

**“V. M. J. M. C/ J. L. Y Otros S/ Daños Y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos Y Aux” –
CNCIV – SALA E – 28/12/2011**

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los veintiocho días del mes de diciembre de dos mil once, 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: “V. M. J. M. C/ J. L. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - RESP. PROF. MÉDICOS Y AUX”, respecto de la sentencia corriente a fs. 1176, 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 CALATAYUD. RACIMO. DUPUIS.//-

El Señor Juez de Cámara Doctor CALATAYUD dijo:

No se encuentra controvertido en autos que en ocasión de efectuar el co-demandado Dr. L. J. 7 de junio de 2007 un procedimiento en su consultorio en razón de que la actora presentaba en su mejilla izquierda un lentigo solar, al aplicarle sobre la lesión un tópico con ácido tricloroacético (TCA) al 33%, se derramó parte de la solución quedándole una cicatriz vertical y lineal permanente e irreversible de 8 cms x 0,5 cms en la zona inferior de la referida mejilla, que cruza la rama horizontal de la mandíbula inferior con un ensanchamiento en el extremo superior que llega a 1,2 cms y en forma circular, sin flogosis, sin hipotrofia y sin alteración funcional. Lo que sí está discutido es si la aludida lesión y su correspondiente secuela se deben a la mala praxis del profesional interviniente -como sostiene V.-, o si, por el contrario, se produjo -como entiende el demandado- como consecuencia de un movimiento brusco e imprevisto de la paciente, lo que acarrió un corrimiento hacia abajo del líquido que el algodón no llegó a absorber en su totalidad (ver fs. 587 vta.)-

La señora juez de primera instancia, en la sentencia de fs. 1176/93, examinó con detenimiento las distintas relaciones jurídicas que vinculan a las partes, que han sido extensamente desarrolladas y que no () han merecido agravio alguno de ellas. Por tanto, omito expresamente referirme al punto y me limitaré, por ende, a examinar las constancias probatorias obrantes en autos, a fin de determinar si ha existido o no mala praxis profesional del médico interviniente y, a partir de allí, verificar si la sentencia llega a un resultado correcto en orden a la responsabilidad atribuida al Dr. J. y a la obra social a la que pertenece.-

En dicho pronunciamiento, la magistrada analizó especialmente la prueba pericial médica llevada a cabo en estos obrados por el experto designado de oficio, Dr. R. L. G. O., coincidente -según su criterio- con las conclusiones alcanzadas por los Médicos Forenses que actuaran en la causa penal sustanciada, para concluir en la responsabilidad del demandado, señalando además que la relación causal no sólo está vinculada a la imputación que se hace al autor del hecho, sino también de las que se derivan de la actuación de la cosa que estaba a su cargo, de manera que es posible fundar un régimen de responsabilidad contractual por el hecho de las cosas, basado en un implícito deber de

seguridad o garantía a cargo de quien se vale de ellas. Sostuvo que por un camino o por el otro, la referida imputación proviene o bien de un defecto de control del profesional demandado al momento de aplicar el ácido o de un vicio o defecto no advertido por él. La responsabilidad subjetiva por culpa en este caso -afirmó- se presume y estaba a su cargo la prueba de que el daño tuvo su causa -como sostuvo desde un principio- al accionar de la propia víctima. En suma, hizo lugar a la demanda y condenó a los demandados al pago de la suma de \$ 86.741,34, con más intereses a la tasa activa prevista en el plenario "Samudio" desde la fecha en que se produjo cada daño objeto de reparación y las costas del juicio.-

Contra dicha decisión se alzan la demandante, quien considera exiguos los montos indemnizatorios por incapacidad sobreviniente, daño moral y tratamiento psicológico (ver fs. 1215/17);; el Dr. J. y su aseguradora por la responsabilidad que se le endilga, los montos indemnizatorios y la tasa de interés y el momento a partir del cual se produce la mora (ver fs. 1219/23) y "Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A.", por estimar elevados los importes de las partidas por lesión estética, tratamiento psicoterapéutico y daño moral, así como también por la tasa de interés fijada (ver fs. 1228/34).-

Tal como describiera la primer sentenciante, la pericia del Dr. G. O. es contundente en el sentido de que ha existido un obrar negligente del médico demandado. Así lo concluye cuando, después de describir la lesión que presentaba V. y que el empleo del ácido aplicado es de uso común en dermatología para el tratamiento de la afección, afirma que en el caso de autos fue excesiva, causando más daño que el requerido. La sustancia usada -ácido tricloroacético- es muy fuerte en comparación con otras (salicílico), por lo que su acción es más penetrante e intensa. Por ello, se debe ser muy cuidadoso con la cantidad a usar y el tiempo que se lo deja actuar. Señala que es correcto asumir que se colocó una cantidad mayor a la usual y se permitió que actúe más tiempo del requerido, por lo que la quemadura fue más profunda de lo necesario. Concretamente, el corrimiento de la sustancia se produjo por aplicar una cantidad superior a la indispensable (ver fs. 798/804).-

Cuando contesta los puntos de pericia del demandado, refiere que el procedimiento observado es el adecuado, pero destaca que la utilización de TCA al 33% es riesgoso por su agresividad potencial, y debe usarse en un lapso prudencial para que no siga quemando la piel. Asegura que en el caso se tradujo en una quemadura por excesiva exposición al ácido, por lo que no se observó las reglas de la ciencia y el arte de curar (ver fs. 851/52).-

Estas conclusiones ya no merecieron observación contundente alguna sobre la cuestión acerca de la responsabilidad galénica de los interesados (ver presentaciones de fs. 868 y 869), por lo que deben ser aceptadas. Es que, como decidiera esta Sala si bien el perito es un auxiliar de la justicia y su misión consiste en contribuir a formar la convicción del juzgador, razón por la cual el dictamen no tiene, en principio, efecto vinculante para él (art. 477 del Cód. Procesal; CNCiv. esta Sala, en E.D. 89-495 y sus citas), la circunstancia de que el dictamen no obligue al juez -salvo en los casos en que así lo exige la ley-, no importa que éste pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo, en tanto la desestimación de sus conclusiones ha de ser razonable y fundada (conf. fallo citado y votos del Dr. Mirás en causas 34.389 del 9-2-88 y 188.579 del 26-3-96 y, en el mismo sentido, CNCiv. Sala "D" en E.D. 6-300; Colombo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado, 4a. ed., t. I pág. 717 y nota 551).-

Es por ello que, en forma congruente y tal como ha destacado la magistrada con cita de precedentes de este tribunal, ha adherido a la doctrina según la cual aun cuando las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, cuando el informe comporta -como en el caso- la apreciación específica en el campo del saber del perito -conocimiento éste ajeno al hombre de derecho-, para desvirtuarlo es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado

uso que el experto hubiese hecho de sus conocimientos técnicos o científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado (conf., entre muchas otras, causas 21.064 del 15-8-86, 11.800 del 14-10-85, 32.091 del 18-12-87, 131.829 del 29-7-93 y 169.102 del 6-6-95).-

