

Voces: ACUERDO TRANSACCIONAL ~ CIRUGIA ESTETICA ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ MALA PRAXIS ~ MALA PRAXIS MEDICA ~ OPERACION QUIRURGICA ~ PERICIA MEDICA ~ PRUEBA ~ RESPONSABILIDAD MEDICA ~ TRANSACCION

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A(CNCiv)(SalaA)

Fecha: 21/09/2010

Partes: M., S. M. c. M., E. R. y otro

Publicado en: RCyS2010-XII, 172 - LA LEY 20/12/2010 con nota de Julián Emil Jalil 20/12/2010 LA LEY 20/12/2010, 4 20/12/2010

Cita Online: AR/JUR/60156/2010

Sumarios:

1. Debe rechazarse la acción de daños y perjuicios promovida contra un cirujano plástico por un paciente disconforme con los resultados obtenidos con la lipoaspiración de su abdomen, si de la pericia médica oficial surge que el accionar del demandado no se apartó de las reglas de la buena práctica médica y que las lesiones que presentaba el actor eran propias de los riesgos genéricos de todo procedimiento quirúrgico, pues ello pone de manifiesto que aquél no actuó con culpa ni en la operación ni en el período de revisión y consulta posterior.

Jurisprudencia Relacionada(*)

Ver Tambien

[Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, " G. A. L. c. M., M. P." , 08/02/2010, RCyS 2010-VIII, 158, AR/JUR/1412/2010; sala D, " G. de C., M. G. c. M., H. y otros" , 11/12/2009, RCyS 2010-VII, 174, AR/JUR/65768/2009.](#)

(*) Información a la época del fallo

2. La obligación asumida por el cirujano plástico es de medios y no de resultado, por cuanto, al igual que en toda prestación médica, el profesional no puede tener plena seguridad de éxito en la aplicación de su técnica, desde que no todas las reacciones del organismo son controlables por ella.

3. No hay diversidad de naturaleza entre la obligación del cirujano común y la de quien practica cirugía estética, sino diversidad de criterio para apreciar con mayor severidad la culpa del médico.

4. Si un cirujano plástico y un paciente disconforme con los resultados de la cirugía estética practicada por aquél suscribieron un acuerdo conciliatorio extrajudicial por el cual el primero se comprometió a cubrir los gastos derivados de una nueva intervención a realizarse con otro profesional, ante el incumplimiento de dicho convenio por parte del aludido cirujano, el objeto del litigio debe ser el reclamo de los gastos de la nueva intervención, bajo la potestad comisoria prevista en el art. 1204 del Código Civil, y no los daños y perjuicios derivados de la mala praxis médica.

Texto Completo: 2ª Instancia. — Buenos Aires, septiembre 21 de 2010.

El Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es justa la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el doctor Ricardo Li Rosi dijo:

I.- La sentencia de fs. 732/740 rechazó la demanda entablada por S. M. M. contra E. R. M. y Estética Médica S.R.L., con expresa imposición de costas a la parte vencida.

Contra dicha resolución se alzan las quejas de la actora, cuyos agravios de fs. 774/794 fueron replicados por el demandado E. R. M. a fs. 799/810.

II.- A fin de analizar las críticas de la recurrente en torno a la responsabilidad atribuida a las emplazadas, creo oportuno efectuar una breve síntesis de los hechos que motivaron el presente conflicto.

La actora relata en su libelo de inicio que en el mes de diciembre de 2000, y en virtud de la condición de médico cirujano plástico del codemandado E. R. M., convino con éste la realización de una intervención quirúrgica consistente en la lipoaspiración de su abdomen, con el objeto de mejorar su estética. Dicha intervención se llevó a cabo en el Centro General de Cirugía Plástica, propiedad de la entidad codemandada.

Sostiene que el resultado de dicha intervención no fue el esperado, ya que su abdomen presentaba protuberancias grasas, ante lo cual el demandado le aconsejó realizar una nueva

lipoaspiración, a fin de solucionar las consecuencias que había tenido la primera.

La segunda operación se realizó en noviembre de 2001. Manifiesta que esta intervención no sólo le agravó los daños ocasionados por la primera, sino que le produjo numerosos trastornos en su vida personal y profesional. Ello por cuanto su abdomen quedó totalmente caído, carente de firmeza, y en total desarmonía con el resto de su cuerpo.

Refiere que el facultativo le propuso practicar una tercera intervención, consistente en levantar la masa de piel caída y coser los músculos desde la boca del estómago hasta debajo del ombligo. Esta operación fue realizada en el mes de noviembre de 2002, y aduce que el Dr. M. la envió inmediatamente a su domicilio sin practicarle drenajes espirativos. Sostiene que su abdomen comenzó a hincharse de manera desproporcionada, viéndose obligada a someterse, dos veces por semana, a punciones en el consultorio del demandado, a fin de que se le extrajera el líquido que se acumulaba.

Alega que promovió una mediación privada en la que llegó a un acuerdo con el Dr. M., por el que éste se comprometió a cubrir todos los gastos que implicara una nueva intervención de abdomino-plastia, la que sería efectuada por la Dra. Z., o por cualquier otro profesional a su elección. Asimismo, que el demandado abonó los gastos de dos consultas realizadas a los Dres. Z. y J., y los gastos de mediación. Sin embargo, luego cuestionó el presupuesto de la intervención a practicar por el Dr. J..

Corrido el traslado pertinente, se presenta contestando demanda E. R. M., por derecho propio y en representación de Visión y Estética Médica SRL, brindando una versión de los hechos que difiere de la relatada en el libelo de inicio.

Indica que es falso que el resultado de las lipoaspiraciones practicadas a la actora no fuera el esperado. Agrega que en la tercera operación la paciente cursó un buen postoperatorio en los primeros días, constatándose la formación de un seroma a los quince días de la cirugía. Dicha complicación presentada por la paciente en el postoperatorio no responde al obrar culpable que achaca en la demanda, sino que se encuentra descripta como posible en este tipo de cirugías. Asimismo, sostiene que el tratamiento brindado a la paciente (drenaje del líquido seroso y ultrasonido en el abdomen), fue el apropiado para el caso.

Refiere que es falso que el convenio suscripto entre las partes demuestre su responsabilidad en los hechos de autos, por cuanto fue realizado "al solo efecto conciliatorio", y que el costo que le requirió la actora, en su intento por enriquecerse sin causa, es abusivo y falso, carente de toda lógica.

Producida la totalidad de la prueba ofrecida por las partes, el Sr. Magistrado de la anterior instancia dicta sentencia rechazando la acción intentada, por entender que no ha sido demostrado que el demandado haya incurrido en el obrar negligente o culpable que configura a la mala praxis médica.

III.- Previo al tratamiento de los agravios levantados por la actora, y atento el pedido de deserción de recurso que obra en la contestación del memorial, cabe destacar que el art. 265 del Código Procesal exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. Y en este sentido, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento, o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (conf. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial, Anotado, Comentado y Concordado", tº I, pág. 835/7; CNCiv. esta Sala, libres nº 37.127 del 10/8/88, nº 33.911 del 21/9/88, entre muchos otros). En este orden de ideas, sin embargo, bien vale destacar que la mera disconformidad con la interpretación judicial sin fundamentar la oposición, ni concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado no constituye la crítica para la que prescribe la norma (conf. CNCiv., esta Sala, 15.11.84, LL1985-B-394; íd. Sala D, 18.5.84, LL 1985-A-352; íd. Sala F 15.2.68 LL 131-1022; íd. Sala G, 29.7.85, LL 1986-A-228, entre muchos otros).

