

En la ciudad de General Roca, a los 4 días de Febrero de 2019. Habiéndose reunido en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en esta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "GARRIDO ZUÑIGA, NOEMI LORENA C/ HOSPITAL AREA PROGRAMA VILLA REGINA Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario) " (Expte. N° 7308-J21-13), venidos del Juzgado Civil N° Veintiuno, previa discusión de la temática del fallo a dictar, procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron:

EL SR. JUEZ DR. VICTOR DARIO SOTO, DIJO:

Conforme la nota de elevación de fs. 367, y contra la sentencia dictada el día 18 de mayo de 2.018 -fs. 317/331-; han deducido sus respectivos recursos de apelación las partes del proceso, a fs. 334 -actora-; a fs. 338 -"TPC Compañía de Seguros S.A."-, sobre la sentencia y los honorarios; a fs. 339 -honorarios- y 340 -sentencia- por parte de "Horizonte Compañía de Seguros Generales" y a fs. 342, por la Provincia de Río Negro; todos concedidos a fs. 353 y vta.-

Cabe hacer notar, que a fs. 372/374, se encuentra la expresión de agravios de la actora; cuyo traslado ha sido respondido por "TPC Compañía de Seguros S.A." a fs. 377/378 vta. -que expresó sus agravios a fs. 385/387 vta.-; como también que el representante de la Fiscalía de Estado, ha respondido los agravios de la parte actora, con su presentación de fs. 380/381 y ha expresado los propios a fs. 388/389 vta.-; mientras que "Horizonte Compañía Argentina de Seguros S.A." ha contestado los agravios del actor a fs. 382/383 vta.- y ha fundado los propios a fs. 390/398. Por otro lado, la parte actora ha contestado los agravios de las citadas en garantía a fs. 400/409.-

1.- La sentencia apelada ha hecho lugar a la demanda interpuesta por la Sra. Noemi Lorena Garrido Zúñiga, condenando al Dr. Sergio A. Mattivi, al Hospital Area Programa de Villa Regina y a las citadas en garantía "Horizonte Compañía de Seguros Generales S.A." y "TPC Compañía de Seguros S.A.", a abonar a la primera la cantidad de \$ 675.000,00.-; en concepto de indemnización de daño moral y psicológico; con más lo que habría de resultar respecto del daño anatómico, diferido en su determinación para la etapa de ejecución de sentencia.-

2.- Los agravios presentados por la parte actora a fs. 372/374, se encuentran dirigidos al exclusivo cuestionamiento respecto de la suma otorgada como resarcimiento del "daño moral" o extrapatrimonial; pretendiendo su elevación, acorde a lo que entiende

corresponder en función de los precedentes que cita.-

3.- Se advierte de fs. 377/278 vta., la contestación de los agravios precedentes -de la actora- por parte de "TPC Compañía de Seguros S.A."; solicitando el rechazo de la apelación contestada, con costas.-

4.- Merece hacerse notar que la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro, ha contestado los agravios de la actora, señalando que a su juicio, la expresión de agravios contestada no merecía ser considerada como una crítica concreta y razonada de los hechos.-

5.- Luego, a fs. 382/383 vta., se encuentra agregada la contestación de los agravios de la actora, presentada por "Horizonte Compañía Argentina de Seguros Generales S.A."; aludiendo allí a que los precedentes invocados para fundar la cuantificación del rubro, no guardan relación con el caso. Todo esto, para la hipótesis de la confirmación de la responsabilidad en el caso, que la recurrida sostiene no ser tal.-

6.- La citada en garantía "TPC Compañía de Seguros S.A.", ha presentado sus agravios a fs. 385/387 vta., recriminándole al fallo recurrido dos cuestiones.-

Una la relacionada con la desestimación de la limitación de cobertura, con fundamento en el supuesto error apuntado, en cuanto a no haberse considerado que la parte actora en el acto de la audiencia preliminar, expresamente reconoció la autenticidad de las pólizas de seguros aportadas al proceso.-

En segundo lugar, ha cuestionado la metodología de resolución, por la cual se ha diferido para la etapa de ejecución de sentencia la determinación de la incapacidad física y consecuente resarcimiento por el concepto; entendiendo que resulta de ello la afectación del debido proceso.-

7.- La Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro, ha traído su agravio a fs. 388/389 vta.; que ha concentrado en el cuestionamiento respecto del diferimiento dispuesto en el fallo, para la etapa de ejecución, respecto del daño físico anatómico; a los fines de la determinación de la incapacidad y cuantificación.-

8.- La citada en garantía "Horizonte Compañía Argentina de Seguros Generales S.A." ha presentado sus agravios a fs. 390/398.-

Comparte la apelante los agravios también introducidos por "TPC ..." y por la Fiscalía de Estado. Con ambas, en lo concerniente al diferimiento para la etapa de ejecución de sentencia del daño físico anatómico, en su configuración y cuantificación. Con la primera, en torno a la limitación de cobertura no admitida en la sentencia apelada.-

En este punto, debo hacer notar que la aseguradora defiende la oponibilidad del límite

de la suma asegurada a la parte actora, con citas de fallos del Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia; como también del cimero tribunal nacional.-

Agrega por su parte tres agravios más.-

Uno, dirigido al cuestionamiento de la responsabilidad atribuida en el fallo al Dr. Mattivi; que entiende no ha sido tal, teniendo presente que conforme su punto de vista, la actuación del profesional ha sido correcta en cuanto a la decisión tomada en torno a la instrumentación de la salpingoclasia bilateral.-

En este punto, señala la apelante que resulta cuestionable la condena al médico, cuando no se ha realizado la pericia médica en este proceso.-

Asimismo y trayendo a colación el testimonio prestado por el testigo -también médico, hasta el año 2014 perteneciente al equipo del Hospital de Villa Regina- Dr. Cian; quien fue convocado para colaborar ante la compleja cesárea que debía realizarse a la actora, habida cuenta que el parto natural no era posible.-

Señala que como consecuencia de la obesidad -que caracteriza como "mórbida", entre 139,8 y 144,8 kgs.- de la paciente, la toxoplasmosis y la hipertensión constatada; el cuadro era muy complejo, con una gran hemostasia -sangrado- que costaba detener. Asimismo y ante la necesidad de realizar la cesárea, el útero se mostraba como "friable" es decir como propenso a desgarrarse ante el mínimo contacto.-

De este modo, se produjo un desgarro en un segmento del útero, que motivó la necesidad de una sutura térmica, advirtiéndose un gran sangrado; aspectos todos que ponían en serio riesgo a la actora, ante la eventualidad de un embarazo futuro -para si y para el presunto niño-; con lo cual se concluye en que lo actuado por el Dr. Mattivi ha sido correcto.-

Agrega que la decisión tomada en el marco de la práctica médica ya aludida, fue informada al Sr. Patricio Delgado -pareja de la actora- quien comprendió la situación y firmó el consentimiento informado.-

Desde esta perspectiva, pretende la revocación de la condena dispuesta en el fallo.-

Luego, y para el eventual caso de la confirmación de la citada condena; discute la cuantificación del daño extrapatrimonial -moral- entendiendo que la suma acordada en el fallo resulta por demás elevada, teniendo presente que los precedentes invocados por la magistrada -que describe- no son contextuales con este caso, por haberse tratado de cuadros incapacitantes más complejos que el presente; conforme la aplicación de "Painemilla c/ Trevisán".-

Finalmente, cuestiona por altos los honorarios regulados a los letrados intervinientes por

la actora, y los del perito Franco.-

9.- La parte actora ha dado contestación a los agravios de sus contrapartes, con la presentación de fs. 400/409.-

