

000107/2018

Trelew, abril de 2021

VISTOS: estos autos caratulados “*W. S. E. c/O. S. G. S. s/DAÑOS y PERJUICIOS*” (Expediente N° 107 - Año: 2018), para dictar sentencia, de los que:

RESULTA:

I. A fs. 26/41ref. la Dra. G. V. C. en representación de la señora S. E. W., y con el patrocinio letrado del Dr. R. L., promovió demanda de daños y perjuicios contra el señor H. S. K., la O. S. G. y contra el I. C. SA, por la suma de pesos seiscientos noventa y seis mil noventa y seis (\$696.096) o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, con más sus intereses a la tasa activa que percibe el B. del C. SA en sus operaciones de descuento, desde el día del hecho, con costas. Aclaró que deberá adicionarse al monto mencionado lo que se determine por daño futuro.

Indicó que en el año 2009, su mandante inició diversas consultas médicas relativas a un fuerte dolor de espaldas a raíz de lo cual le diagnosticaron una cifosis postural secundaria a una “gigantomastia” y le recomendaron una reducción mamaria y posterior trabajo postural. Que hizo una serie de interconsultas y todos los G. coincidieron en el diagnóstico y en la necesidad de realizar una reducción de ambas mamas. Que presentados los informes en la O. S. G. Sucursal Esquel, le informaron que debido a que carecían de convenio con el cirujano que atendía en la ciudad de Esquel, debía realizar los trámites para una derivación a la ciudad de Trelew para ser atendida con el Dr. K.

Narró detalladamente la actuación del médico K. desde su primera consulta, la cirugía que le practicó, y los resultados de la misma, que la llevaron a realizar una consulta particular con el Dr. E. D. L., cirujano plástico que la atendió en la C. E., “quién se asombró al ver el resultado de la cirugía en sus senos y le expresó que tendría que efectuarse una reconstrucción total de las mamas...” (*sic*). Señaló que hoy su representada se encuentra con sus pechos mutilados, sin pezones y debe someterse a una nueva cirugía con todo lo que ello implica, fundamentalmente afrontar un costo elevado y para el cual no cuenta con los medios suficientes sin perjuicio de verse – dijo- en estado lastimoso que le ha acarreado problemas de convivencia con su marido. Que concurre a terapia para superar el trauma que le ocasiona.

Destacó que su mandante al momento del suceso contaba con 48 años de edad, lo que demuestra la gravedad del “agravio”. Efectuó consideraciones jurídicas sobre la legitimación pasiva – responsabilidad del médico; responsabilidad de la clínica; y responsabilidad de la obra social. Reclamó incapacidad sobreviniente; daño futuro; daño extrapatrimonial (moral; derivado de la lesión estética; daño sexual; daño psíquico). Expresó que debido al tiempo transcurrido, su representada ignora si ha suscripto el documento que se denomina consentimiento informado y acerca de sus alcances. Ofreció pruebas. Fundó el derecho de la señora W.; y formuló petitorio de estilo.

A fs. 50ref. se presentó el Dr. R. L., como apoderado de la actora, y con el patrocinio letrado del Dr. J. M. F. C., aclarando que el monto del juicio asciende a la suma de pesos setecientos noventa y seis mil noventa y seis (\$796.096); y amplió la demanda acompañando documentación.

II. A fs.76 ref./86ref. H. S. K. con el patrocinio letrado de los Dres. E. G. y D. G. F., opuso la excepción de prescripción como de previo y especial pronunciamiento. A fs. 102ref./104ref. el Dr. G. T. en representación del I. C. SA, con el patrocinio letrado del Dr. S. I. G., planteó la excepción de prescripción; y lo propio realizaron las citadas en garantía a fs. 134ref./146ref. y a fs. 160ref./170ref. A fs. 109ref. la parte actora formuló allanamiento a la excepción de prescripción que fuera deducida por los demandados K. H. S. e I. C. SA, desistiendo de la acción incoada contra ambos, con eximición de costas; lo que fue resuelto mediante SI N° 0064/2019 de fecha 14 de mayo de 2019.

A fs. 110ref. (14/11/2018) se tuvo a la O. S. G. rebelde a pedido de la parte accionante, siendo debidamente notificada dicha declaración de rebeldía a fs. 116ref.

A fs. 202ref. se abrió la causa a prueba, produciéndose la certificada a fs. 308 (16/10/2020). Clausurado el período probatorio (v. fs. 310, 30/11/2020) y habiendo alegado solamente la parte actora, por providencia firme pasaron los autos a despacho para dictar sentencia; y

CONSIDERANDO:

No está controvertido en autos la realización de una cirugía de reducción mamaria por prescripción de los médicos que diagnosticaron a la señora S. E. W. una cifosis postural; y que dicha cirugía se llevó a cabo en el I. C. sito en la ciudad de Rawson el día **7 de abril del año 2011**, por el médico H. S. K., a quién la paciente fue derivada por la O. S. demandada.