Desde esta perspectiva, considero que los pasajes del escrito a través del cual la recurrente pretende fundar su queja alcanzan a cumplir con los requisitos referidos. En base a lo expuesto, y a fin de preservar el derecho de defensa en juicio, de indudable raigambre constitucional, no habré de propiciar la deserción del recurso de la parte emplazada.

Por otro lado, y dada la entidad de los agravios en estudio, creo necesario recordar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan sólo aquéllos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. arg. art. 386, Cód.

Procesal y véase Sala F en causa libre N° 172.752 del 25/4/96; CS, en RED 18-780, sum. 29; CNCiv., sala D en RED, 20-B-1040, sum. 74; CNFed. Civil y Com., sala I, ED, 115-677 -La Ley, 1985-B, 263-; CNCom., sala C en RED, 20-B-1040, sum. 73; SC Buenos Aires en ED, 105-173, entre otras).

IV.- Bajo este contexto, y de acuerdo al alcance de los agravios presentados en esta Alzada, corresponde en primer término analizar el marco jurídico que debe adoptarse en los casos de cirugías estéticas o embellecedoras, vale decir si el médico debe responder en el supuesto que el resultado no sea favorable o si, por el contrario, su obligación se halla circunscripta a comprometer de su parte las diligencias necesarias para lograr el resultado esperado.

Para ello, resulta conveniente acudir a la clásica distinción realizada por Demogue entre las obligaciones de medio y de resultado y que han sido magistralmente explicadas por Belluscio en su artículo publicado en la Revista Jurídica La Ley bajo el nombre de "Obligaciones de medios y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios" (LL 1979-C, 19). Allí el distinguido jurista nacional destacó que esa distinción, realizada por primera vez por dicho autor francés, cobró rápido predicamento en la doctrina y en la jurisprudencia francesas. Fue seguida por los hermanos Mazeaud, quienes denominaron a las obligaciones de resultado, obligaciones determinadas, y a las de medios, obligaciones generales de prudencia y diligencia, así como por otros autores -Josserand, Savatier, Lalou - y por una nutrida jurisprudencia (Corte de Casación, sala civil, 12/7/60, Dalloz, 1960, sum. 101; 16/3/70, Dalloz, 1970, p. 421; 11/3/71, Dalloz, 1971, p. 477; 31/1/73, Dalloz 1973, p. 149; y varios fallos de cortes de apelaciones).

El criterio distintivo es el siguiente: en las obligaciones de resultado (por ejemplo, la del vendedor de entregar la cosa vendida, la del deudor de una suma de dinero de entregarla al vencimiento del plazo acordado, la del transportador de conducir al pasajero sano y salvo a destino, la del locador de obra de realizar una construcción exenta de vicios) el deudor queda obligado a realizar un hecho determinado, debe lograr un resultado; en las obligaciones de medios (p. ej., la del médico de proporcionar sus cuidados a un enfermo, la del abogado de defender una causa, la del locador de una máquina de prestar el servicio y atención y reparación de ella) solo queda obligado a prestar su diligencia, conduciéndose prudentemente en vista del logro del resultado apetecido. La consecuencia práctica de esta clasificación -que abarcaría tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual- radicaría en que, en las obligaciones de medios sería necesario probar la culpa del deudor; en las de resultado, en cambio, la culpa se presumiría por el solo incumplimiento, y sería el deudor quien debiera demostrar las causas de exoneración.

En general, la doctrina fija el criterio distintivo sobre la base de la existencia o inexistencia de un álea en la ejecución de la obligación: de haber álea, la obligación sería de medios; de no haberla, de resultado.

En la jurisprudencia, en cambio parece predominar el criterio de que cuando la ejecución de la obligación es personal, individualizada, la obligación es de medios, en tanto que cuando la ejecución es anónima, y se aplica de la misma manera a un gran número de acreedores, la obligación es de resultado (Falchi, M., "Des obligations de securité. Etude jurisprudentielle", tesis, Niza, 1971, citada por Derrida, Fernand; "Obligations", núm. 52, en "Encyclopédie juridique Dalloz", "Répertoire de droit civil", t. V).

También se tiene en cuenta la voluntad de las partes, su intención de establecer un régimen de responsabilidad más o menos estricto a cargo del deudor (Tribunal de Oran Instancia de Estrasburgo, 23/11/72, Dalloz 1973, sum. 59).

En la doctrina argentina, son numerosos los autores que han recogido la clasificación en obligaciones de medios y de resultado tal como la expone la doctrina francesa: Salas, Spota, Galli, Alsina Atienza, Martínez Ruíz, Busso, Rezzónico, Bustamante Alsina, Cazeaux y Trigo Represas (Salas, Acdeel E., "Diferencias técnicas entre la responsabilidad contractual y delictual", J. A., 1942-IV, p. 729; Spota, "La responsabilidad presumida del empresario de transportes por accidentes acaecidos a pasajeros", J. A., 1943-I, p. 293, núm. 8, p. 300, y "El comodato y las obligaciones de medios y de resultado", J. A., 1956-I, p. 384, núm. 4; Galli, Enrique V., en Salvat, "Obligaciones en general", t. I, núms. 9; Galli, Enrique V., en Salvat, "Obligaciones en general", t. I, núms. 23 c) a 23 e) y "Obligaciones de resultado y de medios", en Revista jurídica de Buenos Aires", 1958-I, p. 1; Alsina Atienza, Dalmiro A., "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones "de medio" y obligaciones de "resultado", J. A., 1958-III, p. 587; Martínez Ruiz, Roberto, "Obligaciones de medio y de resultado", Rev. La Ley, t. 90, p. 756; Busso, "Código Civil", t. III, comentario al art. 506, núms.

18 y 19; Rezzonico, Luis María, "Estudio de las obligaciones", 9ª ed., t. I, ps. 159 y sigts.; Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", núms. 825 y 826; Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., "Derecho de las obligaciones", t. III, p. 24, nota 68). Con algunos reparos, Llambías y Alterini (Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones", t. I, núm. 171; Alterini, Atilio, Aníbal, Ameal, Oscar J., y López Cabana, R. M., "Curso de obligaciones", t. II, núms. 1213 a 1222). En cambio, la rechazan Acuña Anzorena, Borda y Aguilar (Acuña Anzorena, Arturo, en Salvat, "Fuentes de las obligaciones", t. IV, núm. 2787, nota 2 i), p. 134, y "Responsabilidad contractual por el hecho de otro", J. A., t. 53, sec. doctrina, p. 21, núm. 17 en la p. 33; Borda, Guillermo A., "Problemas de la culpa contractual", Rev. La Ley, t. 111, p. 925, núm. 5.).