Por consiguiente, para que las observaciones que pudiesen formular las partes puedan tener favorable acogida, es menester aportar al expediente probanzas de similar o mayor rigor técnico o científico que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en el peritaje (conf. arts. 386 y 477 del Cód. Procesal; Palacio, Derecho Procesal Civil, t. IV pág. 720; CNCiv. Sala "C" en L.L. 1992-A-425; Sala "H" en L.L. 1997-E-1009 n? 39.780-S), pruebas que, al no haber sido incorporadas al proceso, permiten concluir de la manera anticipada.-

Ello se ve aún más claro si se tiene en cuenta lo que resulta de los peritajes llevados a cabo en la causa penal agregada por cuerda. En efecto, en un primer momento, el Dr. Luis M. Ginesin -integrante del Cuerpo Médico Forense-, señaló que, si bien la sustancia química empleada es apropiada y correcta para la afección que presentaba la actora, su aplicación puede generar lesiones mayores a la buscada si se deja actuar más tiempo del necesario sin neutralizar o en concentración mayor a la indispensable teniendo en cuenta la idiosincrasia o sensibilidad del paciente. Es verosímil desde el punto de vista legal que la lesión fue producida por el efecto del ácido aplicado como agente terapéutico (ver fs. 113/14 de dichos obrados).-

Más adelante, a fs. 230/35 de esa causa, dicho profesional y el Dr. G. Blanco -también integrante del cuerpo de peritos oficial-, concluyeron que en el caso no era posible determinar fehacientemente y en forma indubitable si existió error en la conducta médica, aunque sí es indudable el nexo causal entre la lesión y el procedimiento. Es que pudo haber existido demora en el neutralizado del ácido, error en la concentración, topicación con hisopo embebido con exceso y contacto con la piel sana, o movimiento brusco involuntario del paciente.-

Esta última circunstancia -como viéramos al principio- es la que alegara el Dr. J. en su escrito de responde y no obstante, como destacara la juez, ninguna prueba trajo para acreditarla y debe, por tanto, ser descartada.-

Más allá de que el peritaje se llevó a cabo en sede represiva, donde está en juego la libertad de las personas y se debe ser más cauto al dictaminar, queda en pie, por consiguiente, la conclusión no controvertida a la que llegara el Dr. G. O. en los presentes obrados, en orden a la negligencia en que habría incurrido el profesional dermatólogo para tratar el lentigo solar que tenía su paciente, por lo que su responsabilidad resulta incontrovertible.-

De todas maneras, es dable destacar, sólo a mayor abundamiento, que estamos en presencia de un procedimiento médico de naturaleza típicamente estético. Ello establecido, esta Sala ha tenido oportunidad de expedirse acerca de la cuestión 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), oportunidad en la cual 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, expresó: "Desde otro ángulo, si bien se ha considerado por lo general que la obligación asumida por el médico no es de "resultado" (sanar al enfermo), sino de "medios", o sea emplear toda su diligencia y prudencia a fin de lograr su curación, la que no puede asegurar, se hace excepción de algunos supuestos particulares, entre los que se cuenta la "cirugía estética", en los cuales la obligación se considera de "resultado", puesto que de no prometerse un resultado feliz al paciente, éste no se sometería al tratamiento u operación (conf. Trigo Represas, obra cit.

[“Responsabilidad civil de los profesionales], ps. 81/82; Alterini Jorge H., “Obligación de resultado y de medios”, Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XX p.706, n° 11; Alterini, Ameal y López Cabana, “Curso de obligaciones”, t .II p. 492, n° 1863; Mosset Iturraspe, “Responsabilidad por daños”, p. 352; ídem, “Responsabilidad civil del médico”, p. 134; Bustamante Alsina J., “Teoría general de la responsabilidad civil”, n° 1436, p. 407; Bueres, “Responsabilidad civil de los médicos”, p. 373, ap. N° 89; CNCiv. Sala “C”, L. 276.860 del 24-8-82, in re: “Vega Néstor G. c/ Sanatorio Alberti y otros s/ Daños y perjuicios”).-

Es decir, cuando se está en presencia de una cirugía estética estrictamente “plástica”, en aquellas hipótesis de operaciones de tipo cosmético, que únicamente tienden a embellecer al paciente -como en la especie- y no de las que podrían denominarse “reparadoras”, debe aplicarse dicho principio, puesto que las segundas debe considerárselas comprendidas dentro de las obligaciones de “medios” (ver CNCiv. esta Sala, mi voto 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-operatorios en la pierna izquierda de la paciente (en nuestro caso en el rostro), correspondía al cirujano demandado acreditar su falta de culpa (ver voto del Dr. Dupuis y fallo de la Sala “C”, recién citados).-

Es por ello que, mirado desde este punto de vista, también es correcta la solución a la que llegara el pronunciamiento de la anterior instancia, toda vez que quedaba en cabeza del Dr. J. la prueba de que la lesión provocada por el tratamiento empleado se debió exclusivamente a la culpa de la propia actora - paciente al mover brusca e imprevistamente la cabeza lo que habría provocado el derrame de la sustancia química empleada, carga con la que -repito- no cumplió.-

Lo resuelto en torno a la responsabilidad, pues, no podrá ser modificado, por lo que propicio su confirmatoria, y corresponde entonces examinar el resto de las críticas formuladas en torno a las partidas indemnizatorias.-

Acerca de la incapacidad sobreviniente, esta Sala ha decidido que comprende cualquier disminución física o psíquica que afecte tanto la capacidad laborativa del individuo, como aquélla que se traduce en un menoscabo en cualquier tipo de actividad que desarrollaba con la debida amplitud y libertad (conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, t. 5 pág. 219 n° 13; CNCiv. esta Sala, causas 24.116 del 20-10-86, 43.169 del 18-4-89 y 66.946 del 18-5-90, entre muchas otras).-

Es que -conforme principio reconocido-, la integridad corporal de la persona tiene, por lo común, un valor económico instrumental, como capital destinado a ser fuente de beneficios, tanto económicos como de otra índole. Por ello, su afectación se proyecta necesariamente al futuro, cercenando o menoscabando probabilidades de desenvolvimiento, éxito e inserción en el mundo de relación (conf. Zavala de G., Daños a las personas - Integridad sicofísica, t. 2a pág. 41; CNCiv. esta Sala, causa 124.883 del 22-3-93).-

En la pericia médica realizada por el Dr. G. O., se concluyó que la cicatriz antes descrita produce una alteración estética que, según baremo que explicita de los Dres. Flaherty, Patito y Tognaccioli, presentado como “Alteraciones cicatrizales del rostro”, que es el más detallado de la actualidad, se puede calcular en un 7% la discapacidad proveniente del segmento lineal y en el 3% el segmento circular, lo que hace un total de 10% (ver fs. 798/804). Si bien el dictamen mereció objeciones en torno a este punto, por el principio establecido ut supra, ellas deberán ser descartadas.-

