En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los 18 días del mes de septiembre del año dos mil ocho, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de la Dra. Nélida Susana Melero y asistencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"T., S. P. c/ B., E. C. s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 16.860/08**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 1422/02), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 268 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 478), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 389/410? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por las partes contra la sentencia definitiva nro. 68/07 del Juzgado Letrado Civil, Comercial, Rural y de Minería nro. 1 de la jurisdicción (fs. 412, fs. 413 fs. 389/410).

La sentencia venida en crisis hizo lugar a la demanda incoada por S. P. T. y condenó a E. C. B. al pago de $214.500 en concepto de daño emergente, daño moral, desestimando el peticionado daño psicológico, e

impuso las costas del proceso al perdidoso.

1.- Luce el memorial de agravios de la parte demandada a fs. 430/451vta. Asienta sus quejas en primer término del encuadre normativo dado por el Aquo al considerar que se trató de una obligación de resultado la cirugía estética, desnaturaliza el principio de la ley 17132, no examina el presupuesto de responsabilidad consistente en el factor de atribución como si este fuera del tipo objetivo. Dice que desnaturaliza la postura jurisprudencial y doctrinaria por cuanto el cirujano plástico no difiere de la obligación asumida por otros en la disciplina quirúrgica. Cita el art. 20 de la ley 17132 en punto a que está vedado garantizar la curación. Cita jurisprudencia y doctrina en su respaldo. Dice que incumbe al paciente demostrar el factor de atribución en el actuar del médico y la relación de causalidad. No hay razones para apartarse del principio general por tratarse de una cirugía plástica.

El juez de grado consideró que había contraído el demandado una obligación de resultado, cita doctrina sosteniendo que la cirugía estética tiene una finalidad curativa, por cuanto el embellecimiento está relacionado con el bienestar psíquico de la persona y la postura de la Organización Mundial de la Salud que incluye en el criterio de salud no solamente la ausencia de enfermedad.

Hace mención del consentimiento informado que no existe como norma general en nuestro país, es un acto jurídico no formal y equivoca el juez cuando dice que careció de un consentimiento escrito porque solo se exige para trasplante. Tampoco corre por cuenta del médico acreditar que la paciente fue

informada de los riesgos.

Relacionado con el erróneo encuadre normativo está la valoración también equivocada de la prueba pericial aportada, porque si bien dice que la técnica utilizada cambió hace tres décadas admite que se sigue utilizando.

Con relación a la desatención que el Aquo endilgó no fue tal porque había un equipo en el centro donde fue operada. Analiza y critica los testimonios de P. y C. sosteniendo que no cambió de técnica en el quirófano mientras la actora estaba dormida, de la fotografías previas surge que la utilización de una técnica mixta.

Sostiene el recurrente que hubo un apartamiento de la sana crítica.

Se queja de los rubros y montos de condena. Sobre el daño emergente entiende que no es consecuencia de dicha intervención y no corresponde el pago de $14.500, efectúa los cálculos con base en la pericia y estima un monto de $4000.

Daño moral, hace una recopilación de los antecedentes de esta Cámara y del Superior Tribunal de Justicia, y también en el orden nacional, indicando que el monto condenado es excesivo.

El momento de cómputo de los intereses que fueron impuestos desde la fecha del hecho, cita jurisprudencia.

Mantiene la reserva del caso federal.

2.- A fs. 453/56 obra el memorial de agravios de la parte actora. Asienta su queja en el rechazo del daño psíquico haciendo referencia a doctrina nacional y la diferenciación existente entre este daño psíquico con el moral y el físico.

El segundo agravio lo constituye la falta de referencia en el fallo a la compañía Aseguradora La República Compañía Argentina de Seguros Generales SA. El Aquo a fs. 389 dice que la tercera citada fue rechazada su intervención y quedó firme. Hace reserva del caso federal.

Análisis.

I.- Iniciaré el análisis y tratamiento de las cuestiones traídas a esta Alzada por las quejas de la parte demandada que cuestiona íntegramente el fallo venido en crisis, o mejor dicho, en lo esencial que es la atribución de responsabilidad por el daño invocado por la actora al demandado.

Bajo el argumento del recurrente del planteo de una falta adecuada de valoración de la prueba generando ello una errada interpretación del Aquo habida cuenta que se apartó de la sana crítica. No obstante referirme a este punto, dejaré sentadas las coincidencias firmes llegadas a esta Cámara.

En este orden de ideas dejo establecido el día y el lugar de la intervención quirúrgica que fuera el 14 de marzo de 1998 surge del escrito de demanda y de contestación, fs. 63, de la demanda se desprende del farragoso relato de fs. 21 y vta. y 22 y de la consulta en el pertinente almanaque del año, el quirófano del C. O. fs. 21vta. no es objetado al contestar demanda ni en el curso del pleito, más allá que en el responde indica otro nombre del lugar el Dr. B. (pero se refieren al mismo) y aun evidente los protagonistas, la paciente Sra. T. y el médico interviniente Dr. B.

En cuanto a los antecedentes motivantes de la Sra. T., surge de las constancias de autos que la

paciente, la actora, quería tener un abdomen mejor, me refiero a uno sin estrías ni flacidez y obtuvo a cambio un abdomen marcado, surcado con cicatrices, los glúteos que deseaba modificar su aspecto externo con más volumen y elevación no lo obtuvo sino que están desparejos. Respecto de la primera situación el médico dijo que era una cuestión de la piel de la paciente y abandono de tratamiento ya que no concurrió ni se colocó los elementos indicados, con relación a la segunda no ensayó explicación alguna fs. 63/66.

La pericial médica dice que no hay cicatrices patológicas, pero hay cicatrices y no se probó que fueran anteriores a la intervención. Si la actora con los testimonios brindados, el reconocimiento del médico interviniente, el enfermero que participó en la cirugía, son coincidentes que en el tipo de corte en el vientre con lo cual el nexo causal ha quedado demostrado entre la existencia de cicatrices (en forma de ancla) y la cirugía practicada.

En materia de prueba de la responsabilidad civil de los médicos, el paciente debe acreditar la existencia de la relación causal, el factor subjetivo de la misma -culpa o dolo- que involucren al acto o hecho galénico con el daño ocasionado (Citar: elDial - AA3FC4). En punto al nexo causal, no existen dudas que la cicatrices fueron consecuencia de la intervención quirúrgica, además del reconocimiento médico es el cirujano plástico responsable de la existencia de las marcas, consistiendo la única defensa del demandado en la falta de tratamiento posterior por abandono de la paciente.

Dijo el perito que la cicatrización es correcta, pero que no es el resultado deseado por el

cirujano fs. 266. Llegó a afirmar que tiene cicatrices donde no había. Echando por tierra los argumentos en el memorial de agravios sobre la errada valoración de la prueba por parte del Aquo.

Avanzando con los temas, a mi modo de ver, no se trata de advertir sobre un riesgo quirúrgico al paciente, sino de la producción de un daño mayor al existente. Tal y como ocurrió en la especie. Es por ello que la ensayada defensa excusando en el tipo de piel de la paciente modifica o altera la cicatrización hace menos creíble que la Sra. T igualmente decidiera operarse teniendo conocimiento de ello.

No se hace la incisión vertical según el perito, para evitar o disminuir el riesgo de cicatrizaciones patológicas, lo que me lleva a preguntarme, por qué lo hizo. No brindó ningún argumento de su decisión, de cortar en forma vertical, ya sea dentro del quirófano como declaró L. y la anestesista que asistieron, o fuera en forma previa, que permita inferir que adoptar esa decisión fue la mejor alternativa en una cirugía estética ya que se trataba de una técnica obsoleta que no podía desconocer, atento el informe del perito por los años que no se utiliza.

Reflexionando, digo, una intervención quirúrgica meramente estética, y como reconociera en su conteste, superficial de la cual se esperaba mejorar el aspecto del abdomen. El por qué actuó de una manera que trajo un perjuicio mayor, cuando la decisión dependía sólo del médico, es decir de él, y hacía 30 años que dicha práctica no era la utilizada (ver pericia fs. 266vta.). No puedo dejar de advertir que existió una errada determinación del medio o modo utilizado como

técnica, lo que lleva a admitir la responsabilidad por su accionar en el daño producido en la actora.

Dice la recurrente demandada que sin ningún fundamento el juez Aquo entendió que correspondía a una obligación de resultados sin evaluar la responsabilidad.

No pretendo hacer una exhaustivo detalle de la doctrina respecto de obligaciones de medio y resultado, pero atento la queja del demandado recurrente resulta conveniente detallar la evolución, metamorfosis conceptual que evidenció la jurisprudencia nacional a raíz de la divergencia existente en la doctrina, tema que está estrechamente vinculado con la prueba.

