

L., E. I. C/ M., D. M. Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS (EXPTE. N° 55.634/2014)

LIBRE N° 55.634/2014

En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 20 días del mes de septiembre del año dos mil veinte, reunidos en acuerdo –en los términos de los arts. 12 y 14 de la Acordada n° 27/2020 de la C.S.J.N.– los señores jueces de la Sala “A” de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: “**L., E. I. C/ M., D. M. Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS (EXPTE. N° 55.634/2014)**”, respecto de la sentencia de fs. 467/477, establecieron la siguiente cuestión a resolver:

¿ES AJUSTADA A DERECHO LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: **RICARDO LI ROSI – SEBASTIÁN PICASSO – CALVO COSTA**

A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL DR. RICARDO LI ROSI DIJO:

I.- La sentencia de fs. 467/477 rechazó la acción entablada por E. I. L. contra “Mabima SRL” e hizo lugar a la pretensión contra los Dres. D. M. M. y S. N. L., condenándolos a abonarle a la actora la suma de pesos trescientos setenta y nueve mil (\$ 379.000) con más los intereses a liquidar a una tasa del 8% desde el día del hecho hasta la fecha dispuesta para el cumplimiento de la condena y desde entonces hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. A su vez, hizo extensiva la condena a “Seguros Médicos S.A.”, en la medida del seguro. Todo ello, con costas a cargo de los vencidos, a excepción de las concernientes al rechazo de la acción contra “Mabima SRL” que fueron fijadas en el orden causado.-

Contra éste pronunciamiento se alzan los agravios de los Dres. D. M. M. y S. N. L., introducidos mediante la pieza electrónica del 20 de julio y a los cuales adhirió “Seguros Médicos S.A.” en su presentación del 27 de julio. La actora contestó el traslado el 20 de agosto.-

Con la presentación efectuada del 19 de agosto, expresó agravios la accionante, los cuales fueron replicados por los médicos demandados el 4 de septiembre.-

II.- Previo a avocarme al tratamiento de los agravios, creo necesario recordar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquéllos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. arg. art. 386, Cód. Procesal y véase Sala F en causa libre N° 172.752 del 25/4/96; CS, en RED 18-780, sum. 29; CNCiv., sala D en RED, 20-B-1040, sum. 74; CNFed. Civil y Com., sala I, ED, 115-677 -LA LEY, 1985-B, 263-; CNCom., sala C en RED, 20-B-1040, sum. 73; SC Buenos Aires en ED, 105-173, entre otras).-

III.- Teniendo en consideración los distintos planteos formulados, razones de orden práctico de las cuestiones a tratar imponen abordar aquellos vinculados con la imputación de responsabilidad ensayada en la instancia de grado, para lo cual creo conveniente realizar un breve resumen de antecedentes.-

No se encuentra controvertido en esta instancia que en el mes de junio de 2012, E. I. L. realizó una consulta médica con los Dres. D. M. y S. L., con la intención de someterse a una cirugía estético embellecedora, luego de haber atravesado cinco embarazos, de los cuales tres fueron perdidos en avanzados meses de gestación. Los profesionales le diagnosticaron ptosis mamaria de grado avanzado y le sugirieron la realización de una mastopexia con inserción de prótesis en ambas mamas de 435 cm³, y una lipoescultura a fin de quitar el tejido graso acumulado en distintas partes del cuerpo.-

La intervención se pactó para el 11 de julio de 2012, en el “Centro Quirúrgico Elcano” (“Mabima SRL”). La técnica utilizada consistió en un abordaje bilateral por región periareolar con semiluna superior, disecándose (abriéndose) bolsillos retropectorales (por detrás del músculo pectoral mayor) e implantándose prótesis. Dado que el acto transcurrió sin complicaciones, la accionante fue dada de alta ese mismo día, con indicación de regresar al día siguiente para extraer los tubos de drenaje. A su vez, se le indicó que a los cuatro días siguientes debía retirarse el vendaje colocado e higienizarse normalmente.-

El 14 de julio, es decir tres días después de la intervención, la accionante se comunicó telefónicamente con la médica demandada y le relató que sintió un “pinchazo”, por lo cual se quitó el vendaje estéril y las vendas elásticas, se higienizó y se colocó apósitos para amamantamiento (ver fs. 164).-

El 9 de noviembre de 2012 se realizó una segunda intervención quirúrgica, cuyo procedimiento consistió en una pexia (es decir, levantar o fijar la mama) periareolar tipo round block (redondeada en block) suturando con nylon 3 “0”, sin cursar complicaciones intraoperatoria, continuando el control por consultorio.-

Luego de esta intervención, la accionante no habría notado las mejorías esperadas, por lo que el 25 de agosto de 2014 inició la presente demanda, sosteniendo que la técnica utilizada en ésta segunda operación se encontraba en desuso a nivel mundial, ya que no sólo no permite un resultado estético satisfactorio sino que también se encuentra sujeta a una mayor tasa de complicaciones. En base a ello, le atribuyó a los accionados la exclusiva responsabilidad del estado estético en que hoy se encuentra.-

En cuanto a esto último, a la fecha del examen médico realizado por el perito designado en autos, la accionante presentaba: *“mama izquierda 2 cm. por debajo de la derecha, pezones hundidos y deformes, ambas areolas semicirculares con cicatriz fibrosa y granulomas (bultos de tejido cicatrizal engrosados no malignos), marca de puntos. Las mamas se hallan dos a tres centímetros por debajo de lo normal y con una notable cicatriz del implante de piel... y rugosidades tipo queuloide antiestéticas que rodean las mamas...”* (cfr. fs. 395 vta.)-

Teniendo presentes estos antecedentes, procederé a dar respuesta a los agravios vinculados a la imputación de responsabilidad. Para ello, creo conveniente recordar que en esta clase de pleitos en que se debaten cuestiones ajenas al ordinario conocimiento de los jueces, la pericia médica adquiere singular trascendencia; de modo que, tanto los hechos comprobados por los expertos, como sus conclusiones, deben ser aceptados por el juez, salvo que se demuestre la falta de opinión fundante o de objetividad, para lo cual quien impugna debe acompañar la prueba del caso, pues ni el puro disenso, ni la opinión meramente subjetiva del impugnante podrían ser razonablemente atendibles para poner en tela de juicio la eficacia del dictamen. Por el contrario, se requiere demostrar fehacientemente que el criterio pericial se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (conf. CNCiv, Sala A, voto del Dr. Jorge Escuti Pizarro publicado en L.L. 1991-A-358; Palacio-Alvarado Velloso, “Código Procesal Civil Y Comercial de la Nación”, Tomo 8, págs. 538/9 y sus citas; Morello-Sosa-Berizonce, “Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación” T. V-B, pág. 455 y sus citas). Esta consideración estriba en una presunción concreta, de que el perito es sincero, veraz y su dictamen con toda

probabilidad acertado. Se lo presume honesto, capaz y experto en la materia a la que pertenece el hecho sobre el cual dictamina. Existen dos motivos para la admisión de la fuerza probatoria: presupuesto de que el perito no cae en el error, y por otro lado, el presupuesto de que no tiene intención de engañar. El dictamen sirve entonces para brindar mayor o menor fe sobre la existencia de las cosas objeto del mismo (conf. Virginia Berlinerblau - Claudia Moscato, “Calidad del Dictamen Médico Legal: Herramientas para su Valoración” en “La Prueba Científica y Los Procesos Judiciales”, págs. 44/45; Academia Judicial Internacional; La Ley; 2006).-

Bajo estas pautas, lo primero que debe tenerse en consideración es que el perito médico, Dr. Guillermo Miguel Juan Caseb, indicó en no menos de 8 oportunidades que los profesionales habían actuado correctamente, sin que exista evidencia alguna de error en la práctica médica, impericia, imprudencia, negligencia o abandono del paciente (cfr. fs. 396, quinto párrafo; 396, sexto párrafo; 397, respuesta 14; 428, punto b; 428, punto d; 428 vta., punto f; 428vta., punto h, 428vta., punto 2.1).-

Destacó con total claridad que *“el proceder fue el correcto”*, y que si bien el resultado final fue antiestético, éste tipo de cirugías no se encuentra exenta de riesgos y complicaciones secundarios indeseables como ser la contractura capsular, engrosamiento con compresión de prótesis, dolor y problemas en las relaciones sexuales con sensibilidad extrema, deformación de la mama con arrugas o posturas antifisiológicas, movimientos o desplazamientos e inclusive rotura de prótesis, además de hematomas, supuración por infección o isquemia (irrigación insuficiente) (ver fs. 396, último párrafo).-

A la par, en oportunidad de contestar el pedido de explicaciones efectuado por la accionante, indicó: *“en cuanto a las secuelas físicas descritas en el dictamen, éstas son compatibles con secuelas indeseables posibles en este tipo de cirugía, más allá de la diligencia de los operadores médicos y auxiliares....”* (cfr. fs. 428, punto b). Agregó también que *“los granulomas no son necesariamente consecuencia de una posible infección, sino también de determinados tipos de cicatrización irregular en cualquier tipo de heridas, sean traumáticas o quirúrgicas...Ergo, los granulomas no tiene por qué haber sido necesariamente producto de la cirugía... (cfr. fs. 428 vta, punto 2.2).-*

También precisó que *“nunca hubo abandono de la paciente, por tanto y cuanto se indicó controles periódicos y además indicaciones que la paciente no siempre cumplió...”* (cfr. fs. 428 vta., punto f). Al así decir, el perito hace referencia a un hecho de suma trascendencia que consta consignado en la historia clínica de la accionante el 14/7 por la Dra. L., de la que surge: *“siendo las 19.30hs., la paciente se comunica telefónicamente y me relata que sentía “pinchazo” (textual)*

y por tal motivo se sacó el vendaje estéril y la venda elástica, se higienizó con pervinox incoloro y se colocó apósito para amamantra... Se le explicó que dicho procedimiento no está indicado y que tenía por escrito las curaciones para el día 15/7... se la cita el 16/7 para control...” (ver fs. 164 vta.)-

Como [medida para mejor proveer](#), este Tribunal requirió explicaciones al experto, donde éste no hizo más que reafirmar lo dictaminado en la pericia originaria. En tal sentido, de la misma se desprende que “*No es posible expedirse por la documentación médica obrante en autos que hubiere existido impericia, imprudencia o negligencia por parte de los galenos actuantes en la susodicha cirugía practicada a la Sra. L. , las secuelas presentes al momento actual pueden ser consecuencia secundaria indeseable de la cirugía dependiente de la idiosincrasia individual y propia de cada sujeto , como se dijo en el dictamen tales complicaciones no son habituales pero tampoco raras*” ([ver explicaciones](#)).-

Con este panorama, el Tribunal determinó como [medida para mejor proveer](#) la designación de un nuevo perito a los fl. que se expida en expida en relación a los puntos de pericia estipulados en la providencia de fecha 18 de noviembre de 2020.-

Resultó desinsaculado el Dr. Guillermo Franze, quien presentó [dictamen pericial](#) evacuando los puntos periciales requeridos. Del mismo se desprende que “*De acuerdo a los elementos obrantes en autos, los profesionales actuantes obraron de acuerdo a las reglas del arte de curar*”. Y Agregó que “*Las complicaciones descriptas pueden producirse a pesar de haberse tomado todas las medidas necesarias para evitarlas*”.-

En igual dirección, al momento de replicar la impugnación a su fundado dictamen, expresó que “*En la contestación del primer punto me refiero a que los profesionales no se apartaron de los protocolos vigentes en el tratamiento de cirugía mamaria que consta tanto en las revistas científicas de la especialidad así como en la bibliografía*” ([ver explicaciones](#)).-

En suma, el Dr. Franze no hizo más que reafirmar las conclusiones a las que oportunamente arribara el Dr. Caseb, siendo ambos dictámenes elementos de convicción que llevan a este juzgador a revocar el decisorio dictado en la instancia de grado.-

Como queda a la vista, estas primeras constancias hasta aquí reseñadas me permiten tener por cierto que el actuar de los Dres. M. y L. no fue equivocado, ni se llevó a cabo de manera imprudente, negligente o con impericia. Asimismo, considero probado que las secuelas antiestéticas, aunque indeseables, son una consecuencia propia de la intervención. Además, encuentro

evidenciado que la accionante no cumplió con las pautas de cuidado fijadas por los profesionales en el marco de la primera operación.-

Por otro lado, debe ponerse de resalto que los puntos en los cuales la accionante apoyó su imputación de responsabilidad respecto de la segunda intervención quirúrgica no fueron avalados por la prueba rendida. Argumentó que fue efectuada a los únicos fines de corregir los errores en los que habían incurrido los profesionales en la primer operación, pero como ha quedado expuesto en los precedentes párrafos no existió el error profesional al que la actora hace referencia. Más aún, al dar respuesta al sexto punto de pericia propuesto por “Seguros Médicos S.A.”, el perito médico afirmó que en la bibliografía especializada está descrito que en algunas situaciones puede ser necesario una cirugía complementaria ante, por ejemplo, asimetrías o alteraciones cutáneas (ver fs. 142 y 397 vta.).-

Tampoco se corroboró que la técnica quirúrgica llevada a cabo por los Dres. M. y L. se encontrara en desuso a nivel mundial. De hecho, resulta elocuente que no se haya ofrecido siquiera un punto de pericia para que el experto se expida sobre el particular. En razón de ello, nada hace suponer que la técnica utilizada haya sido inapropiada.-

En definitiva, la lectura detenida y circunstanciada de la prueba producida no me permite coincidir con la imputación de responsabilidad efectuada en la instancia de grado respecto de los profesionales demandados.-

Al respecto, advierto que el núcleo de la decisión se centra en una deducción falaz realizada a partir de la siguiente premisa del perito médico: *“no es posible dictaminar hasta qué punto hubo mala praxis y hasta cual otro se trata de complicaciones de la cirugía que si bien no son habituales pueden ocurrir...”* (cfr. fs. 396). Desde allí, y apoyándose en la inexistencia de denuncia de complicaciones en los protocolos quirúrgicos de las intervenciones, la anterior sentenciante infirió erróneamente (y por descarte) que los resultados antiestéticos se debían a un error en la práctica médica (cfr. fs. 471 vta./472).--