En materia psíquica, la experta designada de oficio, licenciada M. P. Perrotta, a fs. 821/28, manifestó que los hechos descriptos provocaron en V. daño psíquico, pues se encuentra atravesando una depresión de tipo reactiva producto y como reacción a la vivencia traumática. La incapacidad definitiva tras realizar el tratamiento psicoterapéutico que aconseja será del 10%. Dicha terapia no podrá ser inferior a tres años, con una frecuencia semanal y un costo promedio de \$ 90 la sesión, lo que hace ascender el rubro a \$ 12.960 (144 sesiones x 90).-

También este dictamen mereció impugnaciones de las partes (ver fs. 843/45 y 847/48), en tanto la licenciada las responde convenientemente a fs. 861/62 y 863/66, donde aclara que la depresión que atraviesa la demandante puede catalogarse como moderada a severa. Al igual que en el supuesto del profesional médico y por idénticos fundamentos, el criterio de la psicóloga debe ser aceptado, tal como lo hiciera la juez.-

Ahora bien, ello establecido es del caso destacar que la Sala ha resuelto invariablemente que el daño estético no representa un ítem independiente, ni debe ser valorado dentro de la partida por incapacidad sobreviniente, sino que ha de ser ponderado conjuntamente con el daño moral cuando por sí mismo no ocasiona -como en la especie- una merma en los ingresos del damnificado (ver mis votos en causas 149.423 del 3-8-94 y 273.320 del 30-9-99, entre muchas otros). En realidad, la lesión estética provoca intrínsecamente daño a un bien extra patrimonial: 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 damnificado. Si lo provoca, se estará en presencia de un daño patrimonial indirecto, habida cuenta que -además de la afección extra patrimonial- indirectamente se traduce en perjuicios de aquel tipo que pueden revestir el carácter de daño emergentes -como los gastos en la curación de las lesiones-, como de lucro cesantes -pérdida de la fuente de trabajo o su disminución- (conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, op. y loc. cit., pág. 222; Zannoni, El daño en la responsabilidad civil, 2a. ed., 1987, n° 45 en págs. 160/164 y sus citas de referencia; Zavala de G., op. y loc. cit., pág. 164; CNCiv. esta Sala "G", voto del Dr. Greco, en conf. E.D. 172-82; esta Sala, causas 81.847 del 18-2-91, 53.570 del 21-11-89 y 29.837 del 31-8-87, entre otras). En otras palabras, el daño resarcible no es el perjuicio estético como tal, sino el moral o patrimonial que tiene en aquél su origen (ver Zavala de G., op. y loc. cit., pág. 167).-

En tales condiciones, siendo que no se encuentra acreditado que en razón de este perjuicio estético, la actora hubiere visto mermada o cortada sus posibilidades económicas, habiéndose otorgado un importe por gastos médicos y farmacéuticos y otro por daño moral -cuya entidad analizaré más adelante, donde valoraré, además, el aspecto estético -, la condena por incapacidad sobreviniente deberá ser acotada al aspecto psíquico.-

Ahora bien, es jurisprudencia constante de esta Sala aquella que establece que los porcentajes de incapacidad que otorgan los diferentes baremos representan meras pautas para el juzgador, y no lo vinculan (ver CNCiv. esta Sala, causas 169.316 del 8-6-95, 170.721 del 20-6-95 y 173.810 del 20-7-95, entre otras), debiendo aquél pronunciarse sobre la incidencia en la vida de relación de la víctima de las dolencias verificadas y, a partir de estas comprobaciones, fijar la cuantía resarcitoria de la partida en examen (conf. CNCiv. esta Sala, votos del Dr. Mirás en causas 113.816 del 28-8-92 y 114.858 del 30-9-92).-

Y, para fijar la cuantía del resarcimiento, debe atenderse a la naturaleza de las lesiones sufridas, así como también a la edad del damnificado, su estado civil y demás condiciones personales, cómo habrán aquéllas de influir negativamente en sus posibilidades de vida futura e, igualmente, la específica disminución de sus aptitudes laborales (conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, op. y loc. cit., pág. 220 y citas de la nota 87; Llambías, Tratado de

Derecho Civil - Obligaciones, t. IV-A pág. 120; CNCiv. Sala "F" en E.D. 105-452; íd., en E.D. 102-330; esta Sala, causas anteriormente citadas).-

Ello establecido, habida cuenta la entidad de las secuelas, edad de V. a la época del tratamiento del cual derivó la lesión (61 años), su estado civil (soltera), que trabaja hace más de 25 años en el Ministerio del Interior donde percibía un haber líquido a diciembre de 2008 de aproximadamente \$ 1.600 (ver fs. 65/105 del incidente sobre beneficio de litigar sin gastos), siendo de presumir su nivel socio-económico a través de las constancias del citado incidente, propicio fijar por este concepto la suma de \$ 10.000, que me parece equitativa y adecuada a las circunstancias que he puntualizado.-

En lo que concierne al tratamiento psicoterapéutico, habida cuenta la duración aconsejada por la experta, que no parece exageradamente extensa si se tiene en cuenta que sólo propuso una sesión semanal y el costo que esta Sala considera adecuado para terapias de esta prolongación, el monto reconocido resulta, en mi concepto, justo y apropiado. Y, en lo que atañe a los gastos de traslado, mencionar simplemente que resulta excesivos, no reúne, ni siquiera en mínima medida, los recaudos exigidos por el art. 265 del Código Procesal, de manera que nada cabe resolver al respecto.-

Esta Sala entiende por daño moral, 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. CNCiv. Sala "D" en E.D. 61-779; íd., en E.D. 69-377; Sala "F" en E.D. 42-311; íd., en E.D. 53-350; Sala "G" en E.D. 100-300; esta Sala, causas 502 del 26-12-83 y 66.984 del 30-5-90).-

Asimismo, aun cuando la hipótesis de autos se encuentre regida por las disposiciones relativas a la responsabilidad contractual (art. 522 del Cód. Civil), el Tribunal entiende que en hipótesis de lesiones o muerte el perjuicio surge in re ipsa loquitur (ver voto del Dr. Mirás en causa 279.753 del 25-10-99 y sus citas).-

Por último, la jurisprudencia ha resuelto en forma reiterada 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. CNCiv. Sala "B" en E.D. 57-455; Sala "D" en E.D. 43-740; esta Sala, causas 19.073 del 13-3-86 y 124.140 del 16-11-94).-

Ahora bien, en atención a las condiciones personales que ya he destacado y a la importancia de la lesión y sus secuelas, que ellas tienen carácter permanente y son irreversibles, incluso a través de una cirugía plástica, el hecho de tratarse la actora de una mujer con la trascendencia que esa circunstancia puede acarrear, lo cual surge con claridad de la pericia psicológica ya examinada, donde la licenciada se refiere al grave deterioro de la auto-imagen, socavada en alto grado, y que la llevó a variar sensiblemente sus costumbres y vida social (ver fs. 223/24), el importe fijado por este concepto me parece algo reducido, de modo que propicio su incremento hasta la suma de \$ 50.000, más adecuada a las particularidades que he destacado.-