Ergo, la presente sentencia he de dictarla a la luz del Código de Vélez, y no del nuevo cuya vigencia comenzó el 01 de agosto del año 2015. Leopoldo L. PERALTA MARISCAL, claramente explica que “Más allá de cuándo se inició el proceso y bajo qué normas tramitó, la ley aplicable depende de que se trate de hechos que por sí mismos hicieron nacer los derechos que luego deben ser judicialmente reconocidos o de hechos que crean una mera expectativa de nacimiento de derechos, que sólo existirán cuando la sentencia los constituya. Esta es la clave” (sic). De tal manera, si la sentencia declara derechos nacidos cuando se cumplieron determinados hechos (v. gr. Resarcimiento por los daños provocados por un hecho ilícito – derecho que nació al acaecer el evento dañoso), se aplica la ley vigente a la época en que acaecieron (en La Ley 2016 –B, *Cuándo aplicar el Código Civil y el Código Civil y Comercial – Aproximación teórico – práctica*). En lo sustancial, la parte actora alega que la responsabilidad de la Obra Social deriva de la contratación de ésta con el médico actuante Dr. K. (quién habría realizado una mala praxis) así como de la clínica; “... desde el inicio de la consulta por la Sra. W., se le indicó concurrir con el nombrado profesional y que en la derivación la obra social indica no sólo a este profesional, sino a la clínica Instituto Cardiovascular de Rawson... que se demostrará que se trataba de un profesional seleccionado por la obra social con el testimonio y documentación que se aporta, que otra paciente con igual patología debió insistir y peticionar para ser intervenida por distinto profesional al Dr. K.” (sic).

Por su parte, la obra social G., siendo debidamente notificada de la demanda (v. fs. 60ref./61ref. y vta.), no se presentó a contestarla siendo declarada rebelde. Recordemos al respecto, que la situación de rebeldía no implica la indefensión de la demandada pues el juez está obligado siempre a analizar los hechos, a meritar la prueba y aplicar la norma jurídica que el caso exige (cf. art. 61 y 360, inciso 1 del CPCC).

Y en el caso bajo análisis, a partir de las pruebas incorporadas en autos, tengo para mí que sí existió culpa por acción u omisión de parte del facultativo Dr. K. y sí ello ha sido motivo de daño.

Para que exista responsabilidad es imprescindible que la consecuencia dañosa resulte de la acción u omisión antijurídica según el orden natural y ordinario de las cosas (art. 901 del Código Civil). Es relevante el nexo de causalidad, y cabe determinar si ese nexo causal existió en el caso, ya que constituye una cuestión de hecho ha ser resuelta por los jueces analizando las pruebas.

En principio, la prueba relevante en los procesos por mala praxis médica es la pericial médica (Marcelo J. LÓPEZ MESA, *Tratado de responsabilidad médica – Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*, 1ª. Ed., Buenos Aires, Legis Argentina, 2007, p. 539), considerando los aspectos técnicos y científicos involucrados en esta problemática (ver, en el mismo sentido, VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1992). En este tipo de juicios la prueba pericial es de gran valor, ya que el conocimiento del experto es ajeno al hombre de derecho. Constituye la *probatio probatissima*, de cuyas conclusiones no es posible apartarse, salvo aduciendo razones muy fundadas de entidad suficiente para desvirtuar la labor profesional (SCBA. Ac. C 116.964, sent. del 29/5/2013). Esto no implica sometimiento, sino por el contrario, importa una conducta responsable del magistrado, por el respeto a la especialidad del conocimiento científico (doct. art. 481 del CPCC). Esta norma indica que el juez no puede eludir la apreciación de la prueba pericial, constituyendo una excepción al principio consagrado en el art. 390 del mismo código, que exime al magistrado del deber de expresar en su sentencia la valoración de la totalidad de la prueba producida.

La circunstancia de que las conclusiones periciales no resulten vinculantes para el juez, no significa que pueda apartarse arbitrariamente de ellas, ya que en todo supuesto, la desestimación de sus afirmaciones debe ser razonable y científicamente fundada. La pericia médica, de fs. 288/293 y vta. y fs. 293 y vta., brinda una explicación de los hechos a la luz de la ciencia y técnica empleados, por lo tanto habré de tenerla en cuenta. De dicha pericia realizada por el médico Dr. M. J. T., como también de la Historia Clínica agregada y tenida en cuenta por el médico legista, surgen los siguientes datos, a saber:

a) Que la señora W. presentaba una patología que hacía necesaria una reducción mamaria bilateral.

