---En la ciudad de Trelew, a los 13 días de marzo del año dos mil veintitrés, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo F. Peral y la presencia de la Sra. Jueza del Cuerpo Dra. Natalia Isabel Spoturno, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“O., V. D. c/ A., F. y otra s/ Daños y perjuicios” (Expte. Nro. 281 - Año 2022 CAT.)**, venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado en la hoja 154. El Magistrado y la Magistrada resolvieron plantear las siguientes cuestiones:

PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

---**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Marcelo Peral, expresó:

---I. En sentencia de fecha 12/05/2022 la Jueza de primera instancia rechazó la demandada de daños y perjuicios promovida por V. D. O. contra F. A. y la “C. S. M.”, impuso las costas a la actora y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

---II. La actora apeló el pronunciamiento y mediante presentación digital (ID 754413) expresó agravios, los que fueron contestados por el demandado A. (ID 768626) y por S. SRL (ID 768372).

--- III. La sentencia – Agravios formulados:

---III.a. En la sentencia recurrida, al iniciar los considerandos, la Jueza de primera instancia puntualizó (i) que la actora reclama la reparación del daño moral y diversos gastos derivados de lo que alega fue un accionar imputable al demandado A. -y a la c. donde éste se desempeñaba-, al ser operada en dos oportunidades para solucionar un problema en su nariz, sin éxito, lo cual la obligó a recurrir a una tercera cirugía realizada por otro profesional, en la ciudad de Buenos Aires y (ii) que el médico demandado, la c. y la aseguradora, plantean que la actora consultó por una desviación en su nariz que le impedía respirar con normalidad, que la cirugía reparadora fue exitosa, ya que solucionó su inconveniente funcional, y que las consecuencias acaecidas no obedecen a su mal desempeño sino que son complicaciones propias de este tipo de intervenciones, que dependen de diversos factores que no son responsabilidad de la destreza empleada por el profesional.

---Después de enmarcar las posturas de las partes en los términos referidos, la magistrada de grado indicó que “para que quede comprometida la responsabilidad del médico por los hechos cometidos en el ejercicio de la profesión, el paciente debe demostrar la culpa en la realización de la atención médica prestada, la existencia del daño que le hubiere sobrevenido a causa de ese hecho y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño experimentado” y agregó que dichos presupuestos rigen en caso que se pretende encuadrar a la obligación del galeno como de medios o de resultados y que en el caso de

que se r.icen cirugías estéticas, se exige apreciar con mayor severidad la conducta del profesional.

---En relación a este tipo de cirugías, sostiene que se debe distinguir entre “las cirugías reparadoras, cuya finalidad es reparar verdaderas enfermedades congénitas o adquiridas, y la cirugía estética propiamente dicha, cuyo fin es corregir cuestiones físicas que nos dio la naturaleza; suponiendo solo esta última una obligación de resultados”.

---Al analizar el caso concreto, en primer lugar señala que la pericia indica que el motivo de la consulta de la Sra. O. fue por una cuestión estética como por fines patológicos funcional y destaca que ello coincide con lo asentado por el médico demandado desde la primera consulta de la actora y con lo expresado en el escrito de demanda. En base a ello, sostiene que la cirugía no puede considerarse estrictamente estética y que por tal razón, las constancias de la causa deben ser analizadas desde la óptica de la cirugía reparadora.

---Efectuada dicha aclaración, destaca que la pericia estableció que la cirugía realizada era una indicación terapéutica posible frente a los síntomas referidos por la actora, que la misma fue realizada según técnica, y que con la primera cirugía realizada por A., el problema funcional fue corregido exitosamente, recuperando la paciente su capacidad respiratoria. --También destaca que el experto dictaminó (i) que lo que ocurrió luego de la primera intervención y que derivó en la segunda cirugía realizada por A., se trató de una complicación tanto posible como frecuente, (ii) que esta segunda operación era una de las opciones terapéuticas posibles y (iii) que “no se advierten prácticas médicas que se aparten de la lex artis”.

---Respecto de la desviación de sentum nasal que presentó la actora después de la primera cirugía, además puntualiza que en la audiencia llevada a cabo el 23/02/2022, y que consta en soporte digital, el perito indicó que la complicación o recidiva ocurrida a la Sra. O. luego de la cirugía -nueva desviación en la punta de tabique nasal- es una consecuencia posible que estadísticamente se da en aproximadamente un 27 % de los casos.

---En base a lo reseñado, la magistrada considera que las complicaciones que ha padecido la Sra. O. luego de las cirugías llevadas a cabo por el médico demandado, son riesgos posibles para este tipo de cirugía y no obedecen a una falta del profesional en el ejercicio de su actividad.

---Por otra parte, en lo que respecta al consentimiento informado, expresa que la actora suscribió los correspondientes instrumentos y después de reproducir parcialmente su contenido, sostiene que “la persona que se somete a una cirugía, y suscribe estos consentimientos, los lee adecuadamente y los comprende” y agrega que si el profesional no cumplió con la información clara y precisa que requiere el consentimiento informado,

habiendo suscripto la paciente los instrumentos correspondientes, declarando que sí lo ha hecho, es a ella a quien le corresponde la prueba que desvirtúe este hecho.

---Con sustento en los argumentos reseñados, concluye que la actora no logró demostrar ni la mala atención médica alegada en la demanda, ni la relación causal de aquélla con los daños y gastos cuya reparación reclama y por dichas conclusiones, rechaza la demanda.

--- III.b. Al expresar agravios, la actora sostiene en primer lugar que la magistrada de grado se equivocó al considerar que en toda cirugía el médico asume una obligación de medios y sostiene que la cirugía que le fue realizada tenía dos fines claros, generando uno una obligación de medios y el otro una obligación de resultado.

--- En tal sentido, agrega que fue en busca no solo de corregir una anomalía respiratoria, sino que fue en busca de lograr una belleza en su nariz que no tenía, y que el resultado no fue el esperado. En base a dicha alegación, sostiene que respecto de una parte de la cirugía la obligación era de medios y respecto de la otra de resultados y por ello afirma que “no se puede hablar de esta cirugía como una sola, sino son dos cirugías en una”.

---Expresa también que el nexo de causalidad, entre el hecho generador y el daño, es claro y manifiesto ya que la obligación de resultado consistía en embellecer la nariz de la paciente y el médico demandado realizó todo lo contrario. En base a dicha afirmación, sostiene que en las obligaciones de resultado la prueba del incumplimiento engendra una presunción de culpa del deudor que sólo puede ser desvirtuada con la prueba del caso fortuito.

---A los efectos de reafirmar que la obligación debe considerarse de resultado, agrega que “no se hubiera sometido a todo esta pesadilla que vivió si el demandado no le hubiera garantizado el resultado estético” y que A. es un cirujano plástico y fue por eso que lo visitó.

--- En su segundo agravio, la actora se refiere al consentimiento informado y cuestiona que la sentenciante haya considerado que, por el hecho que suscribió los formularios pre impresos genéricos acompañados, fue informada de manera clara, precisa y adecuada.

---En relación a la cuestión, expresa que el consentimiento informado es la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, luego de recibir por parte del profesional la información veraz respecto de la patología diagnosticada y del procedimiento o tratamiento que se realizará y sostiene que, en detrimento a lo dispuesto por la Ley 26529 y por el Art. 59 del Código Civil y Comercial, ello no aparece acreditado en las presentes actuaciones.

---En tal sentido, expresa que no existe asiento alguno donde se diera cuenta que el galeno demandado le informó sobre las posibles consecuencias y efectos adversos de la práctica estética realizada, toda vez que lo único que obra son expresiones genéricas que en modo alguno implican que se le hubiera advertido el riesgo al que se sometía y agrega que

tratándose de una cirugía plástica, a quien procura su embellecimiento no le resulta indiferente la posibilidad, incluso remota o menor, de secuelas tales como cicatrices, asimetrías, etc..

---Sobre la base de la afirmación referida, sostiene que al no brindar la información relativa a las previsibles complicaciones, que en definitiva surgieron de la intervención quirúrgica, el médico demandado asumió los riesgos respectivos y por tanto la responsabilidad de resarcir los daños.

---IV. Efectu.a la reseña de los fundamentos de la sentencia y de los agravios articulados, seguidamente ingresaré al tratamiento de las cuestiones planteadas.