Inicialmente intenta impugnar el recurso desde la pretensa deserción, conforme la fundamentación en los términos de los artículos 265 y concordantes del código procesal.-

En tal cometido, contesta los agravios relacionados con la responsabilidad -planteados por "Horizonte ..."- y a través de los dichos del médico Xian, intenta refutar las conclusiones extraídas por su contraparte; apuntando a que debía haberse previsto una cesárea programada y no confiar en la oportunidad del parto natural; teniendo presente las condiciones de la progenitora y el peso que presumiblemente tenía la persona por nacer.-

Por otra parte, que no se encuentra probado ni mucho menos, que la actora con las secuelas de la cesárea practicada, no se hubiera podido recuperar, y que sin la salpingografía que se le hizo, no pudiera haber tenido a futuro embarazos viables, habida cuenta también de la edad de la actora -29 años.-

Cuestiona también el intento de elusión de responsabilidad, desde que no se ha cumplido con el consentimiento informado de la paciente. Por el contrario, se lo ha requerido al conviviente de la actora -que no era la persona que correspondía ante una decisión tan delicada y vital-; como también que a partir de los dichos de la Sra. Mabel Gutiérrez, que acompañó a la familia en los momentos de la cesárea; quedó probado que ese consentimiento inválido que prestó el Sr. Delgado, fue posterior a la práctica médica.-

Posteriormente, refiere la actora a la procedencia del daño moral determinado, oponiéndose respecto del rechazo del rubro pregonado por la citada en garantía "Horizonte ...", en tanto no hay margen para la duda en cuanto a que no se le solicitó el consentimiento para una intervención de la naturaleza de la practicada, con la implicancia de la imposibilidad de procreación futura, frustrando el proyecto de vida que tenía la pareja de intentar completar la familia con la procreación de una niña -teniendo presente que los hijos en común con el Sr. Delgado, y los del último individualmente, son de sexo masculino.-

Que por otra parte, y trayendo a colación los dichos del Dr. Xian, refieren que las posibilidades de recuperar la capacidad reproductiva, son prácticamente nulas -12 % de probabilidad de éxito-; quedando a todo evento la posibilidad poco tangible de la

"fecundación in vitro".-

Que el mero hecho de la falta de consentimiento, apareja de por sí la procedencia del resarcimiento.-.-

Finalmente, refiere a la falta de fundamentación de la apelación arancelaria, como también, comparte el criterio de la magistrada en orden al procedimiento que había fijado para la etapa de ejecución de sentencia.-

10.- Analizados los agravios vertidos por las partes, y sus contestaciones; se impone analizar en primer término, el agravio vertido por la citada en garantía "Horizonte ..."; por haber sido la única que ha controvertido la responsabilidad atribuida en el fallo de primera instancia a los codemandados -Dr. Sergio Mattivi y Hospital Area Programa de Villa Regina.-

Dicho lo que antecede, entiendo que debiera rechazarse la apelación de la citada en garantía y confirmarse el fallo en este aspecto; por cuanto comparto los fundamentos del fallo en torno a la procedencia de la condena.-

Simplemente, el médico tratante y aquí demandado; más allá de lo que indicaba el cuadro, y de su mejor intención; se ha subrogado sin derecho alguno y ha tomado una decisión vital que exclusivamente competía a la Sra. Garrido; esto es -sin perjuicio de sus mayores o menores posibilidades y riesgos- le ha frustrado su proyecto de vida, al privarle de la decisión de intentar procrear por medios naturales.-

Especialmente debe tenerse en cuenta que, sin perjuicio de las condiciones físicas y de salud de la actora, su obesidad -factible al menos en expectativa de recuperar-, la posibilidad de regeneración del útero, que pericialmente no ha sido descartada; la procreación anterior exitosa de otro niño y la joven edad -29 años al momento de la intervención; la actora en todo momento era dueña de la decisión, y el médico -reitero, aún pese a su mejor intención, se la quitó.-

La legislación y jurisprudencia actual -como más adelante se desarrollará- privilegian la libre decisión del paciente capaz en torno a los derechos que le asisten y el rol del médico, es el de brindarle la información necesaria para decidir; mas de ninguna manera puede suplantarlo en la toma de decisiones, si como resulta en el caso; no había necesidad vital de proceder.-

Es decir, que por una parte, y tal lo fundamentado por la actora al contestar el agravio, conforme el médico declarante como testigo -Cian- lo más indicado hubiera sido prever una cesárea programada- y no bregar por el parto natural, o bien si se sostenía esta última oportunidad; conociendo el médico las condiciones de salud de la actora -

obesidad mórbida, toxoplasmosis, hipertensión- y el peso aproximado pero elevado del niño por nacer; coligiendo en base a su expertiz respecto de la posibilidad que se desencadenara un cuadro de la naturaleza del luego producido; debió informarle a la paciente en forma previa acerca de los riesgos existentes y las prácticas posibles, y por cierto; acerca de la conveniencia de la ligadura tubaria -a la sazón luego decidida ilegal y unilateralmente por su parte-; con la debida suscripción del consentimiento informado -previo- y no posteriormente como se hizo y con la persona que no era la titular de derechos.-

En suma, no hay margen para la revocación del fallo, al menos en mi opinión.-

Esta Cámara ha sostenido en los autos N° A-2RO-547-C3-14, el pasado 14 de diciembre de 2018, que Cabe hacer notar que este cuerpo, ha dicho el día 13 de noviembre de 2018, en los autos caratulados "O. A. E..." (Expte. N° A-2RO-500-C9-14); a partir del enjundioso voto rector -que he compartido- del estimado colega, Dr. Gustavo A. Martínez, que " ... para apreciar la culpa médica, debe meritarse en concreto la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar (art. 512, Cód. Civil), todo ello a la luz de lo dispuesto por el art. 902 del Cód. Civil. Y estas pautas deben compararse con el obrar ideal de un médico prudente del tipo al que pertenezca el deudor (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto, 'Prueba de la Culpa Médica' Ed. Hammurabi, ps. 96 y sgtes.). Es necesario entonces, verificar que no se han tomado los recaudos necesarios, los elementos de rutina y que, como resultado de ello, ha sobrevenido el infortunio que padece la víctima. Así, se ha dicho que: 'En orden a la responsabilidad profesional médica, deben aplicarse los principios generales del art. 512 del Cód. Civil, por lo que cuando el profesional incurre en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable' ... 'En el ejercicio del arte de curar, los médicos son responsables de las faltas que cometen si ellas resultan de la inobservancia de las reglas comunes de prudencia y atención, no de errores científicos o profesionales que no sean groseros, por cuanto la negligencia consiste en hacer algo que no debió hacer u omitir lo que debió haber hecho'" (CApelCyC., de San Isidro, Sala I, 20/08/1996, 'Buratti D' Agostino, Ofelia. c. Clínica Central Munro S.R.L.', LLBA, 1997, 92)"- ... IV) CARGA DE LA PRUEBA. PRESUNCIONES INCUMPLIMIENTO. CULPA. Resulta esclarecedor sobre el punto lo sostenido por el doctor Alberto J. Bueres como integrante de la CNCiv., Sala D, quien se pronunció en los siguientes términos: '... he dicho reiteradamente (in re:

