

## Cámara Civil – Sala G (Poder Judicial de la Nación)

**Causa:: P. V.J. Y OTRO c/ I. M. DE O.S.A. Y OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS - RESP.PROF.MEDICOS Y AUX.**

Diciembre de 2017

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los XX días de Diciembre de Dos Mil Diecisiete, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: “V.P.VA.Y OTRO c/ IN. M. DE O. S.A. Y OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS - RESP.PROF.MEDICOS Y AUX.”, respecto de la sentencia de fs.535/564, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores MARIA ISABEL BENAVENTE -CARLOS CARRANZA CASARES-CARLOS ALFREDO BELLUCI-

A la cuestión planteada el Señor Juez de Cámara Doctora BENAVENTE dijo:

L.- La sentencia de fs.535/564 rechazó la demanda en todas sus partes e impuso las costas a los actores que re-

## **RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO AL DEBER DE INFORMACIÓN**

NON-COMPLIANCE'S LIABILITY OF DUTY OF INFORMATION

AGUSTINA DALLEGRE<sup>1</sup>

### RESUMEN

El deber de información se ve vulnerado por la parte demandada, viciando así el consentimiento informado de la actora, generando la responsabilidad del profesional junto con la obra social de indemnizar a la misma. El análisis se enfocará en cinco tópicos brindando conocimientos acerca de la ligadura de trompas de Falopio, precisando el deber de información, consentimiento informado, deber de alimentos, reparación integral y si existiría o no la posibilidad del niño de denunciar a sus padres a futuro por daño moral.

### ABSTRACT

The duty of information is violated by the defendant, vitiating the informed consent of the plaintiff consequently, generating the professional's responsibility alongside with the health insurance to compensate them. The analysis is focused on five topics providing knowledge about the Fallopian Tube's ligation, specifying the duty of information, informed consent and duty of nourishment.

Palabras claves: Derecho a la salud; Consentimiento informado; Deber de información y Deber de alimentos; Indemnización; Denuncia por daño moral a futuro.

Key Words: Right to health; Informed consent; Duty of information and Duty of Nourishment; Compensation/ Indemnification; Impeachment for future moral damage

<sup>1</sup> Alumna avanzada de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de Córdoba. Mail: agustinadallegre@hotmail.com

sultaron vencidos. Viene apelada por los perdedores quienes expresaron agravios a fs. 553/565, los que fueron respondidos a fs. 569/570 por I. M.de O. SA, a fs. 572/3 por O.y a fs.575/580 por S. M.SA.

II.- En el escrito de postulación P.V.J. V y D.A.

C. promovieron demanda por mala praxis médica y por incumplimiento del deber de información contra el Dr. B., I.M. de O.SA -I- y O.. Señalan que por las distintas dificultades que relatan, tomaron la decisión de solicitar al médico demandado que al dar a luz al tercer hijo de la pareja realizara la ligadura y sección de las trompas de Falopio. Es así que el 25 de noviembre de 2011 -día en que se llevó a cabo la cesárea programada- el Dr. B. hizo firmar a la coactora su consentimiento para el acto en un formulario que inicialmente se encontraba en blanco y fue completado más tarde. Luego de la intervención -añaden- les manifestó que había llevado a cabo la tarea según lo convenido. Sin embargo, tres meses más tarde, los reclamantes comprobaron que V. estaba nuevamente embarazada. Sostienen que el profesional nunca les explicó que el método elegido tenía chances de fallar. De todos modos ponen en duda que la intervención se hubiera efectivamente realizado, por cuanto al momento de dar a luz a su cuarto hijo -también por una intervención cesárea- el médico que asistió a la actora en esa ocasión -Dr. D.- asentó en la historia clínica que practicó la sección y la ligadura tubaria. Los demandados negaron la existencia de mala praxis médica como así también que no se hubiera proporcionado suficiente información a la paciente.

Luego de estudiar las pruebas producidas, especialmente el informe pericial, la colega de grado no encontró acreditada la culpa médica. De todos modos señaló que no se había probado que al margen de lo que surge del respectivo formulario, el Dr. B. hubiera explicado a la paciente que existía alguna posibilidad de que el tratamiento fracasara. Consideró, sin embargo, que no se había logrado probar un menoscabo concreto derivado de la referida falta de información, de manera que la omisión en que se habría incurrido no habilita por sí sola

## Introducción:

A fin de resolver recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: "V.P. VA. J. Y OTRO c/ IN. M. DE O. SA. Y OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS - RESP. PROF. MEDICOS Y AUX." se pone en conocimiento a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial, conformada por los siguientes magistrados: María Isabel Benavente - Carlos Carranza - Casares Carlos - Alfredo Bellucci.

Se promueve demanda por la parte actora, la cual manifiesta mala praxis médica e incumplimiento en el deber de información contra el doctor B., I.M. La actora frente a su tercer embarazo, le solicita al médico ya identificado intervención quirúrgica a fin de realizarse la ligadura de trompas de Falopio. El doctor previo a la intervención hace firmar a la actora un formulario en blanco, el cual con posterioridad es completado. El conflicto entre las partes intervinientes es dado tres meses después de esta intervención, ya que la actora se encontraba transitando su cuarto embarazo, hecho por el cual le infundió gran sorpresa ya que contrariaba su planificación familiar responsable, producto del cual meses atrás había decidido realizarse la ligadura tubaría a fin de no poder engendrar ningún otro niño.

La parte actora desconfió de la realización de la ligadura de trompas de Falopio, además que plantea que el medico faltó al deber de información por no avisarle que esta intervención no era definitiva, y que podría producirse a futuro la recanalización (la cual ocurre cuando los extremos de las trompas se reconectan espontáneamente), o por la aparición de una fistula en la parte ocluida que permite el paso de gambetas. Le reclama al profesional el incumplimiento de la Ley 26.130 al no respetar los modelos de consentimiento informado que recomienda el programa de salud sexual y procreación responsable del Ministerio de Salud de la Nación.

El demandado esgrime que realizo correctamente la ligadura de trompas de Falopio, la

la procedencia del reclamo. De lo contrario –afirmó- se consagraría una suerte de multa civil, que no encuentra sustento en el ordenamiento jurídico.

Los actores consideran que el pronunciamiento recurrido es incongruente por cuanto el razonamiento parte de premisas que luego fueron arbitrariamente dejadas de lado y llega a una solución que no se condice con los postulados en los que se afirma la sentencia. Sostienen, además, que no se ha valorado adecuadamente la prueba.

III.- A la luz de las pautas de aplicación del derecho transitorio (art. 7 CCyC) la Sra. Juez de grado aplicó al caso la legislación vigente al tiempo de ocurrir los hechos, aspecto que no mereció críticas de ninguna de las partes.

Es sabido que la nulidad de la sentencia sólo procede cuando adolece de vicios o defectos de forma o construcción que la descalifican como acto jurisdiccional (art. 253 CPCCN), es decir cuando se ha dictado sin sujeción a los requisitos de tiempo, lugar y forma prescriptos por la ley adjetiva (arts.34, inc. 4 y 163 CPCCN), pero no en hipótesis de errores u omisiones, que -de existir- pueden ser reparados por medio del recurso de apelación, toda vez que el tribunal de Alzada puede examinar los hechos y el derecho con plena jurisdicción.

Las quejas de los actores se asientan en tres aspectos. Por un lado, en que el demandado B.no habría realizado la ligadura tubaria como habían previamente convenido; por el otro que, de haberla efectuado, la ejecutó de forma inadecuada y con culpa, pues de otro modo no se habría producido el nuevo embarazo a los pocos meses de la tercera cesárea. Por último, reprochan al profesional no haber informado sobre la eficacia del método. Se fundan para ello en las estadísticas y en las conclusiones expuestas por la perito médica designada de oficio –Dra. C.- en su dictamen.

IV.- Reiteradamente se ha dicho -con criterio que comparto- que, salvo en contados supuestos, la responsab-

.....

cual fue con consentimiento de la actora. Y considera que no faltó al deber de información de la misma. Argumenta que el servicio que el realizo es de medio por lo cual solo se obliga a realizar la ligadura tubaría. Al no ser su obligación de resultado no puede garantizar el mismo sino la realización de la intervención quirúrgica la cual fue efectivamente llevada a cabo.

El tribunal en base a los argumentos esgrimidos por la parte actora y demandada pone en observación el caso, se realizan informes periciales, pruebas testimoniales, análisis de doctrina y jurisprudencia, con el profesional que atiende a la actora en su cuarto embarazo, la cual finalmente es desacreditada por falta de pruebas, ya que la misma al realizar la cuarta cesaría no apunta el estado de la zona intervenida sino las tareas que desarrollo en ese momento, por lo que no se podría comprobar si la misma observo el estado en que se encontraban las trompas de Falopio, además que hay dos factores espontáneos que pudieron haber retrovertido la intervención quirúrgica realizada con anterioridad al cuarto embarazo, los cuales son la recanalización espontanea o la aparición de una fistula que produce el paso de gambetas.

Con respecto a la culpa medica que se le imputa al demandado, se llega a la conclusión que no es suficiente que la parte actora la cual tiene la carga de la prueba, esgrima que el resultado no fue el deseado, sino que debe aportar a la justicia los actos concretos que reprocha al medico por provocarle un perjuicio en su planificación familiar acreditando así, la deficiente prestación profesional.

En este caso se parte de la premisa que la intervención turbaría fue efectivamente realizada por el profesional, por lo que ninguna de las pruebas planteadas en la sentencia demuestra que la prestación del médico fue defectuosa.