---IV.a. En primer lugar y en razón de lo planteado por los accionados al contestar agravios, debo advertir que no corresponde declarar desierto el recurso articulado dado que el escrito de fundamentación cumple con el contenido crítico que exige el art. 268
CPCC.

---Ello es así, ya que al expresar agravios la recurrente señala los errores que, a su entender, incurrió la sentenciante y cuestiona de manera razonada los fundamentos centrales del fallo, esto es, que al ser la obligación de medios no se puede atribuir responsabilidad al médico por ausencia de culpa y de relación causal entre su accionar y el resultado estético no deseado y que la actora prestó debidamente el consentimiento informado para las cirugías que el demandado realizó.

---IV.b. Realizada la aclaración precedente y debiendo ser analizados los planteos articulados por la recurrente, anticipo que el primero de los agravios formulados, en tanto la actora entiende que el médico demandado asumió una obligación de resultado y que ante el resultado no satisfactorio debe responder por los daños que reclama, en mi criterio no puede ser receptado.

---En el caso, pese a las alegaciones del escrito de expresión de agravios y como señaló la jueza en la sentencia recurrida, no hay duda que la cirugía realizada a la actora por el demandado debe ser considerada cirugía plástica “reparadora”, ya que tuvo finalidad terapéutica y estética, como se estableció en pericia médica y reconoce la propia actora en su escrito de demanda y en su memorial de agravios.

--- Que la cuestión estética haya sido de suma importancia, no modifica el carácter de la cirugía ni significa que deba considerarse que en un mismo acto quirúrgico se practicaron dos cirugías, como ahora se alega en el escrito de expresión de agravios.

---Siendo la cirugía reparadora, cabe recordar que la doctrina y jurisprudencia nacional mayoritaria, considera que la obligación asumida por los prestadores del sistema de salud frente a los pacientes, se trata principalmente de una obligación de "medios", donde el

deudor no se compromete a un resultado, sino que pone de su parte los medios conducentes para que el acreedor pueda obtener el resultado, el cual, sin embargo no fue asegurado por el deudor (conf. Llambías, J. J., Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, T. I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1967, pág. 194; Alsina Atienza, Dalmiro, "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y obligaciones de resultado", JA 1958-III-587; Bustamante Alsina, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, Novena Edición actualizada, pág. 510; Bueres, A., Responsabilidad Civil de los médicos, Hammurabi, 2006, 3° edición renovada, pág. 469; autos: "Espíndola, Claudia Viviana c. Asociación Civil de Estudios Superiores Hospital Austral y otros s/ daños y perjuicios", 08/08/2011, AR/JUR/50982/2011, "Castillo, Rodolfo Alberto y otro c. Z., M.y otros", 25/04/2012, La Ley Online, AR/JUR/13093/2012).

--- En otras palabras, para que pueda hablarse de mala praxis y atribuir responsabilidad al prestador del sistema de salud, además del resultado no deseado, es necesario que se acredite el ejercicio inidóneo de la profesión médica por negligencia, imprudencia o impericia.

---Siendo ello así, habiendo establecido el perito médico que “De las constancias obrantes en autos, no se advierten prácticas médicas que se aparten de la lex artis” (pericia pto. 15 – pag. 6 vta.) y habiendo la propia recurrente reconocido de manera expresa en su escrito de expresión de agravios que “no se han demostrado ni distinguido errores en la práctica médica y en el abordaje del tratamiento postquirúrgico frente a las complicaciones presentadas y tampoco falta de cuidado en el arte de curar”, es claro que en el caso no puede imputarse responsabilidad a los demandados por mala praxis.

---La conclusión apuntada, en mi criterio no se modifica en caso de considerar la primera cirugía realizada como puramente estética, como afirma la recurrente.

---Si bien en los casos de "cirugías estéticas" el concepto de obligación de medios se ha relativizado por la doctrina y la jurisprudencia y que algunos sostienen que en estos supuestos la obligación médica es de resultado, lo cierto es que la disquisición es básicamente teórica ya que en todos los casos debe surgir de la prueba producida el obrar negligente, imprudente, o la falta de pericia del profesional, aunque en algunos tipos de prestaciones médicas estéticas el obrar diligente del profesional debe ser apreciado con mayor severidad.

---En tal sentido, se ha dicho que “En las operaciones plásticas no cabe entender que el facultativo se obliga a lograr el resultado buscado por él y su cliente, sino más bien, a ejecutar con diligencia lo que la ciencia, la técnica y el arte médico indican como conducentes para ello, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Ello así, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el galeno deberán valorarse con

mayor rigor, pero ello no cambia el carácter de la obligación, que es de medios y no de resultados” (C.N.Civ., Sala A, 19/12/2012, RCyS2013-VI, 146).

---Con similar criterio, desde la doctrina se señala que "El cirujano plástico que hace cirugía estética embellecedora sin finalidad terapéutica se encuentra también -de manera independiente al matiz de la promesa que haya efectuado- obligado a prestar un servicio diligente, sin que por eso esté comprometido el resultado” (Hersalis, Marcelo, Magri, Eduardo O. "Cirugía Plástica. Régimen de la obligación que asume el profesional.", LA LEY 2005-B, 431).

---La cuestión referida al carácter de la obligación que asume el cirujano estético, a mi entender, quedó definitivamente resuelta con el nuevo Código Civil y Comercial, dado que el art. 1768, expresamente establece que la responsabilidad de las profesiones liberales es subjetiva, salvo, que se haya comprometido un resultado concreto, lo que está prohibido a profesionales de la medicina (conf. ley 17.132).

--- Sin perjuicio de lo apuntado, la mala praxis -entendida ésta en el sentido referido- no es el único supuesto que puede generar responsabilidad para los prestadores del sistema de salud, dado que la responsabilidad civil médica puede también derivar de un déficit informativo.

---Como se señala en el trabajo de doctrina referido en párrafo precedente, en el caso de la cirugía estética, cuando el resultado que se obtiene no es el esperado y no hay incumplimiento de prestación en cuanto acto médico, existe la posibilidad que al profesional se le reproche y se le impute responsabilidad por haber violado su deber de informar conforme las reglas que impone su profesión (LA LEY 2005-B, 431).

---Dicha posibilidad me lleva directamente a evaluar el segundo de los agravios de la recurrente, en tanto en éste, en sustento de su pretensión y de la responsabilidad que endilga a los demandados, la actora básicamente alega que no fue informada de las complicaciones que podrían surgir después de la cirugía y del posible fracaso de la misma desde el aspecto estético.

---Sobre la cuestión, inicialmente es oportuno señalar que el consentimiento informado, que habitualmente se instrumenta con la firma de un documento por parte del paciente, para ser tal, debe ser producto de un proceso gradual en el seno de la relación médicopaciente, que comienza con la información que el profesional debe brindar acerca de los riesgos y beneficios de someterse a un tratamiento o práctica médica determinada, y finaliza -luego de una libre deliberación por parte del paciente- con la aceptación o el rechazo respecto de ellos (conf. Calvo Costa, Carlos A., Responsabilidad civil médica, Ed. La Ley. 2021, T. I, p. 437).

---La ley 26.529 (t.o. ley 26.742), que establece los derechos del paciente, en su art. 5 define al consentimiento informado como “la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:
a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;…” . Dicho texto está prácticamente reproducido en el art. 59 del actual Código Civil y Comercial que, en razón de la fecha en que fueron practicadas las cirugías, es aplicable al caso.

---Teniendo presente lo hasta aquí indicado, cabe destacar que los formularios agregados en la causa por la parte demandada como prueba de haber prestado la actora el consentimiento informado y que la sentencia de primera instancias consideró adecuados al tener por acreditado dicho extremo, se trata de simples formularios estandarizados preimpresos, que en modo alguno cumplen con los requisitos que establece la normativa reseñada y que son ineficaces para acreditar que la actora aceptó -de modo consciente y voluntario- los riesgos de la cirugía propuesta por el médico y la posibilidad de que ésta sea infructuosa desde el aspecto estético.

---Ello es así, ya que de dichos formularios y de la historia c., no surge que la actora haya sido informada de las alternativas quirúrgicas para la insuficiencia respiratoria que presentaba y para la cuestión estética que pretendía corregir, como tampoco surge que se le haya hecho saber y que haya aceptado las complicaciones y los eventuales efectos estéticos no deseados de la cirugía que el profesional médico proponía realizar y que finalmente se presentaron.

