

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 11 días del mes de diciembre de dos mil catorce, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "E", para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados "P. R. C/ CENTRO DE MEDICINA INTEGRAL S.R.L. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" respecto de la sentencia corriente a fs. 460/476 el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

La sentencia apelada ¿es arreglada a derecho? Practicado el sorteo, resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara Dres. Racimo, Calatayud y Dupuis: A la cuestión planteada, el Dr. Racimo dijo:

El juez de primera instancia rechazó la demanda promovida por R. P. por los daños y perjuicios que dijo haber sufrido como consecuencia de la errónea actuación desplegada por el médico especializado en cirugía estética Dr. C. D. B. en una pretensión que también fue dirigida contra el Centro de Medicina Integral S.R.L. donde se realizó la operación quirúrgica. Se imputó al mencionado facultativo haberse desempeñado en forma negligente cuando el 28 de octubre de 2004 -según la descripción del Cuerpo Médico Forense de fs. 354- efectuó una cirugía de inclusión bilateral de prótesis de poliuretano de 325 cc y una dermolipectomía abdominal combinada (vertical y horizontal).

La pretensión indemnizatoria fue rechazada con sustento en los dictámenes del Cuerpo Médico Forense al concluir el magistrado a quo que, aun apreciando con severidad la conducta del profesional por tratarse de una cirugía cosmética, no se encuentran acreditados los extremos de procedencia de la acción intentada al no haberse probado grave

imprudencia o negligencia científica que genere responsabilidad del Dr. B. sin haberse evidenciado la ausencia de información que pudo haber ocasionado la responsabilidad de la clínica demandada.

De la lectura de los escritos constitutivos de la litis y del dictamen del Cuerpo Médico Forense resulta que el procedimiento quirúrgico se vinculó a dos aspectos netamente distinguibles en la anatomía de la paciente R. P. Por un lado, la actora había requerido la realización de una cirugía plástica de mamas (mastoplastia aumentativa) y por otra parte había solicitado que se le efectuara una operación estética en la zona abdominal porque su cuerpo había quedado con modificaciones después de dar a luz a su primer hijo.

Me referiré, en primer lugar, a la cirugía de inclusión bilateral de prótesis de poliuretano que, según los fundamentos de la demanda, provocó que sufriera dolores en esa zona y que posteriormente debiera ser sometida a una nueva operación por otro médico -el Dr. E. F. G.- quien, de acuerdo con lo expuesto en la expresión de agravios, habría permitido superar el problema de la inadecuada implantación mamaria efectuando una segunda cirugía desde la cual han transcurrido 9 años sin que se produjeran inconvenientes y logrando un resultado estético perfectamente satisfactorio.

Entiendo que el planteo se refirió en el escrito de demanda a una inapropiada técnica de implantación quirúrgica que habría producido severos dolores a la paciente y particularmente al desarrollo de una situación que hizo necesario que interviniera otro facultativo para reemplazar las prótesis colocadas por el Dr. B.

Esta Sala ha tenido oportunidad de expedirse acerca de la naturaleza de este tipo de cirugías. En la causa fallada el 20 de septiembre de 1985, en autos "Páez de Tezanos Pinto Ana M. c/ Otermín Aguirre Julio" (ver L.L. 1986-A-467), el Dr. Dupuis -vocal preopinante-, después de señalar que no era materia de controversia la naturaleza jurídica contractual existente entre el paciente y el profesional médico, y que ése era, por lo demás, el criterio aceptado en la actualidad por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia, expresamente manifestó: "Desde otro ángulo, si bien se ha considerado por lo general que la obligación asumida por el médico no es de "resultado" (sanar al enfermo), sino de "medios", o sea emplear toda su diligencia y prudencia a fin de lograr su curación, la que no puede asegurar, se hace excepción de algunos supuestos particulares, entre los que se cuenta la "cirugía estética", en los cuales la obligación se considera de "resultado", puesto que de no prometerse un resultado feliz al paciente, éste no se sometería al tratamiento u operación (conf. Trigo Represas, obra cit. [Responsabilidad civil de los profesionales], ps. 81/82; Alterini Jorge H., Obligación de resultado y de medios, Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XX p. 706, n° 11; Alterini, Ameal y López Cabana, Curso de obligaciones, t. II p. 492, n° 1863; Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, p. 352; ídem, Responsabilidad civil del médico, p. 134; Bustamante Alsina J., Teoría general de la responsabilidad civil, n° 1436, p. 407; Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, p. 373, ap. n° 89; CNCiv. Sala "C", L. 276.860 del 24-8-82, in re: "Vega Néstor G. c/ Sanatorio Alberti y otros s/ Daños y perjuicios")".