´Guevara v. Centro Médico Lacroze´, L. 164091, 28.02.96) que en materia de responsabilidad médica, y a consecuencia de que el deber jurídico central asumido por el facultativo es por lo general de ´actividad´, en principio incumbe al paciente (pretensor) la carga de demostrar la culpa de aquél (demandado). Esta conclusión, hoy en día parece estar afianzada en el derecho vigente, tras un fructífero debate doctrinal de más de tres lustros, puesto que en las aludidas obligaciones de actividad, cuya infracción genera responsabilidad subjetiva, el ´incumplimiento´, cuando menos en el plano ´funcional´, se conforma con la culpa, razón por la cual la demostración de ésta entraña tanto como hacer patente aquel incumplimiento -al cual prima facie debe ser dirigida la prueba- (Jordano Fraga, Francisco, ´La responsabilidad contractual´ Ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 170 y ss.) ´No basta, pues, con revelar la mera infracción estructural o sea, la causación del daño médico, para deducir sic et simpliciter el elemento subjetivo (culpa), aunque tal transgresión al alterum non laedere provoque antijuricidad, que es asunto diverso. A menos que la ley estableciera lo contrario, cosa que no sucede en el derecho positivo, sentando por sola presencia del daño una presunción ´relativa´ de culpa que desplazase hacia el demandado la carga de probar su no culpa (o falta de culpa) o bien el caso fortuito...´(conf. CNCiv., Sala D, Julio 16, 1998, ´Contretars, Juan C. c/ Municipalidad de la Ciudad de Bs. As.´, JA, 1999-II-496/501, LL. 1999,C-794; ídem CNCiv., Sala F, 19.12.2005, ´Repetto, Héctor C. c/I.S., P.´, en Revista de ´Responsabilidad Civil y Seguros´, La Ley, Año VIII, Nº VI, junio de 2006). En la vinculación contractual entre médicos y pacientes se ha destacado que la obligación principal de los primeros, consiste en brindar una atención diligente e idónea del enfermo, sobre la base de las reglas del arte de la medicina y su evolución, conforme a los principios científicos que el título presupone, pero sin asegurar que el resultado perseguido se va a lograr, pues a los facultativos les está legalmente prohibido anunciar o prometer la curación fijando plazos, o la conservación de la salud o anunciar agentes terapéuticos de efecto infalible (art. 20, incs. 1*, 2* y 5* de la Ley 17.132). Así se ha recordado que nuestra jurisprudencia tiene resuelto que el médico no se compromete a curar al paciente, sino sólo a proceder con la diligencia común, conforme a las reglas y métodos de su profesión (conf. Trigo Represas, Félix A., ´Responsabilidad Civil de los Médicos por el Empleo de Cosas Inanimadas en el Ejercicio de su Profesión´, La Ley, 1981-B-762). De allí que el mero hecho de la no obtención del resultado esperado, pero no prometido, no habrá de implicar necesariamente la responsabilidad del médico, sino que corresponderá a quien pretenda la reparación la

prueba de que la no obtención de ese resultado perseguido obedeció a que el profesional no se condujo con la medida, diligencia e idoneidad debidas o que medió un comportamiento defectuoso de su parte. De ahí que se ha dicho que no basta la existencia de un resultado desafortunado para considerar responsable al médico interviniente, sino que es necesario acreditar que ese resultado dañoso se produjo por su negligencia, imprudencia o impericia, en definitiva por su culpa (conf. CNCiv., Sala M, 30/08/2001, 'T., H.A. y otro c/L., V. y otro', Lexis N° 30012226, y doctrina citada; ídem CNCiv., Sala F, 19.12.2005, 'Repetto, Héctor C. c/I.S., P.', en Revista de 'Responsabilidad Civil y Seguros', La Ley, Año VIII, N° VI, junio de 2006). Sin embargo, no puede desconocerse hoy la gran difusión y aplicación de lo que se dio en llamar la teoría de las cargas probatorias dinámicas, cuya concepción se atribuye a Peyrano (en tal sentido ver Peyrano, Jorge y Chiappini, Julio, 'Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas', La Ley, 1991-B-1034; Peyrano, Jorge W., 'El Derecho Procesal Postmoderno', La Ley, 1991-A,915; del mismo autor, 'Procedimiento Civil y Comercial', T I, p. 77, Ed. Juris, Santa Fe, 1991; 'El Proceso Atípico', Ed. Universidad de Buenos Aires, 1991, p. 140, y 'Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial', Ed. Zeuz, Rosario, 1983, p. 125), o, como lo postula MORELLO, de la efectiva colaboración en base al principio de solidaridad (Morello, Augusto M., '¿Hacia una Visión Solidarista de la Carga de la Prueba?', ED, 132-953; del mismo autor, 'En Torno a la Carga de la Prueba', La Ley 1990-E, 1071; 'La obligación de cooperación para acceder a la verdad en el ámbito del proceso', JA, 1991-III-552; 'La Prueba, Tendencias Modernas', p. 185, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1991, p. 58 y sig.; 'El Proceso Justo', Ed. Platense, Bs. As., 1994, ps. 265, 267 y sig.; 'El derecho a probar, su perfil constitucional', ED, 159-259; 'Nuevos Daños, nuevas técnicas procesales de protección' en Derecho de Daños, 2da. parte, homenaje al Prof. Félix Trigo Represas; conjuntamente con Sosa y Berizonce, 'Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Bs. As. y de la Nación', T. V-A, p. 140), según la cual el peso de la prueba se adjudica a quien está en mejores condiciones de aportarlas -fáctica, técnica, económica o jurídica-, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el cumplimiento del deber de cooperación en el esclarecimiento de la verdad (conf. Galdós, Jorge Mario, en Rev. del Colegio de Abogados de la Plata, año XXXV, n° 56; CNFed. Civ. y Com., Sala II, 08.09.2005, 'Sambiase de Craviotto, Myrtha A. c. Hospital Británico de Buenos Aires y Otro', Revista de 'Responsabilidad Civil y Seguros', Ed. La Ley, Año VIII, abril de 2006, p. 112). En definitiva, en materia de responsabilidad médica, queda

comprometida la del profesional si se prueba que éste no ha cumplido con la actividad en forma prudente o diligente, es decir, que obró con culpa (conf. CNCiv., Sala M, del 03.03.1997, 'S. de M., H. c/Hospital San Juan de Dios y otros', La Ley, 1997-C, 956)'. Lo dicho ha sido reiterado recientemente, y como jurisprudencia obligatoria o doctrina legal del STJ, por la Cámara Civil en las sentencias N° 52 del 07/08/2017 y N° 54 del 02/08/2016 ... 6.3.- Pero no avanzaré hasta aquí más en consideraciones sobre la pericia, para ir de lleno al análisis del caso con aplicación primordial de la ley 26.529. En tal derrotero he de recordar los artículos centrales de la ley para el caso, en su redacción original, teniendo en cuenta que era la vigente al momento del hecho de conformidad a lo dispuesto por el art. 3 del Código Civil -también entonces vigente- y 7 del Código Civil y Comercial. Esta ley que expresamente en su artículo 23 declara que es de orden público, resultando de aplicación en todo el ámbito del territorio nacional (ver Wierzba, Sandra M. y las citas que la misma realiza en el artículo doctrinario 'El consentimiento informado en la nueva ley sobre derechos del paciente', Thompson Reuters cita online AR/DOC/7578/2010), consagra la exigencia del consentimiento informado respecto del que ya se había avanzado mucho doctrinariamente exigiéndosele a profesionales y centros médicos como un deber insoslayable por nuestra jurisprudencia. En su art. 5° lo define: "Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados". Tras ello dispone en el artículo siguiente: "Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijan por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente". Y prevé las formas en que este deberá instrumentarse en el art. 7, indicando que "será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación". Prevé también las excepciones al

consentimiento en el art. 9, cuando expresa que “El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales”; agregando que “Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo”