b) Que ingresó el 07/04/11 por gigantomastia bilateral. La cirugía consistía en una “reducción de volumen”. Las evoluciones del 7/4 al 10/4 del año 2011, señalan el postoperatorio sin complicaciones locales. El protocolo quirúrgico, **escueto**, indica accesos periareolar y colgajos laterales (de glándula, “supongo”). Más adelante reitera que **el protocolo quirúrgico es escueto y no detalla marcaciones, distancias, peso ni el tipo exacto de colgajo o tratamiento del**

complejo (v. punto Consideraciones). **Fue dada de alta en un día y revisada una sola vez en consultorio; luego continuó la evolución de la necrosis, sin tratamiento.**

c) Que presentó como complicación la necrosis de la región areolar izquierda. **Tal necrosis, dice el perito, es infrecuente y tiene relación con la táctica previa y la técnica intraoperatoria.**

Más adelante, referido a las causas de las complicaciones, señaló que: las complicaciones menores (seroma- hematoma) tienen relación parcial con el peso o volumen mamario y hemostasia intraoperatoria; sobre la necrosis, la causa se debió a la técnica quirúrgica.

d) Que la mama izquierda no posee pezón. Al momento de la pericia la señora W. presenta en “mama derecha: cicatriz periareolar extendida hacia caudal por 4 cm, normocicatrizada y coloreada; mama izquierda: una sola cicatriz en lugar de la inexistente areola, de 13 cm en los primeros 7 cm, tiene 5 cm de ancho y produce una asimetría respecto con la otra mama, notable, normocoloreada y adelgazada (hipotrófica)”.

e) Que **el resultado estético de la cirugía fue malo: sin areola – pezón izquierdos y con mamas asimétricas.** Las mamas redujeron su volumen. Los senos y pezones NO presentan un estado calificable como estéticamente normal.

f) Que **el estado actual de la actora SÍ es consecuencia a la intervención quirúrgica a la que fue sometida.** Más adelante agregó que debió ser diagnosticada tempranamente la necrosis, para seguimiento estricto y de no limitarse, evaluar tratamiento operatorio eventual. “Según algoritmos, si se detecta los primeros días, la revisión en sala de operaciones debería realizarse”.

g) Al dar explicaciones resulta relevante la aclaración efectuada en cuanto a **que la complicación existe como probable, pero es muy poco frecuente y además, se debe saber detectar y tratar (lo cual no ocurrió). Reiteró que el resultado de la cirugía fue malo.** La confrontación de los hechos y las exigencias de la conducta profesional hace surgir un juicio de reproche con entidad para comprometer la responsabilidad del Dr. K. No se ha aportado elemento probatorio alguno que evidencie la interrupción del nexo de causalidad, que finalizó con el cuadro descrito por la pericia y que se evidencian de manera cruda y real con las fotografías de fs. 19/25. Cabe exigir del médico la observancia de los principios y técnicas de su disciplina y el mayor celo profesional en la atención del enfermo; siendo clásica la afirmación jurisprudencial de que el ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales, y que la obligación del facultativo, en síntesis, finca en poner al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que el título acredita y prestarle la diligente asistencia profesional que su estado requiere. En este orden de ideas se ha dispuesto que: “Uno de los supuestos de omisión, configurativo de ‘mala praxis’ médica, lo constituye no detectar temporariamente una patología pese a encontrarse el paciente internado y en observación, o no advertir una infección postoperatoria a tiempo, o no practicar una reexploración quirúrgica frente a evidentes complicaciones postoperatorias que no ceden al tratamiento” (conf. crit. SCBA, "S., E. c/ S. S. J. s/ Daños y perjuicios" - CC0002 - MO 26830 RSD- 71-93 S - 30-3-1993; Publicaciones: ED 165, 686).

La innegable desatención que sufrió la actora revela, desde el punto de vista jurídico, un obrar negligente e imprudente que encuadra en el artículo 512 del Código Civil, en tanto se verifica una inacción ante un deber legal que impone actuar y un obrar irreflexivo por subestimar las posibles consecuencias dañosas. La atención médica debe brindarse al paciente en el momento oportuno y con la diligencia que las circunstancias de las personas y lugar así lo determinen.

He debido analizar brevemente la responsabilidad del G. para poder estudiar cuál es la responsabilidad que la cabe a la O. S. G.

Entrando al tema diré que la obra social es responsable por su prestador, ya que debe haber ponderado convenientemente su idoneidad, para el cumplimiento de las prestaciones a sus afiliados.

“Frente al afiliado damnificado por el incumplimiento de una prestación médica debida, resulta irrelevante la modalidad de contratación adoptada por la obra social con el prestador del servicio de s., porque la obra social asume frente a sus afiliados una obligación accesoria y tácita de seguridad por la eficiencia del servicio de s.” (TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, Bs. As., 2004, Ed. La Ley, t. II, pág. 480 y sgtes.) En referencia a las precisas funciones y determinados objetivos de las obras sociales, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que “la función específica y la obligación primordial de la obra social demandada consiste en la prestación médica integral y óptima. Para eso cuenta con la afluencia de medios económicos que administra a fin de organizar adecuadamente aquel servicio, y en ello ha de contemplarse la competencia, idoneidad y dedicación de los profesionales que se incorporen al mismo, incluidos los especialistas, así como de todo el personal afectado, e igualmente, la aptitud de los medios empleados y toda la infraestructura del servicio médico en cuestión. Estos aspectos deben considerarse con sentido dinámico, esto es, en su compleja interacción enderezada a resguardar la vida y la s. de los afiliados prestatarios del servicio” (*Fallos* 306:178”).