Es decir, cuando se está en presencia de una cirugía estética estrictamente "plástica", en aquellas hipótesis de operaciones de tipo cosmético, que únicamente tienden a embellecer al paciente -como en la especie- y no de las que podrían considerarse "reparadoras", debe

aplicarse dicho principio, puesto que a las segundas debe considerárselas comprendidas dentro de las obligaciones de "medios" (ver CNCiv. esta Sala, votos del Dr. Calatayud en causas 237.622 del 3-4-98 y 604.723 del 25-10-12).

Al haberse, entonces, prometido un resultado, existe un desplazamiento de la carga de la prueba, ya que, ante el incumplimiento del opus propuesto y las secuelas post-operatorias en el cuerpo de la paciente, correspondía al cirujano demandado acreditar su falta de culpa (ver voto del Dr. Dupuis y fallo de la Sala "C", recién citados), cosa que -me adelanto a señalar- ha logrado demostrar.

Ello establecido, en este tipo de procesos resulta de fundamental importancia por la especial esencia científica del tema a dilucidar la pericia médica, dado que -como es lógico suponer- los jueces y abogados no poseen -en principio- conocimientos específicos sobre el tema (ver voto del Dr. Calatayud en la mencionada causa 604.723). Los argumentos planteados por la actora en esta Alzada se concentran en la supuesta mala elección original de las prótesis por parte del Dr. B. que este facultativo sugirió por teléfono posteriormente reemplazar por las finalmente implantadas. Asimismo, la recurrente aduce que no se ha considerado la declaración testifical del Dr. G. -obrante en el acta de fs. 262/263- quien, a diferencia del Dr. B., solucionó el problema logrando un resultado estético satisfactorio.

Sobre este punto, el Dr. L. M. G. -representante del Cuerpo Médico Forense- afirmó que P. evolucionó de su cirugía de inclusión de prótesis con producción de una cápsula fibrosa retráctil, lo cual motiva su reintervención por dolor y asimetría, recambiando ambas prótesis el 19 de abril de 2005 el Dr. G., con capsulectomía completa y colocando nuevas

prótesis texturadas de 315 cc con el resultado de que actualmente P. presenta también un cuadro de cápsula fibrosa retráctil grado Baker II en forma bilateral. Agrega a continuación -en un párrafo cuya consideración ha sido soslayada por la recurrente- que es de hacer notar que las prótesis de poliuretano son, en general, generadoras de mucho menor porcentaje de cápsula fibrosa retráctil que las lisas o texturadas y además alternativa de opción, en los recambios de prótesis texturadas con cápsulas fibrosas repetitivas.

La conclusión del Cuerpo Médico Forense respalda la opción adoptada por el Dr. B. al haber colocado las prótesis de poliuretano como segunda alternativa ante la imposibilidad de obtención de las originalmente propuestas por su falta de suministro actual en el mercado interno (ver fs. 4 vta./5 y 7). Dicho dictamen dice claramente que la colocación de prótesis de poliuretano era la medida adecuada para el tratamiento de esta paciente. Y tan distinto es el criterio que ahora en la apelación la actora cambia su posición previa; el problema habría consistido en la colocación de las prótesis de poliuretano sino en la circunstancia de que el Dr. B. había sugerido otras que, por falta de suministro en el mercado legal, fueron reemplazadas por el proveedor por las que fueron colocadas en el cuerpo de P. en la intervención del 28 de octubre de 2004.

Sobre el punto, he de recordar que es doctrina constante de la Sala destacar que, si bien el perito es un auxiliar de la justicia y su misión consiste en contribuir a formar la convicción del juez, razón por la cual el dictamen no tiene, en principio, efecto vinculante (conf. art. 477, Cód. Procesal; esta Sala, c. publ. en E.D. 89-495 y sus citas), la circunstancia de que la labor profesional no obligue al juez, salvo en los casos en que así lo exige la ley, no importa que éste pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo; la

desestimación de sus conclusiones ha de ser razonable y motivada (conf. esta Sala, c. publ. en E.D. 89-495; Sala D, E.D.6-300; Colombo, "Código Procesal Civil y Comercial", 4ª ed., t. I, pág.717 y jurisprud. ahí cit.) (v. por todo, esta Sala, voto del dicente en c. 34.389 del 9-2-88).