... 6.6.- Sobre el consentimiento informado y las consecuencias que de la inobservancia del mismo derivan, esta Cámara ya tuvo oportunidad de expedirse en un caso en el que no resultaba aún de aplicación la ley 26.529. Refiero al precedente ‘Tome’ (sentencia de fecha 16/04/2015, correspondiente al Expte. 334-I-98), que vale remarcar, colaciona conceptos que expusiera el cimero tribunal de la Provincia en el invocado caso ‘Gullota’ que -como vimos ya- en la sentencia apelada se cita como una fuente principal para la resolución del caso. Dijimos en dicho precedente y, aunque extensa la parte pertinente, he de transcribir a continuación por su significación argumental: “14.- En lo que sí le acuerdo razón al recurrente, es en la omisión de consideración de la ausencia del consentimiento para la realización por parte del Dr. S. de la Histerectomía. Creo no obstante necesario resaltar que el planteo fue hecho tangencialmente en la demanda y que la mención concreta de violación de lo dispuesto por el inc. 3° del art. 19 de la ley 17.132 recién se concreta en esta instancia recursiva en la expresión de agravios [...] Dicho ello, cabe recordar que sobre este punto se ha dicho en el citado precedente ‘Gullota’ que: ‘En principio, el médico no puede efectuar ningún tipo de tratamiento sin recabar el consentimiento del paciente. Esta directiva se impone de manera incontenible dado que tiene en cuenta uno de los aspectos más salientes de la libertad personal y, asimismo el enfermo dispone -genéricamente- de su cuerpo (insipientervolenti non fitiniuria)’ y que ‘Visto así el asunto, la persona tendrá derecho a elegir el médico que la asistirá, el sistema operatorio a adoptar entre los aconsejados, el instituto asistencial de internación y hasta podrá ejercer, ad libitum, el derecho de arrepentimiento’. Se expuso también que ‘A fin de obtener la declaración de voluntad del asistido, el profesional tratará de persuadirlo sobre la necesidad del tratamiento. Si a pesar de las sugerencias el enfermo no acepta someterse a la actividad del médico, el galeno deberá negar su ministerio. Esta conclusión fluye de la recta interpretación del art. 19, inc. 3° de la Ley 17.132. Va de suyo que si el paciente está incapacitado, el consentimiento ha de requerirse de sus representantes legales expresamente instituidos o de los parientes

habilitados (que ostentan una representación legal tácita). Si ello no fuera posible, el médico sólo podrá actuar en la medida que lo justifique la situación particular generada por la gravedad extrema del caso. El acto obrado sin consentimiento, fuera de esta última hipótesis excepcional, configura una ilicitud civil y penal. La imposibilidad de escrutar la voluntad del enfermo también puede devenir de la urgencia fácticamente creada, circunstancia que muchas veces impide, en los hechos, la consulta a los representantes del asistido. Por ejemplo, si durante una operación el cirujano descubre una lesión más seria que la diagnosticada continuará el acto quirúrgico si la inminente y grave situación lo determina. De no mediar esa urgencia, tendrá que suspender la operación para recabar el consentimiento necesario (Bustamante Alsina, ob. cit. N° 1393, p. 399). ... 'En el reconocimiento de la autonomía del paciente se fundamenta la doctrina del consentimiento informado, establecido por las Leyes 17.132 de Ejercicio de la Medicina, 24.193 de Ablación y Trasplante de Órganos, así como las leyes 11.044 sobre protección de personas incluidas en investigaciones científicas y 11.028 regulatoria del funcionamiento de centros de procreación humana asistida.' (JCCorre. N° 3 de Mar del Plata, 18-9-95, 'P.A.F.'; L.L. 1997F-602. L.L. B.A.1995-1204). 'El principio de autonomía personal constituye uno de los principios bioéticos de reconocimiento universal, derivándose de dicha autonomía la denominada regla del consentimiento informado o esclarecido, de modo que aquí se conjuga la autonomía personal, de raigambre constitucional, y pleno reconocimiento en nuestro derecho vigente, con el principio bioético de igual denominación' (JCCorr. N° 3 de Mar del Plata, 6-6-95m 'R.L.B. y B.M.D.', L.L.B.A. 1995-847). Y en cuanto a las consecuencias de la falta de consentimiento, que: 'En el marco de una acción de daños y perjuicios, se debe responsabilizar al médico demandado por su omisión de informar en debida forma a su paciente, a fin de que éste tomara una decisión razonada, ponderando los graves riesgos generados por el cateterismo hemodinámico sugerido en el que se le colocaría una prótesis correctora, y los beneficios esperados, pues con las pruebas aportadas no logró acreditar que hubiera obtenido un consentimiento válido en el que constara que el enfermo entendía y se sometía voluntariamente a la intervención propuesta.' (CNCiv., sala B, 18-3-2008, "S. de Del M. E. R. y Otros c/ G. M. A. y Otro". L. L. Online). Y que 'La posibilidad de que la actora padezca una lesión intestinal durante el tratamiento -videocolonoscopía- debía ser informada por la médica demandada. Ello porque se trató de un procedimiento médico programado, terapéutico y de naturaleza invasiva sobre el cuerpo de la actora, motivo por el cual resultaba

imprescindible que se informaran los riesgos que aquél implicaba. Y si bien al momento del hecho la legislación vigente no imponía el consentimiento por escrito -como hoy en día sí lo exige el inc. c, art. 7, Ley 26529-, lo cierto es que ningún tratamiento médico puede practicarse sin el consentimiento del paciente o de algún familiar en caso de que éste no fuera mayor de edad o no estuviera en condiciones de comprender el riesgo de las complicaciones. Pero además la naturaleza del riesgo así lo exigía, pues nótese que el perito indica que eran riesgos previsibles o reconocidos, y si tal lesión podía preverse, aunque fuera inevitable (art. 514, Código Civil), debía necesariamente informarse y consentirse, puesto que sólo esa autorización quitaba antijuridicidad a los daños que el médico provocaría como natural y lógica derivación de la intervención practicada. El concepto de mala praxis médica incluye no sólo la negligencia o la torpeza en la realización del tratamiento o práctica, sino también en realizarla sin haber anticipado al paciente los datos suficientes para que este pudiese prestar su consentimiento informado. Ante el incumplimiento del deber de información adecuada el bien jurídico lesionado es el derecho del paciente a ejercitar su facultad o capacidad de autodeterminación (art. 19, Constitución Nacional); si el paciente se vio privado de ese derecho, lo que el médico realizó luego, aunque fuese correcto con acuerdo a la *lex artis*, significó la causa de lo que al paciente le acabó aconteciendo. De allí, que no cabe encuadrar a la causalidad material entre el hecho y el daño pues, de ese modo, el profesional respondería siempre que no se alcance el resultado perseguido; muy por el contrario, la relación causal se vincula con la ausencia de asentimiento informado cualificando como antijurídica la conducta desplegada por el profesional. Condición que impone la inexorable obligación de indemnizar el perjuicio ocasionado (arts. 1066 y 1068, Código Civil). La asimetría entre las partes impone el efectivo ejercicio del deber de información; así mientras la médica demandada es una profesional, especialista de una determinada rama médica, la paciente es profana en la materia y por tal se encuentra en situación de inferioridad para entender la problemática relativa a su salud. Hoy en día constituye un deber principalísimo de los médicos, el de brindar una adecuada información al paciente de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural, según lo establecido en el párr. 1º in fine, art. 13, Ley 24193 de trasplantes de órganos humanos, aplicable por vía analógica a cualquier supuesto de tratamiento médico (art. 16, Código Civil). Siendo, además, éste un presupuesto y elemento esencial integrante del *lex artis* y su omisión puede generar responsabilidad, cuando se materializan los riesgos típicos de los que el paciente no ha sido informado´ (Cámara de Apelación en lo