Para Llambías, la clasificación es exacta, y también lo es que en las de medios debe probarse la culpa del deudor. Sin embargo, sostiene que se trata de una diversidad de hecho, y no de una diferencia de derecho en cuanto al régimen probatorio de los extremos de la responsabilidad del deudor, ya que siempre debe probarse el incumplimiento: sólo que en las de medios el incumplimiento consiste en la culpa del deudor, y en las de resultado no es necesario probar la culpa sino que basta el incumplimiento. Por lo tanto, no habría diversidad de régimen acerca de la prueba de los presupuestos de la responsabilidad del deudor. En ambos casos debe probarse el incumplimiento, pero en las de medios, por la razón de hecho de que el incumplimiento consiste en la culpa, el acreedor debe establecer la culpa para demostrar el incumplimiento: "es una imposición de los hechos y no una exigencia del régimen jurídico aplicable, que sigue siendo en este aspecto el mismo para una y otra clase de las obligaciones consideradas" (conf. op. cit., núm.171).

La apreciación de la exactitud y la utilidad de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado ha de partir, a juicio de Belluscio, de una verdad incontrovertible, cual es la inexistencia de distinción ontológica entre una y otra categoría. Se trata, normalmente, de una clasificación aplicada a las obligaciones de hacer, ya que en las de dar siempre se tiene en vista el resultado, y en las de no hacer, no cabe más incumplimiento que la violación de la prohibición.

Desde esta aguda visión que Belluscio propone, resulta evidente, que no podría concluirse que el Dr. M. se hubiera obligado a realizar la cirugía de manera tal que el abdomen de la actora quede, desde el punto de vista estético, en aceptables condiciones porque, por lo visto, ello es materialmente imposible, en tanto que ese favorable resultado depende de insospechadas variables que escapan a la voluntad del cirujano, por más empeño que hubiere empleado en la intervención.

En efecto, no puede soslayarse que la medicina no es una ciencia exacta donde sea factible garantizar un resultado, por más sencilla que fuere la intervención o el tratamiento, porque ello implicaría tanto como aceptar que el organismo humano es una pieza que responde en forma igualitaria ante determinados actos. Pongamos un ejemplo sencillo para comprender mejor este razonamiento: si no es posible lograr un mismo resultado si a dos cocineros les proporcionamos una misma receta, con idénticos ingredientes y útiles de cocina, qué decir sobre el cuerpo humano, cuyas reacciones y composiciones son tan variadas como individuos existen en la tierra. Parece más razonable aceptar que la conducta del profesional que realiza una cirugía de esta índole deba ser analizada en el caso concreto, antes que trazar generalidades que pueden inducir a conclusiones discutibles, tal como sería sostener que bajo cualquier circunstancia el cirujano es responsable en caso de obtener un resultado poco feliz.

Ahora bien, dejemos, por el momento, la seria crítica que Belluscio formulara sobre este tipo de obligaciones y analicemos el caso en base a los criterios que comúnmente la jurisprudencia viene sosteniendo en supuestos análogos al que nos ocupa.

De acuerdo con una línea jurisprudencial, en los casos de cirugías estéticas o embellecedoras se produce una excepción al principio general de la responsabilidad médica y debe considerarse que su obligación es de resultados y que el cirujano plástico debe probar su falta de culpa ante el fracaso del tratamiento que se efectuó (CNCiv., sala E, 20/9/1985, La Ley, 1986-A, 469, ED, 117-244; íd. sala F, 24/9/1985, JA, 1986-III-310/1; íd. sala "I", 30/3/1990, con disidencia doctor Ojea Quintana, La Ley, 1991-A, 140).

En general, se dice para fundar dicha postura que la obligación asumida por el facultativo especializado en cirugía estética es de resultado porque de no prometerse un resultado feliz el paciente no se sometería al acto quirúrgico o tratamiento (Conf. Bueres, Alberto J. "Responsabilidad civil de los médicos", tº 2, núm. 107, pág. 381; Bustamante Alsina, Jorge "Teoría General de la Responsabilidad Civil", núm. 1436, pág. 469; CNCiv., sala "G",

2000/06/15 - L., A.E. c. Appiani Sotomayor, Erdulfo - , publicado en revista La Ley del 15 de Diciembre de 2000).

Según la Organización Mundial de la Salud, se entiende como salud a un estado de bienestar físico, psíquico y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, es un derecho humano fundamental, y que el logro del grado más alto posible de salud es un objetivo social sumamente importante en todo el mundo, cuya realización exige la intervención de muchos otros sectores sociales y económicos, además del de la salud (conf. Patane, Jorge R. y Patane Villalonga, Carolina "Cirugía estética. Obligación de medios", L.L. 1996-E, pág. 938).

Se dice también que quien se somete a una operación de cirugía terapéutica lo hace impedido por un estado patológico que se pretende corregir o morigerar, en tanto quien se somete a una operación de cirugía estética lo hace sin padecer afección alguna y con la finalidad de obtener embellecimiento. Sin embargo, no siempre la cirugía terapéutica persigue sólo la curación o mejoramiento de la salud; también hay casos en los que, al curarlo o mejorarlo, se lo embellece. De la misma manera, no siempre la cirugía estética persigue sólo el embellecimiento del paciente; también hay casos en que, al embellecerle corrigiendo un defecto físico, se lo cura o mejora -con criterio amplio- de una fealdad (conf. CNCiv., sala "G", marzo 30-1993 -G., D.A. c. O.C., J. s/ daños y perjuicios, E.D., Tº 153, pág. 625, voto del Dr. Roberto Ernesto Greco).

Para reafirmar el criterio que considera que la obligación asumida por el cirujano plástico es de medios y no de resultado, se ha sostenido que, por un lado, la ley nacional 17.132 que regula el ejercicio de la medicina a nivel nacional prohíbe en su art. 20 anunciar o prometer la curación o la conservación de la salud. Análogamente tampoco puede prometer o asegurar el embellecimiento o mejoría física del paciente (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A. "Daños y perjuicios en la cirugía plástica: obligaciones de medio o de resultado", J.A. 1995-IV, pág. 404; Vázquez Ferreyra, Roberto A. "Responsabilidad civil en la cirugía plástica y obstetricia", LA LEY, 1995-B, 1238; Patane, Jorge R. y Patane Villalonga, Carolina "Cirugía estética. Obligación de medios", L.L. 1996-E, pág. 938; CNCiv., sala "A", 7/12/94 - M., A.T. v. C., E., J.A. 1995-IV, pág. 396, voto del Dr. Hugo Molteni; CNCiv., sala "G", marzo 30-1993 -G., D.A. c. O.C., J. s/ daños y perjuicios, E.D., Tº 153, pág. 625, voto del Dr. Roberto Ernesto Greco).

Además, y sin perjuicio del precepto legal enunciado y de las legislaciones provinciales que imponen esta prohibición, en la cirugía plástica -al igual que en toda prestación médica- siempre está presente el alea que caracteriza a las obligaciones de medios (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A. "Daños y perjuicios en la cirugía plástica: obligaciones de medio o de resultado", J.A. 1995-IV, pág. 404).