---Es oportuno recordar que conforme se estableció en pericia medica: (i) el procedimiento quirúrgico practicado en cirugía de fecha 02/03/2017, es una indicación terapéutica posible (pto. 5.b) para el cu.ro de la actora o sea era solo una de la “opciones” terapéuticas, como señala el propio perito en el punto 11 de su informe y (ii) que la desviación del septum nasal es una complicación frecuente respecto de la cirugía en cuestión que, según aclaró el perito en audiencia de fecha 23/02/2022, se da en aproximadamente el 27% de los casos, lo que significa que se presenta -cuanto menos- en una de cada cuatro cirugías realizadas.

--- La generalidad de los formularios de consentimiento informado agregados a la causa, el resto de la prueba producida y lo expresado por el demandado al contestar demanda, permite tener por acreditado que la actora no fue correctamente informada del “riesgo” de que la cirugía podía tener –con alto grado de probabilidad- efectos estéticos adversos, ni que por tal razón pudiera ser necesaria una segunda intervención quirúrgica. Al respecto,

es oportuno remarcar, que A., al contestar demanda, expresó que la desviación del septum nasal “resulta ser una de las complicaciones esperables y más frecuentes de la intervención quirúrgica practicada” (ID 162697 pag. 9 primer párrafo) y pese a ese reconocimiento expreso, nada dice ni prueba respecto a la información y aceptación de esa eventualidad por parte de la actora.

---La falta de información de dicha importante y muy frecuente complicación, que debe tenerse por acreditada en autos, permite considerar que la accionante no contó con la chance o posibilidad de evaluar si estaba dispuesta a asumir tan alto riesgo de resultado estético no deseado y que de haberlo conocido, dada la finalidad estética de la cirugía, como se afirma en el escrito de expresión de agravios, es muy probable que no se hubiese sometido a ella.

---Pese a que la pericia médica acredita que A., al realizar las dos cirugías que practicó a la actora, actuó conforme a las reglas de su profesión, al haberse presentado una complicación “frecuente” que generó un resultado estético no deseado, cuya posible ocurrencia no puede tenerse por informada, no tengo duda que la responsabilidad del demandado y de la c. donde se realizó la cirugía se encuentra comprometida.

---La frecuencia de la complicación que presentó la actora, contrariamente a lo indicado en la sentencia de primera instancia, no puede ser argumento para exonerar de responsabilidad al profesional médico, ya que ante la existencia de un riesgo cierto y de alta recurrencia estadística, la obligación de informar de manera clara y precisa es mayor, dado que el paciente debe tener la posibilidad de rechazar el riesgo y no someterse a la cirugía o asumirlo de manera consciente y voluntaria.

---En tal sentido, se ha dicho que "el alea existente en la ciencia médica, que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes, debe diferenciarse de los riesgos conocidos (y de los daños que pueden producir), por lo que corresponde sean debidamente informados y notificados al paciente o a sus familiares (según sean las circunstancias del caso), suscripto por aquél o por éstos, en cuyo caso deberán asir la decisión de asumir dichos riesgos (incluida la abstención de la práctica médica)” (Carlos Ghersi y Celia Weingarten, "Diagnóstico médico, asunción de riesgos informados y el valor de la historia c.", Revista de Derecho de Familia y de las Personas", Nº 1 - Septiembre de 2009, págs. 200/201, Ed. La Ley).

---Por lo hasta aquí indicado, pese a que desde el punto de vista médico-quirúrgico la actuación del profesional demandado no es reprochable, como el resultado disvalioso que sobrevino a la operación constituye un riesgo frecuente de la cirugía, que no fue informado a la actora conforme lo dispuesto por ley 26.529 y por art. 59 CCyC, como anticipé, la responsabilidad civil de los demandados está comprometida.

---La información, en los términos previstos por la normativa referida, sin duda es un derecho del paciente y constituye para el prestador del sistema de salud una “obligación” contractual que, en caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso, genera responsabilidad civil y el consecuente deber de reparar el daño causado (art. 1716 Código Civil y Comercial).

---En estos supuestos, dicho daño a reparar debe necesariamente tener relación causal con la consumación de un riesgo previsible no informado debidamente a la paciente. Ello es así, ya que el daño y su relación causal con la acción u omisión antijurídica que se imputa a quien se atribuye responsabilidad, son presupuestos de la responsabilidad civil.

---Por lo apuntado, estando acreditado que no se brindó información a la actora de los riesgos y consecuencias “frecuentes” y no deseables que, desde la óptica estética, podían surgir de las cirugías realizadas y que concretamente se presentaron, no tengo dudas que el recurso debe prosperar, que la sentencia debe ser revocada y que el médico demandado debe responder por los daños que estén causalmente vinculados con el resultado disvaliso cuya posible ocurrencia no fue informada.

---También la c. demandada debe responder por los daños referidos, ya que ésta como proveedora de servicios médicos debió velar por que la paciente no sufra daño en el marco de la relación de consumo y por tal razón, debió asegurarse que se le proporcionara la información necesaria para una decisión esclarecida al someterse a las cirugías que se le practicaron (art. 5 de la ley 24.240 y arts. 3 y concs. de la ley 26.529).

---En definitiva, en mi criterio, ambos demandados deben responder de manera concurrente respecto del resarcimiento que finalmente en esta sentencia se reconocerá a la actora. Asimismo, con los alcances previstos en el contrato de seguro, la condena debe hacerse extensiva a la Cia. de s. citada en garantía.

---V. Sentado que la pretensión de la actora finalmente debe prosperar, seguidamente analizaré la procedencia de cada uno de los rubros reclamados en el escrito de demanda en el orden allí expuesto.

---V.a). Gastos de tratamiento psicológico: En sustento de este reclamo la actora sostiene que requiere de un tratamiento largo y costoso y agrega que su duración, costo y frecuencia, se debe determinar en pericia psicológica. Sin perjuicio de ello, estima la pretensión en la suma de $ 300.000.

---Ante la ausencia de prueba de la realización de erogaciones por dicho tipo de tratamiento, no surgiendo de la pericia realizada por la Lic. L. B. C. que la actora debe realizar tratamiento psicológico en virtud de las consecuencias no deseadas de las cirugías practicadas por el médico demandado, pese a la presunción establecida en el art. 1746 del

Código Civil, el rubro no puede ser receptado y en consecuencia postulo al pleno su rechazo.

---V.b) Daño Moral. En el escrito inicial, después de expresar conceptos y jurisprudencia referida al daño moral y a su cuantificación, la actora sostiene que se le generó un perjuicio no patrimonial que debe ser resarcido y estima que su reparación debe fijarse en una suma equivalente a un automotor de media gama cero kilómetro, cuantificando sobre dicha base la pretensión en $ 1.000.000.

---Frente a dicho planteo es preciso señalar que el daño moral es aquél que afecta principalmente los derechos y atributos de la personalidad, de carácter extrapatrimonial, y su reparación tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos. (arts. 522 y 1078 del Código Civil y su doctrina; conf.: Suprema Corte de Buenos Aires, 13-6-89, “Miguez, Rubén y otros c/ Comarca S.A. y otro” El Derecho 136, pág. 526).

---La Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde hace décadas, impuso como doctrina que el daño moral tiene carácter resarcitorio y que su reparación no debe guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (conf.: El Derecho 120, pág. 648).

---La reparación del agravio moral corresponde no sólo por lo dispuesto por el art. 1741 del actual Código Civil y Comercial, sino por lo establecido por la Constitución Nacional al jerarquizar los tratados internacionales como el pacto de San J. de Costa Rica (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

--- En virtud de lo apuntado, es preciso señalar que las consecuencias estéticas no deseadas de la cirugías realizadas a la actora por el médico demandado y la necesidad de tener que realizar una tercera cirugía para corregir esas consecuencias, tienen entidad suficiente para generar la frustración y el malestar emocional y anímico que fue referido por los testigos ofrecidos por la actora y ello constituye un daño moral que debe ser indemnizado conforme a las pautas establecidas por la normativa vigente.

---El nuevo Código Civil y Comercial, en su art. 1741, establece que el monto de la indemnización de este tipo de daños debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan procurar las sumas reconocidas. Si bien es muy complejo imaginar qué suma de dinero podrá brindar la posibilidad obtener satisfacciones compensatorias respecto de padecimientos que son consecuencia de dos cirugías que generaron resultados estéticos no deseados, considero que la suma reclamada es razonable

para compensar el daño en cuestión, teniendo en cuenta que dicha suma en la actualidad es suficiente para realizar un viaje de placer.