Con respecto al deber de información, hay mucho por imputarle al demandado, ya que al momento de realizar la intervención quirúrgica le hizo firmar a la actora una hoja en blanco que posteriormente fue completada, la cual representaría su consentimiento in-

ilidad del médico frente al paciente es de fuente contractual (conf. Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, n° 1367; Bueres, “Responsabilidad civil de los médicos”, p. 74; Kemelmajer de Carlucci en Belluscio-Zannoni, “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, t. 5, p. 369, N° 20; Llambías, “Obligaciones”, t. IV-B, pág. 132, N° 2822; Alterini- Ameal-López Cabana, “Curso de obligaciones”, t. 2, pág. 491, N° 1861 y sigts.; Mosset Iturraspe, “Responsabilidad civil del médico”, p. 97, N° 2; Trigo Represas en Cazeaux-Trigo Represas, “Derecho de las obligaciones”, t. III, pág. 83; Rezzónico, “Obligaciones”, t. II, pág. 1514; Salvat-Acuña Anzorena, “Fuentes de las obligaciones”, t. IV, pág. 312, N. 2987). De manera que la cuestión queda gobernada por los principios generales enunciados en los arts. 512, 520, 902 y conchs. del código civil sustituido. Por tanto, para que el deber de responder por parte del médico pueda configurarse, el paciente tiene la carga de acreditar que el daño cuya reparación se reclama es consecuencia de un comportamiento culposo –por acción u omisión- atribuible a la mala praxis profesional; de modo que el interesado está precisado a demostrar no sólo el mencionado factor de imputación sino –además- la relación de causalidad (conf. Calvo Costa, Carlos, “Responsabilidad médica. Causalidad adecuada y daño: una sentencia justa”, LL 2006-D, pág.69). Esta premisa es el efecto natural de las obligaciones que se caracterizan como de medios, que suponen que el deudor sólo se obliga –en principio- al desarrollo de una actividad o conducta diligente y de conformidad con la *lex artis* (conf. Asúa, Clara I, “Responsabilidad civil médica”, en “Tratado de la responsabilidad civil” dir. Fernando Reglero Campos, Thomson- Aranzadi, reimpresión 2007, p. 1179 ss., Bustamante Alsina, J., “Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión”, cit., LL 1976-C, 63; Yungano, Bolado, Poggi, Bruno “Responsabilidad profesional de los médicos”, ed. Universidad, 141; CNCiv., sala C, del voto del Dr. Belluscio, del 6-4-76, en L.L. 1976-C, 69, anotado por Bustamante Alsina; Vázquez Ferreyra, “La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y en el contrato de trabajo”, ed.

.....  
 formado.

El consentimiento informado consta de dos partes, la informativa y el consentimiento propiamente dicho, al no ser informada por el medico acerca de la falibilidad de la intervención quirúrgica que le fue ejecutada a la actora, se considera que ha faltado al primer componente del mismo, por lo que su consentimiento no sería libre y estaría viciado por el incumplimiento del deber de información médica.

La obra social en este caso es demandada también por parte de la actora, ya que es la responsable de hacer que sus prestadores cumplan los estándares de información requeridos para cada operación en particular. Por ello el profesional antes de realizar cualquier intervención debe explicar acerca de la misma, sus posibilidades, ventajas, factores de riesgos, y la falibilidad o efectos secundarios de la misma.

Finalmente se resuelve revocar la sentencia apelada, hacer lugar a la demanda promovida y cobrar una indemnización al medico y la obra social interviniente, por haberse demostrado el incumplimiento al deber de información.

## **I.Ligadura Tubaria**

A fin de detallar la intervención quirúrgica realizada en el caso por el demandado a la actora, me parece apropiado aportar información acerca de la ligadura tubaría o comúnmente llamada ligadura de trompas de Falopio, es una cirugía de anticoncepción solicitada por la mujer a fin de lograr la esterilización, no es definitiva puede revertirse por el mecanismo de recanalización o aparición de una fistula en la parte ocluida que produce el paso de gambetas. Se puede realizar inmediatamente después de tener un bebé a través de una incisión pequeña en el ombligo o durante una cesárea.

La intervención quirúrgica tiene altas probabilidades de eficacia, pero admite excepcio-

Vélez Sarsfield, 1988, 157; Bueres, Alberto J. “Responsabilidad civil de los médicos”, tº 1, pág. 380 ss; Andorno, Luis O. “La responsabilidad médica”, Zeus, tº 29, D 126; CNCiv., Sala D, del 7-6-2005, “M., S. M.

c. Lecumberri, Luis E.”; La Ley Online).

Podría ocurrir que el reproche formulado contra el profesional no radique en el deficiente cumplimiento de la prestación sino que se alegue directamente que no ejecutó el acto prometido. En esas circunstancias no sería apropiado acudir a la calificación de la obligación asumida como “de medios” o de “resultado” sino que bastará con que el paciente demuestre que el opus prometido no se realizó para que se desplace sobre el médico la carga de demostrar las razones que justificaron la omisión.

Como dije, los actores pusieron en duda que el demandado B. hubiera realizado la ligadura y sección tubaria a que se había comprometido. Para el caso de haberse realizado, atribuyeron el fracaso de la técnica a la negligencia de aquél, reprochándole, por otra parte, no haber cumplido con el deber de información que exige la ley 26.130 ni respetar los modelos de consentimiento informado que recomienda el Programa de salud sexual y procreación responsable del Ministerio de Salud de la Nación. De este modo, se vieron privados de tomar una decisión adecuada sobre si llevaban a cabo la práctica, o bien -si resolvían consentirla- podrían haber adoptado otras medidas de contracepción para evitar un nuevo embarazo.

Corresponde, entonces, examinar si – efectivamente- se encuentra acreditada la realización de la ligadura y sección tubaria y luego –en caso afirmativo- si el profesional incurrió en culpa médica susceptible de generar el deber de responder.

V.- Por cierto, el reprochado incumplimiento es posterior a la vigencia de la ley 26.130 que incluyó los métodos de contracepción quirúrgica entre los permitidos, como así también de la Ley sobre Salud Sexual y Reproductiva y Procreación Responsable (Ley 25.673, de 2002) que modificó en el ámbito nacional la ley

.....  
 nes donde podría producirse un embarazo a futuro.

*“La ligadura de trompas se considera una forma de planificación familiar permanente y no se recomienda como método a corto plazo o reversible. Sin embargo, algunas veces, una cirugía mayor puede restablecer la capacidad para tener un bebé. Esto se denomina recanalización. Más de la mitad de las mujeres que se someten a una recanalización de trompas puede volver a quedar en embarazo. Una alternativa a la cirugía de recanalización es hacerse una fecundación in vitro (FIV).*

*Un procedimiento histeroscópico de oclusión de las trompas es muy difícil de revertir. En este caso, la mejor opción sería una FIV.*

*Los riesgos de la ligadura de trompas son:*

- *Cierre incompleto de las trompas, lo cual podría aún hacer posible que se presente un embarazo.*
- *Aumento del riesgo de embarazo tubárico (ectópico) si dicho embarazo ocurre después de una ligadura de trompas.*
- *Lesión a órganos o tejidos adyacentes causada por instrumentos quirúrgicos.”*

## **II. Consentimiento informado. Deber de Información.**

El consentimiento informado implica una declaración de voluntad efectuada en este caso por el paciente, el profesional que va a realizar la prestación medica debe haberle proporcionado toda la información necesaria que compromete la intervención quirúrgica. De esta manera el paciente, tiene la libertad de elegir si va a aceptar las ventajas y riesgos que produce realizarse la operación.

El consentimiento posee dos elementos para ser completo, la información refiere a detallar de manera clara y precisa el procedimiento que se le va a realizar a la paciente,

17.132 que prohibía derechamente a los médicos realizar intervenciones esterilizantes si no mediaba indicación terapéutica precisa (art. 20 inc. 1). Dicho marco legal se integraba –entre otras normas- con el art. 91 del Código Penal que atribuye pena de reclusión o prisión de tres a diez años si la lesión produjera “la pérdida de la capacidad de engendrar o concebir”. Vale decir, en el contexto normativo que regía al momento de la intervención del galeno demandado, el procedimiento elegido era ya un método de contracepción legalmente permitido.

Según se desprende de la historia clínica que se encuentra agregada en sobre reservado, el 25 de noviembre de 2011, el Dr. B. realizó una operación cesárea electiva. Como resultado, nació un niño –el tercer hijo de los actores- de 8 meses de gestación y en buen estado (Apgar 9 al primer minuto y 10 a los cinco minutos). La intervención se llevó a cabo sin complicaciones. Ese mismo día, a la hora 8, asentó también que V. solicitó que se practique una ligadura tubaria. Exteriorizó su voluntad firmando la historia clínica. En pieza separada, se encuentra el “documento de consentimiento informado para ligadura de las trompas de Falopio”. También allí la actora suscribió el referido instrumento en el que solicitó la práctica en los términos dispuestos por la ley 26.130, sobre cuyos alcances y su eficacia me referiré más adelante.

La reclamante sostiene que si fuera cierto que el médico demandado realizó la ligadura tubaria, el embarazo no habría tenido lugar a los tres meses de la cirugía. En apoyo de su postura afirma que si el 19 de octubre de 2012, el Dr. D.-que la asistió en la última cesárea- procedió a realizar sección y ligadura tubaria, es porque dicha intervención no había sido anteriormente efectuada. Refuerza el argumento con citas de estadísticas internacionales -que también destaca la experta en su informe- que revelan que la posibilidad de embarazo postligadura son bajas. Estos argumentos no me parecen decisivos para tener por acreditado el incumplimiento absoluto de la prestación

.....

las ventajas, los riesgos, efectos secundarios y posibles complicaciones que podrían presentarse durante y posterior a la intervención. El segundo elemento es el consentimiento propiamente dicho, este lo completa, y refiere a la aceptación de la intervención quirúrgica correspondiente en cada caso particular, se acepta la oferta de la prestación medica de manera libre y autónoma, adolece de vicios. La autonomía dentro del consentimiento presenta un papel protagónico, ya que permite que este sea libre y no sea inducido por factores exteriores.