Como adelanté, considero que esta deducción es incorrecta. El análisis de una experticia médica en un supuesto de responsabilidad profesional no puede efectuarse segmentando afirmaciones periciales cual si fueran compartimentos estancos, sino que el informe debe estudiarse de manera íntegra y concatenada con la restante prueba producida, a efectos de lograr una mayor composición de la realidad técnica que rodea la situación bajo estudio. Valga aquí reiterar, no debe soslayarse que a lo largo de sus presentaciones el experto indicó en no menos de ocho oportunidades que no había evidencia de que los profesionales hubieran obrado de manera imprudente o contraria a las reglas de la medicina,

llegando al punto de afirmar que: *“nada indica en la documentación de autos que hubiere negligencia por parte de los operadores...”* y enfatizando respecto de las secuelas antiestéticas lo siguiente: *“...se insiste no se relacionan con una mala praxis sino con complicaciones indeseables secundarias que se dan en estos casos...”* (cfr. fs. 428, punto d y 428 vta., punto 2.1).-

La decisión de grado se apoyó además en un juego de presunciones a partir del cual se concluyó que si no se consignó en los formularios de los consentimientos informados el nombre de la técnica quirúrgica a practicar, no era posible sostener que los profesionales le hayan indicado debidamente a la accionante los riesgos a los que se enfrentaba con la cirugía (cfr. fs. 473/vta.). Nuevamente, considero que esta conclusión es incorrecta. Si bien es cierto que en los formularios no consta la descripción de la cirugía a realizarse, no debe perderse de vista que este instrumento es un eslabón más de las restantes constancias de la historia clínica, de la que surge con claridad que la accionante había consultado a los demandados para con el fin de someterse a una cirugía embellecedora de mamas, destacándose que al suscribir el consentimiento de alta médica el 11 de julio de 2012, la accionante indicó haber sido informada sobre *“...las secuelas y probables evoluciones de la zona tratada, teniendo presente las condiciones personales en que se encuentra mi organismo al momento de la intervención y posterior al mismo, así como los factores que influirán ajenos a la labor realizada...”* (cfr. fs. 8 de la historia clínica). Entonces, que no conste en el formulario la técnica quirúrgica a realizarse, no importa deducir que la accionante no haya recibido la información clara, concreta y circunstanciada de la intervención a realizar del modo en que mandan los arts. 3 y 5 de la ley 26.529.-

Disiento también con el temperamento adoptado por la anterior sentenciante al valorar que *“lo escueto e incompleto de la historia clínica respecto de los motivos de la segunda intervención, de la información brindada al prestar el consentimiento, conducen también a presumir en contra de los profesionales...”* (cfr. fs. 473 vta.). Más allá de que sea cierto que no surja en la historia clínica los motivos de la segunda intervención, no dejo de advertir que el perito médico clarificó que: *“se programó una segunda intervención en un intento de resolver las secuelas físicas de la primera, empero sólo pudo ser resuelto en parte y siendo inevitable poder lograr un restitutio ad integrum con el objetivo que deseaba la actora...”* (cfr. fs. 428). Retomando aquí lo dicho previamente, también afirmó que se encuentra descrito en la bibliografía especializada que en algunas situaciones puede ser necesario una cirugía complementaria ante, por ejemplo, asimetrías o alteraciones cutáneas (ver fs. 397 vta.).-

Por tanto, que no existan registros que describan el motivo de la segunda intervención no puede, en este caso en concreto, traducirse en un supuesto de responsabilidad profesional.-

En suma, no puede pasarse por alto que las consecuencias por las que aquí se reclama no son producto de un procedimiento médico llevado a cabo sobre la base de una historia clínica con información faltante o errónea. Lo que quiero poner a la vista es que sólo sería posible atribuirles responsabilidad a los médicos tratantes por la incompleta historia clínica, cuando los daños por los que se reclama guardan relación de causalidad con ésta falta de información, situación que no se evidencia en autos.-

Desde otro enfoque, destacaré que la accionante contó con el apoyo técnico de un consultor de parte, pero siquiera logró precisar e identificar en qué punto de las intervenciones habría existido una falencia en la forma de actuar de los profesionales demandados. Sólo indicó, de manera sumamente liviana en oportunidad de contestar el traslado de la prueba pericial médica, que la defectuosa cicatrización de la accionante respondía a una infección producida en el marco de la segunda intervención, pero el perito médico aclaró que la supuración por infecciones es uno de los riesgos secundarios de este tipo de intervenciones, sin que ello responda a un supuesto de mala práctica (cfr. 396).-

A su vez, tampoco se le endilgó responsabilidad a los accionados por su actuar a la hora de realizar los puntos de sutura que habrían cicatrizado erróneamente luego de la primer intervención. Recuérdese que fue la propia actora quien se habría quitado los vendajes antes del tiempo indicado para colocarse un artefacto destinado al amamantamiento.-

En resumen, considero que no se ha acreditado cabalmente que los médicos demandados se hayan apartado de las reglas del arte y la profesión que regulan la materia.-

De allí que, si no queda demostrado el nexo de causalidad entre una denunciada actitud culposa de los médicos y el daño experimentado, no cabe acceder a la pretensión formulada. En efecto, en la prestación médica enderezada a asistir al paciente no se garantiza la recuperación del asistido, sino el adecuado tratamiento. El profesional se obliga a utilizar los medios propios de su ciencia y de su arte, más no puede ofrecer el resultado óptimo de la curación sin secuelas. Se adquiere el compromiso de atender al paciente con prudencia y diligencia (conf. Bueres, Alberto J., “Responsabilidad Civil de los Médicos”, pág. 130; Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, pág. 451; Mazeaud, Henri y Leon y Tunc, André, “Tratado Teórico práctico de la

Responsabilidad Civil Delictual y Contractual”, Tomo 1, Vol. I, pág. 236, N°159-2).

-

En este orden de ideas, la carga de la prueba pesa sobre el acreedor, quien debe acreditar la culpa del deudor, que no puso de su parte los medios razonablemente exigibles para el normal cumplimiento de la obligación principal (conf. Martínez Ruiz, Roberto "Obligaciones de Medio y de Resultado" LL 90-756/760). Es decir, debe el acreedor demostrar la culpa, puesto que el objeto de la obligación se reducía, precisamente, a poner diligencia y el acreedor pretende que no se ha cumplido cabalmente (conf. Alsina Atienza, Dalmiro A. "La Carga de la Prueba en la Responsabilidad del Médico. Obligaciones de Medio y Obligaciones de Resultado" JA, 1958-III, 587/59-9). -

En definitiva, entiendo que la accionante no logró probar con la suficiencia que la acción intentada le impone el factor de atribución pertinente para el progreso de la demanda. A la par, recordaré que en el campo de la cirugía plástica el profesional médico no tiene plenas seguridades de éxito en la aplicación de su ciencia, técnica y arte sobre quien requiere su actuación, ya que no todas las reacciones del organismo son abarcables y controlables por ella. 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, de medios y no de resultados (conf. C.N.Civ., esta Sala, en L. n° 126.551 del 7/12/94, en L. n° 392.365 del 6/7/04 y en “M., A. N. c. V. y otro” del 19/12/2012, Publicado en: RCyS2013-VI, 146; ídem, Sala "I", voto en disidencia del Dr. Ojea Quintana publicado en La Ley, 1991-A, pág. 141).-

Es que cualquier intervención sobre el cuerpo humano presenta riesgos imprevisibles y siempre está presente -aun en las cirugías plásticas- el álea que caracteriza a las obligaciones de medios, por cuanto la más inocente operación, siempre puede aparejar consecuencias inesperadas. Las reacciones del organismo, si bien suelen responder a un patrón de conducta, son pasibles de algún imponderable que torne insegura toda conclusión, por lo cual no puede, entonces, exigirse al cirujano plástico que asegure un resultado. Es cierto que el paciente que se somete a una cirugía estética embellecedora lo hace con el convencimiento que va a quedar mejor, pero no es menos cierto que cualquiera de esas intervenciones implican ciertos riesgos que en general son conocidos y aceptados por los pacientes, aunque de ordinario estos tratamientos terminan bien. Por ello se ha entendido, que estimar que en esa especialidad la obligación asumida por el

facultativo es de resultado, implicaría aceptar que su promesa fue violatoria de la regla del art. 20 de la ley 17.132, que prohíbe anunciar o prometer la curación o la conservación de la salud, como también olvidarse que el paciente no puede soslayar la incidencia de factores imponderables, que impidan el logro del resultado esperado y en cuya dirección el médico únicamente promete poner su empeño y su ciencia (conf. Vázquez Ferreira, R., "Daños y Perjuicios en el Ejercicio de la Medicina", pág. 184; ver asimismo Highton - Wierzba, "La Relación Médico-Paciente: el consentimiento informado", pág. 313 y jurisprudencia citada en pág. 317 y ss.; Fernández Costales J., "Responsabilidad Civil y Médica Hospitalaria", pág. 137; Atazz L., J., "Los Médicos y la Responsabilidad Civil", ed. Montecorvo, Madrid 1985, pág. 114; Llamas Pombo, E., "La Responsabilidad Civil del Médico, aspectos tradicionales y modernos", ed. Trivium, Madrid 1988, pág. 84).-

En síntesis, considero que las deducciones realizadas por la sentenciante de grado y el forzado juego de presunciones efectuado la llevaron a una incorrecta solución del caso. Razón por la cual, si mi voto fuera compartido, debería revocarse la decisión de grado y rechazarse la demanda.-

IV.- De conformidad con lo establecido por el art. 279 del Código Procesal, debe también readecuarse la imposición de costas dispuesta en la anterior instancia, que propongo que sean impuestas en orden causado, toda vez que la accionante pudo creerse a demandar como lo hizo (art. 68, segunda parte del Código Procesal).-

V.- En consecuencia, si mi opinión resulta compartida, debe revocarse el pronunciamiento en crisis y, en consecuencia, rechazarse la demanda entablada. Asimismo, debe revocarse lo decidido en cuanto a las costas e imponerse las de ambas instancias en el orden causado.-

A LA MISMA CUESTION, EL DR. SEBASTIÁN PICASSO DIJO:

I.- Este tribunal ha señalado en reiteradas oportunidades que los médicos, las clínicas o las empresas de medicina prepaga asumen diversas obligaciones para con sus pacientes, entre las cuales cabe computar la obligación principal –consistente en prestar atención médica al paciente de conformidad con las reglas del arte de curar–, la de seguridad –por la cual las clínicas y las entidades de medicina prepaga garantizan que el paciente no será dañado en el marco de la relación de consumo, y más allá del ámbito específico de la obligación principal, art. 5 de la ley 24.240–, y la de información. Esta última, actualmente regulada por los arts. 3 y concs. de la ley 26.529, tiene un objeto propio y específico, consistente en proporcionar al paciente la información sanitaria necesaria para que aquel tome una decisión esclarecida en el sentido de someterse o no a determinada

terapia o tratamiento (esta sala, 15/12/2020, “Krivoruchko, Víctor c/ Albero, Arnoldo s/ daños y perjuicios –resp. prof. médicos y aux”, L. n.º 102843/2012; 22/2/2019, “Dobrzynski Ernesto Gustavo c/ Sanatorio Colegiales y otros s/ Daños y perjuicios”, L. n.º 59318/2004, entre otros).

En este sentido, dice Jaramillo Jaramillo que, junto al “deber céntrico o primario del médico”, consistente en la atención sanitaria encaminada a satisfacer el interés terapéutico del paciente, de conformidad con la *lex artis*, existen deberes secundarios de conducta a cargo del médico, coadyuvantes del compromiso primario asumido por el facultativo, entre los que se encuentra el deber de información (Jaramillo J., Carlos I., *Responsabilidad civil médica*, Pontificia Universidad Javierana, Bogotá, 2010, p. 205 y ss.).

La obligación de informar al paciente es, entonces, claramente distinguible de la obligación principal que asumen los nosocomios y los profesionales de la salud, consistente en prestar cuidados médicos de acuerdo a las reglas del arte. Tan es ello así que bien podría cumplirse una e incumplirse la otra, como sucedería en el caso de un cirujano que opera correctamente a su paciente, pero omite informarle acerca de un riesgo normalmente asociado a esa práctica, que efectivamente sobreviene luego de la intervención. O viceversa, si el cirujano del ejemplo ha informado correctamente al paciente, y obtenido su consentimiento, pero es negligente al practicar la operación y con ello le produce un perjuicio.

Tratándose de obligaciones distintas, también lo serán las consecuencias de su posible violación: en el caso del incumplimiento de la obligación principal, el daño resarcible estará asociado con las consecuencias derivadas de la culpa médica, mientras que en el caso del deber de información el daño estará usualmente referido a la materialización de un riesgo previsible no informado debidamente al paciente. Como lo señala acertadamente Galán Cortés, en este último supuesto la relación de causalidad debe buscarse, de modo figurado, entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado la intervención médica cuyos riesgos han cristalizado, y no de forma directa entre la omisión de la información y el daño materializado tras su práctica (Galán Cortés, Julio C., *Responsabilidad civil médica*, Civitas, Madrid, 2011, p. 662/663). Por eso esta sala ha puntualizado que muchas veces la deficiente información causará al paciente un perjuicio consistente en la pérdida de la chance que tenía el enfermo de haber decidido no someterse a la práctica en cuestión, y así haber escapado a la materialización de los riesgos no informados debidamente (*in re*, "T., A. R. y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ daños y perjuicios – resp. prof. médicos y aux."; ídem, L. 582.467, del 14/5/12, y "A., N. A. c/ Basso, Armando y otro s/ daños y perjuicios", ídem, L. 593.006, del 21/9/2012; ídem, 30/6/2021, Ogas Ana María c/ Syriani Camilo

Jorge y otros s/ Daños y Perjuicios, L. n° 35.490/2013). También podría hablarse, en su caso, de la existencia de un daño moral causado por la imposibilidad del paciente de prepararse debidamente, desde un punto de vista psicológico y afectivo, para la producción de la consecuencia no informada que finalmente advino (Corte de Casación francesa, Segunda Sala Civil, 17/6/2010, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2010-570, con nota de Patrice Jourdain).

Ha señalado esta sala, asimismo, que la carga de la prueba de haber informado correctamente pesa sobre el facultativo (25/9/2012, A., N. A. c/ B., A y otro s/ Daños y Perjuicios, L. n° 593.116, entre otros). En el mismo sentido, ha dicho la Corte de Casación francesa, precisamente en un caso de responsabilidad médica: “*Quien está legalmente o contractualmente ligado por una obligación particular de información debe soportar la prueba del cumplimiento de esa obligación*” (Corte de Casación, primera Sala civil, 25/2/1997, *Défrenois*, 1997-751, con nota de Jean-Luc Aubert; *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1997-434, con nota de Patrice Jourdain; el criterio ha sido luego confirmado por la ley del 4 de marzo de 2002, ya citada, al reformar el art. 1111-2 del Código de Salud Pública). El citado tribunal ha reiterado el criterio en otras situaciones caracterizadas por el carácter profesional de una de las partes, como sucede con los abogados (primera Sala Civil, 29/4/1997, *Juris Classeur Périodique*, 1997-II-22948) y el vendedor profesional (primera Sala Civil, 15/5/2002, *Contrats. Concurrence. Consommation*, octubre de 2002, p. 14). En todos los casos, el fundamento de esta tesitura radica en el principio según el cual la prueba del pago incumbe al deudor, que es aceptado también pacíficamente en nuestro medio (vid. Pizarro, Ramón Daniel – Vallespinos, Carlos G., *Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 166).