La ciencia médica no proporciona un conocimiento exhaustivo de las leyes naturales que regulan el organismo, y si su constante avance permite esclarecer día a día múltiples problemas, al hacerlo suscita otros nuevos que evidencian la relatividad de ese avance y la magnitud de lo desconocido. No brinda, pues, un saber completo de tales leyes. Y aunque en muchos campos ofrece conocimientos seguros, respaldados por el estudio y la experimentación, en otros se encuentra aún en períodos de investigación y aquéllos son provisionales y opinables, en mayor o menor medida. Además, tales conocimientos así como las técnicas fundadas en ellos, deben aplicarse a los pacientes, y la singularidad de cada uno plantea cuestiones que no siempre encuentran directa respuesta en dicho lenguaje, ampliándose de este modo el grado de incertidumbre sobre los resultados finales de la intervención del facultativo, sea en el diagnóstico, sea en los tratamientos; incertidumbre que éste no podrá eliminar, al menos en términos absolutos, por inspirado que resulte su arte. Así, se afirma que no se advierte que esto cambie sustancialmente en el campo de la cirugía plástica. Tampoco aquí el médico tendría plenas seguridades de éxito en la aplicación de su ciencia, técnica y arte sobre quien requiere su actuación, ya que no todas las reacciones del organismo son abarcables y controlables por ella (conf. CNCiv., sala "I", marzo 30-990 - P., D.C. c. Morrone, Roque -L.L. 1991-A, pág. 140. voto del Dr. Julio M. Ojea Quintana).

Bajo esos parámetros, considero que esta última postura explica mejor la real situación que caracteriza a la responsabilidad del cirujano plástico, porque estando presente dicho alea, no puede exigirse al profesional que asegure un resultado. Si bien quien se somete a una cirugía estética embellecedora lo hace en la seguridad de que va a quedar mejor su nariz, su cutis, su busto, etc., o, como sucede en la especie, el abdomen, no lo es menos que quien se presta a estas intervenciones sabe que asume algunos riesgos. Lo que sucede es que esos riesgos son poco frecuentes. Esto en todo caso hace al deber de información del profesional que en el caso

del cirujano plástico resulta más extenso (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A. "Daños y perjuicios en la cirugía plástica: obligaciones de medio o de resultado", J.A. 1995-IV, pág. 404; Vázquez Ferreyra, Roberto A. "Responsabilidad civil en la cirugía plástica y obstetricia", L.L. 1995-B, pág. 1238).

Dentro de ese mismo contexto y siguiendo a Llambías, entiendo que no hay diversidad de naturaleza entre la obligación del cirujano común y la de quien practica la cirugía estética, sino diversidad de criterio para apreciar con mayor severidad la culpa del médico, quien debe abstenerse de intervenir sin recabar absolutamente el consentimiento del cliente, al que debe instruir con precisión de los riesgos a correr y tratamiento a seguir, así como eludir todo experimento sobre el sujeto (conf. Llambías, Jorge Joaquín "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", Tº IV-B, núm. 2825, pág. 143).

V.- Siguiendo estos parámetros relativos a la responsabilidad que pesa sobre el profesional de la medicina que realiza el tipo de intervenciones como la de autos, procederé ahora a analizar la prueba producida por las partes, a fin de determinar si se configura en el caso el obrar negligente o culpable que comprometería al emplazado.

Para ello, deviene necesario proceder al estudio de las pericias practicadas tanto en esta sede como en la instancia criminal. Así, la calidad del peritaje médico legal es de suma importancia, ya que en el informe que brinda el médico, ya sea oral o escrito, el inicial o el definitivo, se basará la Autoridad Judicial como eventual elemento de prueba para considerar y dictar sentencia. Este estriba en una presunción concreta, de que el perito es sincero, veraz y su dictamen con toda probabilidad acertado. Se lo presume honesto, capaz y experto en la materia a la que pertenece el hecho sobre el cual dictamina. Existen dos motivos para la admisión de la fuerza probatoria: presupuesto de que el perito no cae en el error, y por otro lado, el presupuesto de que no tiene intención de engañar. El dictamen sirve entonces para brindar mayor o menor fe sobre la existencia de las cosas objeto del mismo (conf. Virginia Berlinerblau - Claudia Moscato, "Calidad del Dictamen Médico Legal: Herramientas para su Valoración" en "La Prueba Científica y Los Procesos Judiciales", págs. 44/45; Academia Judicial Internacional; La Ley; 2006).

En esta clase de pleitos en que se debaten cuestiones ajenas al ordinario conocimiento de los jueces, la pericia médica adquiere singular trascendencia de modo que tanto los hechos comprobados por los expertos, como sus conclusiones, deben ser aceptados por el Sentenciante salvo que se demuestre la falta de opinión fundante o de objetividad, para lo cual quien impugna debe acompañar la prueba del caso, pues al respecto ni el puro disenso, ni la opinión meramente subjetiva del impugnante podrían ser razonablemente atendibles para poner en tela de juicio la eficacia del dictamen. Por el contrario, se requiere para ello demostrar fehacientemente que el criterio pericial se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (conf. esta Sala, voto del Dr. Jorge Escuti Pizarro publicado en LA LEY, 1991-A, 358; Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal..." tomo 8, 538/9 y sus citas; Morello-Sosa-Berizonce, "Códigos Procesales..." T. V-B, pág. 455 y sus citas; Falcón, "Código Procesal...", pág. 416 y sus citas, entre otros).

El Cuerpo Médico Forense determinó que "no existen constancias para suponer un apartamiento de las reglas de la buena praxis".

Efectuado el examen físico de la paciente, se detectó la presencia de una cicatriz horizontal suprapúbica de 19 cm. con un área central de 4 cm x 3 cm. de forma irregular cicatrizada por segunda intervención y adherida parcialmente a planos subyacentes. Presentaba también flacidez infraumbilical y adherencias en el área central supra e infra umbilical con estrías atróficas marcadas y múltiples en la región infraumbilical y con irregularidad visible y palpable de la región supraumbilical. Se constató también la presencia de una cicatriz peri infraumbilical (cfr fs. 79).

Al contestar los puntos de pericia propuestos a fs. 22 de la causa penal, el Cuerpo Médico informó que previo a someterse a las intervenciones, la paciente presentaba flacidez cutánea moderada y estrías abdominales, estrías infra umbilicales y flacidez de músculos abdominales (cfr. fs. 81). Agregaron los expertos que luego de la última intervención se produjeron dos complicaciones post operatorias que consistieron en la formación de un seroma y en la dehiscencia de la cicatriz cutánea (cfr. fs. 82).

Indicaron también que "estos procedimientos quirúrgicos de cirugía plástica tienen riesgos genéricos como cualquier otra cirugía. Cuando la complicación deviene los resultados finales estéticos pueden alterarse del objetivo propuesto" (cfr. fs. 81).

El fiscal interviniente en la causa criminal solicitó la ampliación del informe pericial a fs. 111, cumplida por los profesionales del organismo oficial a fs. 116/117.

En dicha oportunidad, se consultó si la primera intervención quirúrgica efectuada a la Sra. M. resultó adecuada al cuadro que presentaba aquélla y a los fines por ella pretendidos. Los profesionales intervinientes manifestaron al respecto que "no puede precisarse fehacientemente la patología o el cuadro que S. M. M. hubiera presentado previamente a ese acto médico pero es de inferir, de acuerdo a lo antes citado, que habría presentado una lipodistrofia en esa zona". Se agregó que "no resulta posible en base a las constancias existentes evaluar la procedencia indubitable de ese u otro procedimiento, dado que las posibilidades ante una afectación de esas características (lipodistrofia de abdomen y flancos) puede ser una lipoaspiración o una dermolipectomía combinada con lipoaspiración"(ver respuesta a).