---En definitiva, evaluando el reclamo a valores de la fecha de este pronunciamiento, propongo fijar la reparar del rubro en la suma de $ 1.000.000.

---V.c. Gastos de tratamientos médicos, de traslado y de farmacia. En el escrito inicial la actora, sin dar ninguna precisión, sostiene que hasta el momento de radicación de la demanda r.izó diversos gastos por los conceptos referidos y reclama al respecto la suma de $ 200.000.

---Frente a dicha pretensión, en primer lugar cabe destacar que la falta de prueba de los gastos realizados no es obstáculo para analizar el reclamo y que si bien surge de autos que la actora cuenta con obra social, no es posible considerar que ésta cubrió todos los gastos médicos, de traslado y de farmacia que realizó.

---La jurisprudencia mayoritaria elaborada durante la vigencia del Código Civil derogado, como hoy establece el art. 1746 del Cód. Civil y Comercial, en los casos de lesiones a la integridad psicofísica presume la existencia de gastos médicos, farmacéuticos y de transporte cuando éstos resultan razonables en función de las dolencias.

---Conforme al criterio reseñado se ha reconocido que el resarcimiento de los gastos de atención médica y farmacéuticos es procedente cuando existe daño psicofísico, aun a falta de comprobantes, pues se presume la necesidad de su erogación por más que la víctima cuente con cobertura por obra social o se atienda en establecimientos públicos.

---En razón de lo apuntado, no queda duda que en el caso de autos debe reconocerse un resarcimiento por el rubro bajo análisis, ya que es lógico y razonable que al realizarse una cirugía en una ciudad distinta a la de residencia, como finalmente tuvo que realizarse la actora, se generen gastos de traslados, médicos y farmacéuticos que no son íntegramente cubiertos por la obra social.

---Por lo expresado, sin perjuicio de la ausencia de prueba fehaciente de las erogaciones realizadas, estando acreditado el perjuicio y no su cuantía, en uso de la facultad establecida en el art. 167 “in fine” del CPCC, propongo establecer la reparación del rubro -a valores actuales- en la suma de $ 150.000.

---VI. Por lo expresado en los considerandos precedentes, en definitiva propongo revocar la sentencia apelada y hacer lugar parcialmente a la demanda por la suma de $ 1.150.000., monto al que deberán adicionarse intereses, desde la fecha de la primera cirugía realizada a la actora (02/03/2017) y hasta su efectivo pago, conforme a las pautas y tasas que seguidamente propongo.

---En razón del planteo articulado por la demandada S. SRL al contestar demanda en relación al cómputo de intereses cuando el monto de condena se establece a valores del momento de la sentencia, como propongo en el apartado precedente, en primer lugar debo señalar que, conforme lo dispuesto en el art. 1748 del Código Civil y Comercial, los intereses respecto de los rubros que postulo resarcir deben calcularse desde que se practicó la primera de las cirugías que fue realizada a la actora, ya que dicho acto fue el desencadenante de los daños que propongo reparar.

---Como señalé en la SDL N° 1/2020, no debe confundirse la oportunidad o fecha de determinación del quantum necesario para resarcir el daño con la mora en el cumplimiento de la obligación de reparar el daño causado, que es la que da lugar a computo de intereses y que en el supuesto que nos ocupa, como anticipé, se configuró con la primera cirugía. En todo caso, en el supuesto que la cuantificación dineraria del daño se realice a valores de fecha posterior al nacimiento de la obligación de resarcir, corresponde analizar cuál es la tasa de interés que debe aplicarse desde que el daño se produjo hasta que se cuantifica su reparación.

--- El art. 768 del Cód. Civil y Comercial hoy vigente, sobre la cuestión de los intereses moratorios y de las tasas aplicables, establece que “A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central”.

--- De la norma transcripta surge que la tasa aplicable tiene que ser una tasa que fije el Banco Central. --Sin perjuicio de ello, como el Banco Central publica diferentes tasas referidas a deudas dinerarias desde su origen, en el caso de obligaciones que se cuantifican en fecha posterior a su nacimiento, entiendo que es facultad judicial determinar cuál es la tasa de interés moratorio que corresponde aplicar hasta el momento que esa cuantificación o sea hasta que la obligación de reparar el daño se convierte en la de pagar una suma de dinero.

---De aplicarse una tasa bancaria (activa o pasiva), desde la fecha de nacimiento de la obligación de reparar hasta la de su cuantificación, cuando ésta se realiza a valores de la fecha de sentencia, la obligación se transform. en excesivamente onerosa para el deudor, pues, las tasas de interés activa y pasiva, se aplican a deudas cuantificadas desde su origen en pesos y computan, entre otras variables, la depreciación monetaria que puede sufrir la moneda nacional.

---Siendo ello así, como propongo valuar el daño a la fecha de esta sentencia, desde la fecha de nacimiento de la obligación de reparar hasta el dictado de ésta, no corresponde aplicar una tasa de interés que contempla la desvalorización monetaria. Por tal razón,

respecto a dicho periodo, la tasa de interés moratorio que se deberá aplicar debe contemplar un interés puro que no contenga ningún componente compensatorio de la inflación.

---Por lo apuntado, en definitiva voy a proponer que los intereses desde la fecha del evento dañoso (02/03/2017) y hasta la fecha de la presente sentencia, se calculen a una tasa de interés puro del 8% anual, ello con capitalización a la fecha de notificación de la demanda y los posteriores, hasta el efectivo pago, se calculen según tasa activa del Banco del Chubut S.A. para sus operaciones generales vencidas.

---En relación a la capitalización de intereses que propongo en el párrafo precedente, es oportuno precisar que si bien la regla es que no se deben intereses de los intereses, como destaqué en anteriores pronunciamientos, el art. 770 del Código Civil y Comercial dispone que ello es procedente cuando la obligación se demanda judicialmente y establece que en este caso la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda.

---Por tal razón, propongo la capitalización de los intereses en los términos referidos, ya que cuando se reclaman intereses, conforme al criterio de esta Sala, éstos deben establecerse conforme al régimen legal vigente, el que en la actualidad contempla la capitalización de los mismos (SDL N° 29/20 y 30/20, entre otras).

---VII. Conforme lo dispuesto por el art. 282 del CPCC, como propongo revocar la sentencia apelada, debe readecuarse la imposición de costas dispuesta en el pronunciamiento recurrido e imponerse las que correspondan a esta segunda instancia. Prosperando parcialmente la demanda, entiendo que las costas de primera instancia deben imponerse en un 90% a los demandados y a la citada en garantía y en el 10% restante a la actora (conf. arts. 69 y 72 del CPCC). En cuanto a los honorarios de dicha instancia propongo que se establezcan los de los Dres. R. M. L. y M. N. R., en conjunto, en el 18 %, del Dr. D. G. F., en el 12%, y los de los G. H. U., en el 11%, en todos los casos del monto del proceso, con más el IVA de corresponder. (conf. arts. 5, 6, 7, 8 y 46 de la ley XIII N° 4).

---Respecto de las costas de segunda instancia, como el recurso de la actora prospera en cuanto peticiona la revocación de la sentencia impugnada, deben imponerse íntegramente a los demandados y a la citada en garantía (art. 69 del CPCC). Los honorarios de esta Instancia, en atención a la calidad y resultado obtenido, propongo que los de los Dres. R. M. L. y M. N. R., en conjunto, se fijen en el 5,4%, los del Dr. D. G. F., en el 3,6%, y los del G. H. U., en el 3,3%, del monto del proceso, con más el IVA de corresponder. (conf. arts. 5, 6, 7, 8, 13 y 46 de la ley XIII N° 4).

---Por los fundamentos expuestos me pronuncio en la primera cuestión POR LA NEGATIVA.

---**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo:

---I. Los detalles del caso, decisión impugnada y agravios expresados fueron suficientemente expuestos por el magistrado que me precedió en el voto. Por tal motivo me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

---II. En primer lugar y luego de hacer un análisis meduloso de la sentencia recurrida y los agravios expresados a la luz de lo dispuesto por el art. 268 del CPCC, considero que el recurso se encuentra suficientemente fundado de modo que no corresponde declarar su deserción como solicita la demandada al contestar agravios.