Es decir que para que el consentimiento sea eficaz, precisa que se cumplan de manera total estos dos componentes. Rige el principio de buena fe con respecto del profesional para el paciente, ya que este ultimo se encuentra en una situación de vulnerabilidad por desconocer los procedimientos quirúrgicos.

En este fallo se falta al deber de información, ya que no se cumple el primer componente del consentimiento informado, el medico hace que su paciente firme un documento en blanco, el cual completa posteriormente, impidiéndole así, conocer acerca de la falibilidad de la ligadura de trompas de Falopio, al no explicarle a la actora las posibilidades de que la operación se revierta espontáneamente o por formación de fistula llevándola así a la posibilidad de un futuro embarazo. Por otro lado, no le informa a la paciente con el tiempo correspondiente que debe prestarse a fin de que la misma, pueda evaluar lo que mas se adapta su proyecto familiar.

Por consiguiente, se deduce que el profesional en este caso, ha faltado al deber de información por lo que se impone el pago de indemnización al ser probada la culpa medica por la deficiencia en el deber de información a la actora.

Además, esta resolución comprende también a la obra social, ya que la misma tiene injerencia en el caso por ser deudora de las prestaciones médicas, aunque estas sean ejecutadas, en este caso por el demandado, y en ese carácter de deudor responde por el incumplimiento de la obligación de quien haya materializado la inejecución.

En efecto, según se indica en el informe pericial de fs.366/376, el embarazo posterior a la ligadura tubaria puede obedecer a una falla intrínseca del método. Se puede producir por la recanalización –que ocurre cuando los extremos de las trompas se reconectan espontáneamente- o por la aparición de una fistula en la parte ocluida que permite el paso de las gametas. La Dra. C.explicó que las tasas anuales de embarazo en caso de minilaparotomía por medio de la salpingectomía parcial, comúnmente con las técnicas de Pomeroy y Parkland, son muy bajas, pero en caso de fracaso, la mayor incidencia es en el primero o segundo año después de la cirugía. Agregó que según “el estudio CREST se observó que entre mujeres jóvenes la posibilidad de falla del método fue mayor, lo cual es lógico ya que... son más fértiles y por otro lado cuentan con más años de fertilidad”. Añadió que para los expertos el embarazo es un evento raro después de la IT, por ello es difícil determinar las tasas exactas de embarazo a través de las fuentes de datos internacionales, dado que no se reportan rutinariamente en conjunto con las tasas de embarazo de los otros métodos anticonceptivos.

De lo expuesto se infiere que, aunque la ligadura tubaria es un método de esterilización destinado a impedir el embarazo de manera permanente, ello no implica que no se puedan presentar excepciones, sobre todo en mujeres jóvenes, como es el caso de la actora. Una de sus posibles causas es la recanalización espontánea de las trompas de Falopio. En tales condiciones, el sólo hecho de haberse realizado una segunda sección y ligadura al nacer el cuarto hijo no descarta de plano que no se hubiera llevado a cabo la primera.

Es verdad que en el parte quirúrgico elaborado a raíz de la cesárea practicada en 2012, el Dr. D. no dejó constancia del estado en que se hallaba la zona intervenida, es decir, no asentó si las trompas presentaban signos de haber sido ligadas con anterioridad. Sólo se limitó a transcribir en la historia clínica –escuetamente, por cierto- la práctica que personalmente llevó a cabo en el momento de la cesárea. No advierto que esa omisión sea reveladora del incumplimiento absoluto al que se refiere la demanda. Como bien destaca la Sra. Juez a quo,

En este caso a obra social no ha cumplido con las instrucciones que deben darles a los prestadores profesionales para ofrecer a sus afiliados sobre el modo en que debe llevarse el consentimiento informado.

### III. Deber de alimentos

La parte actora solicita que se haga responsable económicamente la parte demandada de todo lo necesario para cubrir el consumo de su hijo hasta la mayoría de edad, esgrimiendo daño a su proyecto económico de vida, y su planificación familiar.

Por la cual decidió realizarse esa operación, reclama daño como consecuencia por incumplimiento del deber de información, fundándolo en las desventajas económicas que le trae aparejado el nacimiento de su cuarto hijo.

En nuestro ordenamiento, el deber de alimentos es intransferible e indisponible, reservado solo a los sujetos regulados por el artículo 537 del código Civil y Comercial de la Nación por lo que, si por incumplimiento al deber de información nació un hijo no deseado, la manutención del mismo es inherente e indelegable para los progenitores.

Como cita el artículo 539 CCYC Prohibiciones: La obligación de prestar alimentos no puede ser compensada, ni el derecho a reclamarlos o percibirlos, ser objeto de transacción, renuncia, cesión, gravamen o embargo alguno. No es repetible lo pagado en concepto de alimentos.

Por lo que los magistrados resuelven denegar el daño planteado por la actora en materia de alimentos, ya que corresponde a los progenitores brindarle a su hijo ese deber de manera indelegable e inherente, acreditando la falta de causalidad de la intervención del médico con el nacimiento y mantenimiento del nacido posteriormente a la ligadura de trompas de Falopio.

es sugestivo que no se hubiera ofrecido como testigo al Dr. D. a efectos de que pudiera efectuar las aclaraciones pertinentes. Resulta también extraño que ante la sorpresa –o disgusto– por el nuevo embarazo y frente a la sospecha de que no se habría realizado la intervención expresamente requerida, la paciente no tomara la precaución de averiguarlo y de requerir al médico las explicaciones que podrían haber constituido, por cierto, una prueba fundamental para esclarecer este aspecto medular de la pretensión.

No pasa inadvertido que al contestar las impugnaciones formuladas por la actora, la perito respondió que la probabilidad de que no hayan sido ligadas las trompas en la operación cesárea que concierne a esta litis es mayor que la canalización tubaria posterior, dado que el embarazo postligadura se produjo a los cuatro meses en que tuvo lugar aquélla (ver resp. III-e, fs.408 y vta.). Tal manifestación tampoco me parece suficiente para tener por probada la falta de ejecución de la práctica.

Al respecto, no está de más recordar que el art. 477 CPCCN no asigna al peritaje el carácter de prueba legal, toda vez que establece que su fuerza probatoria será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados (arts. 473 y 474 CPCCPN). En el caso, no puede perderse de vista que la apreciación de la experta no se basó en ninguna evidencia científica, pues es claro que realizó una ponderación de carácter conjetural, que no encuentra sustento objetivo en la prueba producida en estos autos.

Pues bien. Según la historia clínica, el 25 de diciembre de 2011, B.llevó a cabo la cesárea –de la que nació un varón sano– como así también la sección y ligadura tubaria solicitada por la actora. De haberse asentado falsamente que se realizó esta práctica, la conducta del deudor no sería culposa sino claramente dolosa. De

#### **IV.Posibilidad de que en un futuro el niño considerado costo adicional pueda demandar a sus padres por daño moral**

A lo largo de la sentencia aparece una pregunta muy interesante esgrimida por el autor Prieto Molinero, la misma data un tema muy interesante a tratar ¿Es razonable o moralmente valioso considerar que el nacimiento de un niño sano es un daño? ¿Qué ocurre si en el futuro el niño descubre que sus padres lo consideraron un mero “costo adicional” los podría demandar a su vez por daño moral?

En este fallo se habla de daño, refiriéndose al nacimiento de un hijo no previsto por la falta al deber de información, esto trae a colación en la sentencia dos problemas denominados “Wrongful pregnancy” o “Wrongful conception” estos reflejan la anticoncepción fallida, son los casos donde la mujer se sometió a una intervención quirúrgica tal como, la ligadura de trompas de Falopio, o el hombre a una vasectomía, y lo mismo se produjo a futuro un embarazo. Los términos mencionados en inglés aluden a las capacidades del niño, en base a si el nacimiento del niño es sano, o si tiene secuelas de incapacidad. Se realiza un análisis comparado a fin de determinar la postura de si el nacimiento del niño independientemente de su capacidad podría generar un menoscabo económico y reclamar así indemnización por incumplimiento del deber de información.

No es razonable analizar acerca de si el nacimiento de un niño produciría un daño ya que no podría generar planteos acerca de si el mismo fue deseado o no, en lo que respecta a la indemnización en caso de faltar al deber de información o por culpa médica, es justa la misma, ya que la actora tomo las medidas previas necesarias para evitar un futuro embarazo en base a su planificación económica familiar, con respecto al deber de alimentos, considero que es inadmisibles reclamarle al demandado ya que es un derecho personal e intransferible.

Por otro lado, el niño que en un futuro tome conocimiento acerca de que su nacimiento no fue querido por sus padres, se vería afectado moralmente. Por lo que no debería

allí que el dolo –entendido como inejecución deliberada de la obligación, aun cuando no se hubiera tenido el propósito de causar un daño- en tanto constituye una conducta agravada del deudor, debe ser probado de manera categórica por quien lo alega (conf. Llambías, Jorge J. “Tratado de Derecho Civil- Obligaciones”, ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1978, T.I, N. 155, p. 186; Bustamante Alsina, Jorge, “Prueba de la culpa” en Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales - Obligaciones y Contratos - Tomo I, p. 631; Pizarro-Vallespinos, “Instituciones de Derecho Privado”, t. 2, p. 607). No basta a tal efecto la invocación de vagas inferencias que no son siquiera graves, precisas y concordantes pues –como se ha visto- no se descarta en absoluto la posibilidad de la recanalización natural y espontánea de los extremos de las trompas o bien la formación de una fistula que permite el paso de las gametas, aunque se trate de contingencias excepcionales (ver resp. preg.11 de IMOS, fs. 36). No hay motivos serios para presumir con certeza que no se hubiera verificado en la especie la mencionada recanalización. Reitero, las inferencias de la Dra. Cejas son meramente probabilísticas y advierto que sus conclusiones en este aspecto parten de premisas no acreditadas, sino de sospechas que, por sí mismas, no son idóneas para desvirtuar las constancias de la historia clínica.