Seguidamente, cabe considerar los agravios del demandado y las aseguradoras relativos a la tasa de interés que, destaco, el primero y SMG para fundamentar su queja citan un precedente de esta Sala, mientras Prudencia reclama se condene al pago de la tasa pasiva.-

Si bien con fecha 20 de abril de 2009 el Tribunal en pleno dejó sin efecto la doctrina fijada en los fallos “Vázquez Claudia Angélica c/ Bilbao Walter y otros s/ daños y perjuicios” del 2-8-93 y “Alaniz Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 S.A.C.I. interno 200 s/ daños y perjuicios” del 23-3-04 -que ratificó el anterior-, estableciendo como doctrina legal obligatoria la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, la que 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 (ver autos “Samudio de Martínez Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios”), lo cierto es que esta Sala lo ha interpretado de manera distinta a la que lo hiciera el a quo.-

En efecto, considera que aceptar que la tasa activa mencionada se devengue desde el momento mismo de producido el evento dañoso y hasta el del efectivo pago, arrojaría un resultado objetivamente injusto y representaría lisa y llanamente un enriquecimiento indebido en favor del acreedor y en detrimento del deudor que la Justicia no puede convalidar. Es que, sin lugar a dudas, se estaría computando dos veces la misma cosa: la desvalorización monetaria operada entre el hecho y la sentencia, dado que en esta se contemplaron valores a la época de su dictado; en tanto la referida tasa capta, en cierta medida y entre otros elementos, la depreciación de la moneda (ver fallos de esta Sala -aunque referidos a la tasa pasiva promedio- en causas 146.971 del 16-6-94, 144.844 del 27-6-94 y 148.184 del 2-8-94, 463.934 del 1-11-06 y 492.251 del 19-11-07, entre muchas otras; Borda, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, 8a. ed., t. I pág. 338 n° 493; Casiello, Los intereses y la deuda de valor [Doctrinas encontradas y una saludable evolución de la jurisprudencia], en L.L. 151-864, en especial, pág. 873 cap. V; Durañona y Vedia y Quintana Terán, La depreciación de la moneda y los intereses, en J.A. 1970-7-332, en especial, cap. V).-

Aceptó en tales circunstancias una tasa del 6% anual desde la fecha del hecho y hasta la del pronunciamiento (ver, además, Vázquez Ferreyra, La tasa aplicable en los juicios de responsabilidad civil, en L.L. del 10-6-09, pág. 7), por lo que en tal sentido deberá modificarse el pronunciamiento recurrido.-

Finalmente, resta examinar la queja del Dr. J. y de su aseguradora relativo a la fecha de la mora. Esta Sala, a través del primer voto del Dr. Dupuis y con adhesión del Dr. Racimo y la mía, en el expediente caratulado “Mizzau Alejandra Patricia c/ Licciardi Roberto Gabriel y otro s/ daños y perjuicios”, causa 537.337 del 20-11-09, fijó posición definitiva sobre el punto. En dicho precedente, dijo mi estimado colega que aun cuando esta Sala sostuvo en algunas oportunidades una doctrina distinta y que fuera seguida por otros precedentes (ver CNCiv. Sala “J”, causa 105.431 del 25-9-08; Sala “B”, causa 321.357 del 14-3-02, entre otros), “...un análisis más profundizado de la cuestión me decide ahora por el criterio conforme al cual, en hipótesis como la de autos, los intereses deben correr desde el acto médico que originó el daño”.-

“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. c. 305.369 del 25/10/00; ídem, íd. c. N° 339.906 del 13/6/02; ídem, íd. c. n° 130.166 del 19/9/2003; Sala “H”, en c. 304.453 del 3/4/01, voto del Dr. Dr. Kiper; CNCom., sala “C”, 25/11/98 in re “Jara, José v. Sanatorio Güemes SA s/ sum.”; ídem, íd. 23/4/99 in re “Helguero, Hugo c/ Sanatorio Güemes s/ sum.”; ídem, 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 G., Iris v. Obra Social de la Industria del Plástico s/ sumario”; CNCiv. y Com. Fed, sala 2º, causa n°7.496, etc.)”.-

Esta postura, por lo demás, fue sostenida por relevante doctrina. “En tal sentido -destacó-, 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” I, 2ª ed. Abeledo Perrot, n° 131. IV y nota 99, pág. 162; ver en igual sentido, Borda, Guillermo “Tratado de Derecho Civil-Obligaciones”, T I 8a. ed., n°69 y jurisprudencia citada en nota n° 157; Lafaille; Héctor, compilado por Frutos -Argüello, “Curso de Obligaciones”, 1926, T I, n° 120, pág. 67/68, con cita de Maynz, “Droit Romain”, párr. 179, 5º ed. 1898; Rezzónico, Luis María, “Estudio de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil”, 6a. ed. 1953, pg. 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 (Salvat, Raymundo, “Tratado de Derecho Civil Argentino”, ed. La Ley 1946, 5a. ed., Obligaciones, n° 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)”.-

Estas razones me inclinan por propiciar que se confirme este aspecto del anterior pronunciamiento.-

En definitiva, voto para que se modifique la sentencia de fs. 1176/93 y se reduzca el monto fijado en concepto de incapacidad sobreviniente a la suma de \$ 10.000, se eleve el correspondiente a daño moral a la de \$ 50.000 y, por último, en lo que concierne a la tasa de interés a devengarse entre la fecha del acto médico y la del citado pronunciamiento, que deberá ser la del 6% anual, confirmándose en lo demás que decide y fue materia de agravio expreso.-

Las costas de Alzada, propicio sean impuestas al demandado y su aseguradora, habida cuenta que resultan ser la parte sustancialmente vencida, al haber cuestionado el aspecto central de la controversia: la responsabilidad en el evento dañoso (conf. Orgaz, El daño resarcible [Actos ilícitos], 3a. ed., pág. 158, n° 48 y fallos citados en nota 117; CNCiv. esta Sala, causas 305.369 del 25-10-2000 y 312.050 del 15-5-01, entre muchas otras; ver, en el mismo sentido, CNCiv. Sala “I”, en J.A. 2003-IV-248).-

Los Señores Jueces de Cámara Doctores Racimo y Dupuis por análogas razones a las expuestas por el Dr. Calatayud, votaron en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto.