---III. Sentado lo anterior adelanto que no acompañaré a la actora en su primer agravio que refiere que la sentenciante equivocadamente consideró que la obligación del demandado era de medios. Explica que la cirugía tenía dos fines claros, uno estético y el otro reparador. De modo que, afirma, una parte de la cirugía es de medios y la otra de resultado. Agrega que no se puede hablar de esta cirugía como una sola, sino que son dos cirugías en una. Y concluye en que la obligación que falló en este caso fue la de resultados y que solamente interpuso demanda a los fines de reclamar el daño moral respecto de la cirugía plástica.

---En mi opinión, coincidente con la del Dr. Peral, la cirugía realizada a la actora debe considerarse como reparadora, dado que tuvo finalidad terapéutica y estética. Coincido también con el Dr. Peral en cuanto sostiene que la circunstancia de haber resultado relevante para la actora la cuestión estética no modifica su carácter y que no estamos frente a dos cirugías sino frente a una que debe considerarse reparadora. Ello toda vez que la finalidad de aquella intervención quirúrgica, como explicó la propia actora en su demanda, y lo dijo el perito médico en su dictamen, consistió tanto en corregir una molestia respiratoria como en embellecer su nariz. --Por tanto, resulta por demás claro que la obligación del galeno era de medios y no de resultados.

---En este punto cabe recordar que, en general, las obligaciones de los médicos son de las llamadas de “medios” o “de atención” u obligación “de actividad” (conf. LLAMBIAS, J.J., “Trat. D. Civil. Obligaciones”, T. I, págs. 207, 211; ALSINA ATIENZA, D., “La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y de resultado”, JA 1958-III-587; BUSTAMANTE ALSINA, J., “Teoría Gral. de la Responsabilidad Civil”, pág. 501; BUERES, A., “Responsabilidad Civil de los Médicos”, pág. 183; CNCiv., Sala C, LL 115-116; CNCiv., Sala D, 09/09/89, LL 1990-E-415). En este sentido se ha dicho que “el médico no se obliga a llegar a un final feliz, a que el enfermo recupere la salud, supere la dolencia que le aflige, sea c. o quirúrgicamente. Se obliga a cumplir con un ‘paquete’ de deberes, principales y accesorios, dirigidos, precisamente, a ese propósito o finalidad” (CC0201 LP 119108 RSD 04/16 S 02/02/2016, “B.J. c/ G.D. Y O. s/ daños y perj. resp. profesional (excluido estado)", JUBA Sumario B258110). En efecto, en las obligaciones de medios -sean contractuales o extracontractuales- al acreedor, para reclamar

indemnización por el incumplimiento, no le basta demostrar el daño sufrido, sino que debe probar además la culpa del deudor en la falta del resultado, o sea que no puso en práctica los medios que normalmente conducen a la obtención del efecto perseguido, o que en el empleo de estos medios se ha incurrido en negligencia, imprudencia, desidia, etcétera (esta Sala, SDC 4/2009 con cita de CAZEAUX – TRIGO REPRESAS, Derecho de las Obligaciones, cit., T. I, pp. 357/358, Nº 227).

---Aclarado lo anterior, corresponde analizar la conducta del demandado a la luz de las pruebas producidas en la causa.

---En autos obra dictamen pericial de fecha 27/12/2021 elaborado por el Dr. V. M., integrante del Cuerpo Médico Forense de esta Circunscripción Judicial. Allí explicó el perito que i) O. se internó por primera vez para realizarse una Septumplastia en la C. San M. el día 2/3/2017 y que el motivo de la internación fue "insuficiencia ventilatoria secundaria a desviación septal" —respuesta al punto 1—; ii) los registros de la primera consulta de la actora al Dr. A. fue por rinoplastia e insuficiencia ventilatoria de más de 20 años de evolución —respuesta al punto 2—; iii) la consulta al médico fue por motivos estéticos y patológicos-funcionales —respuesta al punto 3—; iv) que la cirugía era una indicación terapéutica posible y que del protocolo quirúrgico de la primera cirugía se desprende que aquella fue realizada "según técnica" sin haberse descripto que hayan ocurrido situaciones imprevistas ni complicaciones y que el pos operatorio también fue normal agregando que "se infiere que la ejecución fue adecuada" —respuestas al punto 5 b y 11—; v) que ante la desviación septal posoperatoria (complicación frecuente en este tipo de cirugías) el nuevo tratamiento quirúrgico era una opción posible —respuesta a la pregunta 14—; y vi) que de "las constancias de autos, no se advierten prácticas médicas que se aparten de la lex artis" — respuesta al punto 15—.

-----El dictamen referido no mereció objeción alguna por la actora en la anterior instancia ni tampoco en su expresión de agravios, por lo que me remito a sus conclusiones, recordando la doctrina de nuestro STJ que dijo: "en todo proceso en que se cuestiona la 'praxis médica', el dictamen pericial médico se constituye en prueba relevante, ya que ilustra al magistrado sobre temas que normalmente escapan a su formación profesional" (STJ, SD 23/2021). Y si bien conforme reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación las conclusiones del dictamen pericial no obligan a los jueces en la ponderación de la prueba, para prescindir de ella se requiere, cuando menos, que se le opongan otros elementos no menos convincentes (Fallos 310:1697; 321:2118, entre otros), lo cierto es que en este caso no advierto motivos serios, después de analizar todo el material probatorio, para dejarlo de lado. En síntesis, considero que esta prueba lleva a la inexorable conclusión a la que arribó la Jueza de la instancia anterior respecto de la falta de acreditación, en este caso, de mala praxis médica.

---Por los motivos aquí expuestos, acompaño la propuesta de rechazar el primer agravio expresado por la parte actora.

---V. Consentimiento informado.

---La actora también se agravia porque la sentenciante llegó a la conclusión de que fue informada adecuadamente sobre la operación a la que fue sometida con los formularios pre impresos genéricos acompañados los que, afirma, violan lo dispuesto por la Ley 26.529 y el art. 59 del CCyC.

---En este punto adelanto que en mi opinión, coincidente con la expuesta por el Dr. Peral en su voto, los formularios suscriptos por la actora no cumplen con los requisitos legales para tener por acreditado que la actora fue debidamente informada y que, consecuentemente, aceptó los riesgos que conllevaba la cirugía propuesta por el médico aquí demandado.

---Antes de comenzar aclaro que este tema ya ha sido tratado extensamente por esta Sala en la SDC 15/2016 y que, dada la importancia que tiene, me permitiré reiterar conceptos ya vertidos anteriormente.

---Se ha definido al consentimiento informado como una declaración de voluntad efectuada por un paciente, quien luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención (conf. HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M., “Consentimiento informado”, publicado en “Responsabilidad profesional de los médicos”, Garay, Oscar Ernesto –dir–, 1era. Edición, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 191).

---Aclaran las autoras citadas que la noción de consentimiento informado comprende dos aspectos y que la doctrina impone al profesional dos deberes: 1) obtener el consentimiento del paciente para llevar a cabo un tratamiento y 2) revelar información adecuada al paciente de manera tal que le permita a éste participar inteligentemente en la toma de decisión del tratamiento propuesto (HIGHTON y WIERZBA, “Consentimiento informado” cit., p. 191).

---En este sentido la CSJN, antes de la sanción de la ley de derechos del paciente (26529) dijo que “dado que el consentimiento informado tiene como núcleo de su razón de ser posibilitar que el paciente ejercite libremente su voluntad de someterse o no a determinada práctica médica, la responsabilidad que genera el incumplimiento de ese recaudo se asienta en la afirmación de que de haber conocido los riesgos, el paciente no se habría sometido a ella y debe integrarse con los elementos objetivos que indican el estado clínico del paciente y con la evaluación de los medios técnicos alternativos existentes para el diagnóstico y tratamiento, todo lo cual remite a la configuración del marco de opciones con que cuenta el paciente frente a la propuesta profesional” (CSJN, 12/08/2008, “Godoy, Aguirre Marta

c. Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina y otro", La Ley Online, AR/JUR/9059/2008, voto de los Dres. Highton de Nolasco y Petracchi. La mayoría desestimó el recurso por aplicación del art. 280 del Código Procesal).