En tales condiciones, el sólo hecho del embarazo con posterioridad a la intervención cesárea no basta para acreditar la falta de realización de la sección y ligadura tubaria. Y aun cuando es cierto que el segundo profesional dejó constancia en la historia clínica que procedió a ligar las trompas, no explicó cuál era el estado previo de éstas, de modo que no queda claro si ejecutó la práctica por primera vez o bien si resolvió –v.gr.- un problema de recanalización espontánea. Frente a la duda, no puede reputarse falsa la atestación efectuada en la historia clínica y, por ende, menos aún puede tenerse por comprobado el dolo del deudor en el incumplimiento de la obligación.

VI.- Esclarecido el tópico analizado anteriormente vinculado al incumplimiento liso y llano de la prestación,

debaterse acerca de si la venida de los niños producto de fallos en las operaciones esterilizantes es deseada o no, el enfoque tiene que estar dado en si se realizó de manera correcta el procedimiento, brindando la información necesaria cumpliendo con los formularios enviados por las obras sociales, y observando el consentimiento detallado, libre y autónomo.

Se produce la violación del plan de vida y la voluntad procreacional de los padres, pero esto no justifica faltar al deber de alimentos, pero si concede la necesidad de la indemnización por parte del médico y la obra social debido al menoscabo patrimonial que lo trajo aparejado la sorpresiva venida del niño posterior a la ligadura de trompas de Falopio. Con respecto a la segunda pregunta que nos plantea el fallo, el niño no podría denunciar por daño moral, porque no fue damnificado por parte del demandado, no se presenta un nexo de causalidad entre su nacimiento, y el obrar del médico.

Por otro lado, el niño a futuro debería valorar las actitudes de sus progenitores posteriores a su nacimiento, y comprender que la importancia de la sentencia en cuestión no se centra en si el fue deseado o no por sus padres, sino en la solicitud de indemnización por parte del médico en su obrar culposo contrario al proyecto económico familiar.

## **V.Derecho a la reparación integral: indemnización**

Siguiendo con el análisis del fallo en cuestión, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación adopto la postura de la reparación íntegra o plena, así en el artículo 1740, establece que la misma consiste en restituir al afectado las cosas a como estaban en el momento anterior al hecho lesivo. Esta restitución como regla, establece que se deberá intentar restituir al estado anterior de cómo estaban las cosas y en caso de no poder ser posible, deberá de ser reemplazada por una suma de dinero.

Ahora teniendo en cuenta esto, el caso establece dos tipos de indemnizaciones que

resta examinar si existió culpa médica por haber llevado a cabo la cirugía en forma defectuosa o negligente. En principio, quien carga con la prueba de la culpa médica es el actor, quien debe justificar que el galeno no observó los deberes de prudencia y diligencia que caracterizan a la obligación de medios (conf. Bustamante Alsina, Jorge, "Prueba de la culpa", cit.). Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia desde hace tiempo destacaron la necesidad de aplicar en estos casos las denominadas "cargas probatorias dinámicas" –actualmente recibidas en el art. 1735 del Código Civil y Comercial– que son, en rigor, corolario del deber de "cooperación" que han de asumir los profesionales cuando son traídos a juicio (conf. Morello, Augusto, "La responsabilidad civil de los profesionales, la defensa de la sociedad y la tutela procesal efectiva", en "Las responsabilidades profesionales",

p. 15, Ed. Platense, La Plata, 1992; Compagnucci de Caso R., "La responsabilidad médica y la omisión en la presentación de la historia clínica", en *La Ley*, 1995-D, 549; voto del Dr. Bueres, CNCiv., Sala D, del 24-5-90, LL 1991-D, pág. 469). En función de dicho postulado, cuando no existen elementos completos o suficientes la carga de la prueba se coloca en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla (conf. Peyrano, Jorge W.-Chiappini, Julio O., "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", ED 107-1005). Esta distribución de la carga probatoria –que es claramente complemento del deber de buena fe y lealtad que se deben las partes entre sí– ha sido perfilada con el objeto de nivelar las asimetrías que existen entre los litigantes ya que el paciente –profano– puede tropezar con dificultades para acceder a la verdad y ver frustrado –así– su derecho a la reparación de un daño injusto, de modo que el profesional –cuya superioridad técnica con relación a aquél es innegable– está llamado a colaborar con el esclarecimiento de los hechos. Pero esta carga no implica, por cierto, dejar de lado la que incumbe al paciente que pretende el resarcimiento (art. 377 CPCCN) pues es quien tiene primordial interés en acreditar la causa fuente del daño, es decir, la culpa médica.

.....  
fueron solicitadas y otorgadas por el tribunal en primera instancia. Una primera indemnización que es el daño emergente, que es, el deterioro o pérdida de la cosa, como así también, por la privación de la misma que tuvo que soportar el damnificado. Y una segunda indemnización que se trata del daño moral sufrido por la demandante. Este daño moral en palabras de Pizarro (2004) "consiste en una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial" p.31. Estos dos daños, deberán de ser probados por quienes lo invocan, no bastando su propia alegación.

El tema central en este análisis pasa por la consideración del daño moral por sobre la consideración de los daños emergentes que pudo haber sufrido los damnificados. Esto es así, porque quedo probado que el daño emergente reclamado no pudo probarse en su momento oportuno, durante la etapa probatoria en primera instancia, quedando a consideración y como eje central de la reparación la afectación de la esfera interna de los demandantes.<sup>2</sup>

El daño moral, como decía Pizarro, es esta afectación al querer, sentir y entender de la persona que provoca una afectación a su espíritu. Esta afectación a diferencia del daño emergente, no puede ser restituida a un estado anterior del hecho, por lo cual se buscará otorgar bienes que ayuden a sobrellevar el daño provocado.

La afectación al proyecto de vida y al plan pro creacional, configura un verdadero daño moral, ya que el mismo si bien no produce un daño en el patrimonio de la persona, produce una alteración en el espíritu de la persona afectada, a su faz interna.

La cuantificación del daño moral o extramatrimonial, como esta receptado en el Código Civil y Comercial, es una tarea delicada, ya que el dolor no puede medirse o tasarse,

---

<sup>2</sup> En los casos de daños, a fin de calcular la indemnización, no resulta suficiente que el damnificado acredite una lesión a determinados intereses, sino que es necesario, además, que se aporten suficientes elementos de juicio sobre su específica repercusión patrimonial (C1a Civ., Com., Minas, Paz y Trib. San Rafael, 29/12/2011, LLGran Cuyo 2012 [mayo], 417) Aporte realizado por Jorge Eduardo Vázquez.

Por cierto, no basta con que la actora pruebe que el resultado obtenido no ha sido satisfactorio, sino que debe precisar cuáles son los actos concretos que reprocha a los médicos y que el desenlace tuvo lugar por la deficiente prestación profesional.

La conclusión que cabe en este caso no es distinta de la expuesta en el apartado anterior sino, por el contrario, corolario lógico de lo explicado. En efecto, si se parte de la premisa según la cual la sección y ligadura tubaria fueron ejecutadas en ocasión de la cesárea y ninguna de las pruebas aportadas revela que haya estado mal efectuada, no puede derivarse culpa en el acto médico considerado en sí mismo. Más aún, al contestar el cuestionario de O., la experta respondió que según el parte quirúrgico, la operación realizada por B. ha sido correcta (conf. resp. 4, fs.367 vta.). Es verdad que en el protocolo el codemandado no dejó constancia sobre cuál ha sido el método empleado en la ocasión. Pero de ello no se sigue que hubiera sido deficiente. Repárese que tampoco el Dr. D. explicitó en la historia clínica cuál fue la técnica utilizada el 19 de octubre de 2012 y nada indica que tenía obligación de hacerlo. No obstante, la falta de mención en este caso impidió verificar de qué modo había sido llevada a cabo la anteriormente practicada.

En suma, ninguna de las pruebas avala el alegado cumplimiento defectuoso de la prestación. Tampoco advierto qué otro elemento podría haber aportado el codemandado a modo de colaboración con el esclarecimiento de los hechos. La prestación estaba asentada en la historia clínica. De lo expuesto se infiere que no se produjo ninguna evidencia que justifique imponer al médico y a los restantes demandados, el deber de reparar por no haber sido satisfecha la práctica médica quirúrgica específica estipulada de conformidad con la *lex artis* punto las quejas.

.....

sino que se trata de dar algunos medios de satisfacción, que no es lo mismo que equivalencia, el daño moral no se cuantifica, sino que se cuantifica la satisfacción. Aquí es menester tener en cuenta, a su vez, sobre lo que el nuevo código recepto como los hechos notorios. Estos hechos notorios, que son una excepción a la carga de la prueba del daño, son los conocidos y tenidos por ciertos por la generalidad de las personas de mediana cultura en el lugar y en el tiempo en que se desenvuelve el proceso, como ser el sufrimiento del padre ante la muerte del hijo, o en este caso, la llegada de un hijo que la familia no esperaba tener y por lo que habían hecho todo lo posible para no engendrar.