Fdo.: MARIO P. CALATAYUD. JUAN CARLOS G. DUPUIS. FERNANDO M. RACIMO.-

Buenos Aires, diciembre veintiocho de 2011.-

Y VISTOS:

En atención a lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se modifica la sentencia de fs. 1176/93, reduciéndose la partida en concepto de incapacidad

sobreviniente a la suma de DIEZ MIL PESOS (son \$ 10.000.-), elevándose la correspondiente a daño moral a la de CINCUENTA MIL PESOS (son \$ 50.000.-), así como también en materia de intereses a devengarse entre la fecha del acto médico y la del citado pronunciamiento, que habrá de ser la del 6% anual; confirmándose en lo demás que decide y fue materia de agravio expreso. Costas de Alzada al demandado y su aseguradora, difiriéndose la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad. Not. y dev.-

NOTA COMPLETA

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los veintiocho días del mes de diciembre de dos mil once, 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: "V. M. J. M. C/ J. L. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - RESP. PROF. MÉDICOS Y AUX", respecto de la sentencia corriente a fs. 1176, 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 CALATAYUD. RACIMO. DUPUIS.-

El Señor Juez de Cámara Doctor CALATAYUD dijo:

No se encuentra controvertido en autos que en ocasión de efectuar el co-demandado Dr. L. J. 7 de junio de 2007 un procedimiento en su consultorio en razón de que la actora presentaba en su mejilla izquierda un lentigo solar, al aplicarle sobre la lesión un tópico con ácido tricloroacético (TCA) al 33%, se derramó parte de la solución quedándole una cicatriz vertical y lineal permanente e irreversible de 8 cms x 0,5 cms en la zona inferior de la referida mejilla, que cruza la rama horizontal de la mandíbula inferior con un ensanchamiento en el extremo superior que llega a 1,2 cms y en forma circular, sin flogosis, sin hipotrofia y sin alteración funcional. Lo que sí está discutido es si la aludida lesión y su correspondiente secuela se deben a la mala praxis del profesional interviniente -como sostiene V.-, o si, por el contrario, se produjo -como entiende el demandado- como consecuencia de un movimiento brusco e imprevisto de la paciente, lo que acarreó un corrimiento hacia abajo del líquido que el algodón no llegó a absorber en su totalidad (ver fs. 587 vta.).-

La señora juez de primera instancia, en la sentencia de fs. 1176/93, examinó con detenimiento las distintas relaciones jurídicas que vinculan a las partes, que han sido extensamente desarrolladas y que no han merecido agravio alguno de ellas. Por tanto, omito expresamente referirme al punto y me limitaré, por ende, a examinar las constancias probatorias obrantes en autos, a fin de determinar si ha existido o no mala praxis profesional del médico interviniente y, a partir de allí, verificar si la sentencia llega a un resultado correcto en orden a la responsabilidad atribuida al Dr. J. y a la obra social a la que pertenece.-

En dicho pronunciamiento, la magistrada analizó especialmente la prueba pericial médica llevada a cabo en estos obrados por el experto designado de oficio, Dr. R. L. G. O., coincidente -según su criterio- con las conclusiones alcanzadas por los Médicos Forenses que actuaran en la causa penal sustanciada, para concluir en la responsabilidad del demandado, señalando además que la relación causal no sólo está vinculada a la imputación que se hace al autor del hecho, sino también de las que se derivan de la actuación de la cosa que estaba a su cargo, de manera que es posible fundar un régimen de

responsabilidad contractual por el hecho de las cosas, basado en un implícito deber de seguridad o garantía a cargo de quien se vale de ellas. Sostuvo que por un camino o por el otro, la referida imputación proviene o bien de un defecto de control del profesional demandado al momento de aplicar el ácido o de un vicio o defecto no advertido por él. La responsabilidad subjetiva por culpa en este caso -afirmó- se presume y estaba a su cargo la prueba de que el daño tuvo su causa -como sostuvo desde un principio- al accionar de la propia víctima. En suma, hizo lugar a la demanda y condenó a los demandados al pago de la suma de \$ 86.741,34, con más intereses a la tasa activa prevista en el plenario "Samudio" desde la fecha en que se produjo cada daño objeto de reparación y las costas del juicio.-

Contra dicha decisión se alzan la demandante, quien considera exiguos los montos indemnizatorios por incapacidad sobreviniente, daño moral y tratamiento psicológico (ver fs. 1215/17); el Dr. J. y su aseguradora por la responsabilidad que se le endilga, los montos indemnizatorios y la tasa de interés y el momento a partir del cual se produce la mora (ver fs. 1219/23) y "Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A.", por estimar elevados los importes de las partidas por lesión estética, tratamiento psicoterapéutico y daño moral, así como también por la tasa de interés fijada (ver fs. 1228/34).-

Tal como describiera la primer sentenciante, la pericia del Dr. G. O. es contundente en el sentido de que ha existido un obrar negligente del médico demandado. Así lo concluye cuando, después de describir la lesión que presentaba V. y que el empleo del ácido aplicado es de uso común en dermatología para el tratamiento de la afección, afirma que en el caso de autos fue excesiva, causando más daño que el requerido. La sustancia usada -ácido tricloroacético- es muy fuerte en comparación con otras (salicílico), por lo que su acción es más penetrante e intensa. Por ello, se debe ser muy cuidadoso con la cantidad a usar y el tiempo que se lo deja actuar. Señala que es correcto asumir que se colocó una cantidad mayor a la usual y se permitió que actúe más tiempo del requerido, por lo que la quemadura fue más profunda de lo necesario. Concretamente, el corrimiento de la sustancia se produjo por aplicar una cantidad superior a la indispensable (ver fs. 798/804).-

Cuando contesta los puntos de pericia del demandado, refiere que el procedimiento observado es el adecuado, pero destaca que la utilización de TCA al 33% es riesgoso por su agresividad potencial, y debe usarse en un lapso prudencial para que no siga quemando la piel. Asegura que en el caso se tradujo en una quemadura por excesiva exposición al ácido, por lo que no se observó las reglas de la ciencia y el arte de curar (ver fs. 851/52).-

Estas conclusiones ya no merecieron observación contundente alguna sobre la cuestión acerca de la responsabilidad galénica de los interesados (ver presentaciones de fs. 868 y 869), por lo que deben ser aceptadas. Es que, como decidiera esta Sala si bien el perito es un auxiliar de la justicia y su misión consiste en contribuir a formar la convicción del juzgador, razón por la cual el dictamen no tiene, en principio, efecto vinculante para él (art. 477 del Cód. Procesal; CNCiv. esta Sala, en E.D. 89-495 y sus citas), la circunstancia de que el dictamen no obligue al juez -salvo en los casos en que así lo exige la ley-, no importa que éste pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo, en tanto la desestimación de sus conclusiones ha de ser razonable y fundada (conf. fallo citado y votos del Dr. Mirás en causas 34.389 del 9-2-88 y 188.579 del 26-3-96 y, en el mismo sentido, CNCiv. Sala "D" en E.D. 6-300; Colombo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado, 4a. ed., t. I pág. 717 y nota 551).-

Es por ello que, en forma congruente y tal como ha destacado la magistrada con cita de precedentes de este tribunal, ha adherido a la doctrina según la cual aun cuando las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, cuando el informe comporta -como en el caso- la apreciación específica en el campo del saber del perito - conocimiento éste ajeno al hombre de derecho-, para desvirtuarlo es imprescindible contar

con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiese hecho de sus conocimientos técnicos o científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado (conf., entre muchas otras, causas 21.064 del 15-8-86, 11.800 del 14-10-85, 32.091 del 18-12-87, 131.829 del 29-7-93 y 169.102 del 6-6-95).-