---Y en la misma línea la Cámara Nacional Civil también en sentencia dictada antes del dictado de la Ley 26.529 dijo lo siguiente: "El consentimiento informado constituye una operación compleja que consta de dos aspectos directa e íntimamente vinculados entre sí: por un lado, la información que debe brindar el facultativo acerca del estado de salud del paciente, su dolencia, pronóstico de su evolución, diagnóstico, tratamiento aconsejado, etcétera. Por el otro, el consentimiento de este último con la estrategia propuesta para neutralizar, combatir o mitigar la patología que motiva la consulta. Y el estrecho contacto entre ambas facetas es evidente pues no puede existir un consentimiento válido si el médico ha fallado en su deber de información; de manera que aquel funciona como la contracara o el anverso de éste. Por lo tanto, el consentimiento informado tendría el efecto de quitar antijuricidad al acto médico, y en tal virtud se ha dicho que constituye un requisito insoslayable de toda intervención que encare el profesional. El sustento de esta afirmación reside en el derecho que asiste a todo sujeto a decidir sobre el porvenir de su entidad psicofísica". Agregando a continuación que "ya que es el paciente quien debe sufrir las consecuencias, un principio de esclarecimiento es fundamental. Por ello, se requiere que aquel pueda conocer cuáles son los riesgos de la intervención que se le propone, y cuáles son las alternativas posibles. De lo que se trata es que éste pueda participar inteligentemente en la toma de una decisión. En suma, es la autonomía de la voluntad la que está en juego; que es la que asegura al enfermo el derecho a la autodeterminación cuando deba tomarse una decisión médica a su respecto; esto es, decidir si quiere o no someterse a lo indicado por los profesionales" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil – Sala B – autos "L. C. A. vs. R. P. F. y otros s. Daños y perjuicios" - 23/05/2007 – Cita: RC J 9018/07).

---El derecho a ser informado y su consecuencia práctica que es la doctrina del consentimiento informado, aún antes de la sanción de la Ley de Derechos del Paciente, tuvieron su base en la propia Constitución Nacional que brinda un marco al destacar los valores de libertad, salud, vida, integridad física, etc. Ya sea de manera directa o por la incorporación de las principales Convenciones de Derechos Humanos en el año 1994.

---El consentimiento informado es, en realidad, una "regla práctica", una manera de instrumentar algo que tiene infinitamente más importancia que el formulario en sí mismo. Esta regla práctica debe enlazarse con la "autonomía de la voluntad" (como principio ético) y la "libertad" como uno de los valores fundamentales (junto con la vida, la identidad, la integridad, la salud y el bienestar). Estos tres aspectos se conjugan en la "dignidad" como valor esencial.

---Estos valores, en especial la dignidad y su respeto, tienen rango constitucional desde 1994 puesto que es reconocida por todas las convenciones internacionales con jerarquía constitucional y, además, la libertad y la salud se encuentran claramente protegidas por la Constitución de la Provincia del Chubut (Preámbulo y artículos 4, 6 y 18).

---El concepto de dignidad está en el centro mismo de los Derechos Humanos. La dignidad intrínseca es invocada en todas y cada una de las declaraciones universales entre las que cabe citar por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos que ya en su Preámbulo establece: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos…". Y "Todos los seres hombres nacen iguales en dignidad y derechos" –afirma categóricamente el Preámbulo de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre y el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos–.

---Por otra parte, autonomía y dignidad son tan cercanas que en muchos sentidos pudieran verse como equivalentes (VALENZUELA, Juliana González, "Dignidad Humana", publicado en el Diccionario Latinoamericano de Bioética / dir. Juan Carlos Tealdi – Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008, p. 278).

---Y es así que la doctrina del consentimiento informado, tan desarrollada en el contexto anglosajón, es una prolongación natural del debido respeto a la autonomía de cada individuo (VAZQUEZ, Rodolfo, "Ponderación de Principios Éticos" en Diccionario Latinoamericano de Bioética / dir. Juan Carlos Tealdi – Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008, p. 172).

---Haciendo un correcto análisis del consentimiento en la atención c., sostuvo el brasilero J. Eduardo de Siqueira que larga vida tuvo el paternalismo médico, siempre orientado por el principio de que el enfermo carecía de autonomía y era incapaz de tomar decisiones, siendo su única obligación moral, la obediencia. Delante del poder de decisión del médico, le correspondía al enfermo solo el deber de acatar las orientaciones del profesional. Es de la mitad del siglo XV, el siguiente texto atribuido a Santo Antonio de Florencia: "Si un hombre enfermo recusa las medicinas recetadas por un médico, llamado por él o su familia, puede ser tratado contra su propia voluntad, del mismo modo que un hombre puede ser retirado contra su voluntad de una casa que está por tumbar". Al comienzo del siglo XIX Thomas Percival así se refiere a los derechos del paciente: "Cuando un paciente hace preguntas que contestadas sinceramente pueden resultar en desventuras, sería un grave error revelarle la verdad. Su derecho a la verdad es dudoso o mismo nulo". El primer código de ética de la modernidad producido en la mitad del siglo XIX, por la Asociación Médica

Norteamericana, recibe una gran influencia de la obra de Thomas Percival y trae en su artículo 1º el siguiente postulado: “El médico debe tratar con atención, constancia y humanidad todos los casos a su cargo (...) A la imbecilidad y a los caprichos de los pacientes debe conceder una disculpa razonable (...)”. El vínculo de la relación médico paciente se asemejaba al de una familia, adjudicándose al médico la figura del padre y al enfermo el papel de hijo. Este modelo asimétrico de relación duró hasta comienzos del siglo XX, cuando pacientes norteamericanos pasaron a enjuiciar a médicos que omitían informaciones, impidiéndolos de tomar decisiones autónomas. La historia pasa a acumular sentencias judiciales penalizando a médicos que no respetaban las decisiones de sus pacientes. Una sentencia paradigmática fue la emitida por el Juez Benjamín Cardozo en el caso Schloendorf versus Society of New York Hospital en 1914: “Todo ser humano de edad adulta y juicio sano tiene el derecho de determinar lo que debe hacerse con su propio cuerpo y un cirujano que r.iza una intervención sin el consentimiento de su paciente comete una agresión por la que se le pueden reclamar legalmente daños” (de SIQUEIRA, J. Eduardo, “Consentimiento en atención c.” en Diccionario Latinoamericano de Bioética / dir. Juan Carlos Tealdi – Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008, p. 221).

---Continuó diciendo el profesor brasilero que a la vista de esta nueva r.idad, los códigos de ética profesional pasan a reconocer al paciente como persona capaz de asumir decisiones autónomas y retiran de la categoría médica el poder de depositaria de la salud pública y, como consecuencia, el tradicional paternalismo médico pierde sustentación. En el año 1973 se edita el Código de Derechos del Paciente de la Asociación Norteamericana de Hospitales, el cual dispone que “el paciente tiene derecho de recibir de su médico las informaciones necesarias para acceder su consentimiento, antes de iniciarse cualquier procedimiento y/o tratamiento médico”. Todos los códigos de ética pasaron a incorporar este nuevo mandato. El clásico paternalismo hipocrático sale de escena y la sociedad pasa a debatir los límites sensatos del ejercicio de la autonomía por parte de los pacientes para la toma de decisiones. Se abandona así la relación radicalmente asimétrica y vertical médico paciente y se construye, aunque tímidamente, un nuevo pacto de relación, más horizontal y simétrico (de SIQUEIRA, J. Eduardo, op. cit., p. 222).

---Continuando con su meduloso estudio J. Eduardo de Siqueira sostiene que el consentimiento informado en atención c. es siempre dinámico y se fundamenta en el imperativo de máximo respeto a la dignidad del ser humano enfermo… El profesional de la salud precisa reconocer que el consentimiento pleno ofrecido por el paciente, para cualquier procedimiento, solo podrá efectuarse después de que él haya sido suficientemente informado y haya comprendido todas las variables necesarias para tal decisión y, por tanto, depende por completo de la iniciativa y dedicación del médico. La relación médico-

paciente necesariamente será dinámica, interactiva y conducida por un diálogo respetuoso, siempre considerando que el papel central en la toma de decisiones finales pertenece al paciente (de SIQUEIRA, J. Eduardo, op. cit., p. 223).