En autos, pongo de resalto que la Sra. L. no solo reclamó en su demanda los daños causados por el incumplimiento de la obligación principal, sino que además reclamó –aunque un tanto escuetamente– el resarcimiento de las consecuencias derivadas de la infracción de la obligación de información por parte de los galenos emplazados. Así, fue determinante en señalar: “*no existió ningún tipo de consentimiento informado por mi parte*”, y además añadió que: “*existió una restricción a mi voluntad generada por la omisión en la que incurrieron los demandados en punto a los riesgos a los que eventualmente podía quedar expuesta*” (sic. fs. 44/44 vta. del escrito de demanda).

Así, por otra parte, lo entendió la anterior sentenciante, quien, luego de analizar la documentación que se acompañó en autos, juzgó que la actora “*no fue correctamente anoticiada de los riesgos de que la cirugía tenga efectos estéticos adversos ni que pudiese requerir una doble intervención quirúrgica. De haberlo sabido, dada la finalidad de embellecimiento de la cirugía emprendida, la*

hipótesis más probable es que L. no se hubiese sometido a ella. Ante una cirugía embellecedora, es dable presumir que se le aseguró a la paciente un resultado feliz o ella no se habría operado” (sic, fs. 473).

En ese marco, aunque coincido con mi distinguido colega de sala, el Dr. Li Rosi, en que quedó acreditado que el proceder de los Dres. D. M. M. y S. N. L. fue prudente, diligente, y conforme a las reglas de su profesión, en lo atinente al cumplimiento de su obligación principal, no puedo soslayar que las dolencias que presenta la demandante, aun cuando podrían haber sido consideradas como un riesgo propio de las cirugías estéticas a las que se sometió, no le fueron debidamente informadas en forma previa a la intervención.

En autos no se discute que la demandante consultó a los profesionales emplazados por presentar una *“ptosis mamaria y lipodistrofia abdominal”* (sic), y que, como consecuencia de esto, fue sometida a una cirugía estética de implantes mamarios con pexia mamaria y lipoaspiración abdominal, así como que fue intervenida en dos oportunidades (vid. la pericia médica del 19/5/2021).

No resulta de la historia clínica de fs. 1/16 –y en particular, de los documentos de fs. 2 y 10 (consentimientos médicos)– que la actora haya sido debidamente informada respecto de los riesgos que entrañaban las intervenciones estéticas a la cuales fue sometida.

Al respecto, señalo que el art. 5 de la ley 26.529 establece expresamente que la información que debe brindarse al paciente debe consistir, entre otras cosas, en *“los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles”* (inc. “d”), *“la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto”* (inc. “e”), y *“las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados”* (inc. “f”). Lo propio dispone ahora el art. 59 del Código Civil y Comercial.

Es evidente que, con estas precisiones, la ley pretende que la información sea puntual, detallada, y ajustadas a las características de cada caso en concreto. Por ese motivo, se ha sostenido: *“es una práctica lamentablemente extendida en nuestro país la presentación de formularios escritos que contienen la información del tratamiento —muchas veces en un lenguaje técnico, poco aprehensible para un profano— no suministrada en forma personal por el médico, y presentados para su firma por algún auxiliar no profesional (...) términos manifiestamente genéricos (“he sido informado de los riesgos” o “he sido informado de las consecuencias de la no realización de la práctica”, o similares) carecen de la idoneidad para tener por cumplido el deber de información”* (Tobías, José W., “El consentimiento informado y sus límites”, LL 2019-F, 1012).

En ese mismo sentido, se ha dicho que formularios como los adjuntados en autos no contienen los requisitos indispensables para dar prueba del consentimiento informado de la paciente, y resultan ser más una pretendida declaración de cláusulas de exclusión de responsabilidad del profesional que llevará a cabo el acto médico que un instrumento que refleje a ciencia cierta que el paciente ha sido debidamente informado sobre los riesgos y beneficios esperados de aquel (Calvo Costa, Carlos A., *Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 340).

Sobre el punto, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación: *“No puede, entonces, hablarse de consentimiento válido, cuando el mismo consistió en la firma de un formulario impreso, puesto como condición por el sanatorio para practicarle al paciente una intervención quirúrgica...”* (CSJN, 11/10/95, “Zarrillo, Osvaldo P. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, *LexisNexis*, nros. 0003/012435, 0003/012441 y 0003/012438).

En síntesis, para que el consentimiento se encuentre efectivamente acreditado, debe probarse que el paciente ha podido preguntar y que sus preguntas fueron contestadas por el profesional, y que, dada la operación en particular, el paciente conocía los riesgos que aquella llevaba ínsitos para su salud (Calvo Costa, op. cit., p. 341).

Los documentos que en copia obran a fs. 2 y 10 constituyen una típica ilustración de las falencias ya apuntadas, pues están redactados en términos genéricos y no cumplen con las previsiones legales a las que ya he hecho mención. Se lee allí: *“en el lugar de la incisión podrá quedar cicatriz, no obstante, se tomarán los recaudos para ésta sea lo menos evidente posible (...) las complicaciones que se desprendan por la intervención efectuada son similares a cualquier otro tipo de operación con fines correctivos (estéticos) o curativos, acorde al diagnóstico, pudiendo pasar por inflamación, decoloración de piel, hematomas, tejido cicatrizal anormal, infecciones, etc, aún habiendo tomados los recaudos de bioseguridad de acuerdo a las normas vigentes”* (sic). Se trata, como puede apreciarse, de afirmaciones genericas, ideadas para todo tipo de cirugías estéticas y reparadoras, que no se refieren específicamente a la cirugía que se iba a realizar a la actora (cirugía estética de implantes mamarios con pexia mamaria y lipoaspiración abdominal), ni contienen una mención particularizada de los riesgos que entrañaba aquella (una mama quedó más abajo que la otra, los pezones, hundidos y deformes, ambas areolas semicirculares con cicatriz fibrosa y granulomas, marca de puntos, notable cicatriz del implante de piel, rugosidades tipo queloides antiestéticas que rodean las mamas). Tampoco se informó en qué porcentaje de los casos podrían

acaecer esos resultados desfavorables. Mucho menos existe una mención de la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto, o de las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados, según lo establecido en el art. 5 de la ley 26.529 y el art. 59 del Código Civil y Comercial.

Esta conclusión se corrobora, además, con la lectura del dictamen que el perito médico Caseb elaboró en la instancia de origen –sobre el cual gira la defensa de los emplazados–, pues el galeno fue contundente en señalar que este tipo de operaciones presenta riesgos secundarios indeseables, tales como: “*contractura capsular y engrosamiento con compresión de las prótesis, dolor que puede ser desde simples molestias hasta dolores severos y ergo problemas en las relaciones sexuales con sensibilidad extrema al tacto, deformación de la mama con arrugas o posturas antifisiológicas, movimientos o desplazamientos y aún rotura de la prótesis mamaria en especial por traumatismos o en la misma relación sexual, además de hematomas, supuración por infecciones o isquemia (irrigación insuficiente) e incluso enfermedad sistémica por rotura del material protésico*” (sic. fs. 396). Sin embargo, ninguno de estos peligros fue puesto en conocimiento de la demandante por los médicos emplazados.

No es ocioso destacar que, precisamente porque la cirugía estética embellecedora tiene por única finalidad el mejoramiento estético del paciente, el deber de información adquiere en estos casos una particular entidad, aun mayor que en otra clase de intervenciones. Con esto en modo alguno sostengo la tesis –rechazada en múltiples ocasiones por esta sala– según la cual *la obligación principal* de los médicos sería, en este caso, de resultado (esta sala, 21/9/2010, “M., S. M. c/ M. E. R. y otro”, RCyS 2010-XII, 172; idem, 19/12/2012, “M., A. N. c/ V. y otro”, RCyS 2013-VI, 146; idem, 5/6/2014, “Karmeniani, Yolla c/ Patane, Jorge y otros s/ daños y perjuicios”, expte. n.º 101351/2007; idem, 2/9/2021, Tortosa, Sonia c/ Álvarez, Aldo Daniel s/ daños y perjuicios, L. n.º 27209/2013), sino que pongo de resalto que la *obligación de información* que también nace del contrato médico –y que es independiente y autónoma de la anteriormente mencionada- debe ser cumplida cabal y puntiliosamente, pues el paciente solo busca, en estos casos, una mejoría en su apariencia, y por lo tanto, la posible existencia de complicaciones importantes puede ser determinante en la adopción de su decisión de realizar o no el procedimiento.

Así las cosas, corresponde concluir que, ante la falta de obtención del consentimiento informado del paciente, los riesgos de la práctica en cuestión no pueden haber sido asumidos por él, sino que, en todo caso, corren por cuenta del médico, que será responsable en caso de que aquellos se concreten (CNFed. Civ. y Com., Sala II, 8/9/2005, “Sambiare de Craviotto c/ Hospital Británico de Bs.

As.”, RCyS, abril de 2006, p. 111).

En consecuencia, estimo que ha existido un incumplimiento de la obligación de información que pesaba sobre D. M. M. y S. N. L.. En cambio, nada puedo decir acerca de la codemandada Mabina S.R.L., pues el rechazo de la demanda a su respecto fue consentido por todos los apelantes.

II.- Resta considerar si ese incumplimiento se encuentra causalmente conectado con el daño cuya reparación reclamó la actora.

Se ha señalado que el incumplimiento del deber de información en materia médica puede ser sancionado mediante dos técnicas de indemnización: la reparación total del daño sufrido por el paciente, o bien la de una pérdida de chance (de la posibilidad de haber rehusado el tratamiento, y con ello, evitado el perjuicio consistente en la materialización del riesgo) (Welsh, Sylvie, *Responsabilité du médecin*, Litec, París, 2003, p. 94 y ss.).

En efecto, existirán situaciones en las que pueda concluirse que la falta de información del paciente ha sido la causa de la totalidad del “daño final” sufrido por él. Así ocurriría, v. g., si no se ha informado al paciente que debía dejar de ingerir determinada medicación dos días antes de su intervención, y como consecuencia de ello sobreviene un daño (Calvo Costa, op. cit., p. 374). No obstante, en otras ocasiones, la falta de información puede no estar causalmente conectada con el “daño final” sufrido por el paciente, sino con un perjuicio distinto: la chance de haber rehusado el tratamiento, y con ello, evitado la concreción del riesgo que aquél implicaba (Calvo Costa, op. y loc. cit.). En ese sentido, la Corte de Casación francesa ha decidido que el médico que incumple su obligación de información “*priva al interesado de una oportunidad de escapar, por una decisión tal vez más juiciosa, al riesgo que finalmente se ha realizado, pérdida que constituye un perjuicio distinto de las lesiones corporales resultantes*” de la intervención médica (Corte de Casación, Primera Sala Civil, 7/2/1990, *Bulletin Civil I*, n° 39; ídem, 6/12/2007, *Dalloz*, 2008.jur.192, con nota de Pierre Sargos). También nuestra jurisprudencia ha señalado: “*Cabe responsabilizar a los médicos demandados por los daños provenientes de la intervención quirúrgica practicada a un paciente, pues la ignorancia y el desconocimiento de este último acerca de todos aquellos peligros derivados de la práctica le privaron de la oportunidad de analizar en profundidad el paso que estaba por dar y al mismo tiempo de buscar asesoramiento para el abordaje de otras variantes*” (esta cámara, Sala B, 20/9/2005, “N., N. M. c/ R. A. y otro”, RCyS, marzo de 2006, p. 132; esta sala in re: 25/9/2012, A., N. A. c/ B., A y otro s/ Daños y Perjuicios, L. n° 593.116).

Sin embargo, siempre será preciso probar que la falta de información ha hecho perder al paciente, cuanto menos, una chance de rehusar el

tratamiento, lo que no ocurre cuando, pese a la falta de información sobre los riesgos del tratamiento, la información completa no habría ofrecido al enfermo los argumentos de una opción distinta de aquella seguida por el médico (le Tourneau, Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, París, 2008, p. 574). Por eso la Corte de Casación francesa ha aprobado que una cámara de apelaciones, luego de haber concluido que, aún informado del riesgo que entrañaba la práctica, el paciente no habría rehusado a someterse a ella, haya rechazado la demanda por falta de daño resarcible (Corte de Casación, Primera Sala Civil, 20/6/2000, *Bulletin Civil I*, n° 193). En nuestro medio, se ha decidido al respecto: “*El paciente no puede invocar la falta de información sobre la existencia de técnicas alternativas para invalidar el consentimiento que prestó a determinado tratamiento médico, si aquéllas resultaban inferiores a la escogida por el facultativo, pues era dable esperar un daño mayor que aquel por el cual se reclama*” (esta cámara, Sala H, 18/10/2002, “P., D. c/ Prestaciones Médico Asistenciales y otros”, LL, 2003-D-1001).

En el caso, disiento con la juez de primera instancia, quien presumió que, de haber sido advertida de los riesgos que entrañaba la cirugía, la paciente no se habría sometido a ella. No hay ninguna prueba que permita llegar a una conclusión tan categórica, aunque sí puede concluirse razonablemente que, si hubiese sido debidamente informada de esas complicaciones, la actora habría tenido la chance de negarse a realizar la práctica en cuestión, y que la ausencia de información le ha hecho perder esa posibilidad. Vienen a colación aquí las siguientes conclusiones del perito Franze: “*en un estudio se encontró que el 60% de los pacientes se sentía insatisfecho con los resultados cosméticos de las cicatrices luego de los procedimientos dermatológicos y de cirugía plástica y hasta el 90% deseaba mejorar su aspecto*” (sic, contestación a la medida para mejor proveer, de fecha 19/5/2021).

Así las cosas, y a falta de otros elementos de juicio que permitan indicar cifras más ajustadas, considero que el porcentaje de chances de que la Sra. L., debidamente informada de los riesgos que las prácticas entrañaban, pudiera haber decidido no someterse a las operaciones, debe fijarse, en la especie, en un 50%.

