemente expuesto, y de conformidad con el criterio que viene manteniendo esta Sala (ver Protocolo) resulta justo que desde la fecha del hecho generador de responsabilidad y hasta las de la cuantificación de los respectivos daños se debe aplicar una tasa de interés pura del 8% anual.

Sin perjuicio de ello, se deberá tener en cuenta al momento de liquidar los mismos, que esta Sala viene estableciendo un tope del 30% anual comprensivo de compensatorios y punitivos. Se tiene especialmente en cuenta para llegar a tal pauta, el marco temporal de devengamiento de intereses.

Más allá de lo expuesto, se deja a salvo la facultad morigeradora del Tribunal si en virtud de circunstancias sobrevinientes la aplicación de dicha tasa pudiera tornarse abusiva.

3.7. Con relación a los agravios de la parte demandada, referidos al rechazo de sus tachas a las testimoniales corresponde no hacer lugar a los mismos. Respecto a la testigo Villalba dice, sin justificar sus dichos, que mintió y agrega que era amiga de la actora. Hemos sostenido que se debe apreciar el mérito de la tacha en cada caso, (sin distinguir entre reglas absolutas y relativas) según las circunstancias y las citadas reglas. Por eso no se han admitido tachas de testigos por la sola calidad de amigo de una de las partes; ni porque manifieste, en términos generales, que tiene interés en que gane el juicio el actor; o la sola relación de dependencia en los juicios laborales o el hecho de ser amigo o pariente en los juicios de divorcio (en: "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe - Análisis doctrinario y jurisprudencial", dirigido por Jorge W. Peyrano, Rosario Juris 1.996, tomo I, comentario a los arts. 220 y sgtes.).

En lo vinculado a la testigo B. no especifica el recurrente los motivos de la tacha. Por otra parte, reiteradamente ha sostenido esta Sala que corresponde desestimar el recurso de nulidad cuando los agravios vertidos sobre la misma pueden atenderse por vía de la apelación, ya que "el criterio para admitir el recurso de nulidad debe ser estricto, limitando su procedencia a los casos en que no sea posible reparar el agravio mediante la apelación. Si el perjuicio puede subsanarse mediante apelación, parece razonable evitar el inútil rodeo de la nulidad".

En virtud de ello corresponde desestimar los agravios con costas (art. 251 C.P.C.C.).

3.7. De conformidad con lo ya expuesto las críticas vinculadas con la condena por pérdida de chance por la inexistencia de historia clínica carecen de relevancia, lo que torna abstracto el tratamiento de los planteos.

Voto pues por la negativa.

A la misma cuestión, dijo el Dr. Cúneo: Compartiendo los argumentos expuestos por el Dr. Chaumet, adhiero a su voto.

A la tercera cuestión, dijo el Dr. Chaumet: 1. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, condenando a la demandada a pagar a la actora dentro del término de veinte días a contar desde que quede firme la presente, la sumas e intereses fijados en los considerandos. 2. Imponer las costas a la demandada en ambas instancias. (art. 251 del CPCC). 3. No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la resolución que rechaza la tacha de testigos con costas (art. 251 del CPCC). 4. Fijar los honorarios profesionales de alzada en el 50% de los que, en definitiva, resulten regulados en primera instancia.

A la misma cuestión, dijo el Dr. Cúneo: El pronunciamiento que corresponde dictar en los presentes autos, es el que formula el Dr. Chaumet. En tal sentido voto.

Seguidamente, dijo el Dr. Peyrano: Habiendo tomado conocimiento de los autos, y advirtiendo la existencia de dos votos coincidentes en lo sustancial, que hacen sentencia válida, me abstengo de emitir opinión (art. 26, ley 10.160).

Con lo que terminó el Acuerdo, y atento sus fundamentos y conclusiones, la Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial integrada;

RESUELVE: 1. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, condenando a la

demandada a pagar a la actora dentro del término de veinte días a contar desde que quede firme la presente, la sumas e intereses fijados en los considerandos. 2. Imponer las costas a la demandada en ambas instancias. (art. 251 del CPCC). 3. No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la resolución que rechaza la tacha de testigos con costas (art. 251 del CPCC). 4. Fijar los honorarios profesionales de alzada en el 50% de los que, en definitiva, resulten regulados en primera instancia.

Insértese, hágase saber, bajen y déjese nota marginal de esta resolución en el protocolo del juzgado de origen. ("B. M. C. C/ S., N. M. S/ DEMANDA DE DAÑOS Y PERJUICIOS", Expte. N° 56/14)

CHAUMET

CÚNEO

PEYRANO

(ART. 26, LOPJ)