Sabido es que la regulación legal de las obligaciones de hacer es escasa (Díaz Picazo "Fundamentos de derecho civil patrimonial", t.1, pág. 327). Que la calificación de obligaciones de medio y obligaciones de resultado es una construcción doctrinaria. Entre la fuente de regulación se puede señalar a la costumbre, a la jurisprudencia, las regulaciones estatutarias, reglamentarias y las leyes generales. Por lo cual, más allá de las divergencias, esta división no puede desacreditar sin más esta clasificación que es utilizada por doctrinarios y juristas pero sin mayores indagaciones sobre las implicancias de la misma (ver Ricardo Lorenzetti "Responsabilidad Civil de los médicos", tomo I, pág. 468/9, ed. Rubinzal Culzoni-97).

Pero aun falta una teoría que fije como se articulan entre si estos distintos niveles, como se aplican los distintos institutos a la categoría obligacional (de hacer, de medio o resultado).

Un importante sector doctrinario entiende aplicable a las prestaciones de conducta la distinción entre obligaciones de medio y de resultado. No obstante hay una diversidad de opiniones a la hora de precisar sus alcances. Dichas disonancias tienen un rol decisivo porque se refieren a aspectos tales como los requisitos que caracterizan a ambos tipos de obligaciones, su aplicabilidad, su régimen probatorio. Abriéndose un amplio espectro de autores que brindan explicaciones en razón de las pruebas según se coloquen en un régimen contractual o extracontractual. El profesor Bueres ha profundizado estas nociones con impecable rigor lógico y aportando variaciones al tema. Admite la denominación clásica (de medios/de resultado), comparte la idea de que se trata de una clasificación general de las obligaciones aplicable a los ámbitos contractual y extracontractual; apuntala el valor normativo y no meramente didáctico de la distinción, asiente con la idea de que las obligaciones de resultado son mayoría.

Su aporte se relaciona con la configuración ontológica de la distinción y con la utilidad de la misma, advirtiéndose cierta utilidad con su pensamiento. En primer aspecto coincide con Mazeud en que en el plano real no hay diferencias puesto que siempre hay medios y fines; admite Bueres que ello mismo ocurre si se analiza la estructura institucional de la obligación, en la que se admiten fines y medios. La diferencia está en la estructura funcional de ambas categorías. Al respecto se señala que el objeto de toda obligación es un plan o conducta del deudor para satisfacer el interés del acreedor. El interés forma parte del objeto de la obligación, puesto que la

obligación es siempre un cauce de fines, un instrumento de cooperación social. En los deberes de medio, el interés definitivo perseguido es aleatorio, de donde el deudor cumple con la aportación del esfuerzo o actividad debidos (autor y ob.citada, pág. 474).

Apuntó el profesor citado a detallar la diversidad de posturas suscitadas por los autores al momento de colocar la obligación de los médicos en una u otra categoría. Pero mucho más actual y según el doctrinario citado se encuentra el criterio de fraccionamiento de la clasificación seguido por muchos autores dirigido a los factores señalados al inicio del presente comentario (Alterini, Atilio "Carga y prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual", LL 1988-B-947).

Es tal la dificultad que representa la distinción que la doctrina buscó criterios conceptuales clarificadores. Entre ellos los llamados objetivos. Entre ellos el más difundido y antiguo es el que se basa en el contenido de la obligación de medios, utilizándose la noción de alea para señalar que en algunos casos no se puede garantizar el resultado. Considerando por alea la reacción orgánica del paciente. Tampoco es tan precisa porque existen contratos médicos totalmente técnicos como son los dictámenes que también es cuestionada por la imprecisión porque esa constituye una locación de obra, o un análisis clínico que es de resultado. Otro criterio se centra en el contenido de la obligación de resultado a aquellos casos en que se encuentra prometido una obra que tenga la suficiente autonomía como para ser contemplada con independencia de la actividad desarrollada para llegar a ella, conforman un

débito determinado. Esta idea sirve para considerar como de resultado a la obligación en el de cirugía estética (ver a Ricardo Lorenzetti "Responsabilidad civil de los médicos", t.I, págs. 468/81, ed. Rubinzal Culzoni-97).

Hay autores que han fijado líneas divisorias subjetivas, que se concentran en la posición del acreedor, tomando en cuenta los derechos de la víctima, la interdependencia de las partes. Mientras que otros autores también basándose en el interés del acreedor, sostuvieron que en los casos que hay una finalidad curativa es de medios, y si no la hay es de resultado.

"En la cirugía estética se aplica este criterio, distinguiendo cirugía estética reparadora "que tiene por finalidad reparar verdaderas enfermedades congénitas o adquiridas" y la cirugía estética "que tiene por finalidad reparar las desgracias de la naturaleza" y solo esta última supone una obligación de resultado" (Cristóbal Montez, Javier, "Responsabilidad civil médica y hospitalaria", cita del autor y obra citada, pág. 481).

Hay autores como el Prof. Bueres que agrega a este criterio de la finalidad que también es curativa por cuanto para el hombre moderno es un factor decisivo de equilibrio psíquico, además de insistir que no está fuera de las previsiones del art. 512 del Código Civil y de la responsabilidad general de los médicos. No obstante, el paciente persigue un resultado feliz, que se somete a una operación que de haber sabido en el balance riesgo-beneficio es adverso no hubiera aceptado el tratamiento (ver Bueres Alberto "Responsabilidad civil de los médicos", pág. 373/375,

ed. Abaco-1979).

De este extracto brevísimo doctrinario ilustrativo sobre las posiciones de los juristas sobre esa división de las obligaciones, advierto que poco a favor juegan del demandado y de la cirugía estética practicada en la actora, en atención al resultado de la misma.

Argumenta el médico recurrente que el juez habla de consentimiento previo indicando que ello no está previsto, pero poco argumenta frente a la lógica del hombre común que accede a una intervención de cirugía plástica para verse mejorado no empeorado. El paciente evalúa los riesgos de los cuales debió ser informado y en la especie, poco convincente se presenta que la Sra. T. a sabiendas del riesgo de una deformación mayor accede a una cirugía. Parte de la doctrina entre ellos el Prof. Bueres, como citara ut supra, señalan que el paciente evalúa los riesgos antes de acceder y para ello debe ser informado por el médico que lo asiste y en la especie poco induce a pensar respecto de la decisión de la Sra. T. de seguir adelante con la operación en la hipótesis de haber conocido el riesgo de una deformación peor a la que quería corregir, tanto en su abdomen como en sus glúteos.

La finalidad es, en consecuencia, un criterio cuya complejidad para utilizarse, para resolver cuestiones concretas llevadas a los estrados judiciales se presenta con un grado cada vez mayor de confusión. Concretamente, la obra del Dr. Lorenzetti, citada ut supra, trae a conocimiento un fallo en el que se revela esta paradoja respecto de la calificación entre obligaciones de medios y de resultados, ya que

distintos jueces de Cámara han condenado a un galeno en una cirugía estética similar a la situación de marras invocando los criterios diversos para ubicar la obligación del galeno (ob. citada, pág. 487 y ss).

Concluyendo con el tema y a la invocación que el Aquo utilizó sin fundamento la calificación de la obligación como de resultado, adviértase que no escapa a la práctica Tribunalicia y no por ello es el encuadramiento desacertado.

No obstante me inclino por las posturas doctrinarias que consideran superada dicha calificación. "Se advierte una lenta y progresiva evolución a favor del abandono de la "summa divisio" entre obligaciones de medios y de resultado" (Aída Kemmelmajer de Carlucci, "Ultimas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica", JA 1992-II-815).

Sea cual fuere el encuadre teórico, la refutación oscila alrededor de la idea de que el resultado no es ajeno a la obligación, aunque en algunos casos se garantice y en otros no. "Por ello en el contrato médico hay una pretensión curativa, de lo contrario y según Zannoni deberíamos llamar a la medicina el arte de cuidar y no de curar" (ver ob.y autor cit., pág. 486).

Volviendo a la situación que me ocupa, el médico conocía la voluntad de mejorar la naturaleza de la actora, ya que conoció a la persona y su deseo previo a la intervención quirúrgica, por lo cual el argumento que ensayó al contestar demanda como liberatorio, que al ser de piel oscura la cicatrización es notoria, lejos de mejorar su postura la agrava ya que sino mejoraría por qué aceptó practicar la cirugía

de abdomen. Poco ayuda un análisis desde el sentido común que deja sin justificar por qué alguien que quiere mejorar en un balance desventajoso se arriesga. Ello me infiere a decir que no conocía acabadamente esa posibilidad de desmejora.

Retomando mi mismo razonamiento, si el Dr. B. conocía a la persona morena, y que la incisión vertical -que según el propio perito indica su desuso por treinta décadas optó por practicar esa técnica- no era lo más conveniente o mejor dicho podía producir una marca no deseada empeorando la situación, cae por su propio peso preguntarse por qué utilizó dicha técnica. Es, entonces, que no cabe ningún distingo sobre el momento en que se adoptó la decisión de hacer el corte tipo ancla, si fue o no antes de la operación o durante, y siguiendo la declaración testimonial del enfermero L., como dijera en párrafos anteriores.