Al igual que los centros hospitalarios, las obras sociales tienen con respecto a los enfermos una obligación tácita de garantía, de seguridad con respecto a los productos de que se sirven y del personal que tienen a su servicio. Ergo, si por contaminación de los productos de que se sirven o **por negligencia del personal que tienen a su servicio se produce un daño, se debe responder por los perjuicios causados al enfermo, a quien se garantizó tácitamente la prestación hospitalaria** (cf. BUERES Alberto J., en Bueres-Highton, "Código Civil.", Hammurabi, Buenos Aires, 1998, t. 2-A, página 382; la negrita me pertenece).

La constancia de derivación por parte de la O. S. G. social y solidaria- O. S. de L. y F. P., surge de la documental de fs. 5/15 y de la prueba testimonial de la señora C. B. M. (v. fs. 303 y vta.), quién de manera veraz, dando razón de sus dichos contó cómo conoció a la actora, que ambas padecían de la misma patología; que ambas tenían la misma obra social y – en un principio- ambas habían sido derivadas con el Dr. K.; y que ella se operó “*con otro Doctor a raíz de lo que le pasó a la Sra. W.*”. Preguntada “a qué médico la derivaba la obra social”, respondió “*Me derivaba al Dr. K., a la Sra. W. también la derivaban con este Dr. Por eso viajamos juntas para*

realizar la primera consulta”. Preguntada cuál era la obra social en aquella oportunidad; dijo: “Era la misma, pero yo me negué a que me operara ese señor Dr. K., dado los resultados que tuvo la Sra. W. De mi operación lo único que cubrió la obra social fue la estadía en la clínica, el resto lo pagué yo de contado”. Luego contó que su decisión de ser operada por otro médico se debió a la gentileza de la actora de decirle cómo la habían operado y ver con sus propios ojos el horror de cómo le había quedado.

Por su condición de seleccionadora y contratante de los prestadores, la Obra Social es garante, frente a sus afiliados, del correcto cumplimiento de los servicios médico-asistenciales que está obligada a otorgarles. "No debe perderse de vista que la Obra Social asume la responsabilidad directa de brindar una entidad asistencial que dé la necesaria y adecuada cobertura médica al paciente. De ello se sigue, que esta carga lleva también implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general, que requiere la preservación de la s. de las personas contra los daños que puedan originarse en la defectuosa prestación obligacional (CNCiv. Sala F, agosto 27/2010, L. 536.580).

En efecto, en la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, cuya garantía resguarda en forma expresa el art. 14 bis de la Constitución nacional. De esta manera, el intérprete debe apreciar los conflictos que se suscitan por el funcionamiento con un criterio que no lo lleve a desatender los fines propios de éstas instituciones, ni subestime la función que compete a los profesionales que participan en la atención brindada en dichas mutuales (v. jurisprud. citada por Susana SOSA en *Manual de mala praxis médica*, Santa Fe, editorial Juris, 1994, p. 193).

La función específica de la obra social demandada por daños ocasionados por deficiente atención médica a la afiliada, consistía precisamente en la prestación integral y óptima de su servicio (cf. arts. XVI de la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 25.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporados por el art. 75 inc. 22, Const. Nacional). A ello se suma que, por derivación de la regla general fundada en que el deber de prestación brindado por las obras sociales debe ser integral y óptimo, no es suficiente con disponer los medios técnicos y recursos humanos, sino en prestarlos en un sentido dinámico y coordinado para que actúen bien (C.S.J.N., "González Oronó de Leguizamón", ob y autora cit.).

Por todo lo dicho, y no habiendo demostrado el debido cumplimiento de su deber de contralor del servicio prestado, la rebeldía declarada y firme constituye presunción de verdad de los hechos lícitos, afirmados por quien obtuvo tal declaración. Por lo expuesto considero que la obra social demandada debe responder por los daños y perjuicios producidos a la actora, derivada de la culpa médica, en el presente caso.

Indemnización reclamada. Incapacidad sobreviniente. Por este rubro la señora S. E. W. reclama la suma de pesos ciento noventa y seis mil noventa y seis (\$196.096) o lo que en más o en menos resulte de la prueba.