Por otra parte, se dejó asentado que la segunda lipoaspiración fue en la región supra umbilical, aclarándose que es frecuente que sea necesario un retoque o complemento en estos procedimientos dado que es a ciegas y con un método valorativo subjetivo y alterado por la infiltración previa. Estas circunstancias hacen que no sea totalmente previsible el resultado a obtener (ver respuesta b).

Asimismo, respecto a la dermolipectomía abdominal, se informó que la Sra. M. presentaba escaso tejido graso (por su lipoaspiración previa) con una flacidez de piel moderada y estrías infra umbilicales y en flanco, así como pequeña flacidez muscular infra umbilical, por lo cual el procedimiento propuesto era adecuado para corregir lo antes citado (ver respuesta d).

Las conclusiones del referido informe pericial condujeron al pedido de sobreseimiento en la sede represiva por parte del fiscal, y a la sentencia de sobreseimiento del juez interviniente, la que fuera confirmada en la instancia de apelación respectiva (cfr. fs. 119/121 y 156). Para así entender, se tuvo en consideración, citando las conclusiones del Cuerpo Médico, que el accionar del Dr. M. no se apartó de las reglas de la buena práctica médica, descartando signos de mala praxis, sin perjuicio de aclarar que las lesiones que presentare la Sra. M. eran propias de los riesgos genéricos de todo procedimiento quirúrgico.

Es dable destacar la importancia del informe del Cuerpo Médico Forense, al cual cabe asignarle una decisiva relevancia, desde que se trata del asesoramiento técnico de auxiliares de la justicia, cuya imparcialidad y corrección están garantizadas por normas específicas, que avalan la actuación de los funcionarios públicos (conf. C.S.J.N., Fallos 299:265 del 16/12/77; C.N.Civ., Sala "I", c. 66.735 del 31/5/85; ídem., c. 66.684 del 26/12/84; Sala "L", c. 48.977 del 27/11/95; Sala "M", c. 179.862 del 19/3/96; Sala "K", c. 101.367 del 7/3/97; Sala "F", c. 230.554 del 5/2/98; Sala "H", c. 221.358 del 10/6/98; Sala "D", c. 80.258 del 25/8/00; esta Sala c. 267.616 del 15/9/00 y c. 328.794 del 17/12/91, entre muchos otros).

Ya en sede civil, el informe médico quedó a cargo de la perito S. T. quien, luego de tener acceso a la historia clínica de la paciente, determinó que la abdominoplastia -tercera intervención- se realizó sin que se hayan producido complicaciones durante el acto quirúrgico. Agregó asimismo que, según el protocolo quirúrgico, lo actuado se ajusta a la técnica quirúrgica habitual para estos casos (respuestas a las preguntas 9 y 10, fs. 494 vta.).

En relación a la evolución postoperatoria, mencionó que la paciente presentó buena recuperación, con signos vitales normales y ligera molestia en zona supra e infra umbilical, con buen estado general y signos vitales normales (respuestas a las preguntas 11 y 13, fs. 495).

Dejó constancia la experta que la Sra. M. no concurrió a las distintas consultas y controles médicos indicados por el Dr. M. con posterioridad a la última intervención quirúrgica que este último le practicara (respuestas a las preguntas 14, 17 y 22).

A modo de conclusión, determinó la perito que "hasta que la paciente dejó de asistir a control presentó postoperatorio con serosa y dehiscencia de cicatriz, complicaciones descritas para este tipo de cirugía, que las mismas fueron atendidas por el cirujano con el tratamiento habitual (adecuado) para estas complicaciones, hasta obtener mejoría espaciando los controles y citándola en 7 días para retirar los puntos, pero la paciente no asiste" (contestación pregunta 14 de fs. 495 vta.).

A la hora de contestar las impugnaciones que mereciera el dictamen, la Dra. T. ratificó en todos los puntos su pericia, aclarando que cuanto se refiere a las complicaciones propias de este tipo de cirugías, hace alusión a las que se describen en toda la bibliografía nacional e internacional, de la que acompaña detalle (cfr fs. 514 vta.).

Sin perjuicio de tener presente las consideraciones efectuadas por el Dr. J. en su

declaración testimonial de fs. 382/383 -el reconocido profesional manifiesta que el cuadro sufrido por la paciente está conformado por "complicaciones lógicas de una operación en la que no se tuvieron todos los recaudos postoperatorios inmediatos"-, mediando dos informes periciales (el del Cuerpo Médico Forense y de la perito de oficio designada en autos) coincidentes en lo que hace a la falta de negligencia en el obrar del médico emplazado, no puedo sino inclinarme a las conclusiones de los funcionarios oficiales cuya imparcialidad se presume.

No paso por alto que el Dr. J. fue ofrecido por la actora como consultor de parte al ofrecer la prueba pericial. En este sentido, el dictamen del perito oficial o designado de oficio goza de una presunción de imparcialidad. De allí, entonces, que frente a dos dictámenes dispares sobre el punto en examen corresponda inclinarse, en principio, por el producido por el experto designado de oficio. Es que si bien el consultor técnico es también un especialista, se diferencia del perito, en sentido estricto, en la circunstancia de que, mientras éste reviste el carácter de un auxiliar del juez o tribunal y, por lo tanto, adquiere su condición procesal a raíz del nombramiento judicial y de la subsiguiente aceptación del cargo, el consultor técnico es un verdadero defensor de la parte, quien lo designa para que la asesore en los ámbitos de la técnica ajenos al específico saber jurídico. Por ello, aquél presenta una figura estrictamente análoga a la del abogado, y opera en el proceso a la manera de este último, por lo cual debe comprendérselo en el amplio concepto del defensor consultor (conf.: Palacio, L.E., "Estudio de la Reforma Procesal Civil y Comercial. Ley 22.434", pág. 159. Apart. d; véase en ese mismo sentido CNCiv. Sala "F" en causa libre nº 138.822 del 25/04/1994, entre otras).

Por otra parte, las declaraciones de los testigos Cristina Zeaiter y Juan Sarquis Zeaiter únicamente dan a entender que la paciente no estaba conforme con los resultados obtenidos de las intervenciones quirúrgicas que practicara el demandado, pero no califican si los procedimientos que éste último practicara fueron los adecuados o no (cfr fs. 366/368 y 386/387).

En este orden de ideas, estimo que los peritajes se encuentran suficientemente fundados en principios técnicos que no han sido desvirtuados por la ahora recurrente ni a la hora de impugnar la pericia ni en la correspondiente expresión de agravios. En tal sentido, debería coincidir que para apartarse del análisis efectuado por el perito en una materia propia de su arte, se debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o de que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos. Sin embargo, cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones periciales de aquél (conf. Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", t. IV, pág. 720 y jurisprudencia allí citada; Morello-Sosa-Berizonce, "Código Procesal Civil y Comercial, comentado y anotado", pág. 455 y sus citas; Falcón, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado", pág. 416 y sus citas; esta Sala, voto del Dr. Hugo Molteni publicado en LA LEY, 1991-A, 358, L. nº 375.513 del 19/9/03 y L. nº 503.228 del 20/11/08, entre otros).