### **Conclusiones:**

A modo de corolario la importancia de esta sentencia radica en la entidad que debe tener el deber de información con respecto al consentimiento informado en caso de prestación medica a la paciente. El papel de la obra social debería cubrir sus falencias instruyendo a los profesionales adscriptos a la misma a conocer y respetar el modo en que debe llevarse a cabo el formulario de consentimiento informado.

Por consiguiente, debe respetarse la autonomía y libertad del paciente delegándole el tiempo suficiente, a fin de que esta pueda decidir si realizarse la operación o no examinando beneficios y riesgos. En este caso el deber de información se vio vulnerado impidiéndole a la actora tomar conocimiento que la ligadura turbaría tenía reversión, por lo que esta no pudo prevenir el próximo embarazo.

La indemnización en mi criterio es correcta, ya que el demandado frustró el proyecto de economía familiar por la deficiente prestación del servicio, con respecto a la culpa médica. Y la obra social es responsable por no haber instruido de manera correcta a sus prestadores profesionales.

Con respecto al deber de alimentos, es justo no hacer responsable al demandado, ya que este es propio de la actora en su carácter de madre, por ser inherente e intransferi-

Por tanto, propongo al Acuerdo desestimar en este

VII.- Más complejo es el examen de los agravios vinculados con el deber de información que concierne a los médicos que, según se explica en la sentencia, no fue adecuadamente proporcionado.

En la demanda, V. sostiene que firmó una hoja en blanco que fue completada después y que no recibió ninguna información sobre la posibilidad del fracaso de la técnica consentida. En forma reiterada señaló que el code-mandado B. le preguntó varias veces si estaba segura de realizar la sección y ligadura de las trompas porque – aseguraba- no podría volver a quedar embarazada. Vale decir, recibió información sobre los efectos comunes o generales que produce la práctica –incluso son esas las consignas que figuran en el formulario agregado como prueba- pero nadie le advirtió que ese método, como cualquier otro, no es infalible.

En el formulario tipo que obra en la documentación que se encuentra reservada –claramente pre impreso- se mencionan siete puntos que revelan que V. recibió explicaciones sobre las distintas opciones terapéuticas; la técnica a utilizar, las complicaciones que podrían presentarse “por orden de frecuencia” y su conformidad para que si en el momento del acto quirúrgico surgiera algún imprevisto, se pudiera variar la técnica programada”. El instrumento, remata con la frase: “he comprendido las explicaciones que se me han facilitado en lenguaje simple y claro, permitiéndome realizar todas las observaciones y aclarándome todas las dudas que he planteado. Por ello manifiesto que estoy conforme y satisfecha con la información recibida y que comprendo el alcance y los riesgos del tratamiento y en tales condiciones CONSIENTO que se me realice una ligadura simple de trompas uterinas”.

Al contestar la demanda O. adjuntó un formulario

–F-PAD-2-8- que no corresponde a V. sino a otra paciente. Allí se asentó la posibilidad de que aun cuando la intervención fuera correctamente realizada, no se descarta un embarazo natural, según la estadística interna-

.....  
ble, ella debe hacerse responsable del deber de alimentos hasta la mayoría de edad de su hijo.

Para finalizar con respecto al último tópico analizado, se llega a la conclusión que el niño no podría denunciar a sus padres por daño moral, ya que no es el damnificado en este proceso. Por otro lado, en el derecho comparado que presenta la jurisprudencia a lo largo de la sentencia, se ha arribado a diferentes conclusiones. En lo que a mi opinión respecta la más acertada es aquella que no pone en eje la vida como una cuestión negativa, o que aparea ser un nacimiento no deseado, sino en tener en cuenta la frustración al proyecto familiar, pero desde el punto de vista económico, si entrar en menoscabo espiritual por la venida del niño.

#### BIBLIOGRAFÍA:

- Libros:

VALLESPINOS, Carlos Gustavo, OSSOLA, Federico Alejandro (2016): *La Obligación de Informar en los Contratos*, Córdoba, Hammurabi.

SCHIRO, María Victoria (2017): *Responsabilidad por daños intrafamiliar*, Córdoba Astrea.

BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia (2015): *Manual de Derecho Privado*, Córdoba, Advocatus.

- Capítulos de Libros:

BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia (2015): “Teoría General de la Responsabilidad Civil” coord. STEIN, Patricia: *Manual de Derecho Privado*, Córdoba, Advocatus.

- Documentos de Fuentes Electrónicas:

Medline plus (2018): *Ligadura de Trompas de Falopio* (<https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/002913.htm>) (06 de agosto del 2018)

cional que allí se indica. Por supuesto, la pieza mencionada no es oponible a nuestra actora, pero revela -en todo caso- que es de práctica complementar la información proporcionando otros elementos que la paciente debe conocer para que su decisión sea verdaderamente libre y consentida. Recuérdese que O. es la obra social demandada en estos autos y, cuanto menos, debería garantizar que sus prestadores cumplan con los estándares mínimos de información que son requeridos para este supuesto en particular.

De lo expuesto se deduce que no se probó que hubiera existido culpa en la ejecución del acto médico. En cambio, no se ha demostrado que el consentimiento prestado por Vivero reúna las exigencias previstas para el caso. Es un hecho notorio que en los últimos años se advierte un endurecimiento del deber de información exigible a los médicos, como uno de los deberes inherentes a la *lex artis*. Así se ha dicho que “cuanto más nueva e inexperimentada es una actividad médica, mayor es el nivel de cuidado que el médico debe al paciente en el curso del tratamiento, más riguroso es el deber de información y menores son las exigencias de prueba a cargo del paciente” (conf. Pantaleón Prieto, “Procreación artificial y responsabilidad civil” p. 257, cit. por Elena Vicente Domingo, en Reglero Campos (coordinador) “Tratado de la responsabilidad civil”, Thomson- Aranzadi, 3 ed. p. 298; Larroumet, Christian, “Tendencias en materia de hecho generador de la responsabilidad médica”, en “Derecho Privado”. Libro homenaje a Alberto Bueres, Dir. O. Ameal – D. Gesualdi, Hammurabi, Bs.As. 2001, p. 1550).

Cuadra recordar, en primer lugar, que el consentimiento informado (informed consent) se relaciona con el concepto bioético de autonomía (conf. Tom Beauchamp- James Childress, “Principios de Etica Biomédica”, ed. Masson, Barcelona 1999). Implica una declaración de voluntad efectuada por el paciente, por la cual luego de proporcionarle información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad o bien negarse al tratamiento (conf. Highton, Elena I. – Wierzba, Sandra M. “La relación médico paciente: el consentimiento informado”, Ad Hoc, Buenos Aires, 2003, 2. ed. Actualizada y ampliada). Tiene dos componentes: el informativo y el consentimiento. El primero consiste en exponer la información y que ésta sea comprendida. El segundo hace referencia a la decisión voluntaria, autónoma y libre de someterse o no a la intervención o tratamiento propuestos (conf. Beauchamp- Childress, op.cit., p. 137). Para ello es preciso que previamente el médico informe al paciente sobre las ventajas, desventajas, probabilidades de éxito y riesgos de la terapéutica. El paciente tiene que saber qué está consintiendo, sus alcances, y los posibles efectos secundarios del tratamiento. Es indispensable su participación activa para que pueda identificar aquellos aspectos que para él son fundamentales y decisivos, pues será quien sufrirá las consecuencias del acto. La eficacia del consentimiento dependerá del intercambio recíproco de información y opiniones, que permite superar la desigualdad científica y técnica en que se encuentra con relación al experto. Debe partirse de la base de que el paciente se encuentra en situación de vulnerabilidad e inferioridad con respecto al primero, de modo que sólo si la información es objetiva, veraz, completa y asequible –tomando en cuenta la capacidad de comprensión y de decisión del paciente- y está basada en el principio de la buena fe, el interesado podrá otorgar un consentimiento libre.

La práctica del consentimiento informado se justifica por el respeto a la libertad del individuo y por la consecución de lo que más le conviene. Se trata de una exigencia impuesta por la vinculación que caracteriza a las decisiones sobre el propio cuerpo con los denominados derechos de la personalidad o derechos personalísimos (conf. Bueno Arus, Francisco, “Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del derecho penal”, en “El Derecho en las fronteras de la medicina”, Coord. Prof. Luna Maldonado, Universidad de Córdoba, España, pág. 26; Martín Mateo, Ramón, “Bioética y Derecho”, 1. ed. Ariel, Barcelona, 1987, p.105). Bien se ha dicho que esta prerrogativa se asienta en la libertad del paciente de ejercer el control de su propio cuerpo para decidir por sí mismo si se somete o no a una terapia particular (conf. Highton-Wierzba, op.cit., p. 14 ss.). De allí, aun cuando el profesional no hubiere incurrido en culpa, negligencia o torpeza, puede generarse responsabilidad por daños si no anticipó al paciente todos los datos suficientes para que pudiera prestar su consentimiento con pleno conocimiento de los riesgos y consecuencias (conf. Corte Suprema de Justicia de Mendoza, Sala I, del 31/3/2008, RCyS 2008, p. 535; CNFed.Civ.yCom., Sala I, del 28/12/1993, LL 1994-D, p. 20; López Mesa, Marcelo, en “Tratado de la responsabilidad médica”, ed. Legis, 1. Ed., Bs.As., 2007, p. 53 ss.). De lo expuesto se infiere que el incumplimiento de la obligación de informar, en tanto y en cuanto está pre-

scripta legalmente, forma parte de la *lex artis ad hoc* y trae aparejada responsabilidad aun cuando la prestación médica en sí misma se desarrolle correctamente (conf. Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia 440/2014, del 25/9/2014, RDE, 2015-III, p. 255; Arcos Vieira, cit. por Andrés Domínguez Luelmo, “Derecho sanitario y responsabilidad médica”, ed. Lex Nova, 2. Ed., Valladolid, 2007, p. 312). Por su importancia, la información que ha de proporcionarse al paciente antes de una intervención debe realizarse con tiempo y dedicación suficiente para que pueda adoptar la solución que más conviene a su salud (SSTS, del 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8059). Como señaló el Tribunal Constitucional español, se trata ‘de un mecanismo de garantía para la efectividad del principio de la autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental’ (conf. STC 28 de marzo 2011 (RTC 2011, 37); Tribunal Supremo, Sala Civil, del 13/5/2011, RCyS 2011-XI, p. 299). Por cierto, la carga de probar el cumplimiento de este deber de prestación se encuentra a cargo del profesional (conf. Larroumet, Christian, op.cit. y sus citas del derecho francés).