No se me escapa que la actora no pidió el resarcimiento de la pérdida de una chance, sino de los daños que le irrogó el resultado final. Sin embargo, contrariamente a lo que ha decidido sobre el punto la jurisprudencia francesa (Corte de Casación, Primera Sala Civil, 7/2/1990, *Dalloz*, 1991.somm.183, con nota de Jean Penneau), esta sala ha sostenido que condenar a resarcir la pérdida de chance en lugar de ese perjuicio no vulnera el principio de congruencia. La actora ha afirmado la existencia de responsabilidad de los demandados, se ha referido específicamente al incumplimiento de la obligación de información que pesaba sobre ellos, y ha

solicitado que se le indemnice el perjuicio derivado de su actuación en los hechos que dieron origen a las lesiones que padece. Así las cosas, considero que nada obsta a que los magistrados, en ejercicio de su facultad de decir el derecho –que incluye la de calificar debidamente las pretensiones que las partes hayan denominado de manera errónea– puedan, en casos como el *sub lite*, ordenar resarcir la pérdida de una chance cuando se encuentre acreditada (esta sala, *in re* "T., A. R. y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios", 14/5/2012, L. 597; *idem*, 25/9/2012, A., N. A. c/ B., A y otro s/ Daños y Perjuicios, L. n° 593.116; *idem*, 18/5/2021, F., M. G. y otros c/ Clínica Privada Monte Grande SA s/ interrupción de prescripción, L. n° 53219/2008; *idem*, 9/6/2021, H. T., E. y otro c/ Fundación de la Hemofilia y otros s/ Daños y Perjuicios –resp. prof. médicos y aux., L. n° 106873/2006).

Por lo demás, la jurisprudencia nacional se orienta decididamente en esta dirección. Así, se ha dicho: *“Si bien la pérdida de una chance –del francés: ocasión o posibilidad– como tal, no se encuentra estrictamente solicitada en autos, es la idea que cabe aplicar en el caso (...). Ello, ante la facultad para la aplicación de las normas le es otorgada al sentenciante por aplicación del principio contenido en el aforismo iura novit curia: el conflicto debe ser resuelto según correspondiere por ley (art. 163, inc. 6° CPCCN)(...) En ese orden de ideas, la amplitud de poderes de los magistrados, permite seleccionar de entre varias soluciones posibles, la que se estima más adecuada a la realidad juzgada; todo juez tiene el deber de conocer el derecho que ha de aplicar para la solución del conflicto, con base en los hechos expuestos como litigiosos; y con prescindencia de la denominación o encuadramiento jurídico dado por los litigantes en sus pretensiones”* (CNCom, Sala A, 27/12/2007, “Epet S.A. c. Banco de Crédito Argentino”, LLOnline). En el mismo sentido: *“La fijación de una reparación en concepto de ‘pérdida de ganancia’ pese a haber el actor solicitado otra reparación –en el caso, lucro cesante-, no afecta el principio de congruencia, pues a los jueces incumbe la determinación del derecho aún prescindiendo de las articulaciones jurídicas hechas por las partes”* (CNCiv. Com. Fed., Sala II, 26/10/2002, “Hawk Air S.A. c/ Estado Nacional”). Concordemente, ha dicho el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: *“No resulta lesiva al principio de congruencia la sentencia que por aplicación del principio ‘iura novit curia’ proyecta una alteración del nomen juris, en tanto no afecta los términos de la litis, por cuanto modifica la indemnización del rubro lucro cesante pretendida por el actor, por la reparación de la pérdida de chance económica”* (TSCórdoba, Sala Civil y Comercial, 16/9/2004, “Poratti, Ana M. c/ Gianre, Héctor L. y otra s/ rec. de casación”, LLC 2005-170).

En consecuencia, encontrándose comprobado que el incumplimiento de la obligación de información hizo perder a la actora una chance

(la posibilidad de no someterse a la intervención quirúrgica y, en consecuencia, de que no se produjeran los menoscabos que sufre), soy de la opinión —y así lo propongo— de que corresponde confirmar, por los fundamentos aquí expuestos, la condena contra los Dres. D. M. M. y S. N. L., y su aseguradora Seguros Médicos S.A. (arts. 511, 519 y cctes. del Código Civil y art. 118 de la ley 17.418).

III.- Establecido que existió frustración de una chance, y que ella guarda relación de causalidad con el incumplimiento, resta establecer el monto que los condenados deberán pagar a la actora en concepto de indemnización.

Mientras que, cuando se frustra la obtención de una ganancia, la valuación de la pérdida de chance partirá del monto de ese beneficio pretendido, al perderse —como en el caso— la oportunidad de evitar un perjuicio futuro, su cuantificación estará determinada por el valor del resultado final que efectivamente se produjo. Respecto de dicho valor se determinará el resarcimiento correspondiente por la frustración de la chance (Chabas, Francois, “La pérdida de chance en el derecho francés”, JA 1994-IV-928). Deberá aplicarse un procedimiento consistente en, primeramente, valuar el resultado final y, luego, establecer cuál era el porcentaje de probabilidades de evitar dicho menoscabo. En segundo término, deberá aplicarse el porcentual de chances con las que contaba el sujeto al valor del “resultado final” (Sáenz, Luis R. J., “Algunas consideraciones acerca de la pérdida de chance como daño resarcible”, *Revista crítica de derecho privado*, Carlos Álvarez, Montevideo, 2008, n° 5, p. 603 y ss.).

Esa operación deberá practicarse respecto de cada uno de los rubros reclamados por la actora en concepto de “daño final”, pues si bien, como queda dicho, la pérdida de chance es un daño autónomo, su valuación debe hacerse partiendo del monto del resultado final, respecto del cual se calculan las chances (esta sala, *in re* “T., A. R. y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios”, 14/5/2012, L. 597.791, ídem 25/9/2012, A., N. A. c/ B., A y otro s/ Daños y Perjuicios, L. n° 593.116). En ese sentido, ha dicho la Corte de Casación francesa: “*la culpa del médico ha hecho perder al paciente la chance de escapar de una lesión a su integridad física, el daño que resulta para éste está en función de la gravedad de su estado real y de todas las consecuencias que resultan de él; (...) su reparación no se limita al daño moral, sino que corresponde a una fracción de los diferentes rubros de daños que ha sufrido*” (Corte de Casación, Primera Sala Civil, 29/6/1999, *Dalloz*, 1999, con nota de Zhouvenin. Vid. asimismo esta cámara, Sala B, 5/6/2009, “De Innocentis, Norma c/ Unidad Coronaria Móvil Quilmes S.A.”, RCyS, diciembre de 2009, p. 134, con nota de Roberto A. Meneghini; ídem, 12/9/2011, “S. v. de N. y otros c/ OSDIC y otros”; esta cámara, Sala M, 25/6/2021, “M., C. V. c. OSDE s. daños y perjuicios”, expediente n° 92917/2015).

Ese es el método que debe adoptarse en el presente caso para determinar la indemnización correspondiente, lo que me llevará a analizar la valuación que correspondería para cada uno de los rubros reclamados por la demandante en concepto de “daño final”, para afectarlos luego al porcentaje de chances que he establecido (50%).

A) Valuación del resultado final

1) *Incapacidad sobreviniente*

La anterior sentenciante rechazó otorgar una suma en concepto de “incapacidad física”, y concedió a la actora, por el ítem “daño psicológico”, la suma de \$ 200.000. La demandante se agravia de aquel rechazo, y considera escaso el monto que se fijó por incapacidad psicológica. Los emplazados estiman excesiva la suma establecida en la sentencia, y solicitan su reducción.

Ante todo señalo que, desde un punto de vista genérico, la incapacidad puede definirse como *“la inhabilidad o impedimento, o bien, la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales”* (Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, t. 2a, p. 343). Ahora bien, es evidente que esa disminución puede, como todo el resto de los daños considerados desde el punto de vista “naturalístico” (esto es, desde el punto de vista del bien sobre el que recae la lesión; vid. Bueres, Alberto J., “El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1992-1-237 y ss.), tener repercusiones tanto en la esfera patrimonial como en la extrapatrimonial de la víctima. Este último aspecto no puede, a mi juicio, subsumirse en la incapacidad sobreviniente, sino que se identifica, en todo caso, con el daño moral. No coincido, entonces, con quienes engloban en el tratamiento de este rubro tanto a las consecuencias patrimoniales de la incapacidad como otras facetas relacionadas con lo espiritual (la imposibilidad de realizar ciertas actividades no lucrativas que llevaba adelante la víctima, tales como deportes y otras atinentes al esparcimiento y la vida de relación), pues tal tesitura implica, en puridad, generar un doble resarcimiento por el mismo perjuicio, que sería valorado, primero, para fijar la indemnización por incapacidad sobreviniente, y luego para hacer lo propio con el daño moral.

De modo que el análisis a efectuar en el presente acápite se circunscribirá a las consecuencias patrimoniales de la incapacidad sobreviniente, partiendo de la premisa –sostenida por la enorme mayoría de la doctrina nacional, lo que me exime de mayores citas– según la cual la integridad física no tiene valor económico en sí misma, sino en función de lo que la persona produce o puede producir. Se trata, en última instancia, de un lucro cesante actual o futuro, derivado

de las lesiones sufridas por la víctima (Pizarro, Ramón D. – Vallespinos, Carlos G., *Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, t. 4, p. 305).

Lo hasta aquí dicho en modo alguno se contrapone con la doctrina que sigue actualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a cuyo tenor “*cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural, y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida*” (CSJN, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”; ídem, *Fallos*, 308:1109; 312:752 y 2412; 315:2834; 327:3753; 329:2688 y 334:376, entre otros). En efecto, entiendo que el eje de la argumentación del alto tribunal estriba en los siguientes parámetros: a) por imperio constitucional, la reparación debe ser integral; b) eso quiere decir que deben resarcirse todas las consecuencias de la incapacidad, y no únicamente las patrimoniales, y c) a los efectos de evaluar la indemnización del daño patrimonial es insuficiente tener en cuenta únicamente los ingresos de la víctima, pues la lesión de su integridad física afecta también sus posibilidades de realizar otras actividades que, aunque no resulten remuneradas, son económicamente mensurables. Es en este último sentido, a mi juicio, que debe interpretarse la referencia de la corte a que la integridad física “tiene en sí misma valor indemnizable”, pues la otra alternativa (esto es, afirmar que debe asignarse a la integridad física un valor en sí, independientemente de lo que produzca o pueda producir) conduciría al sinsentido de patrimonializar un derecho personalísimo, y asignar artificialmente (¿sobre la base de qué parámetros?) un valor económico al cuerpo de la persona.

Por otra parte, el criterio que se propone en este voto respeta el principio de reparación integral de todas las consecuencias de la incapacidad sobreviniente, aunque distingue adecuadamente según que ellas se proyecten en la esfera patrimonial o en la espiritualidad de la víctima. Respecto del primer punto, y como se verá enseguida, no tomaré en cuenta exclusivamente el monto de los salarios que el damnificado eventualmente percibiera, sino que evaluaré también la incidencia de la incapacidad en la realización de otras actividades no remuneradas, pero patrimonialmente mensurables, así como sus eventuales posibilidades de mejorar su situación laboral o patrimonial por medio de su trabajo.

No otra cosa dispone ahora, expresamente, el art. 1746 del Código Civil y Comercial, específicamente aplicable a estos casos.

Establecidos de ese modo la naturaleza y los límites del rubro en estudio, corresponde hacer una breve referencia al método a utilizar para su valuación.

Al respecto, el texto del ya mencionado art. 1746 del Código Civil y Comercial –en cuya redacción participé personalmente, en tanto miembro del grupo de trabajo que asesoró a la Comisión de Reformas en materia de responsabilidad civil– es terminante en tanto dispone que los jueces deben aplicar fórmulas matemáticas para evaluar el lucro cesante derivado de una incapacidad sobreviniente. Es que no existe otra forma de calcular “*un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades*” (art. 1746, recién citado). Por lo demás, esa es la interpretación ampliamente mayoritaria en la doctrina que se ha ocupado de estudiar la citada norma (L. Herrera, Edgardo, comentario al art. 1746 en Rivera, Julio C. (dir.) – Medina, Graciela (dir.) - Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV, p. 1088/1089; Picasso Sebastián – Sáenz Luis R. J., comentario al art. 1746 en Herrera, Marisa – Caramelo, Gustavo – Picasso, Sebastián (dirs.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. IV, 9. 461; Carestia, Federico S., comentario al art. 1746 en Bueres, Alberto J. (dir.) – Picasso, Sebastián – Gebhardt, M. (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. 3F, p. 511; Zavala de González, Matilde – González Zavala, Rodolfo, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Alveroni, Córdoba, 2018, t. III, p. 335; Picasso, Sebastián – Sáenz, Luis R- J., *Tratado de Derecho de Daños*, La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 440 y ss.; Pizarro, Ramón D. – Vallespinos Carlos G., *Tratado de responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, p. 761; Ossola, Federico A., en Rivera, Julio C. – Medina, Graciela (dirs.), *Responsabilidad Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016. p. 243; Azar, Aldo M. – Ossola, Federico, en Sánchez Herrero, Andrés (dir.) - Sánchez Herrero Pedro (coord.), *Tratado de derecho civil y comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2018, t. III, p. 560; Acciarri, Hugo A., “Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código”, LL, 15/7/2015, p. 1; ídem, “Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad”, JA 2017-IV, LL online: AR/DOC/4178/2017; Galdós, Jorge M, “Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746 CCCN)”, RCyS, diciembre 2016, portada; Sagarna, Fernando A., “Las fórmulas matemáticas del art. 1746 del Código Civil y Comercial”, RCyS 2017-XI , 5; Carestia, Federico, “La incorporación de

fórmulas matemáticas para la cuantificación del daño en caso de lesiones a la integridad psicofísica. Un paso necesario”, elDial.com - DC2B5B).

El hecho de que el mecanismo legal para evaluar la incapacidad sobreviniente consiste ahora en la aplicación de fórmulas matemáticas es reconocido incluso por autores que, en un primer momento, habían sostenido que no era forzoso recurrir a esa clase de cálculos. Tal es el caso de Galdós, quien –en lo que constituye una rectificación de la opinión que expuso al comentar el art. 1746 en Lorenzetti, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII, p. 527/528, citado por mi colega– afirma actualmente: “*el art. 1746 Código Civil y Comercial ha traído una innovación sustancial pues prescribe que corresponde aplicar fórmulas matemáticas tendientes a calcular el valor presente de una renta futura no perpetua. A fl. de cuantificar el daño patrimonial por incapacidad psicofísica (lo que también es aplicable al daño por muerte del art 1745 CCCN) las referidas fórmulas se erigen como un parámetro orientativo que no puede ser omitido por la judicatura a la hora de cuantificar los daños personales por lesiones o incapacidad física o psíquica o por muerte (...). Por consiguiente, conforme lo prescribe el art. 1746 CCCN, resulta ineludible identificar la fórmula empleada y las variables consideradas para su aplicación, pues ello constituye el mecanismo que permite al justiciable y a las instancias judiciales superiores verificar la existencia de una decisión jurisdiccional sustancialmente válida en los términos de la exigencia consagrada en los arts. 3 y 1746, Código Civil y Comercial (arts. 1, 2, 3, 7 y concs. Código Civil y Comercial)*” (Galdós, Jorge M., su voto como juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, *in re* “Espil, María I. y otro c/ APILAR S. A. y otro s/ Daños y perjuicios”, causa n.º 2-60647-2015, de fecha 17/11/2016).