Civil y Comercial de Necochea, Buenos Aires, sentencia de fecha 4/04/2012 en autos 'S., M. vs. L., A. M. s. Daños y perjuicios' Rubinzal online, cita RC J 5477/12). A lo dicho hasta aquí trayendo doctrina legal emergente del caso 'Gullota', así como distintos fallos que en su mayoría han sido destacados en la obra de Jorge Mosset Iturraspe y Miguel Piedecasas, 'Derechos del Paciente' de editorial Rubinzal-Culzoni, estimo oportuno transcribir algunas citas de lo expuesto sobre el tema por el Dr. Lorenzetti en la obra 'Responsabilidad de los Médicos'. Expone allí el actual presidente de la Corte Suprema: 'En la ley es posible encontrar disposiciones que son fuente del susodicho deber. Así se dijo que el médico tiene un deber de información que surge del artículo 11 de la ley 21.541, aplicable analógicamente (art.16, Cód. Civil). En el mismo sentido se afirmó que aunque no resulte expresamente establecido en la ley 17.132 y sus modificatorias, por aplicación analógicamente de la ley 21.541, el profesional médico debe informar de manera suficiente y clara, adaptada al nivel cultural de cada paciente, acerca de los riesgos de la operación según sea el caso, sus secuelas, evolución previsible y limitaciones resultantes (Lorenzetti, Ricardo L., op. cit., t° I, pág.202). 'Concluyendo, puede afirmarse que existen distintos fundamentos para el deber de informar, a saber: Fundamentos constitucionales. El deber de informar tiene un fundamento constitucional en el respeto de la libertad, puesto que no puede avasallarse la libertad de otro sin su consentimiento. Fundamentos dogmáticos. En la dogmática jurídica puede indicarse que, siendo el contrato un acto jurídico, debe ser voluntario. Para que exista voluntariedad debe existir discernimiento, intención y libertad. La existencia de un desnivel informático afecta los tres elementos. También puede encontrarse un fundamento dogmático en la exigencia de buena fe, y en los deberes secundarios de conducta que son un precipitado de la misma y entre los que se encuentra el deber de informar. Fundamentos legales. Entre ellos se encuentra el derecho a la información en las relaciones de consumo, y su consiguiente aplicación en las ofertas dirigidas al público indeterminado a través de la publicidad, de conformidad con la ley 24.240, que requiere de la información adecuada. En el plano específicamente medical, la aplicación analógica de la Ley de Trasplantes, de Sida, de Protección del Menor y muchas otras que citaremos, dan fundamento suficiente'. (Lorenzetti, Ricardo L., op. Cit., t° I, pág. 204). Y en relación a la ausencia del consentimiento informado nos dice: 'En estos casos hay que discriminar tanto la culpa como el nexo causal. La culpa surge por no haber informado, o por haberlo hecho defectuosamente, lo que se juzga conforme a los modelos predescritos. No es necesario negligencia en el

tratamiento. En cuanto al nexo causal, la víctima debe demostrar que el daño proviene de un riesgo que debió ser avisado. Si el peligro hubiera sido advertido, la víctima no se habría sometido al tratamiento y el daño no hubiera ocurrido. Este perjuicio debe ser mayor que el que hubiera sufrido de haber rehusado el tratamiento. Hay casos en que si no se somete al tratamiento la enfermedad le causará mayores perjuicios, y por ello es irrelevante la cuestión. Debe demostrar que una persona común hubiera rehusado el tratamiento de haber sido informado. La Corte de los Estados Unidos, en la causa 'Canterbury', ya citada, estableció un Standard objetivo, en términos de qué habría hecho una persona prudente en la posición del paciente si hubiera estado debidamente informada; aunque si el paciente en el caso particular pudo haber rehusado el tratamiento después de la información, la Corte negó la indemnización si una persona razonable la hubiera aceptado bajo las mismas circunstancias'. (Lorenzetti, Ricardo L., op. cit. tº I, pág. 212/213)"... Pero no solo no está el documento que acredite ello, sino que tampoco surge que se hubiere cumplido con la información a la que refiere el art. 5º de la ley 26.529 a cuyo estricto cumplimiento estaban obligados tanto los profesionales actuantes como el Sanatorio Juan XIII, sin que pudiese admitirse una dispensa del paciente en virtud del incuestionable orden público de la norma. En este sentido se tiene que no surge de la Historia Clínica y, ni siquiera al contestar la demanda se dijo: qué fue lo que eventualmente se le informó al paciente para juzgar si se cumplió con el mentado art. 5º de la ley 26.529. El Decreto reglamentario de dicha ley expresamente establece que 'Cuando el consentimiento informado pueda otorgarse en forma verbal, y fuera extendido de ese modo, el profesional tratante, deberá asentar en la historia clínica la fecha y alcance de cómo y sobre qué práctica operó el mismo'. Cuestión que además ya era exigida por la doctrina y jurisprudencia anterior a la ley, tal como hemos visto que ya habíamos expuesto en el precedente 'Tomé'... 6.10.- Entiendo oportuno agregar conceptos que comparto plenamente, expuestos por Calvo Costas en una publicación bastante reciente sobre la materia: "Es indudable, pues, que el consentimiento informado del paciente se ha constituido en un factor de legitimación de la intervención médica. Es más, tal como lo hemos advertido precedentemente, 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". Agregando más adelante el autor con relación a la ley

que comentamos: “... el legislador no ha dejado resquicio para poder pensar si existe la posibilidad de omitir la conformidad del paciente en prácticas o estudios de menor importancia: al expresar que ‘toda actuación profesional’ requiere el previo consentimiento del paciente, no existe, a nuestro entender, posibilidad de elegir cuál de ellas debe ser consentida o no previamente”. Así como respecto de los supuestos de actuaciones múltiples similares a las del caso que nos ocupa: “... .la obligación de informar debidamente al paciente es una obligación que pesa tanto sobre el profesional que ordena la práctica (dado que conoce los antecedentes y el estado del paciente en ese momento), así como también sobre el facultativo que la realiza, ya que este último es el especialista y conoce minuciosamente todos los pormenores del estudio a llevar a cabo (aspectos prácticos, riesgos, duración, complicaciones, alternativas, síntomas que presentará el paciente durante su desarrollo, etcétera). Por lo tanto, de igual modo que el médico que realiza la práctica puede incurrir en mala praxis por un mal desempeño durante el transcurso de ella —con independencia total y absoluta del profesional que la había ordenado—, también puede incurrir en responsabilidad ante la omisión de la obtención del consentimiento informado del paciente originado en una deficiente información de los riesgos que acarrea dicha práctica”. (Calvo Costa Carlos, en su trabajo ‘El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado’. (Publicado en: RCCyC 2017 (junio), 71 • DFyP 2017 (septiembre) , 219, Thomson Reuters cita online: AR/DOC/1248/2017). ... Hemos dicho asimismo al resolver en el Expte. 198-11 (sentencia de fecha 2/06/2014) y resultando de aplicación al presente lo reiteramos que ‘Ha señalado Claudio Kiper y se comparte plenamente, que ‘La carga probatoria dinámica, si bien recae en principio en ambas partes, ha sido distribuída por la doctrina de la siguiente forma: ambas partes, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la solución del caso, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, quien está en mejores y/o mayores condiciones profesionales, técnicas y/o fácticas de hacerlo, quien afirme lo contrario a la naturaleza de las cosas, quien se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de prueba, quien esté en la situación más favorable para probar los hechos de que se trata, quien esté en mejores condiciones de producir la prueba, quien quiera innovar en la situación de su adversario, quien esté en mejores condiciones de aportar los elementos requeridos, quien esté en mejores condiciones de probar, quien esté en mejores condiciones de clarificar las cuestiones planteadas, la parte que posee un conocimiento directo de los hechos, quien