En el caso, considero que los expertos designados en estos actuados han realizado un adecuado análisis de las constancias obrantes tanto en los autos principales como en la causa penal, así como también de los antecedentes y documentación clínica de la accionante, habiendo fundado debidamente las conclusiones a las que arribaran.

En virtud de todo lo hasta aquí expuesto, no puedo sino concluir que, de acuerdo a los elementos probatorios colectados, no se ha logrado demostrar que el Dr. M. haya actuado con negligencia o culpa en las diversas intervenciones que realizara a la accionante ni en el período de revisión y consulta posterior. Por el contrario, se ha acreditado que el procedimiento seguido por el profesional de la medicina involucrado fue el adecuado, tanto al momento de operar como al tratar las complicaciones que padeciera la paciente.

Así, habré de coincidir con el temperamento adoptado por el Sr. Magistrado de la anterior instancia, en tanto concluyó que no se encontraba configurada la mala praxis médica atribuida al demandado.

VI.- También habré de coincidir con el criterio adoptado por el anterior sentenciante en lo que hace a la falta de especialización registrada del emplazado. Es que dicho argumento no ha sido introducido en la oportunidad prevista por la ley procesal, por lo que no puede ser objeto de juzgamiento. De lo contrario, se vulneraría el derecho de debida defensa en juicio

contemplado en la Carta Magna.

Cierto es que, como señala el Magistrado de grado, la falta de alegación oportuna de otras circunstancias fácticas que pudieran servir de base para condenar la conducta del accionado impide considerarlas a la hora de dictar sentencia.

El principio de congruencia, cuyo fundamento se encuentra en los artículos 34 inc. 4° y 163 inc. 3° del Código Procesal, exige la concordancia que debe existir entre la demanda, la contestación y la sentencia en lo que hace a las personas, al objeto y a la causa, de modo que las partes al fijar el alcance y el contenido de la tutela jurídica requerida delimitan la actividad jurisdiccional a las cuestiones incluidas en la pretensión del actor y la oposición del demandado (conf. Esta Sala, voto de la Dra. Ana María Luaces en Libre nº 227.657 del 15/12/97; voto del Dr. Escuti Pizarro en E.D. 86-423 y sus citas de Palacio, "Derecho Procesal Civil", Tomo I, pág. 258/259; Fassi-Yáñez "Código Procesal" Tomo I°, pág. 779). En ese sentido, si los interesados son quienes deben aportar el material sobre el cual debe versar la decisión del juez, es claro que ello involucra expresar el fundamento o título (arg. incs. 4° y 5° del artículo 330 del Código Procesal) de tal suerte que resulta ineludible que la demanda contenga una exposición circunstanciada de los hechos configurativos de la relación jurídica en que se funda la pretensión. Sólo así el fallo podrá adecuarse a la situación de hecho invocada por las partes como causa de su pretensión u oposición, so pena de incurrir en incongruencia (conf. Palacio, op. cit. tomo IV, pág. 294 y tomo V págs. 431/435).

Es que por aplicación del denominado principio o sistema dispositivo, la decisión de los jueces ha de ser congruente con la forma como ha quedado trabada la litis, por lo que no pueden fallar ultra petitum, es decir, más allá de lo pedido, ni tampoco extra petitum, o sea, fuera o más allá de las pretensiones o defensas que son materia de controversia; y exige de su parte la estricta adecuación del pronunciamiento judicial a las cuestiones articuladas en la pretensión del actor y la oposición del demandado en sus presentaciones iniciales, teniendo en cuenta que incumbe a las partes fijar el alcance y contenido de la tutela jurídica (conf. Kielmanovich, Jorge L., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado", tomo I, ed. Abeledo Perrot, pág. 74).

En consecuencia, y a fin de resguardar el derecho a la debida defensa en juicio, no habré de meritar las cuestiones relativas a la falta de especialidad del Dr. M., las que de hecho se encuentran controvertidas y pendientes de resolución administrativa (cfr descargo de fs. 691/93 ter, planteo de fs. 720/1 y dictamen de fs. 724).

Por los motivos ya expresados, no acogeré favorablemente las medidas para mejor proveer solicitadas por la recurrente. Y ello debido a que para que el Tribunal haga uso de la potestad de disponer una medida de esta índole, deben confluir en la causa circunstancias fáctico-jurídicas que así lo aconsejen, pues en el ejercicio de tal facultad instructoria debe ser respetada la vigencia del principio dispositivo, la igualdad de las partes y la garantía de defensa en juicio (conf. Kielmanovich, Jorge L., ob. cit., pág. 79; CNCom., Sala A, "Cirianni c/ Canel", del 30/11/98, LA LEY, 1999-C, 413).

Siguiendo el criterio aquí expuesto, no considero que en el caso medien las circunstancias especiales que hagan necesaria la producción de nueva prueba, la que dilataría el proceso y dejaría pendiente el dictado de la sentencia definitiva.

VII.- En lo que respecta a la responsabilidad del establecimiento codemandado "Visión y Estética Médica S.R.L.", cabe apuntar que rige una teoría que explica la situación mediante la figura de la estipulación a favor de tercero (art. 504 del Código Civil). En consecuencia, entre la clínica (estipulante) y el médico (promitente) se celebra un contrato a favor del enfermo (beneficiario). De este doble juego de relaciones surge entonces que las responsabilidades del galeno y del ente asistencial frente al paciente son directas y de naturaleza contractual (conf. Bueres, Alberto J. "Responsabilidad Civil de los Médicos" Tº 1, págs. 372/376).

Se trata, asimismo, de una responsabilidad objetiva del ente asistencial ya que, probada la culpa del médico, la responsabilidad de aquél deviene inexcusable. De ahí que el paciente debe probar tan solo la culpa del médico, no para hacer funcionar una responsabilidad refleja sino para acreditar la violación de la obligación de seguridad por parte del sanatorio (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A. "Responsabilidad civil de los sanatorios y culpa médica", LA LEY, 1990-E, 418).

Sin embargo, como en el caso se ha demostrado la ausencia de mala praxis médica, quedando liberado el galeno emplazado de cualquier tipo de responsabilidad, necesario es concluir que tampoco corresponde endilgarle alguna al centro asistencial donde se practicaron los actos quirúrgicos.

Se impone entonces aquí el rechazo del agravio tendiente a que se condene al establecimiento médico, lo que propondré a mis distinguidos colegas.

VIII.- Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto en lo que hace a la ausencia de mala praxis médica, creo necesario efectuar una serie de consideraciones relativas al objeto de la demanda, y al convenio transaccional al que arribaron las partes en la instancia de mediación.

Previo al inicio de la causa penal por lesiones (expte. nro. 54.367) y al presente reclamo indemnizatorio entablado en esta sede civil, las partes acudieron a una mediación que derivó en el acuerdo de fecha 12 de mayo de 2003, cuyo original luce agregado a fs. 33 de estos actuados.