Si bien no se trata ya de distinguir doctrinariamente si es una obligación de medios o de resultados, sí se trata de investigar que quien tiene la opción (fáctica y científica) de mejorar empeora y genera un perjuicio no deseado.

A fin de repeler la acción por responsabilidad civil el médico demandado debe acreditar la falta de culpa de su parte, es decir, que su conducta se ajustó a las reglas de la “lex artis” en función de las características del caso. Lo que no advierto, ya que no reconoce haber cambiado sino utilizado una técnica mixta se abstiene de indicar cuáles fueron las razones para ello, reitero no se trata del consentimiento previo o de la advertencia previa a la paciente -tema sobre el que me referí- sino qué razón motivó al galeno a que adoptara una técnica

no recomendada en la actualidad (precisamente para evitar cicatrices patológicas sic informe del perito). Porque a T. se le aplicó la técnica mixta que la perjudicó con una cicatriz en su abdomen empeorando su aspecto. Cicatriz que no mejora con la aplicación de químicos postquirúrgicos ni tampoco se probó en autos la medicación indicada en tal sentido ni el abandono invocado, sí la ausencia del galeno con posterioridad inmediata a la operación.

La doctrina dijo que cuando se demanda por mala praxis hay que probar cuatro elementos de la responsabilidad. Es decir cuatro elementos a acreditar, un acto, un daño, la relación de causalidad con el acto y el daño y la culpa. En materia médica hay que probar los cuatro elementos citados. El acto médico o comportamiento humano es el más importante. Como lo que hay que probar es la imprudencia, negligencia o impericia se deben resaltar las omisiones, por defecto en la atención en su caso la omisión de conducta debida, el acto precipitado (imprudencia) o el acto alejado de esas reglas de la "lex artis" (imperito) (Héctor Mario Lavalle, Luis Rodríguez Saiach "Cálculo – Mala Práctica Médica, defensa médica –visión jurídica...", pág.101, 199/200, ed. Gowa-2006).

Para que quede comprometida la responsabilidad de los médicos por los hechos cometidos en el ejercicio de su profesión, el paciente debe demostrar la culpa de la realización de la atención médica prestada, la existencia del daño que le hubiera sobrevenido a causa de ese hecho y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño experimentado. Asimismo, basta que alguno de estos requisitos fracase para que el deudor quede exento de

responsabilidad civil por las consecuencias de su actividad. Demostrar que ha tergiversado el plan de prestación que es objeto del deber (ver doctrina citada Héctor Mario Lavalle, Luis Rodríguez Saiach, pág. 101).

En el caso la Sra. T. ha demostrado que ingresó al quirófano para solucionar un aspecto de su vientre, y de sus glúteos. Salió con el vientre marcado y los glúteos en un estado indeseable y desmejorado. Creo que se han reunido los elementos indispensables para acreditar la responsabilidad del médico ya que se da la configuración de la mala praxis por lo que nos enseña el art. 512 del código civil.

Los principios generales relativos a la individualización de la culpa (art. 512 del Cód. Civ.) son aplicables íntegramente a la actividad de los profesionales de la medicina: la culpa de los galenos debe determinarse valorando si la conducta desplegada por el profesional ha sido negligente o imprudente. La eximente de responsabilidad declarada en el sub lite (esto es, la de la falta de culpa) es distinta a la propia del caso fortuito. Así lo ha sostenido autorizada doctrina en el entendimiento de que "La prueba del casus apunta a la demostración de una causa ajena imprevisible o inevitable, aunque la conducta del deudor hubiera sido irreprochable, mientras que la prueba de la falta de culpa patentiza la adecuación del obrar dentro de los cánones de exigibilidad normativa preceptuado. La prueba del casus apunta a la relación de causalidad, mientras que la falta de culpa al juicio de reproche sobre la conducta del solvens" ("M. de H. M. M. y Ot. c/ C. J. A. y Ot.- Ordinario-" - TSJ DE CORDOBA - SALA CIVIL Y COMERCIAL - 22/05/2007 Citar: elDial - AA3FC4).

Lo dicho me lleva a confirmar el fallo con la posición y argumentos brindados; en consecuencia desestimo el agravio en este punto.

2.- He de referirme a los montos de condena. Adelanto que no fue demostrado qué relación existe con la vocación de estudio de los hijos, que no acreditó tener, con el menor o mayor flacidez del vientre o la estrías de la madre, como tampoco la fidelidad o no del cónyuge como comportamiento directa y exclusivamente relacionado al aspecto del abdomen de la Sra. T. Marido que tampoco demostró su existencia ni el vínculo marital. Temas estos que valoraré seguidamente al estudiar sobre los rubros y montos de condena cuestionados por las partes.

Lo que interesa fundamentalmente es el resarcimiento completo de todos los daños sufridos por una persona como consecuencia del obrar contrario a derecho de otra. Quien haya sufrido un daño injustamente sea reparado, según la teoría objetiva de la reparación. Esta teoría de la reparación integral no permite, sin embargo llegar a extremos que se imputen al autor de un hecho, absolutamente todas sus consecuencias (Borda, Guillermo "Tratado de Derecho Civil" -Obligaciones-, t.I, pág. 151, 152, 153 ed. Abeledo Perrot-994 -7ma.edición actualizada). Reiteradamente dijo la doctrina y la jurisprudencia que toda ineptitud transitoria o mera lesión física o psíquica sin secuelas permanentes, no puede ser objeto de resarcimiento, en sí misma considerada, sino en sus efectos. Estos pueden recaer en la esfera afectiva de la víctima y así incidirán en la cuantía del daño moral, o en la órbita patrimonial, como por ejemplo si ella ha debido o deberá efectuar gastos médicos, de

tratamiento, de farmacia, etc. (CNCiv. Sala E.16-12-97 nro. E231845).

El daño patrimonial, para ser resarcido, requiere la existencia de consecuencias valuables económicamente. Es que, el derecho de daños no es sancionatorio, sino resarcitorio, por ello, no se detiene en la lesión, sino que averigua sus resultados; si y como la lesión ha gravitado en la esfera patrimonial o espiritual de la víctima. La lesión no es el daño y sí su causa (Zavala de González, M., ”Resarcimiento de daños”, t.2, p.105).

Me retrotraigo al inicio del pleito, para confrontar lo pedido con lo otorgado, que fuera cuestionado, sobre las pautas mencionadas. La actora a fs. 20 pidió la suma de $498.443 con lo que más o menos resulte de las pruebas de autos. Discriminó en rubros dicho importe, a saber, entre fs. 29 y 32 no se sabe qué edad tiene si 37 ó 28 años y pide como secuelas no incapacitantes luego de un detalle que califica como daño emergente la necesidad de una nueva operación. El monto pretendido comprende los $4643 que dice haber pagado por la intervención del demandado y los gastos de la reparación comprensivos de la intervención quirúrgica y sanatoriales, ortopédicos y farmacéuticos lo que lleva a un monto de $13443. El juez hizo lugar al rubro sin hacer mayores apreciaciones entendiendo que se trataba de un daño futuro y yo he de confirmar pero dejaré sentado algunos conceptos, toda vez que más allá del modo en que la parte lo haya peticionado, el juez debe adecuar lo pedido a las normas (iuri curia novis).

En el libelo inicial la actora a fin de evaluar la situación del daño físico sin incapacidad

laborativa, adopta como monto de reparación lo pagado y lo presupuestado para una cirugía posterior reparadora. Tal y como se desprende, reitero de lo pedido.

Este Tribunal en ambas salas ha considerado con mayor o menor énfasis que "la indemnización por incapacidad sobreviniente procura el resarcimiento de aquellos daños que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de una persona afectada que incide en todas las actividades no solo en la laboral o productiva, sino también la social, cultural o individual". "lo indemnizable como incapacidad sobreviniente no son las lesiones padecidas, sino la disminución de la aptitud física o psíquica derivadas de las secuelas del accidente –en la especie es la intervención quirúrgica- que perduran de un modo permanente (cita jurispr.) y que la incapacidad sobreviniente, como secuela irreversible cubre todas las erogaciones futuras, atendiendo a la índole de la actividad impedida sea o no productiva por cuanto la reparación comprende no solo el aspecto laborativo sino todas las consecuencias que afecten la personalidad (con citas doctrinarias)".

"Huelga recordar que el valor vida tiene base constitucional ya que como ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación es "el primer derecho natural de la persona humana" (Fallos 302:1284). Se lo consideró, tradicionalmente, un derecho implícito o no enumerado (arg. art. 33 C.N.) y con la reforma de 1994 ha quedado expresamente incorporado al texto constitucional porque de ese modo lo reconoce el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 4.1. Obviamente, como necesaria derivación de éste se reconoce con idéntica jerarquía el derecho a la

integridad corporal.