afirme hechos anormales, etc.’ (del voto del Dr. Kiper, en el fallo de la Sala H CNCiv. De fecha 2/02/2006 en autos ‘Schoenfeld, Karin Susana c/ Mitsu Car SA y otros s/daños y perjuicio’). ... Señala Fernando Pagliuca, comentando un fallo, y compartiéndose resulta de aplicación al caso: “... el consentimiento informado debe, y debió al momento del hecho del caso, constar de 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 su estado de salud; el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; los beneficios esperados del procedimiento; los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; y las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados... la importancia trascendental que tiene el consentimiento informado en materia probatoria para juicios de malas praxis médicas, lo convierte quizá en la prueba por excelencia. Porque el apartamiento de lo allí establecido invierte la carga y la deficiencia en su otorgamiento es inexcusable. Es por ello que, para los casos en que no haya un consentimiento informado completo o válido, debe tenerse por no consentido el tratamiento y, por tanto, por no esperados ni aceptados los resultados dañosos que puedan producirse. Si en ese consentimiento no obran las consecuencias que puede acarrear el procedimiento tanto para el común denominador de la población, como específicamente para un paciente de sus características particulares, mal puede tenerse por aceptadas las consecuencias dañosas que puedan producirse en la intervención.... Por ello, para finalizar, la importancia trascendental que tiene el consentimiento informado en materia probatoria para juicios de malas praxis médicas, lo convierte quizá en la prueba por excelencia. Porque el apartamiento de lo allí establecido invierte la carga y la deficiencia en su otorgamiento es inexcusable (Pagliuca, Fernando, ‘El consentimiento informado en los juicios de mala praxis médica’, JA 2017-III, 623).

El Dr. Bueres como integrante de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil Sala D, con la claridad que siempre lo ha caracterizado, en un fallo de ya casi tres décadas, muy anterior a los avances legales que hemos venido viendo, sostuvo: "La situación de superioridad procesal que poseen los profesionales en razón de sus conocimientos técnicos y de las circunstancias que rodean el tratamiento o la intervención quirúrgica, confiere alto relieve a las presunciones judiciales, tal vez en dimensión mayor que en otras materias. De tal suerte, evidenciados por el paciente ciertos datos empíricos, el

Juez ha de deducir la culpa galénica no probada de modo directo; o con otras palabras: el sentenciante tendrá por probada la culpa cuando el daño, en su ocurrencia, según la experiencia común, no podría explicarse de otra manera que no fuese por comisión de tal culpa (a menos que el médico demandado diere una contraprueba eficaz: no culpa o el casus)" (CNacCiv., Sala D, 9/8/89, 'F.R.M. c/Hospital Ramos Mejía', J.A. 18/4/90). También se ha dicho: "Por el contrario, si el médico no respeta el derecho del paciente de ser informado, y decidir libremente, y el tratamiento no fuera exitoso, el médico habrá realizado una acción típica y antijurídica, a lo menos culposa, por la que deberá responder penalmente, además de pecuniariamente" (Los aspectos jurídicos del consentimiento informado. Lex artis y la relación médico paciente', Vivian R. Bullemore G, McKinnon R., John R, Thomson Reuters Cita Online: AR/DOC/1650/2013). "Se responde por las consecuencias dañosas, aunque no haya habido mal arte en la práctica médica en cuestión, si de haber sido adecuadamente informado de todos los peligros significativos, una Persona prudente y razonable puesta en lugar del paciente, hubiera decidido rechazar la práctica médica, haciendo una opción que hace a sus derechos personalísimos" (Cám. Nac. Civil, Sala M, 16/09/02, 'B. de K.,S.,G.H. v. G.,J.A. y otros', JA-2003-I-604)".- ... Es de hacerse notar también, como señala Rubén Compagnucci de Caso -"Responsabilidad Civil de los Médicos -Algunos aspectos sobre la relación jurídica y la culpa médica", pág. 363/369, publicado en Revista 2016-3- "Responsabilidad de los profesionales", editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 20 de enero de 2.017- que "...III. Las obligaciones emergentes de las relaciones entre médicos y pacientes: En la relación existente entre médico y paciente, donde surgen derechos y obligaciones que deben ser observados por ambos al amparo de que el contrato no sea sólo una operación privada confiada a la libre determinación de las partes, sino que a su veztribute mediante la cooperación que es dable esperar en el mismo a los principios de corrección y de buena fe, encontramos que la ley 26.529 de los Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud señala como derechos de los mismos, los siguientes: ... f) Información sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud ... De tales derechos surgen como deberes de los médicos: ...3 informar al paciente, y 4. obtener el consentimiento informado sobre los aspectos que nos detendremos más adelante ... La información sanitaria y el consentimiento informado: La ley 26.529 conceptualiza la información sanitaria, diciendo que es aquella que de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su

estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos ... Que en tal inteligencia, si ponderamos que nuestros tribunales le reclaman a los médicos no sólo que pongan su conocimiento al servicio de sus pacientes, sino que a su vez cumplan con los deberes profesionales a la hora de analizar sus responsabilidades frente a los daños que pudieran atribuírseles. Encontraremos desde este vértice que junto con la información aludida, el consentimiento informado y la confección de la necesaria historia clínica en forma adecuada, resultan instrumentos de indudable consulta para verificar la existencia de la culpa endilgada ...".-

11.- Confirmada entonces la cuestión de la responsabilidad, cobran virtualidad todos los demás agravios.-

Por cierto, el de la parte actora, que ha considerado bajo el resarcimiento por el daño extrapatrimonial que se le ha acordado, de \$ 650.000,00.-

Como antes he señalado, ese agravio ha sido contestado por las contrapartes, y ha sido objeto de agravio en la apelación de "Horizonte ...".-

Si bien atendiendo a la metodología de cuantificación del daño extrapatrimonial que de manera pacífica sigue esta Cámara, desde el señero pronunciamiento recaído en "Painemilla c/ Trevisán" -sin perjuicio de las restantes aportes experimentados en la definición del criterio- hemos dicho reiteradamente -por caso- en los autos N° 45-J.1°-2.011- en sentencia del 07 de julio de 2.015; que "... Esta Cámara, con su actual integración, viene acuñando un criterio sostenido por el cual si bien el juez tiene un amplio margen de discrecionalidad en la determinación de la indemnización y más aún en lo que respecta al daño moral -como expresara la Dra. Mariani en su voto en la sentencia de fecha 20/09/2013 en el Expediente CA-21231-; resulta atinado "... tener en consideración las pautas elaboradas por el jurista santafesino Dr. Mosset Iturraspe para la cuantificación del daño moral, que vale la pena ilustrar en el presente estudio del tema: 1.- No a la indemnización simbólica; 2.- No al enriquecimiento injusto; 3.- No a la tarifación con "piso" o "techo"; 4.- No a un porcentaje del daño patrimonial; 5.- No a la determinación sobre la base de la mera prudencia; 6.- Sí a la diferenciación según la gravedad del daño; 7.- Sí a la atención a las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario; 8.- Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes; 9.- Sí a los placeres compensatorios; 10.- Sí a sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general "standard" de vida".- Y procurando siempre en la medida de lo posible, verificar que los importes que se establezcan guarden relación con

los fijados en casos anteriores; como resultara línea directriz desde el señero precedente "Painemilla c/ Trevisan" (J.C. T°IX, págs. 9/13) ...".-