Congruentemente, también ha sostenido en forma reiterada que aun cuando las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, si el informe comporta la necesidad de una apreciación específica en el campo del saber del perito - conocimiento ajeno al hombre de derecho- para desvirtuarla es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o inadecuado uso que el experto hubiera hecho de sus conocimientos científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado (conf. cc. 21.064 del 15-8-86, 18.219 del 25-2-86, 11.800 del 14-10-85, 32.901 del 18-12-87, 51.447 del 11-8-89, 65.268 del 18-4-90, votos del Dr. Mirás en c.100.386 del 22-11-91 y en c. 142.063 del 10-3-94, etc.).

Por lo demás, esta Sala ha declarado que entre la estimación del dictaminante y la del consultor técnico, sin otro elemento de juicio que autorice a inclinarse por una u otra postura, cabe estar a la del técnico designado de oficio, desechando la del asesor de la parte interesada, dado que por sus funciones aquél no es sospechado, como puede serlo éste, de parcialidad (conf. voto del Dr. Calatayud en c. 69.151 del 4-7-90; votos del Dr. Mirás en cc. 123.903 del 17-3-93 y 201.627 del 22/10/96).

Además, en el sub examine, median otras razones para abundar en la señalada doctrina. Se trata de la reconocida autoridad científica que posee el Cuerpo Médico Forense, que ha

llevado a la jurisprudencia a otorgarle primacía aun sobre las opiniones de los peritos de oficio (conf. esta Sala, cc.99.530 del 7-11-91, 89.040 del 18-3-92, 98.600 del 8-10-92 y 151.169, voto del Dr. Calatayud, del 31-8-94, 268.304.- 16 -6-99, entre otros). Es que, como ha dicho nuestro más Alto Tribunal, aquel organismo integra el Poder Judicial y su informe no es sólo el de un perito, ya que se trata de un asesoramiento técnico de auxiliares de la justicia cuya imparcialidad y corrección están garantidas por normas específicas y por otras similares que amparan la actuación de los funcionarios judiciales (ver "Fallos", 299:265; íd., en L.L. 1978-B-290), por lo que resulta fuera de lugar y desmedida su afirmación de que el dictamen es "parcial", "tendencioso" o "prejuicioso" (c. 344.758 del 17-5-02).

La actora cuestiona en esta instancia el procedimiento de elección de las prótesis de poliuretano -hecha por vía telefónica ante la inexistencia del material originalmente prescripto- pasando por alto que estos implantes eran los adecuados para la intervención quirúrgica reclamada por P. Su crítica es, pues, puramente abstracta porque el resultado obtenido, independientemente del método al que se llegó para elegir las prótesis, se encuentra respaldado por lo dictaminado por el Cuerpo Médico Forense en los términos antes consignados.

Y en cuanto al examen que se pretende acerca de las consideraciones del Dr. G. en la declaración de fs. 262/263 sobre la operación, solo diré que la solución que la actora estima haberse logrado con su intervención no se compadece estrictamente con lo afirmado por el perito médico quien estimó que la reoperación o recambio de prótesis por cápsula fibrosa es un riesgo frecuente y totalmente posible y probable con una adecuada técnica, tal es así que

actualmente la paciente "también presenta una retracción capsular tipo BAKER II" (ver fs. 356, pto. 2º, las negritas y el subrayado son del original). En resumen, el Dr. B. ha acreditado que la elección de las prótesis que colocó en su oportunidad y que la técnica entonces adoptada no merecen el cuestionamiento efectuado en el memorial de agravios y que el encapsulamiento padecido por la actora fue una consecuencia habitual de este tipo de tratamientos de orden estético. En cuanto al tema del consentimiento informado, el mismo Dr. G. afirmó que la complicación indicada en la demanda está descrita en toda la bibliografía nacional e internacional, como resultado indeseado independiente de la buena o adecuada técnica, tal es así, que los consentimientos informados de las Sociedades Argentinas de Cirugía Plástica, Estética y Reparadora y de la Sociedad de Cirugía Plástica de Buenos Aires, taxativamente lo mencionan (ver fs. 355).

La actora suscribió el consentimiento informado agregado a la causa que ha intentado cuestionar en la expresión de agravios señalando que el juez de grado sobrevaloró y menospreció su capacidad de entendimiento minucioso del instrumento oportunamente firmado cuando considera que una persona en la antesala de una cirugía inminente puede comprender -sin el asesoramiento sencillo y detallado del médico que la atendió- y la desmerece en su capacidad de haber podido manifestar, cuanto menos, sus reservas respecto de los resultados disvaliosos si éstos le hubieran sido efectivamente explicados haciendo factible su comprensión.