Ello, sin dudas, se proyecta en la materia que nos ocupa. Es que la salud tiene un valor para su titular; se trata de un bien jurídicamente tutelado y cuando es lesionado, cuando se afecta su utilidad, el menoscabo integra el contenido de daño.

En esta tesitura, según la cual la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable, se enroló calificada doctrina y jurisprudencia y quedó ratificada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Nuestro tribunal cimero ha sostenido que todo menoscabo permanente de la integridad psicofísica de la persona es un daño resarcible per se dentro de la categoría de daño patrimonial y desvinculando el concepto de patrimonialidad de la mera pérdida de ganancias al incluir además diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (Fallos 315:2834).

Incluso, hace ya más de dos décadas las "Jornadas sobre Temas de Responsabilidad Civil en Casos de Muerte o Lesión de Personas celebradas en Rosario en 1979" recomendaron que para la fijación del resarcimiento debe tenerse en cuenta la persona humana con su multiforme actividad; debiendo computarse y repararse económicamente toda lesión sufrida, ya sea en sus facultades culturales, artísticas, deportivas, comunitarias, religiosas, sexuales. Aída Kemelmajer de Carlucci invoca esta recomendación para sostener que es ese el criterio prevaleciente en la actualidad, ya que la postura doctrinaria de que sólo las incapacidades que disminuyen la aptitud productiva son indemnizables

como daño material ha perdido su antigua importancia ("Código Civil y leyes complementarias. Anotado, Comentado y Concordado", Director Augusto C. Beluscio, Tomo 5, ed. Astrea., Bs.As. 1984; comentario de la autora al artículo 1086, & 13, p. 219/220).

Va de suyo que, al momento de cuantificar los daños materiales, cabe evaluar la incidencia de la lesión a la integridad psicofísica. Por supuesto que lo manifestado no significa desconocer lo estrictamente patrimonial vinculado a lo que ha dejado de percibir sino advertir que integra el contenido del daño con otros aspectos también importantes. "(sent. definitiva, Sala B, nro. 18/2000, Sent. Def., Sala A nro. 69/2004, misma sala Sent. Def. 93/2004 entre otros que se encuentran en los archivos del Tribunal). La indemnización de daños y perjuicios lleva implícita la realidad de estos, para su establecimiento judicial, se requiere la comprobación suficiente de tal realidad (CS, 1-11-99 "R., C. A.c/ Estado Nacional" RED 35-521, p, VIII-A-101).

La entidad e importancia del daño resarcible es carga probatoria de quien la invoca (Llambías, "Obligaciones", t.1, n.248, pág. 281, LL,130-769).

En este orden de ideas concluyo que el daño material reclamado por la actora, que considero debe repararse como incapacidad sobreviniente, ha sido evaluado adecuadamente en cuanto a su monto por el Juez de grado, sin perjuicio de cómo arribó al monto la actora al incoar la demanda, ni el nombre dado al mismo, y conforme las facultades del art. 165 del código ritual considero justo, equitativo y confirmo la condena por daño material.

No así lo dispuesto por daño moral, que recepto los agravios del recurrente.

Como dijera en muchas oportunidades anteriores, en el estado actual del derecho argentino, la determinación de la cuantía de la indemnización por daño moral constituye un problema de solución aleatoria y subjetiva. Ello es así, evidentemente por la falta de correspondencia entre un perjuicio espiritual y el patrón dinerario con que se resarce. Pero además debido a que falta todo un criterio normativo regulador, que establezca algunas pautas comunes, con lo cual el tema queda abandonado a la intuición y discrecionalidad judicial (Bueres, A. "Código Civil ...", tomo 3-A, pág. 182, ed.Hammurabi-99).

Es veraz que no hay dos daños morales idénticos, por lo cual su agrupamiento resulta difícil, pero existe doctrina que sustenta la posición que algunos daños morales son parecidos y solo así se concibe que los tribunales tengan en cuenta fallos anteriores con el objetivo de armonizar decisiones entre casos análogos (Matilde Zavala de González "¿Cuánto por daño moral?", LL1998-E-1058).

No puede aspirarse a una objetivación total de los elementos de juicio para fijar el daño moral, sí que partiendo de ciertos parámetros comunes el juez deberá luego llegar a la cifra que estima justa de acuerdo a las especiales circunstancias de cada caso concreto. Siendo para ello imprescindible conocer permanentemente los montos que se están manejando por la jurisprudencia, como base del cálculo sobre la cual luego harán los ajustes particulares atendiendo a criterios subjetivos (Venturini, Beatriz "El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado"

LL1993-D 151, cit.).

Bajo tales parámetros doctrinarios los importes establecidos por dicho rubro en este Cuerpo y en este Tribunal estimo que lo dispuesto por el Aquo excede holgadamente los mismos y he de receptar el agravio morigerando la condena estableciendo en $50.000.

3.- En cuanto a los agravios de la parte actora que apuntan a la desestimación del Aquo del pedido de reparación por daño psíquico y a lo que considera una omisión de expedirse respecto de la compañía de seguros.

La actora cita copiosa doctrina y jurisprudencia haciendo hincapié en la autonomía del daño psíquico y por ello la procedencia de la indemnización, tornado el memorial en una mera discrepancia con respecto a la posición del magistrado. Como sostuve en oportunidades anteriores, "sin expresión de agravios el tribunal se encuentra imposibilitado de verificar la justicia o injusticia de lo resuelto. Y la misma debe concretar la materia en que ha de entender el tribunal de grado, aportando fundamentos y las bases jurídicas de los disímiles puntos de vista frente a lo resuelto por el primer juzgador, en tanto el escrito conteniendo generalidades y discrepancias genéricas no constituye técnicamente una expresión de agravios,..." (DJ 1996, pág. 527). La expresión de agravios es deficiente por incompleta, pues solo comporta una disconformidad y expone opiniones doctrinarias sobre la valoración hecha por la Aquo. El apelante no explica por qué se equivoca el Juez de Primera Instancia, solo expone su punto de vista sobre cómo debió efectuarse la valoración, más no

indicó cuál fue la norma violada, o lo inadecuado del razonamiento que impedía juzgar los hechos, tales y como fueron expuestos en la sentencia venida en crisis. En idéntica situación a la presente el Superior Tribunal de Justicia de nuestra Provincia sostuvo "...el orden procesal exige que la expresión de agravios deba contener una crítica razonada y concreta del fallo (art. 265 CPCCCh), y la no satisfacción de ello, conduce a su deserción (art. 266 CPCCCh). De ello se infiere que el contenido de la impugnación se determina en esa expresión, y su límite externo lo precisa el recurrente, se trata por lo tanto, del acatamiento de normas expresas que rigen tanto para el órgano jurisdiccional como para las partes. El incumplimiento de los requisitos que debe contener el memorial lo convierte en deficiente o incompleto, como ocurre en la especie, y entonces no puede evitarse la declaración de la deserción del recurso, pues la norma contiene un mandato imperativo que no requiere petición de parte ni admite excepciones, todo ello acorde con la perentoriedad de los plazos procesales (SD 51/92, mi voto en SD 15/95 S.T.J.)" (autos "M., R. y otro c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ recurso contencioso Administrativo", expte. 17.643, Sentencia nro.12-2001).

Lo único que hizo la recurrente es confrontar la posición del juez de grado con jurisprudencia y doctrina parcializada que en hipótesis diversas al caso habilitaron la procedencia del resarcimiento por daño psíquico con autonomía del físico y/o moral. Es por ello que la disidencia con lo resuelto coloca al memorial en un grado de insuficiencia que motiva la sanción de deserción por

corresponder según lo señalado párrafos precedentes.

4.- Se queja la actora apelante en identidad con la demandada a fs. 442/3 porque entendió que el juez omitió expedirse sobre la compañía aseguradora, sin efectuar ninguna apreciación más. Nada dice de la decisión del Aquo especificada a fs. 389 que hace referencia a "que la R. Compañía Argentina de Seguros Generales SA invocando el art. 48 del código de procedimientos contesta la citación y la demanda, intervención que el tribunal rechaza, decisión que se encuentra firme (fs. 96 a 98, 99)".

Cabe recordar que habiendo sido rechazada la presentación del gestor, firme y consentida la decisión, la actuación de este careció de toda eficacia quedando descartada la posibilidad de que desaparezca por el consentimiento expreso o tácito de la contraparte. Vencido el plazo o desestimada la presentación del gestor por el juez, frente a ese incumplimiento la trilogía clásica –actor, demandado, juez- estaría integrada por una ficción, la de la parte cuyo representante no tuvo mandato. De ahí que vencido el plazo o desestimada la presentación, se decreta la nulidad de todo lo actuado, en el caso la contestación de demanda, sin que sea de aplicación al caso lo dispuesto en el art. 169 del mismo cuerpo legal (ver Fenochietto, Eduardo "Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación", t.1, págs. 224/5, ed. Astrea-1999). Desestimo los agravios de la parte actora ya que no se dio la hipótesis de vencimiento del plazo ni se cargo con costas al presentante.