En conclusión, por imperativo legal, el lucro cesante derivado de la incapacidad sobreviniente debe calcularse mediante criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (y/o de la valuación de las tareas no remuneradas, pero económicamente mensurables, que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita al damnificado obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado. Así se tiene en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir, y, por el otro, que el

capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio (Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, cit., t. 2a, p. 521).

Sentado que ese es ahora el criterio legal, señalo que si bien los fallos y los autores emplean distintas denominaciones (fórmulas “Vuoto”, “Marshall”, etc.), se trata en realidad, en casi todos los casos, de la misma fórmula, que es la conocida y usual ecuación para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua (Acciarri, Hugo – Irigoyen Testa, Matías, “La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muertes”, LL, 9/2/2011, p. 2).

Emplearé entonces la siguiente expresión de la fórmula:

$$C = A \cdot \frac{(1+i)^a - 1}{i \cdot (1+i)^a}$$

Donde “C” es el capital a determinar, “A”, la ganancia afectada, para cada período, “i”, la tasa de interés a devengarse durante el período de extracción considerado, decimalizada (emplearé una tasa del 6%), y “a”, el número de períodos restantes hasta el límite de la edad productiva o la expectativa de vida presunta de la víctima.

Corresponde ahora aplicar estas directrices al caso de autos.

El perito médico Guillermo Caseb, en su dictamen de fs. 395/398 vta., otorgó a la actora, por el resultado antiestético (cicatrices), un 10 % de incapacidad física.

En la faz psicológica, la perito psicóloga Donnari concluyó: “*la Sra. E. I. L. presenta al momento del examen pericial un Trastorno por Estrés Postraumático de grado Leve que la incapacita en forma parcial y permanente en el 8 % del Valor Obrero Total y Total de Vida* (sic, fs. 343/347 vta.). Esta conclusión fue consentida por los litigantes.

La actora cuestionó el informe médico a fs. 412/417, en una presentación que fue acompañada por el dictamen de un consultor técnico. A fs. 419 hicieron lo propio los galenos demandados. Estas objeciones fueron contestadas por el Dr. Caseb a fs. 428. En esas condiciones, corresponde recordar que, si bien el dictamen pericial carece de valor vinculante para el órgano judicial, el apartamiento de las conclusiones establecidas en aquel debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos que objetivamente demuestren que la opinión de los expertos se encuentra reñida con principios lógicos o máximas de la experiencia, o que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción del juzgador acerca de la verdad de los hechos

controvertidos.

Debo destacar, además, que el estudio técnico realizado por un perito oficial o designado de oficio goza de una presunción de imparcialidad. De allí, entonces, que frente a dos dictámenes dispares sobre el punto en examen corresponda inclinarse, en principio, por el producido por el experto designado de oficio. Es que, si bien el consultor técnico es también un especialista, se diferencia del perito, en sentido estricto, en la circunstancia de que, mientras este reviste el carácter de un auxiliar del juez o tribunal y, por lo tanto, adquiere su condición procesal a raíz del nombramiento judicial y de la subsiguiente aceptación del cargo, el consultor técnico es un verdadero defensor de la parte, quien lo designa para que la asesore en los ámbitos de la técnica ajenos al específico saber jurídico. Por ello, aquel constituye una figura estrictamente análoga a la del abogado, y opera en el proceso a la manera de este último, por lo cual debe comprendérselo en el amplio concepto del defensor consultor (Palacio, Lino E., *Estudio de la reforma procesal civil y comercial. Ley 22.434*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 159, apart. “d”; esta sala, “Gutiérrez, Daniel Walter c/ Lucchesi, Ángel Orlando y otros”, expte. 29.913/2009, /4/2021, entre otros).

En ese marco, la solidez de las consideraciones expresadas por el experto designado en autos, y de las explicaciones técnicas en las que se fundan, me llevan a inclinarme por aceptar sus conclusiones (art. 477 del Código Procesal).

Ahora bien, no habré de tener en cuenta las referidas cicatrices para ponderar el presente rubro, pues, de acuerdo a la actividad laboral que realizaba la víctima (vendedora), no encuentro que ellas puedan tener una incidencia en su esfera patrimonial, sin perjuicio de que sus repercusiones espirituales serán valoradas al momento de fijar el monto del daño moral.

De las constancias de autos se infiere, asimismo, que la actora continuó trabajando luego del accidente, como vendedora de ropa femenina (vid. fs. 395).

Ahora bien, no obsta a la reparación de este perjuicio el hecho de que la damnificado continúe ejerciendo una actividad remunerada, porque, incluso en este supuesto, la minoración de las aptitudes de la víctima para realizar tareas económicamente mensurables influyen sobre las posibilidades que ella tendría para reinsertarse en el mercado laboral en el caso que tuviera que abandonar las tareas que venía desempeñando (CSJN, *Fallos* 316:1949); a lo que se añade que también debe repararse la “incapacidad vital”, es decir, la que se relaciona con el desarrollo de tareas de la vida cotidiana que tienen significación económica, más allá de toda

actividad remunerada. De hecho, así lo dispone expresamente el art. 1746 del Código Civil y Comercial.

Sin embargo, estimo que una cosa es que la reparación no deba descartarse por esa sola circunstancia, y otra muy distinta, que el hecho de que la damnificada siga prestando tareas sea tenido en cuenta a efectos de calibrar la incapacidad específica. En ese sentido, coincido con la disidencia del juez Rosenkrantz en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 10/8/2017 *in re* “Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART S.A. y otros s/ accidente - inc. y cas.” (La Ley Online AR/JUR/50672/2017), en tanto afirmó que es legítimo “*reducir la indemnización a la actora en razón de que continúa percibiendo sus remuneraciones sin merma alguna*” (en el mismo sentido vid. Pizarro, Ramón D., “El derecho a la reparación integral desde la perspectiva constitucional”, LL 23/08/2017, 6).

Por ese motivo, no consideraré para efectuar el cálculo la totalidad del salario que la demandante gana en la actualidad.

En este último sentido, resalto que la actora no acreditó sus ingresos actuales. Luego, corresponde justipreciar sus estipendios mensuales acudiendo a la facultad que otorga a los magistrados el art. 165 del Código Procesal. Sin embargo, si bien puede acudir a la precitada facultad judicial, el importe en cuestión debe fijarse con parquedad, para evitar que pueda redundar en un enriquecimiento indebido de la víctima (esta sala, 10/11/2011, “P., G. A. c/ A., J. L. y otros s/ Daños y perjuicios”, LL 2011-F, 568; ídem, 25/11/2011, “E., G. O. c/ Trenes de Buenos Aires S. A. y otro s/ Daños y Perjuicios”, LL 2012-A, 80 y RCyS 2012-II, 156).

En este orden de ideas, y teniendo particularmente en cuenta la ya citada circunstancia de que, luego del accidente, L. continuó desempeñando una tarea remunerada, partiré para efectuar el cálculo de una suma mensual actual de \$ 14.580, que corresponde a la mitad del salario mínimo vital y móvil al día de la fecha, y que estimo proporcionalmente suficiente para reflejar la merma en las posibilidades de la demandante de conseguir eventualmente un nuevo empleo –o de obtener ascensos o mejoras en el que desempeña–, así como la incidencia de la incapacidad en sus tareas cotidianas no remuneradas.

En definitiva, para determinar el *quantum* indemnizatorio de este rubro, consideraré los siguientes datos: 1) que el hecho acaeció cuando la actora tenía 38 años de edad, por lo que le restaban 37 años de vida productiva –considerando como edad máxima la de 75 años–; 2) que la suma a considerar al día de la fecha es la de \$ 14.580, como ya lo mencioné con anterioridad; 3) una tasa de descuento del 6 % anual, equivalente a la ganancia pura que se podría obtener de una inversión a largo plazo, y 4) que la incapacidad estimada en este caso es de 8 %.

Por lo que los guarismos correspondientes a la fórmula antes mencionada quedarían establecidos del siguiente modo: $A = 15.163; (1 + i)^a - 1 = 7,636087; i \cdot (1 + i)^a = 0,518165$.

En función de lo expuesto, teniendo en cuenta asimismo las posibilidades de progreso económico de la actora, y el hecho de que la indemnización debe computar también la pérdida de la capacidad de la víctima para efectuar otras actividades no remuneradas, pero mensurables económicamente, juzgo que el importe de este ítem –considerado como “resultado final”- debe fijarse en la suma de \$ 250.000, lo que así mociono (art. 165 Código Procesal).

No se me escapa que la actora solicitó por este rubro un importe menor, pero lo sujetó a “*lo que en más o menos surja de las probanzas a rendirse en autos*” (sic. fs. 49 vta.). Además, tengo en consideración que, por tratarse de una deuda de valor, es procedente que el juez liquide el monto de este perjuicio evaluando su cuantía al momento de la sentencia.

2) Gastos de tratamiento psicoterapéutico

La Sra. juez de la instancia de origen fijó, a favor de la actora, la suma de \$ 29.000 por el presente ítem. Dicho importe es cuestionado por la demandante, quien solicita su elevación, y por los emplazados, que lo encuentran excesivo.

Corresponde apuntar que la perito psicóloga ya referida, en su dictamen, indicó la necesidad de que la Sra. L. realice un tratamiento psicoterapéutico por el lapso de un año, con una frecuencia semanal (vid. fs. 347).

Así las cosas, en atención al lapso estimado por la experta para la realización del tratamiento psicológico aconsejado para la demandante, teniendo en cuenta que –según es notorio– el valor de las sesiones en la actualidad son bastantes más elevados que el indicado en la pericia (tomo la suma actual de \$ 1.200), pero también que es preciso efectuar una quita sobre el capital a fin de establecer el valor actual de esa renta futura, mociono fijar por este ítem –considerado como “resultado final”- la suma de \$ 40.000 (art. 165 del Código Procesal).

3) Daño moral

Constato que la sentenciante, al cuantificar este daño, se apartó del criterio expresamente establecido por la ley (en este caso, el art. 1741 del Código Civil y Comercial), pues omitió indicar puntualmente cuál es la satisfacción que consideró idónea para compensar este perjuicio.

Sentado lo anterior, tengo presente que la juez concedió a favor de la actora la suma de \$ 150.000. Contra este ítem se alzan los emplazados, quienes solicitan su disminución, y la demandante, que lo estima reducido.

Dispone el art. 1741 *in fine* del Código Civil y Comercial: “El monto de la indemnización **debe** fijarse ponderando las satisfacciones substitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”. Resalto deliberadamente el término “debe”, que señala muy claramente que no se trata de una simple opción para el magistrado, sino que existe un mandato legal expreso que lo obliga a evaluar el perjuicio moral mediante el método establecido por la ley (vid. Picasso-Sáenz, *Tratado...*, cit., t. I, p. 481; Márquez, José F., “El daño moral contractual: interpretación, facultades de los jueces y prueba”, RCyS 2020-VII, 63).

Se trata de la consagración legislativa de la conocida doctrina de los “placeres compensatorios”, según la cual, cuando se solicita la indemnización del daño moral, lo que se pretende no es hacer ingresar en el patrimonio del damnificado una cantidad equivalente al valor del daño sufrido sino de procurar al lesionado otros goces que substituyen o compensan lo perdido. La suma de dinero entregada como indemnización debe ser suficiente para lograr esos goces (Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Ediar, Buenos Aires, 1971, t. V, p. 226; Iribarne, Héctor P., “La cuantificación del daño moral”, *Revista de Derecho de Daños*, n.º 6, p. 235).

De este modo, el Código Civil y Comercial adopta el criterio que ya había hecho suyo la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dijo, en efecto, ese alto tribunal: “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. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida” (CSJN, 12/4/2011, “Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós).

En otras palabras, el daño moral puede “medirse” en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (Galdós, Jorge M.,

“Breve apostilla sobre el daño moral (como “precio del consuelo”) y la Corte Nacional”, RCyS, noviembre de 2011, p. 259).

En ese derrotero, a la luz de las pautas esbozadas en las líneas precedentes, deben ponderarse las circunstancias del hecho, la existencia de lesiones estéticas y psíquicas permanentes, y los padecimientos y angustias que pudo sufrir la demandante, más sus condiciones personales (al momento del hecho tenía 38 años).

Ahora bien, al mes de agosto de 2014, L. pidió por este rubro la suma de \$ 90.000; y, en principio, nadie mejor que la víctima puede cifrar esta clase de perjuicios, en atención a su carácter subjetivo y personal. Por ese motivo, aun cuando el reclamo se haya sujetado –como en el caso– a lo que en definitiva resultare de la prueba a producirse en autos, no corresponde conceder más de lo solicitado si las producidas en el expediente no arrojan elementos adicionales a los que pudieron haber tenido en cuenta los actores al demandar respecto de este punto (esta sala, 22/8/2012, “R., Flavio Eduardo c/ Bayer S. A. y otros s. Daños y perjuicios”, L n° 584.026; ídem, 18/2/2013, “S., Sebastián Nicolás c/ Transportes Metropolitanos General Roca S. A. y otros s/ Daños y perjuicios”, L. n° 534.862). Sin perjuicio de ello, tengo en consideración también que por tratarse de una deuda de valor es procedente que el juez fije el importe del perjuicio extrapatrimonial evaluando su cuantía al momento de la sentencia, aunque –por los motivos atinentes al carácter subjetivo del rubro, que ya he señalado– debe procurar mantener una razonable proporción con lo solicitado al momento de interponerse la demanda.

Así las cosas, por aplicación del criterio legal, considero que el importe que concedió la Sra. juez de primera es insuficiente para otorgar a la demandante satisfacciones realmente compensatorias del perjuicio que sufrió. Por consiguiente, mociono fijar este ítem –considerado en tanto “resultado final”- a la suma de \$ 285.000, que corresponde aproximadamente al valor de un viaje a una provincia del norte argentino por 20 días (art. 165 del Código Procesal). No se me escapa que la suma en cuestión es insuficiente a efectos de procurar a la actora satisfacciones que compensen los disgustos que padeció, pero resulta proporcional – en los términos recién expuestos– al pedido de \$ 90.000 realizado en la demanda en el año 2014.