En cuanto a la incapacidad sobreviniente cabe señalar que aquella comprende toda disminución física o psíquica que afecte tanto la capacidad productiva del individuo como aquella que se traduce en un menoscabo en cualquier tipo de actividad que desarrollaba con la debida amplitud y libertad (Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, Código Civil., t. 5, pág. 219, núm. 13; Llambías, Obligaciones», t.IV-A, pág. 120 y jurisprud. cit. en nota 217; Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las obligaciones, 2ª ed., t. 4, pág. 272 y jurisprud. cit. en nota 93; entre otros).

Surge de autos que la accionante padece importantes secuelas de las que dan cuenta el informe pericial médico ya individualizado. Al momento del examen realizado por el Dr. T. la señora W. presenta en “mama derecha: cicatriz periareolar extendida hacia caudal por 4 cm, normocicatrizada y coloreada; mama izquierda: una sola cicatriz en lugar de la inexistente areola, de 13 cm en los primeros 7 cm, tiene 5 cm de ancho y produce una asimetría respecto con la otra mama, notable, normocoloreada y adelgazada (hipotrófica)”. Para el perito presenta una incapacidad calculada en un valor de 14%.

Con ésta secuelas físicas, a más de las psicológicas (v. informe pericial de fs. 267/275), no impugnado por las partes, al momento de cuantificar los daños materiales, cabe evaluar la incidencia de la lesión a la integridad psicofísica en sí misma y dentro de un espectro más amplio. Se ha dicho que: "Entre los elementos a valorar en los supuestos de daños a las personas, aparte del porcentual de la disminución de aptitudes laborales, también y principalmente la indemnidad perdida, o lo que es equivalente, el derecho de conservar ileso e intacto el cuerpo de cada uno. La alteración del organismo hasta entonces pleno y sano, que nunca podrá ser restituido a su estado original, es precisamente la razón de ser de la composición dineraria (se trata de compensar el daño en sentido jurídico, excedente en casos de la proyección que se le asigne a la lesión en el plano laboral, productivo, o en alguna de las otras manifestaciones vitales. Y es daño, lo que altera la integridad física, por más que la curación y readaptación en función de aquellos supuestos, sea más o menos plena, porque aun siendo así, no podrá devolverse al organismo alterado, la situación de incolumidad anterior al accidente, lo que constituye perjuicio reparable)" ("L. G. J. c/ V. L. s/ Daños y Perjuicios" - CNCIV - sala B - 08/02/2002.elDial - AADE1).

Claro está, siempre reconociendo que la edad de la víctima (48 años al momento de los hechos dañosos, conforme surge de la demanda y el reconocimiento tácito por falta de negativa concreta y categórica, art. 360 inc. 1, su doctrina) y sus expectativas de vida (79 años, cf. INDEC), así como el porcentaje de incapacidad (14%), constituyen valiosos elementos referenciales.

En cuanto a sus ingresos, al tratarse de un ama de casa he de tomar en cuenta el salario mínimo vital y móvil a la fecha del daño (07/04/2011), esto es la suma de pesos mil ochocientos cuarenta (\$1840), conforme Res. 2/2010 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, que fijó dicho monto a partir del 1 de enero del 2011 (ver <http://servicios.infoleg.gob.ar>). Monto que se incrementa en un 20% en razón de la zona patagónica y que hace así un total de \$2.208.

Sobre dicha base se proyecta la disminución informada por el perito de 14%, arrojando un parcial de \$309,12, el que anualizado (se multiplica por 12 al no computar SAC) arroja el importe de la renta a percibir de \$3.709,44.

A fin de establecer la cuantía de éste rubro, resulta de aplicación la fórmula matemática financiera, que es la siguiente:

$$a = \frac{c}{i} \left[\frac{1 - (1+i)^{-n}}{i} \right]$$

Para ello, se requiere establecer los ítems “a”, “i” y “n”.

Para el ítem “i”, consideraré el 6 % anual, que se traduce en 0,06.

En cuanto al ítem “n”, tendré en cuenta la edad de la actora al momento del siniestro, esto es 48 años, quedándole 31 años de vida, atento la expectativa antes señalada

Por último, para el ítem “a” tomaré el monto de \$3.709,44 (pesos tres mil setecientos nueve con cuarenta y cuatro centavos), antes señalado.

Volcando los ítems establecidos a la fórmula esta queda de la siguiente manera:

<i>i</i>	0,06
<i>a</i>	\$ 3.709,44
<i>n</i>	31
<i>c</i>	\$51.669,11

Por lo tanto, hago lugar al reclamo por la suma de **pesos cincuenta y un mil seiscientos sesenta y nueve con once centavos (\$51.669,11)**, conforme lo dispuesto por el art. 167 del CPCC y la fórmula empleada en la demanda “y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba”.

Daño Futuro. Se reclama por este rubro la suma de pesos cien mil (\$100.000), lo que incluiría gastos de una cirugía reparadora, atención médica, traslados, etc., o lo que en más o en menos resulte de la prueba.