Por consiguiente, para que las observaciones que pudiesen formular las partes puedan tener favorable acogida, es menester aportar al expediente probanzas de similar o mayor rigor técnico o científico que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en el peritaje (conf. arts. 386 y 477 del Cód. Procesal; Palacio, Derecho Procesal Civil, t. IV pág. 720; CNCiv. Sala "C" en L.L. 1992-A-425; Sala "H" en L.L. 1997-E-1009 n° 39.780-S), pruebas que, al no haber sido incorporadas al proceso, permiten concluir de la manera anticipada.-

Ello se ve aún más claro si se tiene en cuenta lo que resulta de los peritajes llevados a cabo en la causa penal agregada por cuerda. En efecto, en un primer momento, el Dr. Luis M. Ginesin -integrante del Cuerpo Médico Forense-, señaló que, si bien la sustancia química empleada es apropiada y correcta para la afección que presentaba la actora, su aplicación puede generar lesiones mayores a la buscada si se deja actuar más tiempo del necesario sin neutralizar o en concentración mayor a la indispensable teniendo en cuenta la idiosincrasia o sensibilidad del paciente. Es verosímil desde el punto de vista legal que la lesión fue producida por el efecto del ácido aplicado como agente terapéutico (ver fs. 113/14 de dichos obrados).-

Más adelante, a fs. 230/35 de esa causa, dicho profesional y el Dr. G. Blanco -también integrante del cuerpo de peritos oficial-, concluyeron que en el caso no era posible determinar fehacientemente y en forma indubitable si existió error en la conducta médica, aunque sí es indudable el nexo causal entre la lesión y el procedimiento. Es que pudo haber existido demora en el neutralizado del ácido, error en la concentración, topicación con hisopo embebido con exceso y contacto con la piel sana, o movimiento brusco involuntario del paciente.-

Esta última circunstancia -como viéramos al principio- es la que alegara el Dr. J. en su escrito de responde y no obstante, como destacara la juez, ninguna prueba trajo para acreditarla y debe, por tanto, ser descartada.-

Más allá de que el peritaje se llevó a cabo en sede represiva, donde está en juego la libertad de las personas y se debe ser más cauto al dictaminar, queda en pie, por consiguiente, la conclusión no controvertida a la que llegara el Dr. G. O. en los presentes obrados, en orden a la negligencia en que habría incurrido el profesional dermatólogo para tratar el lentigo solar que tenía su paciente, por lo que su responsabilidad resulta incontrovertible.-

De todas maneras, es dable destacar, sólo a mayor abundamiento, que estamos en presencia de un procedimiento médico de naturaleza típicamente estético. Ello establecido, esta Sala ha tenido oportunidad de expedirse acerca de la cuestión 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), oportunidad en la cual 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, expresó: "Desde otro ángulo, si bien se ha considerado por lo general que la obligación asumida por el médico no es de "resultado" (sanar al enfermo), sino de "medios", o sea emplear toda su diligencia y prudencia a fin de lograr su curación, la que no puede asegurar, se hace excepción de algunos supuestos particulares, entre los que se cuenta la "cirugía estética", en los cuales la obligación se considera de "resultado", puesto que de no prometerse un resultado feliz al

paciente, éste no se sometería al tratamiento u operación (conf. Trigo Represas, obra cit. ["Responsabilidad civil de los profesionales], ps. 81/82; Alterini Jorge H., "Obligación de resultado y de medios", Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XX p.706, n° 11; Alterini, Ameal y López Cabana, "Curso de obligaciones", t .II p. 492, n° 1863; Mosset Iturraspe, "Responsabilidad por daños", p. 352; ídem, "Responsabilidad civil del médico", p. 134; Bustamante Alsina J., "Teoría general de la responsabilidad civil", n° 1436, p. 407; Bueres, "Responsabilidad civil de los médicos", p. 373, ap. N° 89; CNCiv. Sala "C", L. 276.860 del 24-8-82, in re: "Vega Néstor G. c/ Sanatorio Alberti y otros s/ Daños y perjuicios").-

Es decir, cuando se está en presencia de una cirugía estética estrictamente "plástica", en aquellas hipótesis de operaciones de tipo cosmético, que únicamente tienden a embellecer al paciente -como en la especie- y no de las que podrían denominarse "reparadoras", debe aplicarse dicho principio, puesto que las segundas debe considerárselas comprendidas dentro de las obligaciones de "medios" (ver CNCiv. esta Sala, mi voto 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-operatorios en la pierna izquierda de la paciente (en nuestro caso en el rostro), correspondía al cirujano demandado acreditar su falta de culpa (ver voto del Dr. Dupuis y fallo de la Sala "C", recién citados).-

Es por ello que, mirado desde este punto de vista, también es correcta la solución a la que llegara el pronunciamiento de la anterior instancia, toda vez que quedaba en cabeza del Dr. J. la prueba de que la lesión provocada por el tratamiento empleado se debió exclusivamente a la culpa de la propia actora - paciente al mover brusca e imprevistamente la cabeza lo que habría provocado el derrame de la sustancia química empleada, carga con la que -repito- no cumplió.-

Lo resuelto en torno a la responsabilidad, pues, no podrá ser modificado, por lo que propicio su confirmatoria, y corresponde entonces examinar el resto de las críticas formuladas en torno a las partidas indemnizatorias.-

Acerca de la incapacidad sobreviniente, esta Sala ha decidido que comprende cualquier disminución física o psíquica que afecte tanto la capacidad laborativa del individuo, como aquélla que se traduce en un menoscabo en cualquier tipo de actividad que desarrollaba con la debida amplitud y libertad (conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, t. 5 pág. 219 n° 13; CNCiv. esta Sala, causas 24.116 del 20-10-86, 43.169 del 18-4-89 y 66.946 del 18-5-90, entre muchas otras).-

Es que -conforme principio reconocido-, la integridad corporal de la persona tiene, por lo común, un valor económico instrumental, como capital destinado a ser fuente de beneficios, tanto económicos como de otra índole. Por ello, su afectación se proyecta necesariamente al futuro, cercenando o menoscabando probabilidades de desenvolvimiento, éxito e inserción en el mundo de relación (conf. Zavala de G., Daños a las personas - Integridad sicofísica, t. 2a pág. 41; CNCiv. esta Sala, causa 124.883 del 22-3-93).-

En la pericia médica realizada por el Dr. G. O., se concluyó que la cicatriz antes descrita produce una alteración estética que, según baremo que explicita de los Dres. Flaherty, Patito y Tognaccioli, presentado como "Alteraciones cicatrizales del rostro", que es el más detallado de la actualidad, se puede calcular en un 7% la discapacidad proveniente del segmento lineal y en el 3% el segmento circular, lo que hace un total de 10% (ver fs. 798/804). Si bien el dictamen mereció objeciones en torno a este punto, por el principio establecido ut supra, ellas deberán ser descartadas.-