B) Indemnización

Atento a lo expuesto en el punto “A” de este considerando respecto del valor del “resultado final”, y afectándolo al porcentaje de chances ya establecido (50 %), estimo procedente reconocer a la actora una indemnización por el monto total de doscientos ochenta y siete mil quinientos pesos (\$ 287.500.-) en concepto de pérdida de chance, lo que así propongo.

IV.- La sentenciante de grado fijó, en concepto de intereses, una tasa pura del 8 % anual, desde el día del hecho hasta que venza el plazo para el cumplimiento, y desde entonces y hasta el efectivo pago, la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Los emplazados solicitan que los intereses corran desde la notificación de la demanda, mientras que la actora pide la aplicación de la tasa activa desde el momento del hecho, y hasta el efectivo pago.

Con relación al momento desde el cual deben computarse los intereses, aclaro que no coincido con el criterio de quienes –siguiendo la opinión tradicional– consideran que, en los casos de responsabilidad contractual, ellos se deben recién desde el momento de la interpelación al deudor.

Ante todo, nadie discute que tanto el incumplimiento obligacional como el acto ilícito extracontractual dan lugar al nacimiento de una nueva obligación –en los términos del art. 499 del Código Civil–, consistente en reparar los daños causados a la víctima (Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 66; vid. asimismo mi *Tratado de Derecho de Daños*, cit., t. I, p. 151). Dado que la de reparar es una obligación, su régimen se encuentra, en todos los casos –y ya sea que la responsabilidad tenga fuente contractual o no– en los arts. 495 y ss. del Código Civil, y en particular, en los arts. 616 y ss. (obligaciones de dar sumas de dinero).

Esta simple constatación echa por tierra cualquier intento de establecer una diferencia, en lo que al curso de los intereses se refiere, entre los que acceden a la obligación de reparar que resulta del incumplimiento de una obligación previa y los que acompañan a la responsabilidad derivada de la comisión de un delito o cuasidelito. Es cierto que la violación del deber general de no dañar – que funda la responsabilidad aquiliana– no precisa la previa constitución en mora del deudor, como sí puede llegar a requerirlo, en algunos casos excepcionales, la configuración de la responsabilidad derivada del retardo en el cumplimiento de una obligación. Pero una vez causado el daño –cualquiera sea su fuente–, nace en cabeza del responsable una obligación dineraria, consistente en resarcir ese perjuicio, que es claramente distinta del deber preexistente vulnerado, y cuyo régimen, según acabo de explicarlo, no puede ser otro que el establecido en los arts. 616 y ss. del Cód. Civil, sea la responsabilidad contractual o delictual.

Luego, si –según es universalmente admitido, y lo ha dicho expresamente la jurisprudencia plenaria de esta cámara– en la responsabilidad extracontractual el curso de los intereses se inicia en el momento en que se sufre cada daño, la misma solución debe ser adoptada en materia de responsabilidad contractual,

porque tanto en uno como otro supuesto el responsable está vinculado por una obligación de dar sumas de dinero sujeta a idéntico régimen. Y si, por el contrario, se postulara que en la responsabilidad contractual se debe interpelar porque la obligación de reparar es pura y simple, a similar conclusión debería llegarse también en el terreno aquiliano, donde tampoco cabe duda de que el hecho ilícito ha dado lugar a idéntica clase de obligación. Lo que a mi juicio no es de recibo, empero, es crear por vía pretoriana, y sin base legal ninguna, un régimen de constitución en mora distinto para la deuda de intereses de origen contractual y la extracontractual, so pena de vulneración del principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Por lo demás, tal distinción se revela sumamente problemática en atención a las sutilezas que en el derecho contemporáneo determinan muchas veces la calificación de un caso específico como relevando de la responsabilidad contractual o de la delictual. Así, la responsabilidad del cirujano que celebró un contrato con su paciente es contractual, pero si ese facultativo debe operar al mismo enfermo en un estado tal que le impide prestar su consentimiento (v.g., en estado de inconsciencia), su deber de responder tendrá fuente aquiliana. ¿Puede seriamente afirmarse que, si en ese trance media mala praxis del galeno, los intereses se deberán en un caso desde el traslado de la demanda, y en el otro desde el momento del daño? Otro ejemplo: quien intentando subir a un colectivo es arrollado antes de haber podido ascender al vehículo es una víctima extracontractual, pero si inmediatamente antes ha logrado al menos pisar el primer escalón de acceso a la unidad, y luego resbala y cae, el contrato de transporte se ha perfeccionado, y la responsabilidad es contractual. ¿De esas minucias dependerá que los intereses se computen a partir de momentos tan disímiles?

Adicionalmente, si en esos y otros casos existieran también víctimas indirectas –cuya pretensión se enmarcará, por definición, en la esfera aquiliana– la aplicación del criterio que impugno llevaría a la paradójica situación de que, mientras para el damnificado directo (el acreedor contractual) los intereses correrían desde la notificación de la mediación, para los otros damnificados –que únicamente sufren daños “de rebote”– lo harían desde el momento en que se causó efectivamente cada perjuicio.

El mismo razonamiento puede aplicarse a la situación inversa, en la que existan varios responsables frente a una sola víctima, pero cuyo deber de reparar tenga diversa naturaleza. Es lo que sucedería, en el ejemplo que recién he planteado, si el pasajero transportado que ha sufrido un accidente demandara al mismo tiempo al chofer del colectivo (responsable en los términos del art. 1109 del Cód. Civil) y a la empresa de transporte (que respondería ex art. 184 del Código de Comercio). ¿Se dirá que, pese a que los demandados responden concurrentemente, los

intereses son debidos por el chofer desde el día del accidente, mientras que la empresa transportista únicamente los adeuda desde el momento de la notificación de la audiencia de mediación?

Por otra parte, la consagración de semejante diferencia entre los damnificados contractuales y los extracontractuales, sin apoyo en ningún texto legal que la refleje, es claramente violatoria del principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional), porque lleva a establecer distinciones arbitrarias en la cuantía del resarcimiento que corresponde a las víctimas –que, naturalmente, también está integrado por los intereses– por el simple hecho –muchas veces contingente, como se acaba de ver– de que la responsabilidad respectiva sea calificada como contractual o aquiliana. Y pierde de vista que, en virtud del principio de reparación integral, que tiene rango constitucional (art. 19, Constitución Nacional; CSJN, 17/03/1998, “Peón, Juan D. y otra c. Centro Médico del Sud S.A.”, LA LEY, 1998-D, 596; ídem, 21/09/2004, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, ED, 25/10/2004, p. 5, entre muchos otros), el dañado tiene derecho a una indemnización que compense íntegramente los perjuicios que sufrió, lo que no sucede si, pese a haberse causado el nocimiento en un determinado momento, se posterga el inicio del curso de los intereses para una oportunidad ulterior (sobre la relación entre el principio de reparación integral y el curso de los intereses, vid. Wayar, Ernesto C., *Tratado de la mora*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 630 y ss.).

Señalo también que la aplicación de la solución que impugno debería llevar a fijar los intereses desde el día de la notificación de la audiencia de mediación para una importante serie de supuestos, que incluyen muchas veces daños corporales que no se diferencian de los que pueden sufrirse a raíz de un hecho ilícito extracontractual (daños causados a espectadores durante espectáculos públicos, al pasajero transportado, responsabilidad del abogado frente a su cliente, etc.). Pero de hecho, la jurisprudencia de esta sala no registra esa distinción, en general, en los casos que he mencionado (vid., entre otros, L. 608.717, “D’A., R. V. c. Asociación Civil Club Atlético Boca Juniors y otros s/ Daños. y Perjuicios”, del 20/12/2012; L. 595.422, R., J. F. c. Trenes de Buenos Aires y otro s/ Daños y Perjuicios”, del 27/12/2012; L. 561.835, “D., M. c. L., H. y otros s/ Daños y Perjuicios”, del 29/11/2011; L. 590.706, “T., R. F. c. Swiss Medical S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, del 15/11/2012; L. 582.467, “T., A. R. y otro c. Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y aux.”, del 11/05/2012, entre otros).

En definitiva, tanto los hechos ilícitos como el incumplimiento de obligaciones dan origen a una obligación de dar sumas de dinero, por lo que resulta imposible hacer una distinción en punto al curso de los intereses en

uno y otro supuesto, por falta de base legal que así lo autorice. Por el contrario, el régimen de esas obligaciones es uno solo, aplicable en todos los casos (según ya lo he dicho, arts. 616 y ss., Cód. Civil). Por consiguiente, tanto en materia contractual como extracontractual la reparación se debe desde que se sufre cada perjuicio, y es desde ese mismo momento que corren los intereses (Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, cit., t. 4, p. 563).

Finalmente, señalo una vez más que el hecho de que la obligación de dar sumas de dinero que resulta del incumplimiento dañoso de una obligación tenga el carácter de pura y simple no permite concluir que es necesario interpelar, sino que, por el contrario, es precisamente por esa calidad que no se requiere interpelación alguna para constituir en mora al deudor.

En efecto, el art. 509 del Cód. Civil, que se refiere al régimen de la constitución en mora, resulta aplicable, según lo dice expresamente su texto, a “las obligaciones a plazo”. Ahora bien, es claro que la obligación de reparar –ya tenga su origen en un hecho ilícito o en la inejecución de una obligación– no está sujeta a plazo alguno, sino que es exigible desde el momento mismo en que se causa cada perjuicio. Siendo ello así, es evidente que no resulta posible requerir una interpelación, pues ese instituto está previsto por la ley únicamente para ciertos supuestos excepcionales de obligaciones a plazo (como el plazo tácito; arg. art. 509, ya citado) y no puede extenderse a situaciones en donde el cumplimiento de la obligación no se halla diferido a ningún momento futuro.

En ese sentido, señalan Pizarro y Vallespinos que en el derecho positivo actual rige, aunque con mucha imperfección técnica, el principio de la mora automática, y que las razones que llevan a su vigencia cuando la obligación tiene un plazo determinado no difieren sustancialmente de las que pueden justificar su aplicación, como regla, en las obligaciones puras y simples, esto es, la adecuada protección de los intereses del acreedor y, fundamentalmente, la conexión entre el retardo del deudor y el factor tiempo, sin necesidad de requerimiento alguno. Por ello, cabe concluir que, salvo los supuestos en que la ley requiera expresamente una interpelación, o cuando la aplicación de este criterio configure un abuso del derecho, la configuración del incumplimiento de las obligaciones puras y simples se produce instantáneamente, sin necesidad de requerimiento alguno del acreedor (Pizarro, Ramón D. - Vallesponos, Carlos G., *Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 545/546.).

Y no hay mejor prueba de que esa debe ser la regla en las obligaciones puras y simples que lo que –según se acepta hoy indiscutidamente– sucede en los delitos y los cuasidelitos, pues también en esa materia la obligación de reparar tiene el carácter de pura y simple (no podría ser de otra manera, en atención a

la ya señalada unidad de naturaleza de esa obligación y la que resulta de la responsabilidad contractual), y sin embargo nadie sostiene la necesidad de interpelar previamente al deudor para constituirlo en mora (Pizarro-Vallespinos, op. cit., t. 2, p. 549). De hecho, uno de los fundamentos que sustentaron el criterio sentado por la mayoría de esta cámara en el fallo plenario in re “Gómez, Esteban c. Empresa Nac. de Transportes”, del 16/12/1958, consistió en afirmar que la obligación de reparar surgida de un delito o cuasidelito tiene el carácter de pura y simple, y por ello mismo no se requiere una previa interpelación para constituir en mora al deudor (vid. el considerando 1, punto 16, del voto del Dr. Gondra, al que adhirió la mayoría del tribunal).

Solo resta añadir que la solución que propicio es la adoptada hoy en día por el Código Civil y Comercial, cuyo texto, como lo ha señalado reiteradamente esta sala, vale también como doctrina interpretativa de la legislación derogada. En efecto, su art. 1748 establece: *"El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio"*. Esta disposición resulta aplicable tanto a la órbita extracontractual como a aquella derivada del incumplimiento de obligaciones, en tanto el nuevo cuerpo legal ha consagrado –con algunos matices– la unificación de ambas esferas (art. 1716). Como puede observarse, esto ha dado por tierra la interpretación que sostenía que la "constitución en mora" en la obligación de reparar se producía de manera diversa en la responsabilidad contractual y en la aquiliana (véase mi trabajo “La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Esp. Nuevo Cód. Civil y Comercial, Buenos Aires, LL 2014, 151; ídem, comentario al artículo 1716 en Lorenzetti, Ricardo [dir.], *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, T. VIII, p. 350; ídem, *Tratado de Derecho de Daños*, cit., t. I, p. 198 y ss.; Pizarro, Ramón Daniel, “Los intereses en la responsabilidad extracontractual”, Sup. Esp. Intereses, Buenos Aires, LL 2004, p. 75; Márquez, José F. - Viramonte, Carlos I., “El inicio del cómputo de los intereses en la responsabilidad contractual”, RCyS 2014-X, 71; Sáenz, Luis R. J., en Calvo Costa, Carlos A. - Sáenz, Luis R. J. Sáenz, *Incidencias del Cód. Civil y Comercial. Obligaciones. Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 120).

En cuanto a la tasa de interés que corresponde aplicar, señalo que la cuestión ha sido resuelta por esta cámara en el fallo plenario dictado en los autos “Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S. A. s/ daños y perjuicios”, del 20/4/2009, que estableció, en su parte pertinente: “2) *Es conveniente establecer la tasa de interés moratorio.* 3) *Corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.* 4) *La tasa de interés fijada debe computarse desde el inicio*

de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido”.

Corresponde entonces analizar si en el *sub lite* se configura la excepción mencionada en la doctrina plenaria, consistente en que la aplicación de la tasa activa “*en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido*”.

En ese derrotero, la primera observación que se impone es que, por tratarse de una excepción, su interpretación debe efectuarse con criterio restrictivo. En consecuencia, la prueba de que se configuran las aludidas circunstancias debe ser proporcionada por el deudor, sin que baste a ese respecto con alegaciones generales y meras especulaciones. Será necesario que el obligado acredite de qué modo, en el caso concreto, la aplicación de la tasa activa desde el momento del hecho implica una importante alteración del significado económico del capital de condena y se traduce en un enriquecimiento indebido del acreedor. En palabras de Pizarro: “*La alegación y carga de la prueba de las circunstancias del referido enriquecimiento indebido pesan sobre el deudor que las alegue*” (Pizarro, Ramón D., “Un fallo plenario sensato y realista”, en *La nueva tasa de interés judicial, suplemento especial*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 55).