Aquí hablamos de un daño emergente futuro, pero “cierto” que incluyen los tratamientos o gastos que se estiman necesarios realizar en el futuro.

De la prueba producida en autos surge que el perito T. señaló que el resultado estético de la cirugía realizada por el médico K. fue malo sin aerola – pezón izquierdo y con mamas asimétricas; que dicho estado puede revertirse eventualmente, podría intentarse un tatuaje sobre

el inexistente complejo pezón- aerola izquierdo; no hizo referencia a cirugía, solo a tatuaje; que de ser considerada una cirugía, no existe baremo o nomenclador aplicables, sino que son presupuestos individuales de los cirujanos plásticos. No agrega nada más al respecto. Sin embargo, estimo que de no ser posible una reconstrucción mamaria, el especialista en cirugía plástica y reconstructiva Dr. E. D. L. no habría realizado un presupuesto para “reparación mamaria bilateral” (v. fs. 17).

La experiencia muestra que la reconstrucción mamaria es un proceso a través del cual se busca restaurar el volumen, **la forma y la simetría de la mama que ha sido sometida a alguna cirugía**, si bien generalmente se la utiliza para el tratamiento del cáncer nada impide que pueda ser aplicada en casos como el presente donde la señora W. presenta graves cicatrices y asimetría en sus pechos. Tampoco nada dice el experto de las diversas alternativas en la reconstrucción del pezón. El pezón y la areola suelen ser la fase final de la reconstrucción mamaria. Esta es otra cirugía que se realiza para lograr que el seno reconstruido se asemeje más al seno original. En el mejor de los casos, la reconstrucción del pezón y la areola intenta igualar la posición, el tamaño, la **forma**, la textura, el color y la proyección del nuevo pezón a la de uno natural (o de ambos, si se están reconstruyendo los dos pezones). El tejido que se usa para reconstruir el pezón y la areola proviene del seno recién creado o, con menos frecuencia, de la piel de otra parte del cuerpo (tal como el muslo interior). Si una mujer desea tener el mismo color del pezón y de la areola del otro seno, puede hacerse un tatuaje pocos meses después de la cirugía. Algunas mujeres optan por solo tener el tatuaje, sin la reconstrucción del pezón y la areola. Es decir, el tatuaje no es la única forma de solucionar la falta de pezón.

Tengo por cierto el daño futuro, y hago lugar a éste tópico. No obstante no he de tomar el valor presupuestado por el Dr. D. L. de \$ 40.000, desde ya, evaluando en un marco discrecional, la totalidad de circunstancias probadas e involucradas en la causa (v. fotografías glosadas, pericia médica, y pericia psicológica, no impugnadas por las partes; a más de los dichos de la testigo técnico Dra. P. A.); y siempre reconociendo que cada caso es diferente y distinto. Este aspecto es el que Mosset de Iturraspe señala como “razón importante para la no igualación de las sentencias” (LL 1994-A, 278). En función de lo expuesto, teniendo presente la entidad de las secuelas, todo lo analizado y que los montos por una cirugía médica reparadora de senos depende de los especialistas e instituciones donde la paciente decida atenderse, hago lugar al rubro por la suma reclamada **de pesos cien mil (\$100.000)**, a la época del evento dañoso, respetando el principio de congruencia, y por considerarla ajustada a derecho (cf. art. 167 del CPCC).

Daño extrapatrimonial (moral). Se reclama como componentes del daño moral sufrido por la señora W. el derivado de la lesión estética, daño sexual, y daño psíquico. Peticionando un total de \$500.000. “El daño moral es aquél que afecta principalmente los derechos y atributos de la personalidad de carácter extrapatrimonial, y su reparación tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad

individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos” (cf. Cám. Civ. y Com. de Lomas de Zamora, sala I, en autos “Ojeda, Daniel Félix c. Transportes Metropolitanos General Roca” obrante en WebRubinzal danosaa29.r163).

El daño moral se presenta como una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (Cám. Civ. Com. Córdoba, sala 2ª, 25/11/03, “O., J. A. v. M. de M., O. S.”, en Lexis Nexis online N° 1/5510549; Sup. Trib. Just. Santiago del Estero, sala CC, 3/12/97, L. de H., A. c. G., F.R., LL NOA 19981226).