Por otra parte la expresión de agravios debe requerir la existencia de el perjuicio sufrido, lo que no ocurre en la situación, por estos motivos

desestimo el agravio.-

5.- El último tema que corresponde abordar, critica instalada en esta Alzada por el demandado, la determinación de los intereses. Transcribo jurisprudencia que analógicamente es aplicable al caso y brinda respuesta al recurrente con especial hincapié en la circunstancia que me adhiero a dicho criterio.

"En el caso de la mala praxis medica, si la mora se produce en el mismo instante en el caso de una mala praxis médica, si la mora se produce en el mismo instante del acto médico desencadenante de los daños por los que prospera la pretensión, los intereses deben correr desde ese momento. Es que, aún frente a hipótesis de responsabilidad contractual, tratándose de una obligación incumplida en forma definitiva no es necesaria la previa intimación para constituir en mora (Confr. CNCiv., 13/06/02, Sala "E", "L. B. I. c/ H. B. de Buenos Aires", elDial - AE1AB2.

En igual sentido, la Sala que integro -adhiriendo al voto de quien suscribe- ha establecido que el punto de partida del cómputo de los intereses debe efectuarse desde el momento en que tuvo lugar el obrar antijurídico de los demandados, si las consecuencias dañosas se produjeron en forma coetánea con el hecho ilícito motivo de la litis por la existencia de una mala praxis médica (Confr. autos: "Raso de Scibetta Cristina Alicia c/ Aranovich, Fernando y o. s/ Responsabilidades profesionales", del 03/04/01).

Cabe decir que en el caso, la deuda de responsabilidad -cuyo incumplimiento constituye la fuente de los intereses- es previa con relación a la

promoción de la demanda y la resolución jurisdiccional que la reconoce, aún cuando su existencia y magnitud sólo se aprecien en esa oportunidad.

Al ser así, las consecuencias dañosas sufridas por el actor se produjeron en forma coetánea con el hecho que motivó esta litis, por lo que el deber de resarcir nació a partir del momento en que tuvo lugar el obrar antijurídico del demandado" R.397402 "TJ/FJ s/ ordinario" CNCiv –Sala H-8-11-2004-, citar elDialAA2696).

En consecuencia, y concordando con los conceptos citados, los intereses se deben liquidar desde la fecha de la intervención quirúrgica, conforme lo dispuso el fallo apelado. En recientes fallos de este Cuerpo –Sala A- (que comparto), el cotejo de informes del B. C. S.A. y Nación ha permitido comprobar que existen factores ajenos a la realidad económica normal que inciden en la determinación de los institución bancaria local, que no deben ser trasladados a quien resultó perdedor del juicio, a lo que debe agregarse que "la determinación de soluciones para la fijación de los intereses resulta esencialmente provisional, pues responde a las fluctuaciones de la economía de un país. Por ello las tasas de interés no permanecen estáticas, sino que con el transcurso del tiempo y por el empleo de distintos factores, varían de un modo considerable lo que puede en cualquier momento revisar los criterios establecidos para adoptarlos a nuevas realidades económicas" (Ariel Barbero "Intereses monetarios", pág. 12, ed. Astrea-2000, Dr. Julio Alexandre, Sent. Def.05/2004).

A todo ello debe agregarse que la doctrina del CSJN y del STJ de nuestra provincia,

mantienen el criterio que la determinación de la tasa de interés a aplicar en los términos del art. 622 del Código Civil queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa que interpretan dichos ordenamientos sin lesionar garantías constitucionales, en tanto sus normas no imponen una versión reglamentaria única del ámbito en cuestión ("B. S. c/ B. S.A..." y "Sifuentes..."). Por lo expuesto modifico la sentencia atacada en este punto e impongo al capital condenado la tasa activa del Banco Nación Argentina.

6.- Costas y honorarios:

Por imposición del art. 279 del ritual, al haberse modificado la sentencia de grado, la Alzada está obligada a revisar tanto la imposición de las costas en la instancia de grado como la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes. En este orden de ideas afirmo conforme doctrina y jurisprudencia que no pueden imponerse las costas del pleito con un sentido aritmético, sino jurídico, ello implica contemplar tanto el principio objetivo de la derrota como así también las situaciones en las cuales la actora no ha visto satisfecha por completo sus pretensiones contenidas en la demanda. La medida del éxito o el fracaso de cada litigante es la pauta para la distribución prudente y equitativa de las costas (Fenochietto-Arazi, "CPCCN", t.I, pág. 280).

La parte actora reclamó una suma que superó holgadamente la condenada tanto en primera instancia como en esta Alzada, rechazado el rubro daño psíquico así como también confirmado en esta oportunidad. Estos motivos, y como indicara precedentemente, no corresponde hacer un análisis

meramente matemático de la cuestión, sin dejar de advertir que le fueron desestimados rubros y reducidas algunas pretensiones; y que siendo el principio objetivo de la derrota el seguido por esta Sala, el mismo ha sido atemperado en circunstancias especiales cuya casuística si bien reducida es merituada por las peculiaridades de la situación y en la convicción que no es absoluto.

Existió una razón fundada para litigar, el actor accionó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho invocado en el litigio. No se trató de una mera creencia subjetiva del litigante en orden a la racionabilidad de su pretensión, sino la existencia de circunstancias objetivas que han demostrado la concurrencia de un justificativo suficiente. Al contemplar el código de procedimiento distintas excepciones algunas impuestas por la ley y otras libradas al arbitrio judicial, tal como lo dispone el art.68 en su párr.2do., norma que importa una sensible atenuación al principio general al acordar a los jueces un marco de arbitrio, que debe ser ponderado en cada caso particular y siempre que resulte justificado el apartamiento.

En el caso el derecho del reclamante no ha quedado desprovisto del respaldo jurisdiccional en su esencia en cuanto al reconocimiento del daño generado por la intervención quirúrgica, integridad sino parcialmente por los rubros pretendidos, lo que conlleva a colocar a la parte accionada en vencida (DJ rep. pág. 423 y 424, 109, 105, 80, 84), bajo tales parámetros confirmo la imposición de costas dispuesta por el Aquo a la parte demandada.

Las costas de la Alzada las impongo por

el orden causado, conforme los principios, conceptos y normativa expuestos precedentemente.

Los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias que deberán ser readecuados conforme lo dispuesto en la ley arancelaria, arts. 6 y 7 los difiero para el momento del acuerdo, en el que se tendrá en cuenta lo dispuesto en dicha norma jurídica arts. 6, 7, 9, 36, 39, 47, 50, 51, 60 y 14 de la ley 2200, mod. 4335.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Por todo lo expuesto propongo:

1.- Receptar parcialmente los agravios de la demandada y rechazar los de la parte actora.

2.- Modificar parcialmente la sentencia venida en crisis en cuanto al monto de condena, exclusivamente el fijado por daño moral que se establece en $50.000.

3.- Las costas de la Alzada las impongo por el orden causado, conforme los considerandos respectivos.

4.- Los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias los difiero para el momento del acuerdo, en el que se tendrá en cuenta lo dispuesto en dicha norma jurídica arts. 6, 7, 9, 36, 39, 47, 50, 51, 60 y 14 de la ley 2200, mod. 4335, según considerando respectivo.

5.- Tener presente las reservas del caso federal.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que, a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la

Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de esta Alzada, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A.-1) A fs. 430/451vta. obran glosados los agravios planteados por el apelante demandado, los que fueran contestados por la parte actora a fs. 461/475.

Concretamente el agraviado basa su crítica en que:

a) el incorrecto encuadre normativo que realizó el juez al considerar la cirugía plástica como una obligación de resultado (fs. 431/436vta.);

b) la supuesta falta del deber de información a la actora, la carga de la prueba y la inexistencia de extenderlo por escrito (fs. 436vta./440);

c) la incorrecta valoración del plexo probatorio (fs.440/ 442vta.);

d) la no extensión de la condena a la R. A. de S. G. S.A. (fs. 442vta./443vta.);

e) el apartamiento del a-quo de las normas de la sana crítica (fs. 443vta./445vta.);

f) el acogimiento de los rubros daño emergente, daño moral y en especial de los montos (fs. 445vta./450) y

g) la fecha establecida para computarse los intereses (fs. 450/ 451).

I.A-2) La apelante actora expresa agravios a fs. 453/456 basándose en que:

a) el daño psíquico indemnizable con independencia del daño moral está debidamente acreditado (fs. 453/455) y

b) la ausencia de referencia en la sentencia sobre la citada en garantía L. R. Cía Argentina de Seguros Generales S.A. (fs. 455/456).

I.B 1) Atento a la vinculación que ha de tener la decisión a tomar sobre los agravios individualizados en el presente voto como I.A–1 a), b), c) y e) he de tratar a los mismos en forma conjunta .