Consultados los registros de esta Cámara, a los de obtener fallos que pudieran oficiar de parámetro inemnizatorio válido, no he encontrado otros que pudieran servir a ese efecto; aunque por la entidad del caso; no advierto como elevado el reconocido en el fallo; más, cuando conforme la doctrina legal vigente, es a valores de la fecha de la sentencia de primera instancia y no de la ocurrencia del hecho.-

Esto, porque el acto médico cuestionado, ha afectado de manera permanente el proyecto de vida de la actora, y le ha privado de la chance de maternidad futura.-

En el artículo "El daño al proyecto de vida", sus autores Jorge Mayo y Juan Manuel Prevot -"Revista de Derecho de Daños", "Daños a la Persona", 2009-3, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 03 de diciembre de 2009, pág. 143 y sgtes.-; refieren que " ... De todos modos, cuando se habla de proyecto de vida o de proyectos de vida, no podemos sino recordar lo que enseñaba el notable filósofo y ensayista madrileño Don Jose Ortega y Gasset, en su curso sobre que es la filosofía, cuando apuntaba que vivir es constantemente lo que vamos a ser, lo que implica que en la raíz de nuestra vida hay un atributo temporal: decidir lo que vamos a ser, por lo tanto, el futuro. Nuestra vida es, ante todo, toparse con el futuro. He aquí otra paradoja. No es el presente o el pasado lo primero que vivimos, no, la vida es una actividad que se ejecuta hacia adelante y el presente o el pasado se descubren después, en relación con ese futuro. La vida es futurición, es lo que aún no es ... Volvamos al llano. En el esquema que realiza Fernández Sessarego califica de daño subjetivo al que sufre la persona, que se descompone en daño biológico, o lesión considerada en si misma y en daño a la salud o bienestar a la persona. Se trata del daño psicosomático. A su lado, pero distinto, está el daño al proyecto de vida. El proyecto de vida es inherente al ser humano, en cuanto libre y temporal. Para vivir hay que proyectar. Para proyectar hay que adoptar, primariamente, una íntima decisión en el ámbito de la libertad subjetiva. La decisión, en cuanto libertad subjetiva, exige ser cumplida en el mundo, en la vida de relación social. La decisión que se asume en cuanto a la libertad tiene vocación existencial de convertirse en acto, en conducta, en realización personal. De allí la trascendencia para la persona. En el proyecto de vida se juega su destino, se centran sus mas caras aspiraciones ... Consecuentemente, un daño que atente contra el proyecto de vida, que lo frustre, lo retarde o lo menoscabe incide en lo esencial de un ser. Es un daño radical, en cuanto es un daño a la libertad, que se consuma mediante un previo daño a la libertad,

que se consuma mediante un previo daño psicosomático, la frustración del proyecto de vida origina un vacío existencial..."-.

Esta cita, que culmina con la opinión de los autores en cuanto a que su resarcimiento debe ser contemplado dentro de los amplios márgenes de "daño extrapatrimonial"; guarda relación, no solo con el agravio en ese punto, sino también con los restantes relacionados con la decisión de la Sra. Jueza de primera instancia, de diferir para la etapa de ejecución de sentencia, lo relativo a la configuración y cuantificación del daño físico anatómico -daño que en cuanto a su acaecimiento las partes no discuten, sino su justificación o necesidad.-

En este punto, anticipo al acuerdo que en mi opinión, desde la economía procesal, no justifico la necesidad de alargar el proceso de la manera prevista por la Sra. Jueza; no ya por cuestiones de limitación procesal; sino porque entiendo que lo que de ese procedimiento pudiera surgir; debiera tener cabida en el resarcimiento del daño extrapatrimonial.-

Teniendo presente que los resultados de ese eventual procedimiento, no se reflejarían en una incapacidad física con repercusión en la esfera laboral; sino en la órbita existencial de la actora; ese menoscabo físico, a mi juicio debe tener acogimiento dentro del resarcimiento extrapatrimonial.-

Cabe señalar asimismo, que la pericia psicológica del Lic. Pablo Franco -fs. 220/222, sin perjuicio de la impugnación y contestación- permiten merituar que la actora ha resultado con depresión reactiva de grado moderado, con reacción anormal neurótica con una incapacidad psíquica del 20 %; que también será considerada dentro del daño extrapatrimonial.

No será objeto de resarcimiento autónomo, porque el perito proyecta la incidencia laboral negativa, desde la perspectiva de la implicancia del cuidado del hijo discapacitado; en tanto es la persona que directamente se encontraba ocupada en su cuidado de tiempo completo y conocido es en los presentes que no ha mediado ningún reclamo relacionado con el niño nacido en la oportunidad ventilada en autos, sino por la ligadura tubaria y sus consecuencias.-

Es decir, la depresión la padece, pero no solo por la frustración de la maternidad futura, sino también por la carga vivencial en torno a los requerimientos de su hijo.-

Por tales razones, propongo al acuerdo elevar el daño extrapatrimonial -o moral- a la suma de \$ 800.000,00.- (Pesos ochocientos mil); con más los intereses a la tasa pura del 8 % anual desde el hecho y hasta la sentencia de primera instancia, y desde la misma en

adelante y hasta el efectivo pago, conforme la tasa activa resultante de los pronunciamientos del S.T.J. que conforman la doctrina legal, en autos "Loza Longo ...", "Jeréz", "Guichaqueo", "Fleitas" y los que pudieran sucederlos a futuro.-

12.- De tal modo, conforme lo dicho en el considerando precedente, he de votar por dejar sin efecto el diferimiento dispuesto en la sentencia, a los fines de la configuración y cuantificación del daño anatómico; habiéndolo entonces contemplado en el daño extrapatrimonial.-

Debo reparar en que las citadas en garantía y la Fiscalía de Estado, se habían alzado contra este pasaje de la resolución, con lo cual si bien sus pretensiones procesales se verían así receptadas; cabe aclarar también que -aún cuando la actora defendió lo resuelto en este sentido- la resolución que propongo no sigue en forma expresa los fundamentos de los apelantes, sino obedece a una cuestión de cuantificación; por lo que luego se merituará esto en la atribución de costas; como luego se verá.-

Esta aclaración se hace también, porque no reniego de la metodología -aún impertinente en este caso- de acudir a la etapa de ejecución de sentencia, para definir alguna cuestión, como por caso de cuantificación.-

Esta Cámara ha hecho uso, por caso en anterior integración, el 04 de febrero de 2009, en autos "FERNANDEZ HECTOR ENRIQUE Y OTRA C/DEPTO.PCIAL DE AGUA Y OTRO S/Ordinario " (Expte.nº 19.287-CA-08) de esa posibilidad, que no se advierte procesalmente improcedente, en tanto debe prevalecer el principio del resarcimiento integral o pleno del daño, por sobre un rigorismo formal que no produce afectación al derecho de defensa, puesto que de todo lo que resulte, debiera garantizarse la bilateralidad.-

13.- Ambas citadas en garantía, han apelado la sentencia en cuanto la magistrada desestimó las limitaciones de cobertura opuestas al tiempo de las contestaciones de las citaciones en garantía.-

Merece hacerse notar, que ha mediado un error en el fallo en este punto, por cuanto la magistrada reparó en los desconocimientos de las pólizas respectivas formuladas por la actora a fs. 69 y 104 -en cuanto no le constaba la autenticidad proveniente de terceros-; mas no ha reparado que en el acta de la audiencia preliminar -fs. 121, del 30 de abril de 2.015-, la representación letrada de la actora reconoció expresamente la autenticidad de las pólizas acompañadas, mencionándose allí que se consideraba innecesario entonces la producción de las pericias contables ofrecidas por las partes.-

Va de suyo entonces, que cuando se ha fallado ponderando en el 9º considerando de fs.