---La importancia del consentimiento informado se observa de manera clara en una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza que, con voto del Dr. F. Romano al que adhirieron la Dra. Kemelmajer de Carlucci y el Dr. Pérez Hualde, en este sentido sostuvo: "Aún cuando el profesional médico no hubiese incurrido en negligencia o torpeza, puede igualmente generarse responsabilidad por daños, si el profesional de la salud actúa sin el consentimiento informado. Desde esta óptica, el concepto de mala praxis médica incluye no solo la negligencia o la torpeza en la realización del tratamiento o práctica, sino también en realizarla sin anticipar al paciente datos suficientes para que éste pueda prestar su consentimiento informado. En consecuencia, el consentimiento informado constituye un presupuesto y elemento integrante de la lex artis para llevar a cabo la actividad médica, el que consiste en solicitársele el consentimiento para un acto determinado, individualizado, justificado por determinada patología que se le informa: debe tener límites, precisiones, no puede ser genérico o vago ni hallarse el documento en blanco al momento de la firma del paciente y debe ser actual, es decir, debe ser dado antes y permanecer por la íntegra duración del tratamiento, pudiendo ser revocado en cualquier momento" (R. de S. S. y otro s. Recurso de inconstitucionalidad y casación en: R. de S. S. vs. J. C. C. y otro s. Daños y perjuicios - 31/03/2008 - Suprema Corte de Justicia de Mendoza - Fuente: Sumarios Oficiales Poder Judicial de Mendoza - Cita: RC J 21356/09).

---En el año 2009 fue dictada la Ley 26.529 de los "Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud", la que define al consentimiento informado en el art. 5 disponiendo expresamente que "Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadío terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de

mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento". El texto de la norma que acabo de transcribir fue reproducido íntegramente por el art. 59 del actual Código Civil y Comercial que resulta aplicable atento la fecha de las operaciones.

---Ahora bien, los Consentimientos Informados obrantes en la Historia C. que fue acompañada digitalmente por la codemandada S. S.R.L. son formularios genéricos cuyo título es el siguiente: "Consentimiento para intervenciones quirúrgicas art. 19 ley 17.132 – art. 13 ley 24.193". Estos formularios, en mi opinión, no cumplen con los requisitos exigidos por el art. 5 de la Ley 26.529 y el art. 59 del CCyC al no probar que la actora fue debidamente informada de los riesgos que podían derivar de la cirugía y que claramente pudo haber incidido en su decisión final de someterse, o no, a dicho procedimiento quirúrgico.

---En la SDC 2016 antes referida también nos expedimos respecto del valor que corresponde otorgar a estos formularios genéricos pre impresos con los que se pretende tener por cumplida la obligación de brindar información y obtener el consecuente consentimiento informado. En dicha sentencia dejamos claramente establecido que los formularios de consentimiento informados que no fueron redactados específicamente para el paciente y que, en consecuencia, no individualizan de manera clara su caso, no son consentimientos válidos. Los consentimientos para ser válidos deben reflejar los datos sustanciales del paciente y de la práctica que se llevará a cabo, así como también las alternativas terapéuticas y los riesgos.

---En el marco antes expuesto, y en referencia al caso que hoy nos ocupa, tengo por cierto, con lo manifestado por el CMF en la pericia médica realizada en estas actuaciones, que la primera cirugía a la que fue sometida la actora (Rinoseptumplastia con técnica de Killian) era una de de las indicaciones terapéuticas posibles y que ello también puede afirmarse con relación a la segunda cirugía —respuestas a los puntos 5 a., 5 b, 13 y 14 de la pericial de fecha 27/12/2021—. Asimismo, surge del dictamen que las complicaciones posibles y frecuentes en ese tipo de cirugías pueden ser la persistencia en la desviación de la nariz, la lesión de la válvula nasal, la formación de sinequias o la rotación insuficiente de la punta nasal —respuesta al punto 12—.

---Con lo anterior, puedo afirmar que la demandada no logró probar en el presente caso que informó a la actora en forma clara, precisa y adecuada sobre las alternativas que contaba para corregir su problema de insuficiencia respiratoria o el embellecimiento de su nariz, ni

mucho menos las posibles complicaciones que podían originarse en la operación a la que fue sometida y que, finalmente, ocurrieron en el caso. Ello es así por cuanto, negada la información por parte de la actora y siendo un deber del médico brindarla, correspondía al médico demandado probar que brindó adecuada y suficiente información (art. 381 del CPCC).

--- Lo expuesto me lleva a sostener que la actora no contó con la información necesaria a los fines de decidir. No conocía (o al menos no surge de la causa que los conociera) los riesgos que corría al someterse a las intervenciones quirúrgicas llevadas adelante por el Dr. A. en la C. S. M.. Por ello, no es relevante en este punto que las cirugías fueran llevadas a cabo conforme las reglas de su profesión dado que la complicación (frecuente según aclaró el perito médico en la audiencia y el propio médico reconoce) generó un resultado estético no deseado. Y la actora no estaba suficientemente informada al respecto.

---Por los motivos expuestos, coincido con el Dr. Peral en que la falta de información sobre los riesgos y frecuentes resultados disvaliosos desde el punto de vista estético, derivados de la operación practicada por el médico demandado genera una responsabilidad civil a cargo de este último que necesariamente debe reparar, conforme lo establece el art. 1716 del CCyC, por lo que corresponde hacer lugar al segundo agravio deducido por la actora.

---Asimismo, coincido con el Dr. Peral en que la c. demandada también resulta responsable de los daños y perjuicios sufridos por la actora por la falta de información clara y adecu.a. --Finalmente, la condena que se determine en el presente pronunciamiento deberá hacerse extensiva a la citada en garantía “N. C. de S. S.A.” en la medida del seguro contratado (art. 118 de la Ley de S.).

---VI. En virtud de lo resuelto en el punto anterior, analizaré los daños reclamados.

---VI. a. Gastos por tratamiento psicológico.

---En su demanda, la actora afirma que requiere de un tratamiento psicológico largo, costoso y posiblemente de por vida para poder mitigar las consecuencias y afrontar la situación. Señala que su duración, costo y frecuencia deben determinarse en la pericia psicológica, estimando el rubro en la suma de $300.000.

---Este rubro no puede prosperar dado que la actora no acreditó haber incurrido en ningún gasto por tratamiento psicológico y porque, de la pericia psicológica practicada por la Lic. L. B. C., no surge que la actora deba someterse a dicho tratamiento como consecuencia del resultado de las dos cirugías practicadas por el Dr. A..

---VI. b. Daño Moral.

---La actora afirma que se le produjo un perjuicio extrapatrimonial como consecuencia de los hechos expuestos que debe ser resarcido, estimando que su reparación debe fijarse en

una suma equivalente a un automotor de media gama 0km. que según sostiene en su escrito de inicio, ronda la suma de $1.000.000.

---La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en diversos pronunciamientos que debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (Fallos 316:2894; 321:1117; 323:3614; 325:1156;326:820 y 847; 330:563 y 334:376, entre otros).

---También ha dicho el Alto Tribunal que: “el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido” (Fallos 334:376).

---En la causa quedaron acreditadas las secuelas de carácter estético originadas a raíz de las dos cirugías practicadas por F. A. que obligaron a la actora a tener que realizar una tercera operación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Entiendo que las circunstancias vividas por la actora tras las dos primeras operaciones le generaron una situación de angustia y malestar emocional por no haber obtenido el resultado deseado. Así, los testigos refirieron que la actora se encontraba mal anímicamente, que la vieron deprimida, no quería ver a nadie ni salir de su casa (ver declaraciones de las testigos M. A. P. y M. J. L. en las audiencias de fecha 23/2/2022 y 24/02/2022).

---Atendiendo las circunstancias descriptas acompaño la propuesta de fijar la reparación de este rubro en la suma de $1.000.000, suma suficiente para realizar un viaje de placer, estimado a valores de la fecha de este pronunciamiento.

---VI c. Gastos de tratamientos médicos, de traslado y de farmacia.

---La actora refiere brevemente que hasta la fecha de la demanda incurrió en diversos gastos para medicamentos, tratamientos, traslado en remis, los que cuantifica en la suma de $200.000.

---Ingresando al tratamiento del presente rubro, cabe recordar que la jurisprudencia mayoritaria en general y esta Sala en particular, ha establecido que en los casos de lesiones a la integridad psicofísica se presume la existencia de gastos médicos, farmacéuticos y de transporte cuando estos resultan razonables en función de las dolencias. Estos gastos se han reconocido en estos casos, aun a falta de comprobantes, pues se presume la necesidad de

su erogación, aunque la víctima cuente con cobertura por obra social o se atienda en establecimientos públicos (esta Sala SDC 17/2019).