Principio mi voto expresando que es entendimiento de la suscripta, a partir de los autos caratulados: "I., E. M. c/ E., J. C. y otro s/ Daños y Perjuicios", expte. No. 10.074/98, 10/02/99 registrada bajo el nro. 05 del año 1999 del libro de sentencias definitivas -siguiendo el criterio la Suprema Corte de Buenos Aires- que la responsabilidad profesional es aquella en la que incurre el que ejerce una profesión al faltar a los deberes especiales que ésta le impone y requiere por lo tanto para su configuración, los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil.

Ello quiere decir que cuando el profesional omite las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable (art. 512, C.C.).

En el juicio por responsabilidad médica ambas partes deben asumir una actitud de cooperación activa frente a la prueba: el actor deberá demostrar la concurrencia de los elementos que condicionan la responsabilidad civil del galeno (daño, culpa y nexo de causalidad); y el profesional de la medicina -por su

parte- deberá argumentar y acreditar que el hecho dañoso invocado no configuró la clásica tipificación de falta médica o mala praxis reprochable.

Ahondando más en la temática planteada, estimo que en el proceso por responsabilidad médica son trascendentes los siguientes elementos de prueba: a) el peritaje médico-legal; b) la historia clínica; c) el consentimiento informado.

a) En cuanto al peritaje médico-legal, el mismo se erige como un elemento de ponderación inexcusable y de casi decisiva receptación habida cuenta no sólo la peculiar entidad de los sucesos sometidos a juzgamiento, sino también la no apropiada formación de jueces y abogados para entender, en su cabal dimensión, la razón de ser de una concreta actuación médica.

En esta línea de pensamiento, entiendo que un dictamen pericial es un elemento valiosísimo de orientación judicial que, en principio, si es coherente y fundado, no existe razón para apartarse de él y esto no implica sometimiento sino, muy por el contrario, implica una conducta responsable del magistrado, por el respeto,en la especialidad del conocimiento científico.

En numerosos precedentes, los jueces han sostenido que el dictamen pericial debe ser valorado de acuerdo a la competencia del emisor, los principios científicos en que se funda el informe, la aplicación de las reglas de la sana crítica a sus conclusiones y fundamentos, las observaciones o impugnaciones que se hagan al dictamen y el contenido de los demás elementos de convicción que se desprendan de la causa que corroboren o controviertan el informe pericial (Sala III, causa 17.271/94 del 23/3/05).

También se ha dicho que no se trata de exponer meras discrepancias con la opinión del experto o de formular consideraciones genéricas que pongan en duda sus conclusiones, sino de demostrar con fundamentos apropiados que el peritaje es equivocado y esto debe sustentarse en las constancias particulares de la causa de manera muy convincente (Sala II, causa 7487/92 del 10/8/99, 640/99, autos caratulados: ”P. O. J. c/ Hospital Militar Central - Estado Nacional y Otros s/ Responsabilidad Médica”, 14/09/2006, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal., Sala 1., Dra. María Susana Najurieta - Dr. Martín Diego Farrell - Dr. Francisco de las Carreras; Ficha Nro.: 000019586: elDial - AF2F94).

b) En lo atinente a la historia clínica, la misma debe ponderarse por ser un documento en el cual se deja registro sobre el diagnóstico, terapia y evolución de la enfermedad del paciente y respecto de la cual se ha sostenido que resulta el mejor documento integrante de la prueba de la buena o mala atención médica, toda vez que "retiene la información sobre lo hallado, lo pensado, lo hecho".

Sobre el tópico se enseña que la historia clínica es "normalmente un instrumento privado que lleva firma del médico y de auxiliares de la medicina" y que "reconocida la firma queda reconocido el contenido", aclarándose que "la historia clínica completa y veraz prueba a favor del médico", mientras que una "historia clínica plagada de deficiencias y de omisiones genera una presunción judicial de culpa del profesional".

Es criterio de nuestro Superior Tribunal de Justicia que: ”No se invierte la carga de la prueba

cuando se pone en manos del profesional médico demandado por una supuesta mala praxis, a título de deber de cooperación, la necesidad -ante lo incompleto de la historia clínica por él realizada- de aportar los datos faltantes de la misma pudiendo generar su incumplimiento una presunción de su conducta antiprofesional, ausencia de radiografías necesarias, para el esclarecimiento de su supuesto obrar diligente (STJCh, 03-08-1999, Interlocutorio, MAGISTRADOS: Agustín Torrejón - Fernando Royer – VA, "I., E. M. c/ E., J. C. y Otro s/ Daños y Perjuicios").

Tengo presente, asimismo, que en nuestra provincia rigen para el ejercicio de la medicina la Ley nro. 989 (B.O. 1687 –22/01/73), estableciendo el Dto. Reglamentario nro. 1178 (B.O. 2.578 – 17/09/76), las pautas para la habilitación de Establecimientos y Publicidad Profesional para la rama de las Ciencias Médicas.

De la lectura de dicha Ley Provincial surge que el art. 2do. considera ejercicio de la medicina: a) anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento, directo o indirecto de uso en el diagnóstico; pronóstico o tratamiento de las enfermedades de las personas o de la recuperación; conservación y preservación de la salud de la misma... y el art. 18vo. dispone que los que ejerzan la medicina podrán certificar las comprobaciones o constataciones que efectúen en el ejercicio de su profesión, con referencia a estados de salud o enfermedad, o administración, prescripción, indicación, aplicación o control de los procedimientos a que se hace referencia en el art. 2do. precisando identidad del titular, en las condiciones que se reglamenten".

c) Acorde al verdadero y estricto sentido de la relación sanitaria contemporánea, la que se brinda en un marco de natural coordinación entre el médico y el paciente, el cumplimiento del consentimiento informado es una variable de notable producción probatoria.

El mencionado instrumento resulta significativamente importante, cuando lo que se tiene que juzgar es la génesis de la mencionada relación y se lo hace desde una mirada estática. En tal documento se informa al paciente de todo aquello que puede serle relevante para el proceso de toma de decisión del mismo en orden a estudios, investigaciones o terapias que sobre él serán realizadas. Dicho instrumento es el que mejor ayuda a reconstruir ciertos momentos generativos, curativos y hasta personales de los dos polos activos de la relación médico sanitaria.

Por otro lado, considero que si bien en general esta responsabilidad del galeno no es una obligación de resultado, sino de medios, ya que se funda en el servicio que su ciencia debe brindar a los pacientes y porque les está vedado, tanto ética como legalmente, asegurarle a los pacientes un resultado, esto es, la garantía de la curación, tiene justamente una excepción cuando se trata de cirugía estética.

En este sentido se ha expedido la jurisprudencia cuando ha dicho que: ”Aún cuando la lesión que afectó a la actora en su ojo derecho durante el transcurso de una cirugía estética con fines de embellecimiento pudiera tratarse de un riesgo de la operación, el cirujano debió haber informado a su paciente del mismo, a fin de que ésta en conocimiento de él pudiera elegir libremente si lo asumía o no. Al

no haber adoptado el profesional demandado esta conducta, faltó al deber de información el cual adquiere particular relevancia tratándose de esta clase de cirugías con fines de embellecimiento, en las cuales debe satisfacerse de una manera prolija y pormenorizada atendiendo a los fines cosméticos y no curativos del cometido. De ahí que no puede hablarse de riesgo quirúrgico en una cirugía cosmética que se caracteriza por sus resultados" (Sumario N° 16191 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 20/2004).Tipo de Fallo: Libre - CNCIV - Sala: E - Expte. N°: E130166 - Fecha: 19-09-03, "R., V. L. c/ V. D. s/ Ordinario": elDial - AE1F53).

En igual sentido se ha expedido la jurisprudencia provincial cuando expresa que: "Las obligaciones emergentes de la "cirugía estética" han sido consideradas pacíficamente por la jurisprudencia como obligaciones de resultado, puesto que de no prometerse un resultado feliz, al cual queda por tanto obligado el profesional, el paciente no se sometería al tratamiento u operación" (12-04-1995, Sentencia Definitiva, Cámara de Apelaciones - Sala A – Trelew, Magistrados: Carlos A. Velázquez - Juan H. Manino – RE, "R., J. A. c/ K., H. S. y-o C. S. M. y-o Dr. J. S. y-o quien resulte Propietario o Responsable s/ Daños y Perjuicios").

En lo atinente a la interpretación en contrario que efectúa el apelante de las declaraciones de los testigos (fs. 442/vta.), es criterio de la suscripta que la prueba testimonial es esencialmente subjetiva, de ahí que su valor dependa de las condiciones morales de los testigos, de su probidad, del conocimiento personal que de los hechos tengan, de

la verosimilitud de estos mismos hechos y de la concordancia de sus dichos.