Cuando se trata de los tratamientos vinculados con la denominada salud reproductiva, especialmente los que procuran la contracepción, el problema tiene una dimensión existencial que se vincula con la decisión autorreferente de devenir o transitar la maternidad - paternidad.

En el ámbito nacional, la ley 26.130 –aplicable al caso- establece que “toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas “ligadura de trompas de Falopio” y “ligadura de conductos deferentes o vasectomía” en los servicios de salud (art. 1). Entre los requisitos, se dispone que su realización se encuentra autorizada para toda persona capaz y mayor de edad que lo requiera formalmente, siendo recaudo previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado. No se requiere, en cambio, el consentimiento del cónyuge o conviviente (art. 2). Dicho consentimiento ha de estar precedido por un informe claro sobre: a) La naturaleza e implicancias sobre la salud de la práctica a realizar; b) Las alternativas de utilización de otros anticonceptivos no quirúrgicos autorizados; c) Las características del procedimiento quirúrgico, sus posibilidades de reversión, sus riesgos y consecuencias. Asimismo, se indica que debe dejarse constancia en la historia clínica de haber proporcionado dicha información, debidamente conformada por la persona concerniente (art. 4).

La norma reseñada es complementaria del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable en el ámbito del Ministerio de Salud, ya citado (Ley 25.673), entre cuyos objetivos se encuentra “prevenir embarazos no deseados” (art. 2 inc. c). Desde otro ángulo, la Ley de Derechos del Paciente –N. 26.529- exige en forma insoslayable que antes de consentir un determinado tratamiento, el paciente sea adecuadamente informado –de manera clara y comprensible- sobre distintos aspectos (art. 5), entre los cuales se cuentan riesgos y beneficios de la práctica a realizar (inc. e).

El Ministerio de Salud de la Nación ha establecido cuál es la información que debe proporcionarse a la interesada con carácter previo a tomar la decisión de ligarse las Trompas de Falopio, y es la que se transcribe en el peritaje de fs. 366/369. Así, entre los recaudos se mencionan “las fallas” y se indica que “el método puede fallar en muy raras ocasiones a pesar de haber sido bien realizado. Aproximadamente, de cada 10.000 mujeres operadas de ligadura..., 17 de ellas pueden quedar embarazadas. En caso de falla del método hay mayores probabilidades de un embarazo ectópico”. Es decir, pese a la bajísima probabilidad de producirse un embarazo luego de la intervención –puesto que es de difícil reversibilidad- la autoridad pública considera que es relevante dar a conocer el área de un embarazo posterior aunque no exista falta médica en la ejecución de la técnica. La escasa probabilidad de que se produzca un embarazo no deseado no sirve de excusa. La importancia de la omisión no pasa por la estadística cuantitativa sino por la cualitativa y, desde este punto de vista, es claro que esa información significativa no fue proporcionada a la actora, aunque sí consta en los formularios “tipo” que suministra la obra social demandada.

Repárese, por otra parte, que la ley 26.130 no requiere el consentimiento del cónyuge ni del conviviente, sino solamente el que concierne al paciente que se somete voluntariamente a la esterilización. De modo tal que,

en la especie, desde la perspectiva de la mencionada ley que no ha sido oportunamente cuestionada, el deber de información no puede considerarse incumplido con relación al coactor, padre del niño nacido luego de la ligadura tubaria.

VIII.- En este estado de cosas, la primera pregunta que cuadra responder desde el derecho es si puede hablar jurídicamente de un daño –y en su caso, en qué consiste– cuando a raíz de una falla o por deficiente información tiene lugar el nacimiento no previsto de un hijo.

El problema que se presenta en el caso es conocido como “*wrongful pregnancy*” o “*wrongful conception*” o, como mayor precisión, anticoncepción fallida. Se trata de los casos en que la mujer queda embarazada y tiene un hijo sano después de que ella o su marido se sometieran a una intervención quirúrgica –ligadura de trompas o vasectomía, respectivamente– con la finalidad de quedar estériles. Si, en cambio, el niño nace con secuelas incapacitantes, el caso se encuadraría en los denominados “*wrongful birth*” y “*wrongful life*” que es un supuesto que suele presentarse en aquellos países que admiten el aborto eugenésico (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lamm, Eleonora, El daño del nacimiento de una persona que padece una discapacidad grave, en la jurisprudencia española (*wrongful birth*; *wrongful life*), en Revista de Derecho de Daños, 2011-3; Medina, Graciela, “Daños en el derecho de familia”, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 429 ss.; Roca, María, “Resarcimiento de daños por el hijo nacido tras una esterilización? En Cuadernos de Bioética 1998/2, p. 379 ss.; Aurelia M. Romero Coloma, “Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento jurídico español (en referencia a la responsabilidad médica)”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N. 722, p. 2559 ss.). Esta cuestión –escasamente abordada en nuestro país por la doctrina y sobre la que no existen antecedentes jurisprudenciales, como bien se destaca en el fallo apelado– ha sido un tema recurrente en el Derecho comparado. Pero aún así, los precedentes consultados se refieren en su gran mayoría a los casos de erróneo diagnóstico prenatal, en los cuales no se advirtieron malformaciones en el feto y en los que las mujeres alegaron que se les impidió tomar la decisión de interrumpir el embarazo. Por cierto, en esos ordenamientos, a diferencia de lo que ocurre en el nuestro, está permitido el aborto hasta un determinado mes de la gestación.

Cabe destacar que cuando la ligadura tubaria no fue llevada a cabo –como se denunció en el escrito de inicio o bien se ejecutó en forma incorrecta, la cuestión queda regulada por las disposiciones comunes que gobiernan la responsabilidad profesional. Pero, en muchos de los precedentes extranjeros conocidos, las demandas por “*wrongful pregnancy*” –o anticoncepción fallida– se fundan en que el médico no ha cumplido con el deber de información, pues no advirtió a su paciente sobre los riesgos inherentes y el eventual fracaso de la técnica o la posibilidad de recanalización espontánea (conf. Elena Vicente Domingo, en Reglero Campos (coordinador) “Tratado de la responsabilidad civil”, Thomson- Aranzadi, 3 ed. Navarra, 2006, p. 29. Tal circunstancia deja en claro que no es tan extraña la posibilidad de recanalización, como afirman los actores y señaló la experta en su dictamen, pues de otro modo no existiría una amplia variedad de precedentes en el derecho comparado.

En los Estados Unidos de Norteamérica, la gran mayoría de las sentencias rechazaron la demanda y las pocas a favor que reconocen el pago de gastos de crianza, los compensan con los beneficios emocionales que importa el nacimiento de un hijo. En 1986, la Corte Suprema de Nevada resolvió que “el nacimiento de un niño saludable pero no querido era un evento que, por sí mismo, no es una consecuencia legalmente indemnizable incluso si es parcialmente atribuible a la negligencia de alguien en condiciones de ser capaz de evitar la eventualidad del nacimiento del niño... Nuestra decisión simplemente sostiene que uno no puede reclamar como daño por tal evento, porque el elemento constitutivo del *tort de negligence*, llamado daño, concretamente no está presente aquí” (conf. “*Szkeres v. Robinson*” (1986), p. 715 P.2d 1076; en el mismo sentido, Corte Suprema de Florida, en “*Public Health Trust v. Brown Clinic*” (1977). En sentido contrario, la Corte Suprema de Minnesota en el caso “*Christensen vs. Thornby* (1934) condenó al médico que realizó una vasectomía fallida –la esposa quedó embarazada– y lo consideró responsable del cuidado financiero del niño. En Australia, hasta 1985 en la causa “*Thake Vs. Maurice*” se acordó que la reparación alcanzaba los salarios dejados de percibir por la madre y los gastos de crianza del niño hasta que cumpliera los 17 años. Este mismo criterio fue seguido por la Corte de apelaciones inglesa en “*Chelsea Vs. Westminster Area Health Authority*”, pero tal precedente fue revertido en 1999 por una sentencia de la House of Lords, a la sazón, el máximo tribunal de Gran Bretaña. En efecto, en “*MacFarlane vs. Tayside Health Board*” el tribunal rechazó una demanda originada a raíz del na-

cimiento inesperado de un niño sano con posterioridad a una vasectomía donde no se le había advertido a los padres que el procedimiento no era cien por ciento seguro (conf. Prieto Molinero, Ramiro J., “The wrongfulness or Rightfulness of actions for wrongful birth” en RCyS, 2008. P.1217). El argumento principal en “McFarlane” –que modificó la jurisprudencia anterior- contra la concesión de daños y perjuicios por la crianza de un niño concebido como consecuencia de negligencia médica es que el nacimiento de un niño sano y normal es una bendición y un beneficio tanto para los padres como para la sociedad. Por lo tanto, no es una cuestión de compensación. Esta postura fue objeto de críticas. Así, se dijo que no son considerados universalmente como una bendición. De hecho, es dudoso si alguna vez lo fueron. Los niños no son meramente activos económicos, sino que son pasivos financieros por muchos años (Véase la Justicia Hale Staple Inn Reading: El valor de la vida y el costo de vida - Daños de Nacimiento Injusto (2001).