---En este marco resulta razonable estimar la existencia de gastos médicos, de farmacia y de transporte no cubiertos por la obra social de la actora (Seros), máxime cuando la actora debió someterse a una tercera operación en una ciudad distinta a la de su residencia por lo que, sin perjuicio de la falta de prueba fehaciente de los mismos, corresponde reconocer un resarcimiento por este rubro. En cuanto al monto a otorgar por este concepto, encuentro razonable el propuesto por el Dr. Peral en el primer voto, razón por la cual también propiciaré fijarlo en la suma de $150.000 (art. 167 in fine del CPCC).

---VII. Conclusión: Por lo expuesto, acompaño la propuesta de revocar la sentencia apelada, haciendo lugar parcialmente a la demanda entablada por V. D. O. y, consecuentemente, condenar a F. A. y a S. SRL a abonar a la actora la suma de pesos $1.150.000, con más intereses desde el día del hecho hasta su efectivo pago.

---La condena se hará extensiva a “N. C. de S. SA” en los términos de la póliza (art. 118, Ley 17.418).

---VIII. Tasa de Interés:

--- Finalmente, corresponde ingresar al planteo efectuado por S. SRL en el punto VI de su escrito de contestación de demanda (ID 153469) en el que sostiene que no deben aplicarse intereses en el caso de que se fije el monto de condena a valores actuales.

---Tratándose de un supuesto de indemnización de daños, los intereses se deben desde el momento del acaecimiento del daño. Es éste el criterio invariablemente sostenido por esta Sala y así lo dispone expresamente el art. 1748 del Código Civil y Comercial poniendo fin a un intenso debate doctrinario y jurisprudencial anterior a su vigencia, terminando con toda discusión e interpretación respecto del momento a partir del cual debían computarse los intereses en una y otra órbita de la responsabilidad (Alberto J. Bueres, 2018. Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Tomo 3F, 1ª edición. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, pág. 526).

---Ahora bien, a los fines de determinar la tasa de interés aplicable corresponde tener en cuenta que el art. 768 del CCyC establece que en ausencia de acuerdo de partes y disposiciones legales, la tasa de los intereses moratorios se determina por las fijadas según reglamentaciones del Banco Central. Ante la multiplicidad de tasas referidas a deudas dinerarias publicadas por el Banco Central, en el caso de deudas de valor, resulta facultad del juez determinar la tasa de interés moratorio aplicable hasta que dichas obligaciones se conviertan en deudas dinerarias. Ahora bien, respecto del período comprendido entre la fecha en que se produjo el daño hasta la fecha del presente pronunciamiento, no parece adecuado emplear una tasa de interés que contemple entre sus componentes la

desvalorización de la moneda nacional por efecto de la inflación (teniendo en cuenta que el monto de condena se fija a valores actuales) sino que lo más acertado es aplicar un interés "puro", es decir indiferente a la depreciación que pueda sufrir la moneda (confr. esta Sala en SDC Nº 1/2020).

---En atención a todo lo expuesto acompaño la propuesta de determinar que los intereses aplicables al monto de condena, desde la fecha en que se produjo el daño (02/03/2017) hasta la fecha del presente pronunciamiento, sean calculados según una tasa de interés puro anual del 8%; con más la capitalización a la fecha de notificación de la demanda (art. 770 inc. b del CCyC), y desde esta fecha hasta el momento del efectivo pago se aplicarán intereses según la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para sus operaciones generales vencidas.

---IX. Readecuación de costas y honorarios de primera instancia.

---Conforme lo prescribe el art. 282 del CPCC corresponde readecuar la condena en costas y regulación de honorarios de la primera instancia. Por ello, y teniendo en consideración que se hace lugar parcialmente a la pretensión, acompaño la propuesta de imponer el 90% de las costas de primera instancia a los demandados y el 10% restante a la actora. Los honorarios correspondientes a los profesionales intervinientes, por las labores cumplidas en esa instancia, considerando su calidad, mérito y resultado, deberán regularse en los porcentajes propuestos en el primer voto (arts. 5, 6, 7, 8, 9, 18 y 46 de la Ley XIII N° 4).

---X. Costas de Alzada.

---Las costas generadas en esta instancia, en virtud del principio objetivo de la derrota, serán impuestas en su totalidad a los demandados vencidos y a la citada en garantía (art. 69 del CPCC). Y en cuanto a los honorarios correspondientes a las tareas cumplidas en esta instancia, teniendo en considerando la calidad y resultado obtenido, acompaño la propuesta de regulación formulada en el primer voto (arts. 5, 6, 7, 8, 9, 13, 18 y 46 de la Ley XIII N° 4).

---Por los fundamentos expuestos me pronuncio en la primera cuestión POR LA NEGATIVA.

---**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Peral expuso:

---Visto el acuerdo alcanzado al tratar las cuestiones precedentes, corresponde dictar el siguiente pronunciamiento:

--- I. Revocar la sentencia de primera instancia, haciendo lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios promovida por V. D. O. contra F. A. y la "C. S. M." (S. SRL), condenando a los demandados a abonar a la actora la suma de PESOS UN MILLON CIENTO CINCUENTA MIL ($ 1.150.000.-), con más los intereses establecidos en el

considerando respectivo, dentro del décimo día de quedar firme el presente pronunciamiento, bajo apercibimiento de ejecución. Haciendo extensiva la condena, con los alcances del contrato de s., a la citada en garantía “N. C. D. S. S.A.”.

---II. Modificar la imposición de costas dispuesta en la sentencia de primera instancia, las que se imponen en un 90% a los demandados y la citada en garantía y en el 10% restante al actor (art. 72 CPCC).

---III. Fijar los honorarios, por las tareas de primera instancia, a favor de los Dres. R. M. L. y M. N. R., en conjunto, en el 18 %, del Dr. D. G. F., en el 12%, y los del Dr. G. H. U., en el 11%, en todos los casos del monto del proceso, con más el IVA de corresponder.

---IV. Imponer las costas de esta segunda instancia a los demandados y la citada en garantía (art. 69 CPCC).

---V. Regular los honorarios de segunda instancia de los Dres. R. M. L. y M. N. R., en conjunto, en el 5,4%, del Dr. D. G. F., en el 3,6%, y los del Dr. G. H. U., en el 3,3%, del monto del proceso, con más el IVA de corresponder.

---VI. Regístrese, notifíquese y devuélvase.

---Así lo voto.

---**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Spoturno expresó:

---El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Peral, en tanto refleja fielmente el acuerdo logrado.

---ASÍ LO VOTO.

---Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría y encontrarse excusada de entender en los presentes autos la Dra. Florencia Cordón Ferrando (pag. 128) (art. 274 del CPCC y art. 9 del Acuerdo Extraordinario Nro. 3145 del STJCh).

---Trelew, 13 de marzo de 2023.

---En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

---REVOCAR la sentencia de primera instancia, haciendo lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios promovida por V. D. O. contra F. A. y la “C. S. M.” (S. SRL), condenando a los demandados a abonar a la actora la suma de PESOS UN MILLON CIENTO CINCUENTA MIL ($ 1.150.000.-), con más los intereses establecidos en el considerando respectivo, dentro del décimo día de quedar firme el presente

pronunciamiento, bajo apercibimiento de ejecución. Haciendo extensiva la condena, con los alcances del contrato de s., a la citada en garantía “N. C. D. S. S.A.”.

--- MODIFICAR la imposición de costas dispuesta en la sentencia de primera instancia, las que se imponen en un 90% a los demandados y la citada en garantía y en el 10% restante al actor (art. 72 CPCC).

---FIJAR los honorarios, por las tareas de primera instancia, a favor de los Dres. R. M. L. y M. N. R., en conjunto, en el 18 %, del Dr. D. G. F., en el 12%, y los del Dr. G. H. U., en el 11%, en todos los casos del monto del proceso, con más el IVA de corresponder.

---IMPONER las costas de esta segunda instancia a los demandados y la citada en garantía (art. 69 CPCC).

---REGULAR los honorarios de segunda instancia de los Dres. R. M. L. y M. N. R., en conjunto, en el 5,4%, del Dr. D. G. F., en el 3,6%, y los del Dr. G. H. U., en el 3,3%, del monto del proceso, con más el IVA de corresponder.

---Regístrese, notifíquese y devuélvase.

NATALIA ISABEL SPOTURNO

MARCELO F. PERAL
PRESIDENTE JUEZA DE CÁMARA

----REGISTRADA BAJO EL Nº 05 DE 2023 – SDC.- Conste. ----------

RICARDO FABIÁN GRIFFITHS
SECRETARIO DE CÁMARA