En materia psíquica, la experta designada de oficio, licenciada M. P. Perrotta, a fs. 821/28, manifestó que los hechos descriptos provocaron en V. daño psíquico, pues se encuentra atravesando una depresión de tipo reactiva producto y como reacción a la vivencia traumática. La incapacidad definitiva tras realizar el tratamiento psicoterapéutico que aconseja será del 10%. Dicha terapia no podrá ser inferior a tres años, con una frecuencia semanal y un costo promedio de \$ 90 la sesión, lo que hace ascender el rubro a \$ 12.960 (144 sesiones x 90).-

También este dictamen mereció impugnaciones de las partes (ver fs. 843/45 y 847/48), en tanto la licenciada las responde convenientemente a fs. 861/62 y 863/66, donde aclara que la depresión que atraviesa la demandante puede catalogarse como moderada a severa. Al igual que en el supuesto del profesional médico y por idénticos fundamentos, el criterio de la psicóloga debe ser aceptado, tal como lo hiciera la juez.-

Ahora bien, ello establecido es del caso destacar que la Sala ha resuelto invariablemente que el daño estético no representa un ítem independiente, ni debe ser valorado dentro de la partida por incapacidad sobreviniente, sino que ha de ser ponderado conjuntamente con el daño moral cuando por sí mismo no ocasiona -como en la especie- una merma en los ingresos del damnificado (ver mis votos en causas 149.423 del 3-8-94 y 273.320 del 30-9-99, entre muchas otros). En realidad, la lesión estética provoca intrínsecamente daño a un bien extra patrimonial: 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 damnificado. Si lo provoca, se estará en presencia de un daño patrimonial indirecto, habida cuenta que -además de la afección extra patrimonial- indirectamente se traduce en perjuicios de aquel tipo que pueden revestir el carácter de daño emergentes -como los gastos en la curación de las lesiones-, como de lucro cesantes -pérdida de la fuente de trabajo o su disminución- (conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, op. y loc. cit., pág. 222; Zannoni, El daño en la responsabilidad civil, 2a. ed., 1987, n° 45 en págs. 160/164 y sus citas de referencia; Zavala de G., op. y loc. cit., pág. 164; CNCiv. esta Sala "G", voto del Dr. Greco, en conf. E.D. 172-82; esta Sala, causas 81.847 del 18-2-91, 53.570 del 21-11-89 y 29.837 del 31-8-87, entre otras). En otras palabras, el daño resarcible no es el perjuicio estético como tal, sino el moral o patrimonial que tiene en aquél su origen (ver Zavala de G., op. y loc. cit., pág. 167).-

En tales condiciones, siendo que no se encuentra acreditado que en razón de este perjuicio estético, la actora hubiere visto mermada o cortada sus posibilidades económicas, habiéndose otorgado un importe por gastos médicos y farmacéuticos y otro por daño moral -cuya entidad analizaré más adelante, donde valoraré, además, el aspecto estético -, la condena por incapacidad sobreviniente deberá ser acotada al aspecto psíquico.-

Ahora bien, es jurisprudencia constante de esta Sala aquella que establece que los porcentajes de incapacidad que otorgan los diferentes baremos representan meras pautas para el juzgador, y no lo vinculan (ver CNCiv. esta Sala, causas 169.316 del 8-6-95, 170.721 del 20-6-95 y 173.810 del 20-7-95, entre otras), debiendo aquél pronunciarse sobre la incidencia en la vida de relación de la víctima de las dolencias verificadas y, a partir de estas comprobaciones, fijar la cuantía resarcitoria de la partida en examen (conf. CNCiv. esta Sala, votos del Dr. Mirás en causas 113.816 del 28-8-92 y 114.858 del 30-9-92).-

Y, para fijar la cuantía del resarcimiento, debe atenderse a la naturaleza de las lesiones sufridas, así como también a la edad del damnificado, su estado civil y demás condiciones personales, cómo habrán aquéllas de influir negativamente en sus posibilidades de vida futura e, igualmente, la específica disminución de sus aptitudes laborales (conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, op. y loc. cit., pág. 220 y citas de la nota 87; Llambías, Tratado de

Derecho Civil - Obligaciones, t. IV-A pág. 120; CNCiv. Sala "F" en E.D. 105-452; íd., en E.D. 102-330; esta Sala, causas anteriormente citadas).-

Ello establecido, habida cuenta la entidad de las secuelas, edad de V. a la época del tratamiento del cual derivó la lesión (61 años), su estado civil (soltera), que trabaja hace más de 25 años en el Ministerio del Interior donde percibía un haber líquido a diciembre de 2008 de aproximadamente \$ 1.600 (ver fs. 65/105 del incidente sobre beneficio de litigar sin gastos), siendo de presumir su nivel socio-económico a través de las constancias del citado incidente, propicio fijar por este concepto la suma de \$ 10.000, que me parece equitativa y adecuada a las circunstancias que he puntualizado.-

En lo que concierne al tratamiento psicoterapéutico, habida cuenta la duración aconsejada por la experta, que no parece exageradamente extensa si se tiene en cuenta que sólo propuso una sesión semanal y el costo que esta Sala considera adecuado para terapias de esta prolongación, el monto reconocido resulta, en mi concepto, justo y apropiado. Y, en lo que atañe a los gastos de traslado, mencionar simplemente que resulta excesivos, no reúne, ni siquiera en mínima medida, los recaudos exigidos por el art. 265 del Código Procesal, de manera que nada cabe resolver al respecto.-

Esta Sala entiende por daño moral, 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. CNCiv. Sala "D" en E.D. 61-779; íd., en E.D. 69-377; Sala "F" en E.D. 42-311; íd., en E.D. 53-350; Sala "G" en E.D. 100-300; esta Sala, causas 502 del 26-12-83 y 66.984 del 30-5-90).-

Asimismo, aun cuando la hipótesis de autos se encuentre regida por las disposiciones relativas a la responsabilidad contractual (art. 522 del Cód. Civil), el Tribunal entiende que en hipótesis de lesiones o muerte el perjuicio surge in re ipsa loquitur (ver voto del Dr. Mirás en causa 279.753 del 25-10-99 y sus citas).-

Por último, la jurisprudencia ha resuelto en forma reiterada 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. CNCiv. Sala "B" en E.D. 57-455; Sala "D" en E.D. 43-740; esta Sala, causas 19.073 del 13-3-86 y 124.140 del 16-11-94).-

Ahora bien, en atención a las condiciones personales que ya he destacado y a la importancia de la lesión y sus secuelas, que ellas tienen carácter permanente y son irreversibles, incluso a través de una cirugía plástica, el hecho de tratarse la actora de una mujer con la trascendencia que esa circunstancia puede acarrear, lo cual surge con claridad de la pericia psicológica ya examinada, donde la licenciada se refiere al grave deterioro de la auto-imagen, socavada en alto grado, y que la llevó a variar sensiblemente sus costumbres y vida social (ver fs. 223/24), el importe fijado por este concepto me parece algo reducido, de modo que propicio su incremento hasta la suma de \$ 50.000, más adecuada a las particularidades que he destacado.-