Así las cosas, no creo posible afirmar que la sola fijación en la sentencia de los importes indemnizatorios a valores actuales basta para tener por configurada esa situación. Ello por cuanto, en primer lugar, y tal como lo ha señalado un ilustre colega en esta cámara, el Dr. Zannoni, la prohibición de toda indexación por la ley 23.928 –mantenida actualmente por el art. 4 de la ley 25.561– impide considerar que el capital de condena sea susceptible de esos mecanismos de corrección monetaria. En palabras del mencionado colega: “*La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales –como suele decirse–, a los fl. de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se actualicen los montos reclamados en la demanda o se apliquen índices de depreciación monetaria*”, pues tales mecanismos de actualización están prohibidos por las leyes antes citadas (Zannoni, Eduardo A., su voto in re “Medina, Jorge y otro c/ Terneiro Néstor Fabián y otros”, esta cámara, Sala F, 27/10/2009, LL Online, entre otros).

Pero más allá de ello lo cierto es que, aun si se considerara que la fijación de ciertos montos a valores actuales importa una indexación del crédito,

no puede afirmarse que la tasa activa supere holgadamente la inflación que registra la economía nacional, de forma tal de configurar un verdadero enriquecimiento del acreedor. La fijación de tasas menores, en las actuales circunstancias del mercado, puede favorecer al deudor incumplidor, quien nuevamente se encontrará tentado de especular con la duración de los procesos judiciales, en la esperanza de terminar pagando, a la postre, una reparación menguada –a valores reales– respecto de la que habría abonado si lo hubiera hecho inmediatamente luego de la producción del daño.

Por las razones expuestas, no encuentro que se configure, en la especie, una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido de la actora, razón por la cual considero que debería modificarse la sentencia en crisis y aplicarse la tasa activa desde el día del hecho y hasta el efectivo pago.

La solución que propongo (es decir, la aplicación de la tasa activa establecida en la jurisprudencia plenaria) no se ve alterada por lo dispuesto actualmente por el art. 768, inc. “c”, del Código Civil y Comercial de la Nación, a cuyo tenor, en ausencia de acuerdo de partes o de leyes especiales, la tasa del interés moratorio se determina “*según las reglamentaciones del Banco Central*”. Es que, como se ha señalado, el Banco Central fija diferentes tasas, tanto activas como pasivas, razón por la cual quedará como tarea de los jueces, en ausencia de pacto o de la ley, la aplicación de la tasa de interés que corresponda (Compagnucci de Caso, Rubén H., comentario al art. 768 en Rivera, Julio C. – Medina, Graciela (dirs.) – Espert, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 97). Asimismo, y en referencia a la tasa activa fijada por el plenario “Samudio”, se ha decidido: “*con relación a los intereses devengados a partir de la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación y hasta el efectivo pago, al ser una consecuencia no agotada de la relación jurídica que diera origen a esta demanda, la tasa que resulte aplicable para liquidarlos por imperio del art. 768 del citado ordenamiento, nunca podrá ser inferior a la que aquí se dispone, pues ante la falta de pago en tiempo de la indemnización y dadas las actuales circunstancias económicas, iría en desmedro del principio de la reparación plena del daño que se ha causado*” (esta cámara, Sala B, 9/11/2015, “Cisterna, Mónica Cristina c/ Lara, Raúl Alberto s/ Daños y perjuicios”, LL Online, AR/JUR/61311/2015).

Adicionalmente apunto que –como se ha dicho con acierto–, más allá de que el plenario recién citado se haya originado en la interpretación de una disposición legal hoy derogada (art. 622 del Código Civil), lo cierto es que los argumentos recién expuestos permiten trasladar las conclusiones de aquella exégesis a la que corresponde asignar a las normas actuales, máxime si se

repara en que las tasas del Banco Nación deben suponerse acordes a la reglamentación del Banco Central (esta cámara, Sala I, 3/11/2015, “M., G. L. y otro c. A., C. y otros s/ daños y perjuicios”, RCyS 2016-III, 124).

Por todo lo que llevo dicho, mociono modificar la sentencia y establecer que los intereses se calcularán a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde el día del hecho y hasta el efectivo pago.

Esta conclusión implica que el tratamiento de las quejas expuestas por la apelante en el punto “D” de su escrito de expresión de agravios, bajo el título “*Desvalorización Monetaria – Valores Actuales*”, deviene abstracto.

VI.- En atención a la solución que propongo, juzgo que las costas de primera instancia –respecto de la demanda contra los galenos demandados– y las de alzada deberían ser soportadas por los emplazados, quienes –de seguirse mi criterio– resultarían sustancialmente vencidos (art. 68 del CPCCN).

VII. En síntesis, y para el caso de que mi voto fuere compartido, propongo al acuerdo admitir parcialmente el recurso de la demandante y rechazar el de los emplazados y, por consiguiente: 1) modificar la sentencia recurrida en el siguiente sentido: a) reconocer a la actora una indemnización por el monto total de doscientos ochenta y siete mil quinientos (\$ 287.500.-) en concepto de pérdida de chance, y b) disponer que los intereses se calcularán desde el día del hecho, y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina; 2) confirmar –por los fundamentos expuestos en el presente voto– la sentencia de grado en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios, y 3) imponer las costas de alzada a los emplazados apelantes que resultan vencidos.

A LA MISMA CUESTION, EL DR. CALVO COSTA DIJO:

I.- Resulta menester destacar que en la relación médico-paciente los profesionales de la medicina están obligados al cumplimiento de un doble deber: el de actuar conforme a los dictados de la *lex artis* médica, y el de cumplir con el deber de información.

Por ende, la conducta profesional de los médicos demandados debe analizarse en el caso de autos atendiendo a dos aspectos: a) si la atención médica brindada a la actora se ha llevado a cabo de acuerdo a las reglas del arte de la medicina y, b) si dichos profesionales han cumplido debidamente con el deber de información al cual estaban obligados (en este mismo sentido: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 05/10/2010, “Triunfo Coop. de Seguros Ltda en: V., L. v. C., R. y otros” RCyS 2011-IV, 121, cita online:

AR/JUR/87218/2010).

Ello así toda vez que coincido con lo expresado en su voto por mi distinguido colega de sala Dr. Picasso en cuanto ha puesto de relevancia que la Sra. L. no solo reclamó en su demanda los daños causados por el incumplimiento de la obligación principal, sino que además peticionó –aunque un tanto escuetamente– el resarcimiento de las consecuencias derivadas de la infracción de la obligación de información por parte de los galenos emplazados, al expresar sobre todo a fs. 44 de su escrito de demanda que *“existió una restricción a mi voluntad generada por la omisión en la que incurrieron los demandados en punto a los riesgos a los que eventualmente podía quedar expuesta”*.

II –Con respecto a la atención médica que ha recibido la actora Sra. E. I. L. por parte de los médicos cirujanos plásticos Dres. D. M. M. y S. N. L., anticipando mi parecer, expreso que no encuentro motivo alguno para apartarme de las conclusiones emanadas de los informes periciales médicos obrantes en estas actuaciones (Dr. Guillermo Caseb y Dr. Guillermo Franze), puesto que se encuentran científicamente fundados, más allá de las discrepancias que sus afirmaciones en los respectivos dictámenes han expresado algunas de las partes intervinientes en este proceso.

Es de destacar que surge de autos -y ello no ha sido motivo de controversia alguna- que la actora padecía ptosis mamaria de grado avanzado, razón por la cual decidió someterse a una cirugía estética embellecedora, por consejo de los médicos cirujanos Dres. D. M. y S. L., quienes le recomendaron la realización de una mastopexia con inserción de prótesis en ambas mamas, y una lipoescultura a fin de quitar el tejido graso acumulado en distintas partes del cuerpo. El acto quirúrgico se llevó a cabo el día 11 de julio de 2012, y ante algunas consecuencias no esperadas, se decidió realizar una nueva cirugía el día 9 de noviembre de 2012 consistente en una pexia periareolar tipo round block (redondeada en block) suturando con nylon 3 “0”. Este segundo acto no presentó complicación alguna, más allá de la disconformidad de la accionante con la falta de consecución de las mejorías que esperaba obtener luego de esta nueva intervención quirúrgica.

Más allá de que se trataba de una cirugía plástica estética, estimo que en el presente caso -como seguidamente explicaré- no hay motivo alguno para encuadrar la conducta de los médicos cirujanos demandados en otro ámbito distinto al de la responsabilidad subjetiva. Y en virtud de ello, enmarcándose la obligación del médico frente al paciente en la categoría de *obligación de medios*, solamente ante la prueba de su culpa nacerá el deber de responder en el profesional. No soslayo, sin embargo, que dentro de la

responsabilidad médica existe también un ámbito muy concreto y restringido, que corresponde a las *obligaciones de resultado*, por cuya razón la responsabilidad médica —en esas situaciones— no está fundada en la culpa: se trata de actos médicos con porcentajes de aleatoriedad muy bajos que generan obligaciones de resultado en el profesional que los lleva a cabo (v. gr., , estudios anatomopatológicos, clínicos, radiodiagnósticos, emisión de dictámenes y certificados, etcétera).

La obligación del médico ante una cirugía estética ha sido considerada por gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia como un deber de resultado, criterio que no comparto para los casos como el que se debate en los presentes obrados (véase el profundo análisis que se realiza al respecto en Martínez-Pereda Rodríguez, José M., *La cirugía estética y su responsabilidad*, Comares, Granada, 1997, ps. 124 y ss.).

La razón por la cual no debería encuadrarse sin más a la cirugía estética en el presente caso como una obligación de resultado, es debido a que la actora presentaba en forma previa a someterse a la primera cirugía una “ptosis mamaria de grado avanzado” que es una alteración estética -que puede reconocer su origen en diversas causas- en la que se observa un descenso de la mama por debajo del pliegue inframamario, y que la bibliografía especializada sobre el tema determina que “*resulta de difícil corrección para el cirujano*” (véase Moya-Rosa, Enrique Joaquín - Moya-Corrales, Yadira, *Tratamiento de la ptosis mamaria utilizando la técnica de Liacyr Ribeiro tipo I modificada*, en Revista de Archivo Médico de Camagüey, vol.23 no.1 ene.-feb. 2019, que puede consultarse online en http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S102502552019000100028#B2). Esta opinión encuentra apoyo en otros estudios científicos que han concluido “*para la corrección de la ptosis, ya sea por atrofia o hipertrofia glandular, la elección de la técnica depende de las condiciones locales, a la vez cutáneas (elasticidad), glandulares (plasticidad) y morfológicas (armonía). Según lo desarrollado conforme existen numerosas técnicas para la resolución de una misma patología hace al entendimiento de que cada paciente constituirá un ente individual al cual se debe someter al análisis exhaustivo para determinar cuál técnica quirúrgica será la de mayor provecho para la resolución de su afección, logrando el mejor resultado estético posible*” (Bellini Ditta, Lucas, “*Ptosis mamaria y su resolución quirúrgica*” en Revista Argentina de Cirugía Plástica 2018 ; 24 (2) : 95-104. DOI/10.32825/RACP/201802/0095-0104, publicación que puede consultarse online en el sitio web: http://adm.meducatum.com.ar/contenido/articulos/16800950104_1176/pdf/1680

Es decir, el tipo de cirugía ante tal patología previa que presentaba la paciente y la aleatoriedad del resultado estético final impiden a mi criterio encuadrar al deber de los cirujanos aquí demandados como que han asumido una obligación de fines. De concluirse que sus deberes eran de resultado (que, reitero, no lo han sido), la falta de obtención del resultado sería generador de responsabilidad objetiva (D'Amico, Giovanni, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni 'di mezzi' e 'di risultato'*. *Contributo a la teoría de la responsabilità contrattuale*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 1999, ps. 212 y 213; Bueres, Alberto J., *Obligaciones de medios y obligaciones de resultado*, RCyS 2019-XII 3, cita online: AR/DOC/1828/2018). Así lo dispone también actualmente el art. 1768 del Código Civil y Comercial de la Nación, aunque resulta inaplicable al presente caso en virtud de la fecha en que ocurrieron los hechos. Por ende, la conducta de los galenos demandados en cuanto a su actuación puramente médica, deberá analizarse a la luz de la responsabilidad subjetiva y será su culpabilidad o no en el caso de autos lo que defina si son responsables o no por la actuación médica desempeñada.

Como bien lo ha señalado en su voto mi estimado colega de sala Dr. Ricardo Li Rosi, quien ha hecho mención a las partes más relevantes de dichos informes periciales, se evidencia que los médicos cirujanos demandados han actuado correctamente y de conformidad con los dictados de la *lex artis* médica en la atención de la actora (véanse especialmente las afirmaciones del perito médico Dr. Guillermo Caseb a fs. 396 “consideraciones médico legales, y las del Dr. Guillermo Franze a fs. 583/4), pudiéndose concluir que las indeseables secuelas antiestéticas que presenta actualmente la Sra. L., resultan ser una consecuencia previsible de la intervención quirúrgica a la cual fue sometida y que no pueden ser imputables a una conducta negligente, imprudente o imperita de los profesionales médicos. De tal modo, entiendo -compartiendo las conclusiones a las cuales han arribado mis distinguidos colegas de sala en sus respectivos votos precedentes- que respecto de la actuación de los médicos demandados conforme a los dictados de la *lex artis* médica, ningún reproche de conducta cabe efectuarles, puesto que se han desempeñado con diligencia, prudencia y pericia.

III – Distinta es mi opinión con relación al efectivo cumplimiento del deber de información que tenían a su cargo los profesionales médicos accionados y que debía evidenciarse en el caso de autos a través del consentimiento informado de la actora en forma previa a las intervenciones quirúrgicas que se le realizaron, ya que -adelantando mi parecer- estimo que no fue debidamente realizado.

La información adquiere suma importancia en la relación médico-paciente evidenciándose en las diferentes etapas del contrato, ya que constituye al mismo tiempo no sólo una obligación para el facultativo sino un derecho para el paciente. Si bien este deber de información del médico adquiere mayor relevancia al momento de obtener el consentimiento del paciente, no se extingue en dicho instante, sino que continúa vigente durante toda la relación del médico con el paciente, pesando sobre el profesional de la medicina lo que algunos autores extranjeros denominan obligación de información terapéutica o *informazione successiva*, consistente en asentar en la historia clínica la totalidad de los datos de salud del paciente (Sánchez Gómez, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 44; Sgobbo, Riccardo, *Materiali per lo studio della responsabilità medica*, “Diritto e Giurisprudenza”, 1987-817). De tal modo, ese deber de información del médico se evidencia en dos ámbitos trascendentales: en primer lugar, a través de información terapéutica mencionada y, finalmente, al brindarle a éste la información necesaria como requisito previo para la obtención y validez del consentimiento informado.