El consentimiento en cuestión refiere que P. deja plena constancia que se le han explicado pormenorizadamente la naturaleza y los fines de la operación y/o tratamiento clínico, informándosele los beneficios esperados y las complicaciones por causas conocidas o

desconocidas y riesgos que pudieran producirse, así como de las posibles alternativas al tratamiento propuesto. En otro párrafo admite que no se le han dado garantías ni seguridades respecto a los resultados que se esperan de los tratamientos y/u operación. En el instrumento obran las firmas de la actora y del Dr. C. D. B. sin que resulte de ese escrito que la información haya sido dada por otro tipo de personal como se ha sugerido indirectamente a fs.499 de la expresión de agravios.

Queda finalmente el análisis de la restante operación de Dermolipectomía abdominal combinada. Sobre esta operación, el perito médico precisó que se evidencian cicatrices que por sus características propias en cuanto a extensión y ubicación topográfica, no las hacen diferenciar objetivamente de otras tantas efectuadas al mismo efecto y para la misma técnica, con una buena plástica de la pared muscular continente (ver fs. 355, último párrafo). Posteriormente se reitera que no surgen de la documentación analizada y en el examen físico efectuado índices objetivos de apartamiento de una adecuada técnica quirúrgica respecto a esta intervención quirúrgica (ver fs. 356, pto. 1º, in fine).

En este sentido, las quejas se centran en que el dictamen médico no ha tenido en cuenta que una correcta elección del método podría haber evitado las antiestéticas consecuencias que exhibe actualmente el abdomen de la actora, más aún si se tiene en consideración que la incisión elegida está reservada a los supuestos en que hay una enfermedad previa que la condiciona como hernia, eventración y otras.

El problema que enfrenta la actora en este punto es que sus comentarios no resultan respaldados por lo dicho en el dictamen del Cuerpo Médico Forense del cual no se

desprende en modo alguno que el método elegido por el Dr. B. haya sido incorrecto en el caso. Respecto a este procedimiento, el mismo médico forense aclaró al responder a las impugnaciones de la demandante que es totalmente sabido que en las dermolipectomías abdominales con reimplante de ombligo, la cicatriz final que puede quedar y en este caso quedó es de tipo hipertrófica y/o queloide, totalmente independiente de la praxis médica y así está descrito en la bibliografía nacional e internacional" (ver fs. 419, pto.1º, las negritas son del original). Cabe agregar, además, que ni el dictamen ni las aclaraciones hacen referencia a que el tipo de técnica utilizada se emplee exclusivamente para supuestos de enfermedades previas y que esté contraindicada para el supuesto de cirugías estéticas.

Como señalé antes debió haberse acreditado mediante prueba pericial médica que el resultado obtenido por la actora no era el esperable en este tipo de operaciones y en el sub lite está claro que el Cuerpo Médico Forense da respaldo a las consideraciones realizadas en la sentencia en tanto el experto puntualizó que las cicatrices descritas en el dictamen son las que pueden producirse en forma independiente de la praxis médica adoptada.

A mayor abundamiento, cabe advertir en este aspecto que la actora aduce que la operación solo obedecía a motivos de "coquetería" sin que existieran problemas previos en el organismo como los consignados por el perito del Cuerpo Médico Forense que podrían haber autorizado que se admitieran el tipo de cicatrices allí señaladas. Considera de este modo la demandante que no cabe analizar su situación previa de modo análogo a la que se presenta en personas que tienen una enfermedad que hace necesaria una intervención plástica en esa zona.

De acuerdo con lo precedentemente expuesto no existe fundamento de orden pericial que indique que las cicatrices se hayan producido por la supuesta técnica errónea adoptada por el galeno interviniente. Son, más bien, una consecuencia de este tipo de cirugías de manera que la ausencia de culpa del Dr. B. se encuentra acreditada en la causa puesto que las secuelas estéticas que entiende la actora son inaceptables -en resumen, como un resultado contrario al esperado y prometido por el facultativo- se presentan, en realidad, como un resultado posible en este tipo de operaciones.

No dejo de ver, sin embargo, que son cicatrices que según la demandante no deberían haberse producido como consecuencia de una operación de cirugía estética que habría de llevar a una mejora sobre el estado preexistente de la paciente. Reitero que para considerar configurado este defecto habría sido necesaria la producción de prueba pericial al respecto, pero incluso ante la falta de ella resulta improcedente concluir que por la sola visualización de las fotos acompañadas deba admitirse la demanda toda vez que la actora ha incumplido con un recaudo imprescindible en este caso teniendo en cuenta el modo en que se ha propuesto la demanda resarcitoria.