En la cláusula primera de dicho acuerdo se dejó constancia que "El reclamo que da lugar a esta mediación se refiere a una intervención quirúrgica -abdomino plastía- realizada por el Dr. M. con fecha 26 de noviembre de 2002, en el Centro Integral de Cirugía Plástica sito en la calle Echeverría 2108 de esta ciudad de Buenos Aires".

En la disposición segunda del convenio se estipuló "La requirente acepta la propuesta efectuada por el Dr. E. R. M. quien se compromete a cubrir todos los gastos y costas que implica una nueva intervención abdomino plastía -ya sea que la misma sea efectuada por la Dra. M. C. Z. (a quien ya se consultó) o por cualquier otro profesional que la requirente elija por cualquier otro motivo, a efectuarse en el plazo de un año a partir de la fecha del presente acuerdo".

La cláusula tercera establece a su vez que el "Dr. E. M., y al solo efecto conciliatorio, presta su conformidad a lo expresado anteriormente y deja constancia que abona en este acto a la Dra. M. los gastos de consulta efectuados como así también los costos de la mediación, lo que hace una suma total de...".

De este modo, ambas partes arribaron a un acuerdo conciliatorio, prestando conformidad la requirente en relación a que, una vez cumplidas las obligaciones involucradas, "nada más tendrá que reclamar por ningún concepto al Dr. M., ni al Centro Integral de Cirugía Plástica...". A modo de cierre del convenio, se estipuló en la cláusula sexta que "en caso de incumplimiento de lo pactado precedentemente hará caer el presente acuerdo con todos sus efectos".

Medió entonces entre las partes una transacción, o sea, un acto jurídico bilateral por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen las obligaciones litigiosas o dudosas (art. 832 del Código Civil).

En el lenguaje técnico jurídico el vocablo transacción alude a un convenio específico que se define por la finalidad que tiene y por los medios escogidos para alcanzarla: el fin es conseguir la certidumbre acerca de un derecho o relación jurídica pendiente; los medios son los sacrificios recíprocos que efectúan las partes para lograr aquel resultado, por lo que es dable concebir a la transacción como un intercambio de sacrificios o renunciamientos (conf. Llambías, "Código Civil Anotado", tº II-A, ed. Abeledo Perrot, pág. 807).

Según el concepto expresado, para que se configure la transacción se requiere la concurrencia de tres elementos, a saber: a) acuerdo de las partes con finalidad extintiva; b) renunciamientos recíprocos; c) obligaciones litigiosas o dudosas.

El acuerdo entonces tiene la finalidad de extinguir los derechos sobre los cuales recae el consentimiento de las partes, mediante un intercambio de sacrificios, en el marco de obligaciones litigiosas o dudosas. Se trata entonces de un contrato bilateral (implica concesiones recíprocas, imponiendo a cada una de las partes alguna prestación consistente en el sacrificio de la pretensión mayor a que ellas tuvieran derecho); oneroso (cada parte obtiene la ventaja que le representa el reconocimiento del derecho que le asegura la transacción, a cambio del sacrificio que ella a su vez hace de la pretensión mayor a la que ha renunciado); consensual e indivisible.

La transacción genera un efecto extintivo. Por fuerza de ese convenio se agotan o consumen las pretensiones que pudieran alegar las partes y a las que han renunciado. En virtud de este efecto extintivo, no pueden las partes hacer valer luego los derechos renunciados por ese acto.

El artículo 850 dice expresamente "La transacción extingue los derechos y obligaciones que las parte hubiesen renunciado, y tiene para con ellas la autoridad de la cosa juzgada". Se desea expresar que después de la transacción ya no se puede discutir más el derecho o la obligación respectivos. Del estado de incertidumbre se pasa al de certeza, precisión. Cada parte podrá oponer a las que no respeten esa consecuencia una exceptio litis per transactionem finitae. Se parece, enseña Boffi Boggero, a la excepción de cosa juzgada, pero

no es igual (conf. Boffi Boggero, "Tratado de las Obligaciones", tº 4, ed. Astrea, pág. 450).

De acuerdo a las pautas del mencionado acuerdo transaccional, el demandado se comprometió a abonar, al solo efecto conciliatorio, los gastos y costas que implicaba la nueva intervención abdomino-plastia, fuera la misma realizada por la Dra. Z. o bien por cualquier otro profesional que la accionante eligiera.

Se estableció como condición que la intervención debía realizarse dentro del plazo de un año contado a partir de la fecha del acuerdo.

Dentro del termino estipulado, y haciendo ejercicio del derecho que le confería el acuerdo al que arribara con el aquí accionado, la actora comunicó a éste último, mediante carta documento de fecha 30/06/03, su intención de practicarse la operación en la "Clínica ... de Cirugía Plástica" con fecha 8/04/03 (cfr fs. 42).

Dicha comunicación fue contestada por el Dr. M., rechazando los términos de la misiva por considerarlos falsos, inexactos e improcedentes. En este sentido, explicó que la obligación a la que se comprometió en el acuerdo transaccional consistía en asumir los gastos que implicaba una nueva intervención abdomino plastica, fuera la misma practicada por la Dra. Z., a quien ya se había consultado, o por cualquier otro profesional que la actora eligiera. Sin embargo, aclaró que el presupuesto que les había pasado la Dra. Z. era de Pesos Cuatro Mil (\$4000.-), y por lo tanto el espíritu de lo convenido era seleccionar profesionales con honorarios similares (cfr fs. 47).

A esta réplica siguió una nueva misiva de la accionante, en la que comunicó que, ante el incumplimiento del convenio transaccional por parte del Dr. M., consideraba nulo y de nulidad absoluta al acuerdo, reclamando en consecuencia los daños derivados de la mala praxis médica (daño emergente, lucro cesante, daño psíquico y daño moral) (cfr fs.48).

Bajo este contexto, debo resaltar una serie de cuestiones que hasta el momento no han sido tenidas en cuenta.

En primer lugar, mediando acuerdo transaccional entre las partes, las consecuencias extintivas que éste produjo -junto al nacimiento del derecho cierto a favor de M.- limitaban las posibilidades de reclamo de la actora, quien tenía la facultad de iniciar las acciones derivadas de los arts. 1203 y 1204 del Código Civil.

O sea, podía reclamar el cumplimiento de la obligación a la que se había comprometido el emplazado (el pago de los gastos de la nueva intervención) más los daños derivados de la demora y, eventualmente, tener por resuelto el contrato, otorgándole el derecho a reclamar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

De hecho, la propia recurrente, al enviar su primera misiva, parecía seguir el mismo razonamiento, en tanto empleó los siguientes términos: "la suma antedicha deberá ser pagada el 1 de agosto de 2003; caso contrario se solicitará la homologación del acuerdo firmado entre las partes y se ejecutará el convenio firmado a Ud. Y al Centro Integral de Cirugía Plástica de la calle... de esta ciudad, con más los daños y perjuicios que me ocasionaren por la pérdida de fecha de la intervención y por todos los estudios que debo realizarme antes de dicha fecha"(cfr fs. 42).

En cambio, la reclamante procedió a declarar unilateralmente la nulidad absoluta del acuerdo (cfr fs. 48), actitud a todas luces errónea de acuerdo a las normas que rigen tanto a la sanción legal referida como a los efectos propios de los contratos bilaterales.