326 vta.; que ante el desconocimiento de las pólizas por parte de la actora, no se produjeron las pruebas periciales pertinentes para su convalidación; no cabe sino receptar los agravios de las citadas en garantías, por cuanto evidentemente, la mención en cuanto a que no son oponibles a la actora, es por cuanto no había participado de la contratación y resultaba ajena a sus términos. Conocido luego que en la audiencia preliminar la actora reconoció las pólizas, no cabe sino que concluir en la inobservancia de ese acto procesal por parte de la sentenciante y consecuente revocación del fallo en este aspecto.-

Vale señalar entonces que ni la actora -aún cuando pudiera discutirse desde la doctrina legal obligatoria el principio de relatividad de los contratos- ni los asegurados han confrontado las limitaciones de cobertura opuestas por las citadas en garantía, y percatados del yerro de la sentenciante de grado en este punto; no cabe sino receptar los planteos recursivos en este punto, en haras de preservar la congruencia.-

Todo esto, sin perjuicio de señalar que se conoce la doctrina legal de aplicación obligatoria que ha traído a colación "Horizonte ..."; aunque dejo a salvo la opinión contraria al respecto, que en mi caso he desarrollado oportunamente -cuando se encontraba vigente la obligación de "consideración obligatoria" de la doctrina legal, con la anterior ley orgánica- en el pronunciamiento del 06 de diciembre de 2016, en los autos "VIVES MAICOL A. Y RETAMAL CAROLINA Y. C/ PIRIS MARCOS A., INFANTE ALEXIS Y OTRA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" (Expte. n° 33973-J5-10); a la que me remito; sin perjuicio que de los autos "ROMERO ELIZABETH SOLEDAD Y OTRA C/ GONZALEZ JUAN DE LA CRUZ Y OTRAS S/ ORDINARIO (DAÑOS Y PERJUICIOS- MENORES- P/C 665-09(BENEFICIO), 666-12 y 667-12 y CP. 04724-18) " (Expte. N 514-09), del 05 de septiembre de 2018, considerandos 6.6.1. y 6.6.2.; que reflejan la opinión el apreciado colega Dr. Gustavo A. Martínez, en ese caso en el que sin perjuicio de haber dejado sentado su punto de vista sobre el particular, finalizó como desierto el recurso en examen.-

Entiendo corresponde aplicar obligatoriamente esa línea de resolución, en seguimiento de la doctrina legal vigente –conforme el art. 42, 2º párrafo de la ley Orgánica N° 5.190; en cuanto textualmente reza que "... Los fallos del Superior Tribunal, en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la ley, constituyen jurisprudencia obligatoria desde la fecha de la sentencia para los demás Tribunales, Jueces y Juezas..."; correspondiendo hacer notar que el Superior Tribunal de Justicia en los autos "Flores c/ Giunta"; ha dicho que "... A lo anterior debo manifestar que constituye un yerro

conceptual el atenuar o menguar los efectos de una determinada doctrina legal (existente en los términos y alcances dados por los artículos 286 del Código Procesal Civil y Comercial y 43 de la Ley Orgánica del Poder Judicial K N° 2430) ... La doctrina legal vigente debe ser necesariamente respetada mientras la misma no cambie, producto de visiones jurídicas superadoras por parte de quienes tienen la carga de elaborarla. Las reglas arriba citadas han estatuido lo que la doctrina nomina como el “stare decisis vertical”, que implica la obligatoriedad para los Tribunales inferiores de seguir en su obrar jurisdiccional los precedentes dictados por sus superiores jerárquicos, bajo la prevención implícita de que el apartamiento del precedente conllevará -como primera sanción- la revocación del fallo así dictado, por parte del Tribunal superior que revise esa sentencia...”.-

14.- En resumen, el recurso de la actora -en cuanto había reclamado la elevación del daño moral- prospera; propongo atribuir las costas de la segunda instancia a los codemandados y a las citadas en garantía -in solidum- en función de las diferentes fuentes de origen de las responsabilidades, en función del art. 68 del CPCC.-

15.- El último agravio pendiente, es el arancelario interpuesto por "Horizonte ..." respecto de los honorarios regulados a los letrados intervinientes por la actora, como también respecto de los fijados al perito Franco. Habida cuenta que el monto del resarcimiento resultará elevado, conforme los fundamentos precedentes, a la suma de \$ 825.000,00.-; se impone declarar en abstracto el recurso.-

Agrego a esto, que los honorarios regulados en primera instancia, propongo sean confirmados, valorando en torno al art. 279 del CPCC; que las regulaciones allí hechas -en mi criterio elevadas para la base económica de dicho fallo; no resultan así con la base de lo resuelto en el marco de las apelaciones. Por las labores de segunda instancia propongo regular los letrados intervinientes por la actora en el 30 % de la primera instancia, y a los de las codemandadas y citadas en garantía, en el 28 %; en tanto sus recursos parcialmente han prosperado -arts. 6, 7 y 15 L.A. G-2212.-

14.- Teniendo presente lo informado por la Sra. Jueza de primera instancia, en el punto "1" de los considerandos, en torno a las actuaciones que dice han sido iniciadas en el marco del expediente N° AJG-17-0017; por parte de la Auditoría Judicial General; atento el tiempo transcurrido entre las actuaciones de fs. 167/170; a los efectos que correspondan, líbrese oficio a la AJG -Auditoría Judicial General- con adjunción de las actuaciones obrantes entre la providencia del 22 de febrero de 2017 y la certificación actuarial del 07 de marzo de 2017 -no foliadas- hasta la sentencia de primera instancia

del 18 de mayo de 2018.- y de esta sentencia de segunda instancia.- ASI VOTO.-
EL SR. JUEZ DR. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ, DIJO: Que compartiendo en lo sustancial los fundamentos del Dr. SOTO, adhiero a la propuesta que formula.- MI VOTO.-

EL DR. DINO DANIEL MAUGERI, DIJO: Que atendiendo a la coincidencia de opinión de los dos primeros votantes, se abstiene de emitir su opinión (art.271 C.P.C.).- Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería,

RESUELVE: 1.- Hacer lugar al recurso de apelación de la actora y parcialmente a los planteados por las citadas en garantía y Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro, declarando en abstracto el arancelario; con costas a las segundas -art. 68 del CPCC.; conforme los fundamentos expuestos en los considerandos.-

2.- Mantener la regulación de honorarios de primera instancia y por las labores de segunda instancia propongo regular los letrados intervinientes por la actora en el 30 % de la primera instancia, y a los de las codemandadas y citadas en garantía, en el 28 %; en tanto sus recursos parcialmente han prosperado -arts. 6, 7 y 15 L.A. G-2212; conforme los considerandos precedentes.-

3.- Oficiar por Secretaría a la Auditoría General, a los fines expuestos en el considerando 14 del presente fallo.-

Regístrese, notifíquese, ofíciense y vuelvan.-

VICTOR DARIO SOTO
JUEZ DE CÁMARA
GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ
JUEZ DE CÁMARA

DINO DANIEL MAUGERI
PRESIDENTE
(En Abstención)

Ante mí:

PAULA CHIESA

SECRETARIA

nvp