Ello así, puesto que una de las grandes transformaciones que ha sufrido la relación médico paciente en las últimas décadas, está directamente conectada con esta cuestión; ha quedado atrás en el tiempo la histórica división que se había constituido hacia la década del '70 del siglo pasado, entre quienes negaban, por un lado, todo derecho del paciente a la información y a consentir las prácticas médicas, legitimando al mismo tiempo la actuación del médico de conformidad con su arbitrio científico (paternalistas) y aquellos que -en postura francamente antipaternalista- reconocían tal derecho del enfermo y rechazaban que el médico pudiera hacer valer su autoridad científica para imponer un tratamiento determinado al paciente sin su consentimiento (Calvo Costa, Carlos A., *Responsabilidad civil médica*, Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2021, T. I, p. 423).

En nuestro país, es evidente que ello ha quedado finalmente consagrado con la sanción de la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, que particularmente, dispone en su art. 2º que: “*Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: ... f) Información sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información (...)*”.

Es así, como lo he sostenido en algunos de los trabajos

que he realizado sobre esta materia, que la relación entre la información terapéutica y la obligación de asistencia adquiere sideral importancia, a punto tal que su cumplimiento o no puede ser determinante a la hora de analizar el éxito o el fracaso de la actuación médica (Calvo Costa, Carlos A., *Responsabilidad civil médica*, ob. cit., T. I, p. 362; íd, *El deber de información en la responsabilidad civil médica. el consentimiento informado*, RCCyC 2017 (junio), 71; DFyP 2017 (septiembre), 219). De tal modo, insisto con ello, la información no se erige solamente en una obligación ética del médico sino que resulta ser para él en un deber eminentemente contractual susceptible de generar responsabilidad en caso de incumplimiento (Princigalli, Anna, *La responsabilità del medico*, Jovene, Napoli, 1983, ps. 187 y ss.).

En definitiva, como lo ha señalado mi distinguido colega de sala el Dr. Sebastián Picasso en el voto precedente, este deber de información constituye para los profesionales de la salud una obligación diferente a la de prestar cuidados médicos de acuerdo a las reglas del arte de curar, por lo cual su incumplimiento es susceptible de generar responsabilidad civil cuando se materializan los riesgos típicos sobre los cuales el paciente no ha sido informado.

Es indudable la particular trascendencia que tiene la obtención del consentimiento informado, puesto a través de él se asegurará al paciente el derecho a la autodeterminación, ya que será éste quien decida cuál será el tratamiento o intervención quirúrgica que seguirá entre los aconsejados por los profesionales, e incluso podrá decidir al cuidado de qué profesional someterse (Highton, Elena I. – Wierzba, Sandra M., *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, 2da edición actualizada y ampliada, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2003, ps. 45 y ss.; íd, *Responsabilidad por consentimiento informado*, en Alberto J. Bueres (dir.) - Elena I. Highton (coord.) “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, t. 4A, ps. 794 y 795). Por ende, no se trata de un mero formalismo, sino que –por el contrario- a través del consentimiento se le está garantizando al paciente su derecho a la libertad, se está respetando su dignidad y, por sobre todas las cosas, se le está reconociendo su autonomía para elegir lo que considere más conveniente de acuerdo a sus preferencias e intereses.

Se sostiene en la doctrina, acertadamente según mi parecer, que el paciente muchas veces no sabe qué tiene ni qué le puede ocurrir, y quien tiene esa información es el médico. Por ende, tratándose de una cuestión que puede afectar a la integridad física y/o psíquica del paciente, se transforma en un imperativo para el profesional de la medicina la necesidad de compartir esa información, más aún considerando que cualquier actitud terapéutica implica

riesgos (véase en este mismo sentido: Voelker, Ricardo, *El consentimiento informado*, en Pereira Campos, Santiago – García Martínez, Rafael (dirs), “Estudios multidisciplinarios sobre Derecho médico y organizaciones de la salud”, La Ley Uruguay, Montevideo, 2010, p. 46).

En definitiva, la relevancia del consentimiento informado como exigencia de ética profesional y justificación misma de la legitimidad del actuar médico —sustentada en el derecho a la autodeterminación del paciente—, es incuestionable.

El art. 5 de la citada ley 26.529 (t.o. ley 26.742), en su parte pertinente, 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; (...)*”. Como acertadamente lo señala mi colega el Dr. Picasso, actualmente el art. 59 Cód. Civil y Comercial posee similar redacción, aunque resulta inaplicable al presente caso en razón de la fecha en que ocurrieron los hechos.

Evidentemente, surge palmariamente de la norma que el consentimiento reviste el carácter de un proceso gradual en el seno de la relación médico-paciente, que comienza con la información que el profesional brindará al enfermo 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 de éste respecto de ellos (Calvo Costa, Carlos A., *Responsabilidad civil médica*, ob. cit., T. I, p. 437).

Es importante insistir pues, en este mismo sentido, que la información es un derecho que posee el paciente y que le posibilita conocer todo lo referido a su estado de salud, por lo cual aquélla debe ser brindada por el facultativo de modo simple, concreto y comprensible (acomodando el lenguaje y la comunicación al entorno cultural del paciente), de tal manera que el paciente pueda comprender tanto el diagnóstico como el tratamiento recomendado. Ello así, puesto que es a través de la información, como se pretende ilustrar al enfermo para que pueda escoger con libertad —dentro de las opciones posibles— someterse a un tratamiento o intervención quirúrgica determinados, o bien, rechazarlos.

Queda pues analizar si ello se cumplió en el caso de autos.

En la historia clínica de la paciente que se encuentra incorporada en estas actuaciones, obran dos consentimientos informados firmados por la Sra. E. I. L., con fechas 11 de julio de 2012 y 09 de noviembre de 2012, respectivamente, que son formularios preimpresos prácticamente idénticos, que se encuentran incompletos, y elaborados con conceptos muy generales.

Adviértase, por ejemplo, que el formulario suscrito por la actora con fecha 11 de julio de 2012 como consentimiento informado, expresa textualmente en el punto 1): *“Yo, autorizo a través de la presente al Dr. S. L. y al equipo quirúrgico que él designe a efectuar los siguientes procedimientos médicos y/o quirúrgicos en mi persona”*. A continuación hay una línea punteada para ser completada a mano por quien lo suscriba, y dichos espacios están en blanco, incompletos, sin llenar. Seguidamente, el punto 2) de dicho formulario expresa que: *“La intervención y/o los tratamientos enunciados en el punto 1) me han sido totalmente explicados por el cirujano, entendiendo la naturaleza y consecuencia de dicha intervención y/o tratamientos...”*. Resulta inentendible, claro está, a qué *“intervención y/o tratamientos enunciados en el punto 1)”* se refiere, ya que en el formulario dicho espacio está sin llenar.

Idéntica irregularidad presenta el formulario suscrito por la actora con fecha 09 de noviembre de 2012, aunque en este caso se autorizaba al Dr. D. M. (Maller reza el documento).

Es decir, es evidente que la actora suscribió un *“consentimiento informado”* en blanco, sin que conste que se le haya informado claramente que presentaba una *“ptosis mamaria y liposistrofia abdominal”* y que iba a ser sometida a una cirugía estética de implantes mamarios con pexia mamaria y lipoaspiración abdominal; tampoco consta que se le hayan informado cuáles eran los riesgos propios y específicos de dicha intervención, las molestias que podría llegar a sufrir, los posibles efectos adversos, etcétera. Sostengo, pues, que no puede tenerse por otorgado el consentimiento informado mediante dichos formularios que no solo están incompletos, sino que contienen también expresiones estandarizadas o genE.s, sin indicar el diagnóstico, el tratamiento ni las posibles alternativas que pudieran acontecer por cuanto, dichas omisiones han impedido a la paciente tomar libremente la decisión de continuar o no adelante con las propuestas que le han efectuado los profesionales (en este sentido, véase: CSJN, 11/10/95, *“Zarrillo, Osvaldo P. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”*, LexisNexis, nros. 0003/012435, 0003/012441 y 0003/012438; CNCiv., Sala M., 08/06/2009, *“L., D. c. C., A. V. y otros”*, DJ 22/09/2010, 2579).

No consta en autos, pues, que la Sra. E. I. L. haya sido

receptora de suficiente información previa por parte de los cirujanos que le permitiera decidir libremente sobre las intervenciones quirúrgicas a las que fue finalmente sometida. Ello ha sido puesto en evidencia por la Sra. Jueza de Primera Instancia en su sentencia, y coincido con ello, al expresar que: “*Cabe destacar que en los dos formularios se encuentra incompleta la parte referida a los procedimientos o práctica que se habría de realizar. Ello, sumado a que en las historias clínicas que estaban en poder de los médicos demandados no consta el alcance de la información que le dieron a la paciente ni -más aún-, que se la hubiesen dado, me lleva a inferir que la paciente no fue correctamente anoticiada de los riesgos de que la cirugía tenga efectos estéticos adversos ni que pudiese requerir una doble intervención quirúrgica. De haberlo sabido, dada la finalidad de embellecimiento de la cirugía emprendida, la hipótesis más probable es que L. no se hubiese sometido a ella*” (sic fs. 473, véase Considerando 4.2.5. “Consentimiento informado”).

Con anterioridad a la sanción de la ley 26.529 de Derechos del Paciente (t.o. ley 26.742), que impone la obligación de obtener el consentimiento informado para toda actuación profesional en el ámbito médico sanitario (art. 6), ya la jurisprudencia había advertido sobre la necesidad de que en los casos de cirugías estéticas con fl. de embellecimiento el profesional se informara debidamente al paciente sobre los peligros, consecuencias o secuelas indeseadas de las intervenciones a realizar, por ser resultar ser éstas frecuentes (CNCiv., Sala I, 11/10/2005, “K., A. Z. c. Elías, Juan C”, La Ley 2005-F, 558 - RCyS 2005-XII, 112).

Es innegable que toda conformidad a un acto médico comporta en parte una aceptación de riesgos, lo cual implica que el paciente deba estar convenientemente informado sobre aquello a que brinda su consentimiento (Le Tourneau, Philippe – Cadiet, Loïc, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 5e. ed., Dalloz, Paris, 2004, p. 319, n° 991), lo que no advierto que haya ocurrido en el caso de autos.

Por ende, ingresando ya en el análisis de los efectos que produce la obtención o no de un consentimiento informado por parte del paciente, destaco que a través de la obtención del consentimiento informado, todos los riesgos propios del acto médico que se pretende realizar sobre el paciente son asumidos por éste (Castaño de Restrepo, María, *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*, Temis, Bogotá, 1997, p. 65), por lo cual el médico no responderá por el daño que se ocasione como consecuencia de la ejecución de dicho acto si no se ha acreditado en su desarrollo un accionar culpable en el profesional.

Pero, claro está, si ello no ocurre, si no existe un consentimiento informado apropiado, con un paciente previa y debidamente informado, aun cuando los riesgos y molestias que sufra a posteriori sean propios y habituales de la práctica médica a la cual fue sometido (en este caso se trata de cirugías estéticas), éstos se transfieren al profesional (véase: Gamarra, Jorge, *Responsabilidad civil médica*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989, tomo 1, ps. 164). He sostenido en una obra sobre la materia que la ausencia de acreditación del consentimiento informado por parte del facultativo constituye una actuación u omisión culposa que lleva a concluir que ha sido el médico quien asumió por sí solo los riesgos inherentes a la práctica médica realizada, en lugar del paciente o de la persona llamada a prestar su consentimiento luego de haber recibido una información adecuada para ello (Calvo Costa, Carlos A., *Responsabilidad civil médica*, ob. cit., T. I, p. 442).

Por ende, entiendo que en el caso de autos los médicos demandados S. N. L. y D. M. M. no han cumplido con el deber de información que tenían a su cargo. Y ello compromete la responsabilidad de ambos.

Sin embargo, en cuanto a la extensión del resarcimiento que deben asumir por ello, he sostenido reiteradas veces que no obedece a criterios de justicia hacer recaer en cabeza del médico —que ha omitido la obtención del consentimiento informado del afectado— la totalidad del daño final que sufre un paciente, cuando el perjuicio se ha generado por un riesgo propio de la práctica médica que se le ha efectuado y no por la impericia y la negligencia del profesional. Ello así, puesto que una cosa es que los riesgos de la intervención no consentida se trasladen al médico y otra muy diferente es afirmar que el facultativo es responsable de la totalidad del daño que sufre el paciente, ya que no estaríamos aplicando a la especie la teoría de la causalidad sino la de la equivalencia de las condiciones, inexistente en nuestro ordenamiento jurídico (Calvo Costa, Carlos A., *Responsabilidad civil médica*, ob. cit., T. I, ps. 503 y 504).

Por ende, estimo que solamente deben ser objeto de resarcimiento todos aquellos daños que han provocado la omisión de la información por parte del médico y que guardan causalidad adecuada con ello, que en el presente caso se evidencia a través de una pérdida de la chance, partida que ha sido debidamente analizada en su voto por el distinguido colega de sala Dr. Picasso, a cuyo desarrollo y conclusiones formulo expresa adhesión.

IV – Finalmente, adhiero en todas sus partes al ilustrado y detallado voto del Dr. Sebastián Picasso en el análisis y conclusión que ha efectuado respecto de la relación de causalidad entre el incumplimiento de este

deber de información y el daño sufrido por la actora, así como también adhiero a los montos de sentencia propuestos en su voto, al cálculo de intereses por él propuesto y a la imposición de costas a los demandados vencidos.

Con lo que terminó el acto.-

RICARDO LI ROSI

1

(EN DISIDENCIA)

SEBASTIÁN PICASSO

3

CALVO COSTA

2

Buenos Aires, 20 de septiembre de 2021.-

Y VISTOS:

Por lo que resulta del acuerdo que ilustra el acta que antecede, y las razones que fundan el voto de la mayoría, **SE RESUELVE:** 1) modificar la sentencia recurrida en el siguiente sentido: a) reconocer a la actora una indemnización por el monto total de doscientos ochenta y siete mil quinientos (\$ 287.500.-) en concepto de pérdida de chance, y b) disponer que los intereses se calcularán desde el día del hecho, y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina; 2) confirmar la sentencia de grado en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios, y 3) imponer las costas de alzada a los emplazados apelantes que resultan vencidos.

Difiérase la regulación de los honorarios profesionales para cuando se haga lo propio en la instancia de grado.-

Notifíquese, en los términos de las Acordadas 31/11, 38/13 y concordantes de la C.S.J.N, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica. RICARDO LI ROSI – SEBASTIÁN PICASSO – CARLOS A. CALVO COSTA