En esa valoración el juzgador puede muy bien inclinarse hacia aquellas declaraciones que le merecen mayor fe para iluminar los hechos de que se trate, en concordancia con los demás elementos de mérito que pudieren obrar en el expediente, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del magistrado, señalándole la sana crítica los caminos de interpretación (conf. Morello – Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.V-A, pág. 338; Cám. Nac. Civ., Sala B, 28/03/80, Der. V. 89, p.269).

Ameritando el plexo probatorio obrante en autos advierto que la documental agregada por el demandado a fs. 76 no cumple ni mínimamente con los requisitos legales y criterios jurisprudenciales precedentemente expuestos a lo que cabe ponderar que de la informativa prestada por la C. O. y C. SRL (fs. 134 y 148), la historia clínica estaba en poder del accionado, no siendo el mismo dependiente de dicha institución (testimonial prestada por el Dr. H. C. T. (fs. 157/vta.), a lo que debe sumarse que conforme informó el Ministerio de Salud de la Pcia. del Chubut (fs. 169), el galeno demandado no se hallaba matriculado en la Provincia.

A ello se suma que debió agregar a la causa el consentimiento expreso de la actora de acuerdo a lo vertido en párrafos anteriores de este voto, habiendo, por el contrario quedado acreditado a través de las testimoniales prestadas por la Dra. A. N. P., anestesióloga, (fs. 136/137 contestación a la 1era. a 5ta. pregunta) y A. A. L., enfermero, instrumentador

quirúrgico (fs. 234/236, contestación a la 2da., 6ta., 20ma., 21ero. y razón de sus dichos) que comenzado el acto quirúrgico y habiéndose tenido planeado hacer un corte horizontal a nivel pubiano, el demandado cambió el procedimiento y agregó un corte transversal sobre el abdomen quedando una sutura a la que se denomina ancla. Declaraciones a las que valoro por ser prestadas por testigos presenciales y ser concordantes en lo que relatan.

En cuanto a la validez de la pericial médica de fs. 263/266 tengo en cuenta que, tal como lo he puntualizado en el párrafo pertinente, en materia evidentemente técnica en el caso en discrepancia, la pericial médica se yergue esencial para dirimir el tema, pues se amerita del análisis de la misma que contiene la visión especializada e imparcial de un profesional que fuera designado a efectuarla, no efectuando el recurrente oportunamente cuestionamiento alguno a la eficacia científica y a la bondad del dictamen, razón por la cual no ha de vacilarse en acudir a su validez tal como lo efectuara el a-quo a fs. 395vta./397vta. ya que ninguna constancia relevante enerva sus conclusiones.

En virtud de lo analizado considero que el apelante demandado Dr. E. C. B., no ha acreditado en autos -más allá de su defensa en cuanto a los días posteriores a la intervención quirúrgica y su estimación de la conducta desarrollada por la actora-, elemento probatorio alguno que evidencie la interrupción del nexo de causalidad, que finalizó con cicatrices en ancla en el abdomen y con diferencia en el relleno de los glúteos con lo cual arribo a la conclusión que tal resultado ha sido producido por la

sucesión de actos u omisiones conexos entre sí y dependientes de aquel que constituye la causa primera; el resultado se produce con arreglo al curso causal propio de la causa imputable al agente, atento la falta de acreditación de una condición preexistente, concomitante o superviviente apta para romper el nexo causal, a modo de hecho del perjudicado, caso fortuito o hecho del tercero.

Por las consideraciones de hecho y de derecho expuestas deben ser rechazados los agravios expuestos por el apelante demandado (fs. 431/442vta., 443vta./445vta. y, en consecuencia, confirmar la sentencia en cuanto encontró responsable de mala praxis al demandado Dr. E. C. B.

I.B-2) Siendo que tanto la demandada a fs. 442vta./443vta como la actora a fs. 455/456 recurren por la no extensión de la condena a la citada en garantía "L. R. A. de Seguros Generales S.A.", he tratar a los mismos en forma conjunta.

A fs. 99 el a-quo decidió que por no acreditadas en debida forma las circunstancias que impiden la actuación de la parte y siendo que las razones invocadas no justifican la seriedad del pedido, atento el carácter restrictivo de la aplicación del instituto invocado, no hizo lugar a la intervención el peticionante.

Siendo que tiene dicho la doctrina especializada en la materia tanto que la facultad que acuerda el artículo 48 del CPCCN (el que coincide con el art. 48 del CPCCh) constituye una excepción al principio general que consagra el artículo 47 del citado Código y, por lo tanto su aplicación es restrictiva como que la urgencia invocada por el gestor

a los efectos de admitir la presentación en los términos del art. 48 del Código de rito no es automática, y por consiguiente no se presume (Dres. Roland Arazi – Jorge A. Rojas, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T.I, pág. 220, Rubinzal-Culzoni, enero 2007) y (Fenochietto –Arazi, "Código Procesal), cuestiones éstas que han sido acertadamente aplicadas por el a-quo corresponde rechazar los agravios planteados por las apelantes demandada y actora (fs. 442vta./443vta. y fs. 455/456, respectivamente), confirmando la sentencia en este sentido.

I.B-3) Advirtiendo que tanto la apelante demandada (fs. 445vta./450), como la recurrente actora, se agravian de los conceptos y montos (fs. 453/455) objeto del proceso, su tratamiento he de realizarlo conjuntamente.

I.B-3-1) En lo atinente al agravio sobre el daño emergente planteado por la apelante demandada (fs. 445vta./446vta.), no asiste razón al apelante en sus agravios contra la sentencia en cuanto hace lugar a dicho daño, puesto ha quedado acreditado (además de la pericial médica lo evidente daño que emerge de las fotos obrante a fs. 325/337), la necesidad de la actora (una mujer joven –conforme emerge de la ficha de internación obrante a fs. 150– a la fecha de la operación tenía 32 años) de reparar por medio de otra operación la mala praxis que sufrió en su abdomen y glúteos, lo cual tiene como consecuencia natural gastos médicos y farmacéuticos que le implicarán la nueva operación y su correspondiente tratamiento que se verá obligada a seguir. Ante tales circunstancias resulta evidente, dada la naturaleza de la obligación

determinada en el presente voto, que los mismos son a cargo de quien con su conducta negligente obligará a la accionante a realizar dicha clase de erogaciones necesarias y útiles para intentar mejorar su estética, ameritando en este concepto todos los que una persona prudente efectuaría para llevar a feliz término una actividad en procura de restablecer su mejoría física.

Advirtiendo que el a-quo a fs. 409 ha efectuado una apreciación del daño emergente en función de pautas razonablemente generales y conforme a los criterios precedentemente expuestos, arribo a la convicción que deben desestimarse los agravios expuestos por el demandado y confirmar la sentencia en este sentido.

I.B-3-2) Respecto al agravio expuesto por el recurrente en cuanto daño moral (fs. 446vta./450) considero, siguiendo al Dr. Teodoro Gelber en su obra "El art. 1113 del Código Civil en los Accidentes y Enfermedades del Trabajo", edit. Hammurabi, pág. 100 y 101, que no corresponde fijar el resarcimiento por daño moral en un porcentaje de la indemnización por los perjuicios materiales, sino en una suma prudencialmente establecida en consideración a las particulares circunstancias de cada caso, las consecuencias de orden moral, el dolor sufrido por la víctima del infortunio y las limitaciones que ha de padecer en su vida futura (conf. CNAT, Sala III 29/08/80, "B., U. c/ R. A. Q.. y T.. S.A.", en LT, 1980-1052). Dicho criterio ha sido el sustentado por la Corte Suprema de la Nación en autos caratulados: ”Ortiz v. Ferrocarriles Argentinos” (JA 1990-IV-616).

Profundizando más la cuestión, cabe

precisar que sin perjuicio que en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, se requiere una prueba concreta de la lesión a los sentimientos, afecciones o tranquilidad anímica, no lo es menos, que en un caso como el de autos, en el cual en definitiva se ha afectado la integridad física del paciente, cabe presumir frente a una intervención quirúrgica que fue prevista por el profesional que asistiera a la actora, debe acogerse el rubro daño moral debido a la verificación de la mala praxis, del profesional médico (arts. 522, 901, 902, 903, C. Civil).; ídem. Crit. "R., A. U. c/ G. A., J. y otro s/ Daños y perjuicios" - CC0201 - LP 99067 RSD-1-3 S - 4-2-2003: elDial - W166A3).

En lo que respecta al monto determinado por el a-quo, asiste razón al apelante en que la suma fijada por el mismo, atento los precedentes jurisprudencial de esta misma Sala "B" que individualiza a fs. 448 de su expresión de agravios, resulta exorbitante y excesiva.

Por las consideraciones efectuada, arribo a la convicción que debe receptarse parcialmente el agravio y revocar la sentencia parcialmente reduciendo el monto de condena por daño moral a la suma de pesos cincuenta mil ($50.000).