Se ha dicho que la indemnización por daño moral posee carácter resarcitorio (Corte Sup., 20/3/03, Lema, Jorge H. c. Provincia de Buenos Aires y otros, en LL online; Sup. Corte Bs. As., 18/6/03, Paskvan, Daniel Federico c/ Policía de la Provincia de Buenos Aires, LLBA 2003- 1343; C. Nac. Civ., sala B, 30/11/04, I., M. E. c. Ecléctica S.A., en LL rev. 25/4/05; entre otros); y busca contribuir a compensar la conmoción íntima que el padecimiento genera mediante el alivio que puede importar la suma que se otorga (C. Nac. Civ., sala I, 27/5/99, Baldai, Liliana S. y otros c. Otheguy, Alfredo V. y otro, DJ 2000-3-327). Se trata entonces de procurar el alivio del dolor a través de la concesión de una suma dineraria que permita al dañado alguna satisfacción sustitutiva o sucedánea de las que no podrá tener a causa de su incapacidad o menoscabo espiritual. No se trata, entonces, de cuantificar el dolor humano sobre la base de la situación económica de la víctima, sino de elaborar pautas medianamente objetivas que conduzcan a un resultado equitativo. En esta dirección, se dijo que el daño moral es una alteración profundamente subjetiva e inescrutable, la apreciación debe ser necesariamente objetiva y abstracta. Para ello debe tomarse en consideración cuál pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo de una persona común, colocada en las mismas condiciones en que se halló el damnificado (cf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Equitativa evaluación del daño mensurable*, LL 1993-A-347).

Se alegaron como componentes del daño moral, tres tipos de lesiones: psíquica, estética y sexual.

Como mujer, colocándome en las mismas condiciones en que se halló la actora, entiendo que tales lesiones integran el daño moral sufrido por la señora S. E. W., quién al someterse a una cirugía mamaria no sólo por una cuestión estética sino, fundamentalmente, por su s., no esperó verse mutilada. Aunque la lesión afecta partes usualmente no visibles del cuerpo se ha herido su identidad corporal (daño estético), provocando una profunda alteración a su percepción subjetiva de autoestima o aceptación (daño psíquico), y con serias implicancias en su vida de relación afectando, entre otras cosas, la actividad sexual de la víctima.

La pericia psicológica de fs. 267/275 no hace más que corroborar mis apreciaciones, y fue contundente en sus conclusiones: “... Hay presencia de alteración significativa del funcionamiento psíquico y presencia de indicadores que constituyen disminución o perturbación en capacidades

psíquicas actuales. Presencia de malestar significativo que afecta esferas afectivas, sexual, recreacional, social, e interpersonal. El evento ha impactado en el psiquismo de la evaluada, quien aún no ha podido tramitar / elaborar la situación traumática. Una mutilación, pérdida o modificación en el cuerpo puede incidir en la autoestima, imagen, identidad y confianza de sí misma; lo cual se puso de manifiesto respecto de la Sra. W. Atravesó un daño estético que generó una vivencia subjetiva de afectación a nivel emocional; lo cual también repercutió en la aparición de vergüenza, culpa y constantes auto reproches. El evento generó un antes y un después en la vida de la evaluada, afectando y disminuyendo la capacidad de disfrute y goce en actividades que antes le generaban placer y le resultaban agradables. Destaco que, de sus antecedentes personales e historia vital de la evaluada, no surgen elementos que permitan ser inferidos como concurrentes al grado de alteración del psiquismo que padece; siendo su desarrollo afectivo – intelectual, anterior al evento traumático, satisfactorio y armónico con su edad y grupo social de pertenencia” (*sic*).

Sabido es que en materia de daño moral no siempre es posible producir prueba directa sobre el menoscabo padecido, pues la índole espiritual y subjetiva del perjuicio muchas veces es insusceptible de tal acreditación. Sin embargo, en casos como el aquí tratado, los hechos objetivos permiten presumir sin hesitación que se han causado mortificaciones que, por su naturaleza y gravedad, afectaron los sentimientos de la damnificada. Razón por la cual cabe considerar que tales contrariedades tuvieron relevancia suficiente para ocasionar el menoscabo a intereses no patrimoniales, según el curso natural y ordinario de las cosas (arts. 901, 903, 522 y conc. del Código Civil); a más de lo cual ello encuentra justificación a poco que se tenga en consideración que el derecho a una reparación integral así como el derecho a la integridad de la persona en su aspecto físico, psíquico y moral, es decir, el derecho a una *indemnización plena del daño a la persona*, se encuentran reconocidos por el plexo convencional incorporado al arto 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (conf. arts. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4°, 5° y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Fallos: 335: 2333).

El daño moral padecido por la señora S. E. W. a consecuencia del evento dañoso comprende derechos personalísimos que son intangibles, que ayudan a tener autoestima, que si bien, no se pueden cotizar sólo desde el criterio de la sana crítica racional de la mirada de un juez, es la única alternativa de poder reparar el daño ocasionado. Si bien es cierto, que a aquellas mujeres que fueron víctimas de mala praxis no les alcanza como solución la indemnización que reciben como sentencia, desde el punto de vista jurídico es la forma que se tiene para reparar el daño moral; al tratarse de sentimientos, emociones, sensaciones de depresión y tristeza producto de las lesiones físicas, es la única solución normativa que establece nuestro ordenamiento jurídico. Resulta muy difícil establecer una cuantía económica a lo que es intangible y diferente para cada

mujer que sufre una mala praxis, porque a su vez, las lesiones son diferentes y los niveles de insatisfacción y reparación distintas, ya que los jueces no somos especialistas en la temática.