En este entendimiento, ante los efectos extintivos del acuerdo transaccional, el objeto del litigio debió haber sido el reclamo de los gastos de la nueva intervención bajo la potestad comisorias prevista por el artículo 1204 del Código Civil, y no los daños y perjuicios derivados de la mala praxis médica.

Aun así, configurando los daños reclamados un derecho litigioso alcanzado por la extinción que implica el acuerdo transaccional, la demanda, tal como fuera planteada, deviene improcedente.

Es que la accionante actúa como si nunca hubiera existido, el referido acuerdo iniciando la acción civil en reclamo de rubros que ni siquiera incluyen los gastos de la operación a la que se sometiera con el Dr. J. -partida a la que sí tendría derecho de acuerdo al convenio al que arribara-.

Incorre la actora de este modo, en forma manifiesta, en el conocido brocardico venire contra factum, es decir, la doctrina de los actos propios.

Al respecto, cabe señalar que esta conclusión no es sino derivada de una expresión de la exigencia jurídica de que concurren "comportamientos coherentes", pues, al fin y al cabo, lo

que persigue la doctrina de los "propios actos" es reprimir y desalentar la incoherencia en los comportamientos cargados de sentido jurídico.

Es que el venire contra factum significa que un acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, que contradice el sentido que, conforme a la buena fe, ha de darse a la conducta anterior del titular, constituye una extralimitación; luego esa pretensión contradictoria con la propia conducta resulta inadmisibles y debe ser desestimada por los tribunales. A lo que resta agregar que también concurre el venire contra factum cuando la conducta ulterior incoherente apunta no tanto a destruir el acto anterior, sino más bien a evitar sus consecuencias o eludirlos.

Por ello, sin perjuicio de que en el caso la mala praxis denunciada en el libelo de inicio no logró ser demostrada, la acción debió haber sido desestimada desde un principio.

IX.- Habiéndose demostrado la ausencia de mala praxis médica, entiendo que es abstracto el tratamiento de los agravios relativos a la supuesta existencia de daños psíquico, físico, estético, moral y lucro cesante.-

X.- Por último, ha sido también motivo de agravios la forma en que se impusieron las costas en la anterior instancia.

El ordenamiento procesal vigente adhiere al principio generalmente aceptado en la legislación nacional y extranjera cuyo fundamento reside básicamente en el hecho objetivo de la derrota como base de la imposición de la condena en costas.

Sin embargo, el referido principio no es absoluto, ya que el propio Código Procesal contempla distintas excepciones, algunas impuestas por la ley y otras libradas al arbitrio judicial, tal como lo dispone el artículo 68 en su segundo párrafo. Esa norma importa una sensible atenuación al principio general al acordar a los jueces un adecuado marco de arbitrio que deberá ser ponderado en cada caso particular y siempre que resulte justificada tal exención (conf. C.N.Civ., esta Sala, R. 44.344 del 17-4-89 y sus citas; íd., R. 72.781 del 14-8-90; íd., R. 136.124 del 16-11-93; R. 150.684 del 4/7/94, n° 436.540 del 8-11-05, entre otros).

En tal sentido, esta Sala tiene decidido que la sola creencia subjetiva de la razón probable para litigar, no es por sí suficiente para eximir del pago de las costas al perdedor, pues es indudable que -salvo hipótesis de actitudes maliciosas- todo aquél que somete una cuestión a los tribunales de justicia es porque cree tener la razón de su parte, mas ello no lo exime del pago de los gastos del contrario si el resultado no le es favorable. Sólo es admisible esta causal de eximición frente a las características peculiares y dificultades del asunto, pero en tales supuestos, la razón probable para litigar debe encontrarse avalada por elementos objetivos de apreciación, de los que se infiera la misma sin lugar a dudas (C.N.Civ., esta Sala, L. 112.907 del 11-8-92 y sus citas, L. n° 436.540 del 8-11-05, entre otros).

Bajo estas directivas, no vislumbrando en autos las especiales circunstancias que conlleven al apartamiento del principio general, entiendo que la queja en análisis debería ser rechazada.

XI.- Voto, en consecuencia, para que se confirme la sentencia apelada en todo lo que decide y fue objeto de agravios. Las costas de Alzada deberían imponerse a cargo de la recurrente vencida, de acuerdo al principio objetivo de la derrota (art. 68 del Código Procesal).

Los doctores Hugo Molteni y Luis Alvarez Juliá votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor Ricardo Li Rosi.

Y Vistos:

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se confirma la sentencia apelada en todo lo que decide y fue objeto de agravios. Costas de Alzada a la recurrente vencida.

Atento lo resuelto precedentemente corresponde entender en los recursos de apelación deducidos contra los honorarios fijados en la anterior instancia y toda vez que de la acción fue rechazada, deberá determinarse para el caso, la entidad económica del planteo.

Al respecto, debe partirse del principio jurisprudencial, según el cual, en estos supuestos, el interés material discutido no varía según que la pretensión deducida prospera totalmente o sea rechazada. A esos efectos, la misma trascendencia tiene el reconocimiento de un derecho como la admisión de que el supuesto derecho no existe. De ahí que, ante la alternativa de rechazo de demanda, debe computarse como monto del proceso el valor íntegro de aquélla, aplicándose analógicamente las reglas que rigen el supuesto de demanda totalmente admitida (conf. Esta Sala, H. 263.444 del 18/2/99, íd. H.393.030 del 13/2/04, íd. LH. 557.718 del 30/8/2010, entre muchas otras).

En consecuencia, valorando la extensión e importancia de los trabajos realizados en autos

por los profesionales intervinientes, etapas cumplidas, dentro de las tres en las que se divide el presente proceso ordinario, lo normado por los arts. 1, 6, 7, 37 y 38 de la ley 21.839 y, en lo pertinente lo establecido en forma reiterada por este Tribunal en cuanto a la forma de retribuir los honorarios de los peritos médicos y psicólogos, que carecen de un arancel propio (conf. Esta Sala, LH. 543.402 del 23/6/2010, entre muchos otros) modifican los honorarios regulados en la anterior instancia y se fijan los honorarios de los letrados patrocinantes de la parte actora, Dr. B. Z., por su intervención en la primer etapa junto con otro letrado, en pesos mil quinientos (\$1500); los del Dr. B. P. Z., en pesos seis mil (\$6000); los del Dr. M. a. R., en pesos quinientos (\$500) y los del Dr. F. H. G., en pesos doce mil (\$12.000); los de la perito psicóloga, Lic. L. S. P., en pesos tres mil (\$3000) y los de la perito médica, Dra. S. T., en pesos tres mil (\$3000).

Por su labor en la Alzada que diera lugar al presente fallo, regúlense los emolumentos del letrado patrocinante de la parte actora, Dr. B. P. Z., en pesos dos mil doscientos (\$2200); los del letrado patrocinante de la parte demanda, Dr. M. C. S., en pesos tres mil ochocientos (\$3800) y los del apoderado de la misma parte, Dr. A., en pesos mil seiscientos (\$1600) (arts. 6, 7, 38 y 14 de la ley 21.839 y concordantes de la 24.432) sumas que deberán abonarse en el plazo de diez días.

Notifíquese y devuélvase. — Ricardo Li Rosi. — Hugo Molteni. — Luis Alvarez Julia.