I.B-3-3) En cuanto al agravio planteado por la actora contra el rechazo de indemnización por daño psíquico (fs. 453/455), después de un exhaustivo análisis de los términos en que fue planteada la apelación por parte de la actora y considerando que es pacífica la doctrina y jurisprudencia versada en la materia que: "La expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido, sino que constituye una

verdadera carga procesal, y para que cumpla su finalidad debe constituir una exposición jurídica que contenga una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. Lo concreto se refiere a lo preciso, indicado, determinado -debe decirse cuál es el agravio-. Lo razonado indica los fundamentos, las bases, las sustentaciones -debe exponerse por qué se configura el agravio-. Deben precisarse así, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. Es decir, que deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión del a-quo, a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento, no reuniendo las objeciones genéricas y las impugnaciones de orden general los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación (conf. Morello-Sosa-Berizonce, en "Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", T.III, pág. 351; Cám.Nac.Civ., Sala A, 14-2-80, L.L. 1980, v.D., p.180; ídem. Sala B, 13-6-78, Der. v.80, p.378, entre otros); que como resultado de la merituación efectuada sobre el contenido de los agravios expresados por la recurrente se advierte que los mismos se limitan a consideraciones genéricas, impugnaciones subjetivas y simples afirmaciones dogmáticas sin el necesario desarrollo argumental que demostrara la pertinencia de lo aseverado, no ingresando a un análisis integral de los presupuestos jurídicos y de hecho; que son todas estas las razones por las cuales corresponde aplicar el art. 266 del CPCCCh y declarar desierto el recurso de

apelación interpuesto por la apelante actora (fs. 453/455) y confirmar la sentencia en este sentido.

I.B-4) A fs. 450/451 se agravia la apelante demandada en cuanto a la fecha establecida por el a-quo a partir de la cual han de computarse los intereses.

En los supuestos de responsabilidad aquiliana, la naturaleza de los intereses es de carácter moratorio, en tanto se genera una obligación cuya mora "ex re" es producida por el solo hecho ilícito que la origina, computándose el curso de tales intereses a partir de entonces.

Ello es así, ya que considero que para el cómputo de intereses no es menester que se hallen directamente acreditados los desembolsos para cubrir gastos médicos, hacer frente a la incapacidad sobreviniente y afrontar el agravio moral. Sobre la base de la índole de las lesiones todos ellos son presumibles a partir del día del hecho, momento desde el cual surgió para la víctima la necesidad de proveer a su curación, a los servicios de terceros que le contrapesaran su invalidez y de acceder a alguna distracción que mitigara su sufrimiento moral. Desde ese mismo día son debidos los intereses, porque ellos son moratorios y en el campo de los cuasidelitos la obligación resarcitoria es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil.

Por las razones expuestas precedentemente corresponde rechazar los agravios expuestos por la parte apelante demandada y confirmar en este sentido la sentencia cuestionada.

En lo atinente a la tasa de interés que

fuera determinada por el a-quo en el pto. 10.1 (407vta.), ya se ha expedido esta Cámara de Apelaciones en otros casos, en autos caratulados: "A. G., S. D. C. y Otra c/ F. A. y/u Otros s/ Demanda Laboral (Haberes e Indemnización por despi-do)", expte. N° 14.088/2003 26 de mayo de 2004, reg. Sent. Int. Nro. 71/04.

Cabe recordar que el Superior Tribunal de Justicia de nuestra Provincia en los autos: "S., C. c/ L. P. S.A. y/u otro s/ Indem. por Acc. Trabajo", expte. N° 15.502-S-1996 y conforme con el art.622 CC, dejó a los Tribunales de la causa la fijación de las tasas de interés conforme a su razonable discreción.

Por ello que en ejercicio de la discrecionalidad que gozan los jueces de acuerdo a la doctrina sentada por el Superior Tribunal de Justicia que señaló como "razonable discreción de los jueces de la causa", sin reglas inexorables y siendo la aspiración llegar a soluciones justas en los casos concretos, procederá la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina, entidad, asimismo, tradicional referente en la materia, a fin de adecuarla a las circunstancias económicas que variaron en el transcurso del año 2002, índice que se aplicará, hasta el efectivo pago.

Ello así pues, resulta congruente establecer otra tasa activa que se adecue a las circunstancias y variaciones del momento, y la necesidad de unificar índices de cálculo que simplifiquen y no resulten dispares ni variados al momento de efectuarse liquidaciones judiciales como la presente.

En conclusión, la tasa a aplicarse al capital de condena que surja de la liquidación a

practicarse en la de ejecución de sentencia, será la de la tasa activa del Banco Nación Argentina para operaciones de descuentos, desde el día 14/03/98 hasta su cancelación total y definitiva.

II. En virtud de lo decidido corresponde la aplicación de lo prescripto por el art. 279 del CPCCh, considerando que la reducción del concepto de daño moral no implica la modificación de vencido de la parte apelante demandada, concluyo que la imposición de las costas de primera instancia ha de ser confirmada (art. 68 del CPCCh). En cuanto a la imposición de costas de segunda instancia, observando que lo único que prosperó parcialmente es la reducción de uno de los conceptos por los cuales se agravió el apelante demandado y que tienen dicho tanto la doctrina como la jurisprudencia respecto de lo prescripto por el art. 71 del CPCCh que atento al monto por el que prospera la demanda, cabe imponer las costas en el orden causado, pues la ratio legis de dicho artículo del código de rito impone una exégesis racional de su contenido, lo cual lleva inexorablemente a valorar la trascendencia de lo admitido y lo desestimado en su conjunto, a fin de apreciar prudencialmente el apropiado y equitativo prorrateo de la admisión del rubro (conf. crit. Arazi-Rojas, ob. cit., t. cit. pág. 349, edit. cit; CNCom., Sala B, 28/11/2001, E.D 202-527). Se difiere la regulación de honorarios tanto de primera como de segunda instancia para el momento del acuerdo, donde serán fijados teniendo en cuenta complejidad de la materia puesta a decisión, la labor desarrollada y el éxito obtenido, en un todo de acuerdo con lo establecido por los art. 14, 22, 47 y ccdtes. de Dto. Ley Pcial nro. 2200 y su modificatoria Ley Pcial nro.

4335).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria de la vocal preopinante Dra. Mercedes García Blanco de Bellver y considerar que esta parte del voto no está comprendida en la manda constitucional del art. 169, a la misma me adhiero.

En este estado, las Sras. Juezas de Cámara que han logrado mayoría dicen que habiendo diferido para este momento la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, y siendo de aplicación, conforme lo decidido, la previsión contenida en el art. 279 del CPr. cabe señalar que las costas generadas por la actuación del Dr. I. F. D. L. C. a fs. 144/155vta. corresponde sean soportadas por su cliente "C. O. y C. S.R.L.", toda vez que no resultaba necesario el acompañamiento letrado para dar cumplimiento a la intimación de fs. 108.

No obstante y a los fines de la fijación de emolumentos del citado profesional, teniendo en cuenta que la obligación de abonar honorarios y su correlativo derecho a percibirlos nace como consecuencia de la realización concreta de actividad profesional, la misma ha quedado circunscripta a la mera presentación de la documental requerida y proveída por el intimado, se considera por tal actividad la suma de pesos cincuenta ($50) (arts. 8 y 33 in fine ley arancelaria).

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1.- Receptar parcialmente los agravios

de la demandada y rechazar los de la parte actora.

2.- Modificar parcialmente la sentencia venida en crisis de fs. 389/410 en cuanto al monto de condena, exclusivamente el fijado por daño moral que se establece en CINCUENTA MIL PESOS ($50.000).

3.- Costas de primera instancia al demandado vencido, con la excepción de las generadas por la actuación del Dr. I. F. D. L. C. a fs. 144/155vta. que se imponen a cargo del "C. O. y C. S.R.L.", y a cuyo fin se fijan los honorarios del citado letrado en la suma de PESOS CINCUENTA ($50).

4.- Costas de la Alzada por el orden causado.

5.- Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia de la Dra. I. B. P. en la suma de PESOS CUARENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS ($44.700), de los Dres. T. A. M. y J. C. I., conjuntamente, en la suma de PESOS TREINTA Y CUATRO MIL ($34.000), del perito médico Dr. C. M. M. en la suma de PESOS TRES MIL ($3.000) y de la perito psicóloga S. M. en la suma de PESOS TRES MIL ($3.000).

6.- Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a las Dras. I. B. P., M. X. P. y M. E., conjuntamente, en la suma de PESOS ONCE MIL DOSCIENTOS ($11.200) y al Dr. J. C. A. I. en la suma de PESOS NUEVE MIL DOSCIENTOS ($9.200).

7.- Tener presentes las reservas del caso federal.

8.- Regístrese,notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la señora Jueza de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y concordar en la solución del caso

(arts. 1, 2, 3 y 5 de la ley 4550, modif. ley 1130).

NÉLIDA SUSANA MELERO - Presidente
GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO - Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. 029 DEL AÑO 2008 DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"