No obstante en materia de daño moral he de priorizar a la víctima poniendo por encima los derechos personalísimos vulnerados. Para la mujer que sufre una mala praxis en una parte tan sensible de su cuerpo como son los senos, la sentencia del juez no es justa, porque no va a alcanzar el dinero para reconstituir lo que fue deteriorado, y mucho menos el estado de ánimo, la tristeza, la depresión del daño ocasionada y esa sensación de que quien le ocasionó las lesiones no reciba pena alguna. El dolor de tener que someterse nuevamente a una operación, en este caso reparadora, y no saber si es para mejor o peor, no se soluciona con dinero. Pero, a pesar de ello, la indemnización es la única solución que existe para reparar el daño moral.

De tal suerte, apreciando las circunstancias del hecho y su indudable repercusión perniciosa en el ánimo de la señora W., hago lugar a este rubro en la suma de **pesos seiscientos mil pesos (\$600.000)** cf. art. 167 del rito.

En atención a las consideraciones expuestas, hago lugar a la demanda interpuesta por S. E. W. (DNI N° X.) contra la O. S. G. S. y solidaria- O. S. de L. F. de la P., por la suma de **pesos setecientos cincuenta y un mil seiscientos sesenta y nueve con once centavos (\$ 751.669,11)**, a la que se adicionará la tasa activa de interés que aplica el B. del C. S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales a treinta días desde la fecha de la intervención quirúrgica (07/04/2011) y hasta el efectivo pago (arts. 509 y su nota, y ctes. del Código Civil). Las costas se imponen a los accionados, por el principio objetivo de la derrota que impera en esta materia (art. 69, 1a. parte, del CPCC).

Los honorarios de los abogados intervinientes se regulan por porcentajes, que se aplicarán a la suma que resulte en definitiva como monto del proceso en la liquidación firme de los accesorios que se ordenan abonar. Para ello, se tendrán en cuenta la calidad y eficacia de los escritos presentados, su actuación en la etapa de producción de prueba, la naturaleza del juicio y el resultado obtenido, contemplándose el 40 % de plus por el ejercicio de la procuración para los apoderados (arts. 5, 6, 8, 18, 36, 38 y 46 de la ley arancelaria vigente).

De esta manera, fijo los estipendios: de los Dres. G. V. C., y R. L., letrados apoderados de la actora y su letrado patrocinante Dr. J. M. F. C., en un 25,2 (18x40%+), en conjunto.

Siempre que tal porcentaje supere el mínimo previsto por el art. 7 de la Ley XIII N° 4; y con más el IVA si correspondiere.

Para la regulación de los peritos actuantes, en base a los arts. 5 y 60 de la Ley XIII N° 4, para la regulación de tales estipendios se valorarán la calidad y extensión de los trabajos de los peritos médico y psiquiatra, y la incidencia de sus dictámenes en la resolución de este pleito. La perito Lic. S. T. A., se hace acreedora a un 4 %; y el perito médico Dr. M. J. T., a un 4%. Todos del monto del proceso (art. 60 de la ley arancelaria).

Por todo ello, citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales

FALLO:

1) HACIENDO LUGAR a la demanda por daños y perjuicios entablada por S. E. W. (DNI N° X.), contra la O. S. G.- O. S. de L. y F. de la P., y, en consecuencia, condenando a la última a que en el plazo de DIEZ (10) días a partir de la notificación de este pronunciamiento, pague a la actora la suma de **pesos setecientos cincuenta y un mil seiscientos sesenta y nueve con once centavos (\$ 751.669,11)**, a la que se adicionará la tasa activa de interés que aplica el B. del C. S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales a treinta días desde la fecha de la intervención quirúrgica (07/04/2011) y hasta el efectivo pago (arts. 509 y su nota, y ctes. del Código Civil).

IMPONIENDO las costas a la parte demandada vencida (art. 69, CPCC).

2) REGULANDO los honorarios de los Dres. G. V. C., y R. L., letrados apoderados de la actora y su letrado patrocinante Dr. J. M. F. C., en un 25,2 (18x40%+), en conjunto; de la perito Lic. S. T. A., en un 4 %; y del perito médico Dr. M. J. T., en un 4%. Siempre que tales porcentajes superen el mínimo previsto por el art. 7 de la Ley XIII N° 4; y con más el IVA si correspondiere.

Los porcentajes mencionados *supra* se aplicarán al monto definitivo del proceso, que resulte de la liquidación firme del capital e intereses que se ordenan abonar.

3) MANDANDO se registre y notifique.

---- **REGISTRADO BAJO EL N°**

2021 (DEF) CONSTE.