En un caso similar a “MacFarlane” la Corte Suprema de Australia dispuso, en cambio, indemnizar a los padres los gastos de crianza por el nacimiento de un hijo no deseado. El caso es “Cattanach vs. Melchior” de 2003 y la cuestión fue encarada como un problema de pérdidas económicas. Representando la postura mayoritaria, el Juez Kirby esbozará la siguiente distinción: en MacFarlane el demandado era el sistema de salud pública y eso es lo que había llevado a la House of Lords a hacer razonamientos de justicia distributiva; algo que no correspondía en Cattanach al ser el demandado un médico particular. En contra de la postura mayoritaria, merece ser destacado el voto en disidencia del juez Hayne, quien hace suyos dos argumentos centrales de la defensa: que no puede verse a la vida humana como un daño; ni tampoco obviarse el daño moral que sufriría el niño en el futuro cuando supiera no sólo que no había sido querido, sino que sus padres lo habían considerado como un costo (conf. Prieto Molinero, Ramiro J., “The wrongfulness or Rightfulness of actions for wrongful birth” en RCyS, 2008. p. 1217).

La jurisprudencia española ha dado soluciones contradictorias, como corresponde generalmente a los casos llamados “difíciles” (conf. Ronald Dworkin, “Los derechos en serio”, ed. Ariel Derecho, 2. Reimpresión, Trad. Marta Guatavino, Barcelona, 1995). En algunos casos se admite un daño de carácter exclusivamente patrimonial. En otros, el daño sólo es moral o extrapatrimonial. Se ha dicho –incluso- que puede ser considerado “caso fortuito” (conf. STS 11 de febrero de 1997 (RJ 1997, 940).

Un tribunal de Badajoz afirmó que aun si se respeta el derecho que, en ejercicio de una lícita postura de la paternidad responsable, permite a los padres adoptar la decisión de no incrementar el número de hijos, no deja de ser insólito que, ante el fracaso de la intervención a que voluntariamente se sometió -que produjo un nacimiento no esperado ni deseado- solicite y se le otorgue una indemnización como ayuda a la alimentación y crianza del niño, en una cantidad que iguala o supera a la concedida en caso de fallecimiento del hijo ( STS 25 de abril de 1994). En cambio, en Barcelona, frente al nacimiento de un niño después de que su madre se sometiera a una ligadura de trompas sin que conste que el médico le hubiera informado del riesgo inherente a la intervención, se dijo “que a la situación familiar que padecía venía a sumarse un nuevo miembro y a su precaria situación económica le amenazaban los gastos que supone la presencia de un nuevo hijo” (Audiencia Provincial, Barcelona 20-9-1999). En Alicante se decidió que debía indemnizarse el daño extrapatrimonial o moral como “consecuencia de la frustración de la decisión que habían adoptado de no tener más hijos, por la alteración emocional y anímica que sufrirían en sus relaciones de pareja y con las personas más allegadas ante la noticia de un embarazo que se tenía la seguridad que no se iba a producir”.

En un fallo bastante reciente (2015), el Tribunal Supremo español, expresó: “ Esta Sala ha declarado en ocasiones anteriores (sentencia de la Sección Sexta de 4 de noviembre de 2008, rec.de casación núm. 4936/2004) que el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño, pues no cabe en el ordenamiento español lo que, en terminología inglesa, se denomina ‘wrongful birth’, ya que no hay nacimientos equivocados o lesivos, pues el art. 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida. Por eso mismo, en la indicada sentencia se descarta expresamente que los gastos derivados de la crianza de los hijos constituyan, en principio, un daño, ya que son inherentes a un elemental deber que pesa sobre los padres y, desde luego, no enervan esa obligación lega. Sería, sin embargo, un grave error, integrar este concepto resarcitorio con el importe de las cantidades destinadas a la manutención del hijo inesperado, pues ésta constituye una obligación en el orden de las relaciones familiares impuestas por el ordenamiento jurídico, de tal suerte que el daño padecido

no sería antijurídico, por existir para ellos la obligación de soportarlo. Sólo podría existir lucro cesante en el caso de que se probara la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades, en tanto no sea previsible una reacomodación de la situación económica y social del interesado o de los interesados” (TS, Sala de lo Contencio sent. 19/5/2015).

En el Derecho italiano, el Tribunal de Callegari se ha pronunciado a favor del resarcimiento por incumplimiento contractual padecido por la madre por haber procreado un hijo no deseado, como consecuencia de una intervención fallida (conf. cit. por Guido Alpa, “La responsabilidad civil-Parte general”, vol. 1, ed. San Marcos, Lima Traducción Moreno More, p. 541). En otro precedente

–esta vez, de un tribunal de Milán– se hizo lugar al resarcimiento del perjuicio causado a los padres como consecuencia de la incorrecta esterilización del esposo que había lesionado su derecho a la procreación consciente y responsable. En ese caso, el tribunal no consideró como “daño” el nacimiento del hijo –porque la vida es un bien incommensurable, portador de alegría a los padres y capaz de compensar las pérdidas que significa su manutención– sino más bien la lesión de un derecho de libertad personal que se configura en cabeza de los padres (conf. sentencia del 20/10/1997, cit. por Guido Alpa, op.cit., p. 542, nota n. 161).

Sostiene De Angel Yaguez que “el nacimiento de una criatura nunca puede ser considerado un daño” (conf. De Angel Yaguez R., “La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencia al Derecho Comparado”, en Revista Española de Seguros, número 57, 1989). Esta es una premisa que, a mi juicio, se impone en el ordenamiento jurídico local, por cuanto la vida es un bien o un valor y no podría constituir en sí misma un menoscabo a un interés lícito –patrimonial o extrapatrimonial– (conf. Calvo Costa, Carlos A., Daño resarcible, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 97). Son estas consecuencias las que deben ser objeto de reparación (Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 640; CNCiv., Sala A, del voto del Dr. Picasso, en “D. V. A. C. c. A. Á., M. J. A. y otros s/ daños y perjuicios”, RCyS2017-IX, 152 - del 14-6-2017), con entidad para afectar los derechos de terceros. Si todo daño injusto se presume antijurídico considerando a tal efecto el ordenamiento jurídico en su totalidad, (conf. Agoglia, María M., “¿Es la antijuridicidad un presupuesto de la responsabilidad civil”, en Derecho Privado (Oscar AMEAL (dir), Hammurabi, Buenos Aires, 2001, págs. 1036 y 1037; López Herrera, Edgardo, Teoría general de la responsabilidad civil, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 166; De Lorenzo, Miguel F., El daño injusto en la responsabilidad civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996), a partir de ese mismo anclaje y por el principio lógico de no contradicción, debe inferirse que esos bienes y valores que tutela el Derecho tampoco podrían dar lugar a un daño indemnizable.

En efecto, no tengo dudas que la persona es el epicentro del Derecho. Al respecto, en numerosas oportunidades la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112; 323: 1339; 316:479), postulado que ha sido indeleblemente consagrado en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema; Fallos: 323:3229). En efecto, el art. 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica establece: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”. A su vez, el art. 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que el niño tiene el derecho intrínseco a la vida (“in re” C.823.XXXV. “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, resuelta el 24 de octubre de 2000, Fallos: 323:3229; “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo ley 16.986”, Fallos: 323:1339). De modo que el nacimiento, la vida de una persona, no puede ser considerado un daño injusto, que afecte la intimidad o la libre autodeterminación de terceros (art. 19 CN). Sería un contrasentido que el ordenamiento legal tutele especialmente la vida y la erija al propio tiempo en fuente de un menoscabo.

Pienso, en cambio, que en el caso, el daño inferido a la madre está constituido por la violación de su derecho a la autonomía personal y a la libertad de autodeterminación, causados por la falta de suficiente información. Sólo en esa medida queda comprometida la responsabilidad profesional, ya sea que se considere que tuvo in-

cidencia sobre el consentimiento prestado o bien que impidió a la actora adoptar los recaudos indispensables para planificar su descendencia.

A partir de lo expuesto, queda descartada la procedencia de la demanda con relación al coactor D. A.C. pues – reitero- el deber de información no era exigible a su respecto (Ley 26.130). Este constituye un derecho personal –intransferible- de la madre, de modo que no consiente ser extensivo a su pareja. Por tanto, postulo rechazar la demanda por el progenitor en todas sus partes.

IX.-PROCEDENCIA Y CUANTÍA DE LOS DAÑOS reclamados. extrapatrimonial.

A. Daño al proyecto de vida. Daño Bajo este acápite –al que denomina “daño al proyecto de vida económico”, la actora solicita se otorgue una suma en concepto de capital “cuya renta constituya la posibilidad de generar alimentos hasta los 18 años” de su hijo, “que permita cubrir lo necesario para el consumo conforme lo dispone el art 267 del Código Civil, de una familia de clase media...”. Funda el reclamo en las desventajas e inconvenientes que el nacimiento del hijo trajo aparejado para la economía familiar, y en la repercusión desfavorable para la organización doméstica. Solicita, asimismo, una suma por daño moral.