En efecto, la cirugía estética se realizó en este caso por la profunda insatisfacción en que se encontraba P. respecto al estado actual de su abdomen después de haber atravesado el parto de su primer hijo. No es que estuviera enferma -tal es su posición ante esta Alzada-, pero sí que existía algún severo problema en el orden de lo estético en su parte ventral que la llevó a buscar un cirujano estético a pesar de que, como ha señalado reiteradamente, carecía de medios económicos y debió recurrir a ayudas de personas cercanas para acceder al pago de los honorarios reclamados. P., se enfrentaba con un problema de este orden que asegura ha

sido empeorado por la conducta del médico interviniente. Ahora bien, la situación jurídica de la demandante no cambia aunque se haya obviado la necesaria intervención de un perito al efecto porque no ha cumplido con requisitos básicos respecto a la prueba de la falta de resultado de la intervención abdominal.

Y es que se presenta aquí un problema de relevancia porque las fotos acompañadas por la actora con su demanda (ver fs. 102/116) no permiten determinar si la situación actual de P. con las cicatrices descritas en el dictamen es peor de la que enfrentaba antes de la operación. Algunas de las fotos (ver fs. 102, 105, 112 y 116) no muestran la zona afectada, otra (ver fs. 104) está tomada desde lejos y en una época que se desconoce si es anterior o posterior al parto, otra (fs. 115) corresponde al momento en que Piccoli se encuentra en estado avanzado de embarazo y las restantes (ver fs. 103, 106, 107, 108, 110, 111, 113 y 114) muestran el estado del vientre de recurrente aparentemente al momento de la demanda y después de la operación realizada por el Dr. B. El lapso temporal relevante correspondiente al período posterior al parto de su único hijo no se encuentra reflejado en esas fotos con lo cual resulta imposible determinar si el perjuicio estético que dice haber sufrido se configuró realmente en la causa. En este sentido cabe señalar que la propia actora dijo que su cuerpo había quedado con modificaciones que decidió reparar (ver fs. 3 vta.) y son precisamente estas alteraciones las que faltan en las fotos. De esta forma ni siquiera se ha demostrado el resultado que se dice inaceptable en el orden estético puesto que faltan las fotos del abdomen de la demandante justamente en el estado en que se encontraba antes de la operación que la llevó a realizar una operación de cirugía estética.

El caso es que aunque se incluya la hipótesis bajo examen dentro del régimen de las denominadas obligaciones de resultado la actora debió haber probado el incumplimiento de lo prometido; en términos, sencillos le correspondía acreditar el "antes" y no solamente el "después" de la operación puesto que si algo está claro en la descripción de los hechos es que P. no se encontraba en absoluto conforme con las consecuencias que el parto produjo en su región abdominal. La actora presupone que la exhibición de las cicatrices constatadas por el perito médico es muestra suficiente de un resultado inaceptable cuando existen suficientes elementos que surgen del escrito de demanda en cuanto a la profunda insatisfacción autopercebida respecto de su cuerpo que la llevó a iniciar las dos intervenciones realizadas por el Dr. B. Tales deficiencias básicas del planteo promovido por la actora me llevan a descartar también el reclamo efectuado por su disconformidad con las consecuencias que en el orden estético estima que han sido causadas por la intervención del Dr. B.

En resumen, el Dr. B. colocó las prótesis de poliuretano -adecuadas para el caso- según una técnica correcta y realizó la dermolipectomía sin que pueda atribuírsele negligencia alguna al haberse producido las cicatrices habituales en estos casos y de la prueba pericial no surge que el resultado obtenido haya supuesto un empeoramiento de la situación en que se encontraba la actora al momento de decidir la operación de cirugía estética. Las deficiencias de prueba en todos estos puntos impiden llegar a un criterio distinto al adoptado por el juez de grado (conf. art.377 del Código Procesal) y los agravios planteados ante esta instancia resultan insuficientes para refutar las conclusiones adoptadas en la sentencia recurrida.

Por las razones expuestas propongo, en definitiva, que se confirme la sentencia en todo lo que decide con expresa imposición de costas a la demandante vencida (art. 68 del Código Procesal).

Los señores jueces de Cámara Dres. Calatayud y Dupuis, por análogas razones a las expuestas por el Dr. Racimo, votaron en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto.
FERNANDO M. RACIMO. MARIO P. CALATAYUD. JUAN CARLOS G. DUPUIS.

Este Acuerdo obra en las páginas N° a N° del Libro de Acuerdos de la Sala "E" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Buenos Aires, diciembre de 2014.-

Y VISTOS:

En atención a lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de fs. 460/476. Con costas a la actora vencida (art. 68 del Código Procesal). Regulados que sean los honorarios en primera instancia, se fijarán los de esta Alzada. Notifíquese y devuélvase.