Seguidamente, cabe considerar los agravios del demandado y las aseguradoras relativos a la tasa de interés que, destaco, el primero y SMG para fundamentar su queja citan un precedente de esta Sala, mientras Prudencia reclama se condene al pago de la tasa pasiva.-

Si bien con fecha 20 de abril de 2009 el Tribunal en pleno dejó sin efecto la doctrina fijada en los fallos “Vázquez Claudia Angélica c/ Bilbao Walter y otros s/ daños y perjuicios” del 2-8-93 y “Alaniz Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 S.A.C.I. interno 200 s/ daños y perjuicios” del 23-3-04 -que ratificó el anterior-, estableciendo como doctrina legal obligatoria la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, la que 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 (ver autos “Samudio de Martínez Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios”), lo cierto es que esta Sala lo ha interpretado de manera distinta a la que lo hiciera el a quo.-

En efecto, considera que aceptar que la tasa activa mencionada se devengue desde el momento mismo de producido el evento dañoso y hasta el del efectivo pago, arrojaría un resultado objetivamente injusto y representaría lisa y llanamente un enriquecimiento indebido en favor del acreedor y en detrimento del deudor que la Justicia no puede convalidar. Es que, sin lugar a dudas, se estaría computando dos veces la misma cosa: la desvalorización monetaria operada entre el hecho y la sentencia, dado que en esta se contemplaron valores a la época de su dictado; en tanto la referida tasa capta, en cierta medida y entre otros elementos, la depreciación de la moneda (ver fallos de esta Sala -aunque referidos a la tasa pasiva promedio- en causas 146.971 del 16-6-94, 144.844 del 27-6-94 y 148.184 del 2-8-94, 463.934 del 1-11-06 y 492.251 del 19-11-07, entre muchas otras; Borda, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, 8a. ed., t. I pág. 338 n° 493; Casiello, Los intereses y la deuda de valor [Doctrinas encontradas y una saludable evolución de la jurisprudencia], en L.L. 151-864, en especial, pág. 873 cap. V; Durañona y Vedia y Quintana Terán, La depreciación de la moneda y los intereses, en J.A. 1970-7-332, en especial, cap. V).-

Aceptó en tales circunstancias una tasa del 6% anual desde la fecha del hecho y hasta la del pronunciamiento (ver, además, Vázquez Ferreyra, La tasa aplicable en los juicios de responsabilidad civil, en L.L. del 10-6-09, pág. 7), por lo que en tal sentido deberá modificarse el pronunciamiento recurrido.-

Finalmente, resta examinar la queja del Dr. J. y de su aseguradora relativo a la fecha de la mora. Esta Sala, a través del primer voto del Dr. Dupuis y con adhesión del Dr. Racimo y la mía, en el expediente caratulado “Mizzau Alejandra Patricia c/ Licciardi Roberto Gabriel y otro s/ daños y perjuicios”, causa 537.337 del 20-11-09, fijó posición definitiva sobre el punto. En dicho precedente, dijo mi estimado colega que aun cuando esta Sala sostuvo en algunas oportunidades una doctrina distinta y que fuera seguida por otros precedentes (ver CNCiv. Sala “J”, causa 105.431 del 25-9-08; Sala “B”, causa 321.357 del 14-3-02, entre otros), “...un análisis más profundizado de la cuestión me decide ahora por el criterio conforme al cual, en hipótesis como la de autos, los intereses deben correr desde el acto médico que originó el daño”.-

“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. c. 305.369 del 25/10/00; ídem, íd. c. N° 339.906 del 13/6/02; ídem, íd. c. n° 130.166 del 19/9/2003; Sala “H”, en c. 304.453 del 3/4/01, voto del Dr. Dr. Kiper; CNCom., sala “C”, 25/11/98 in re “Jara, José v. Sanatorio Güemes SA s/ sum.”; ídem, íd. 23/4/99 in re “Helguero, Hugo c/ Sanatorio Güemes s/ sum.”; ídem, 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 G., Iris v. Obra Social de la Industria del Plástico s/ sumario”; CNCiv. y Com. Fed, sala 2°, causa n°7.496, etc.)”.-

Esta postura, por lo demás, fue sostenida por relevante doctrina. “En tal sentido -destacó-, 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” I, 2ª ed. Abeledo Perrot, n° 131. IV y nota 99, pág. 162; ver en igual sentido, Borda, Guillermo “Tratado de Derecho Civil-Obligaciones”, T I 8a. ed., n°69 y jurisprudencia citada en nota n° 157; Lafaille; Héctor, compilado por Frutos -Argüello, “Curso de Obligaciones”, 1926, T I, n° 120, pág. 67/68, con cita de Maynz, “Droit Romain”, párr. 179, 5º ed. 1898; Rezzónico, Luis María, “Estudio de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil”, 6a. ed. 1953, pg. 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 (Salvat, Raymundo, “Tratado de Derecho Civil Argentino”, ed. La Ley 1946, 5a. ed., Obligaciones, n° 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)”.-

Estas razones me inclinan por propiciar que se confirme este aspecto del anterior pronunciamiento.-

En definitiva, voto para que se modifique la sentencia de fs. 1176/93 y se reduzca el monto fijado en concepto de incapacidad sobreviniente a la suma de \$ 10.000, se eleve el correspondiente a daño moral a la de \$ 50.000 y, por último, en lo que concierne a la tasa de interés a devengarse entre la fecha del acto médico y la del citado pronunciamiento, que deberá ser la del 6% anual, confirmándose en lo demás que decide y fue materia de agravio expreso.-

Las costas de Alzada, propicio sean impuestas al demandado y su aseguradora, habida cuenta que resultan ser la parte sustancialmente vencida, al haber cuestionado el aspecto central de la controversia: la responsabilidad en el evento dañoso (conf. Orgaz, El daño resarcible [Actos ilícitos], 3a. ed., pág. 158, n° 48 y fallos citados en nota 117; CNCiv. esta Sala, causas 305.369 del 25-10-2000 y 312.050 del 15-5-01, entre muchas otras; ver, en el mismo sentido, CNCiv. Sala “I”, en J.A. 2003-IV-248).-

Los Señores Jueces de Cámara Doctores Racimo y Dupuis por análogas razones a las expuestas por el Dr. Calatayud, votaron en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto.

Fdo.: Mario P. Calatayud - Juan Carlos G. Dupuis - Fernando M. Racimo.-

Buenos Aires, diciembre veintiocho de 2011.//-

Y VISTOS:

En atención a lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se modifica la sentencia de fs. 1176/93, reduciéndose la partida en concepto de incapacidad

sobreviniente a la suma de DIEZ MIL PESOS (son \$ 10.000.-), elevándose la correspondiente a daño moral a la de CINCUENTA MIL PESOS (son \$ 50.000.-), así como también en materia de intereses a devengarse entre la fecha del acto médico y la del citado pronunciamiento, que habrá de ser la del 6% anual;; confirmándose en lo demás que decide y fue materia de agravio expreso. Costas de Alzada al demandado y su aseguradora, difiriéndose la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad.

Not. y dev.-

Citar: elDial.com - AA7494 Publicad