Cabe destacar, en primer lugar, que la interferencia en el proyecto de vida se produce cuando una lesión incide en el destino de una persona, conforme el curso normal y ordinario de las cosas, y provoca que se frustre, menoscabe o postergue su realización personal (conf. Fernández Sessarego, Carlos, “El daño al ‘proyecto de vida’ en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de derechos humanos”, RCyS, 1999-1324 y ss.). Una lesión que irrumpe en un proyecto vital puede exteriorizar sus efectos tanto en el plano patrimonial como espiritual, dando lugar a daños de una y otra especie.

Como se advierte, el denominado “daño al proyecto de vida” es ambivalente y puede ser moral o patrimonial, o ambos a la vez. Se ha sostenido que “el daño al proyecto de vida menoscaba la persona misma en su integridad espiritual y, por tanto, constituye una vertiente agravadora de perjuicios morales, los cuales no deben restringirse indebidamente a sufrimientos, sino comprender con amplitud los desequilibrios existenciales. Si la lesión incide negativamente en miras económicas, debe resarcirse en concepto de privaciones pecuniarias (el menoscabo de aptitudes productivas) y, además, la indemnización procede dentro de la órbita del daño moral, a título de beneficio cesante para la incolumidad espiritual y como factor agravante de la cuantía (conf. Galdós, Jorge M., “Daño a la vida de relación, daño biológico y al proyecto de vida”, en Trigo Represas-Benavente (dir), “Reparación de daños a la persona”, ed. La Ley, Bs.As. 2014, p. 598 ss.).

El daño causado por la interferencia al proyecto de vida no puede ser encuadrado como una categoría de daño autónomo, como un *tertius genus*, independiente del daño patrimonial o moral (conf. Mosset Iturraspe, “El valor de la vida humana”, ps. 30 y ss.; Zavala de González, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, t. II, p. 607; Pizarro, Ramón D. “El concepto de daño en el Código Civil y Comercial”, RCyS2017-X, 13).

En el caso, no advierto que en la esfera patrimonial –a la que la reclamante circunscribe expresamente su afectación al proyecto de vida (fs. 75)- se configure un daño, en el sentido explicado. Ello quiere decir que si como consecuencia de la deficiente información proporcionada a la progenitora nació un hijo no deseado para ella, en nuestro ordenamiento jurídico no es posible imponer al médico que se haga cargo de su manutención, por distintas razones. Primero, porque no existe suficiente relación causal –directa e inmediata- entre la práctica médica que se hizo conforme la *lex artis* y el nacimiento. En segundo lugar, la obligación alimentaria de los padres para con sus hijos no es delegable, de modo que no es admisible por esta vía adjudicar al médico deberes que son inherentes a aquéllos.

En cambio, pienso que la falta de información relevante sobre las posibilidades de falla de la ligadura tubaria, incidió –aunque sea en un mínimo margen- sobre la libertad de elegir. Vale decir, la omisión en el cumplimiento del deber de información, tuvo influencia en la autodeterminación de la paciente, aunque claramente no es la causa eficiente del embarazo ni del nacimiento de V.T.

Por otra parte, la solución contraria no sólo quedaría descartada en nuestro derecho positivo sino que –más aún- nuestra sociedad actual tampoco toleraría semejante conclusión desde el punto de vista ético, por partir de un razonamiento contrario a nuestras costumbres más arraigadas.

Prieto Molinero se pregunta ¿es razonable o moralmente valioso considerar que el nacimiento de un niño sano es un “daño”? Por otra parte, ¿qué ocurre si en el futuro el niño descubre que sus padres lo consideraron un

mero “costo adicional”? ¿Los demanda, a su vez, por daño moral? (conf. Prieto Molinero, R. “La cuestión de la antijuridicidad en la responsabilidad civil”, LL 2016-E, 1049). Las respuestas surgen implícitamente respondidas a lo largo de mi voto.

Considero, en síntesis, que la falta de debida información tuvo repercusión desfavorable en el aspecto íntimo y personalísimo de la actora y configura un daño moral –en el cual la legislación actualmente vigente aprehende expresamente a “las interferencias al proyecto de vida” (art. 1738 CCyC), siguiendo los lineamientos anteriormente reseñados- entendido 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 al que se hallaba antes del incumplimiento, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial” (conf. Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31; del mismo autor, “Reflexiones en torno al daño moral y su reparación”, JA, 1986-III- 902 y 903; Bueres, Alberto J., “El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N1 1, 1992, pág. 237 a 259; Zavala de González, Matilde, “El concepto de daño moral”, JA, 1985-I- 727 a 732).

Ya he dicho también que la autonomía es un concepto esencial para el ulterior desarrollo del consentimiento informado, ya que es la regulación personal de uno mismo, libre, sin interferencias externas que impidan hacer una elección. Una persona autónoma actúa libremente de acuerdo con un plan elegido (conf. Garay, Oscar E., “El consentimiento informado en clave cultural, bioética y jurídica”, LL 2014-D, 937; RCyS 2013-X, 5). Por tanto, probada la infracción y que ésta impidió a la coactora decidir en forma libre y consciente sobre la técnica de contracepción elegida, corresponde a mi juicio que se la indemnice por el menoscabo causado a su derecho a la autodeterminación.

De lo expuesto anteriormente se infiere que el profesional deberá responder frente a la madre por el daño no patrimonial causado. No corresponde –reitero una vez más- hacer extensivo el deber antedicho al restante coactor, que es un tercero ajeno a la relación médico-paciente, aunque resulte indirectamente afectado, toda vez que la injuria fue causada a un bien de la personalidad que es inherente a la persona afectada (arg. art. 1078 Cód.Civil derogado).

En lo atinente a su cuantía, propongo fijar por este renglón la suma de PESOS OCHENTA MIL (\$ 80.000), que estimo adecuada para enjugar el daño experimentado.

**B. DAÑO EMERGENTE. PÉRDIDAS ECONÓMICAS POR IMPOSIBILIDAD DE COBRAR EL PRESENTISMO. GASTOS MÉDICOS.**

Destaco en primer lugar, que como se infiere de los párrafos anteriores, no postulo indemnizar el nacimiento con vida del hijo, sino el daño no patrimonial por falta del adecuado cumplimiento del consentimiento informado, de modo que las partidas mencionadas, no guardan relación causal con el menoscabo específicamente mencionado. A mayor abundamiento, señal que no encuentro probado ninguno de los ítems reclamados.

Es sabido que uno de los requisitos del daño resarcible es que sea cierto, y no simplemente conjetural (conf. Llambías, Obligaciones, tº I, pág. 277; Bustamante Alsina, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Abeledo Perrot, 1993, 8ªed., pág.168; Orgaz, A. “Daño resarcible”, pág.95), de modo que no corresponde admitirlo si falta certeza suficiente sobre su existencia, pues ello impide dar sustento a la condena.

No se acreditó que a raíz del cuarto embarazo P.V.haya debido guardar reposo y se hubiera visto privada de mantener sus ingresos. Vale decir, no se probó su convalecencia ni que se hubiera tratado de una gestación de riesgo, como sostiene. Las pérdidas que se indican en el epígrafe no fueron debidamente acreditadas. Por otra parte, se adjuntaron recibos de sueldo –que fueron desconocidos- de los cuales no surge que se hubiera deducido el plus por presentismo que se aduce en la demanda y –en todo caso- que éstas hubieran tenido lugar a causa del riesgo –no probado- que traía aparejado su cuarto embarazo (art. 377 CPCCN). Por tanto, propongo a mis distinguidos colegas desestimar la partida en cuestión.

De igual modo, no se demostró en estos autos que la apelante hubiera realizado erogaciones para afrontar los gastos médicos que indica. Como única prueba, acompañó una constancia agregada en un recetario supestandamente emanado del Dr. D.(fs. 5) del cual se desprende que habría abonado todos los gastos “en forma

particular”. No sólo dicho documento no ha sido reconocido por la persona de quien supuestamente emana, sino que sugestivamente tampoco se consigna cuál es el monto que habría sido abonado en esa oportunidad.

X.- Probada la culpa médica por deficiencias en el deber de proporcionar información al paciente, surge la responsabilidad del establecimiento asistencial y de la obra social demandadas que están llamadas a responder. Al respecto se ha sostenido que la obra social es deudora de las prestaciones médicas aunque las haga ejecutar materialmente por otro, y en esa medida (es decir, en su carácter de deudora) responde naturalmente por el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea el sujeto que de hecho haya materializado esa inejecución (conf. CNCiv., Sala A, “D. V. A. C. c. A. Á., M. J. A. y otros s/ daños y perjuicios”, cit., y sus numerosas citas). Desde hace tiempo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que en la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de seguridad social, a la que el art. 14 de la Constitución Nacional confiere un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios, ni subestime la función que compete a los profesionales que participen en la atención brindada en su órbita (conf. CSJN, del 29-3-1984, “González Oronó de Leguizamón N. c/ Federación de Trabajadores Jaboneros y afines” LL 1984-B, p. 390). Es que el adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de agentes y medios, con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y con relación a cada paciente, en tanto cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y, un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en la medida en que pudiere incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso o más doloroso, ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor (conf. CSJN, Fallos 306:187, causa “Brescia, N. c/Prov. de Buenos Aires” del 22/12/1994; ídem, “Albornoz, Luis R. c/ Provincia de Buenos Aires y otro”, del 13-3-2007, del voto en disidencia de los Dres. Fayt y Zaffaroni; conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Últimas tendencias en materia de responsabilidad médica”, JA 1992-II-815; Jorge Bustamante Alsina, “Responsabilidad civil de las obras sociales por mala praxis en la atención médica de un beneficiario”, LL 1998-A-404; del mismo autor, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, Abeledo Perrot, 8ª ed., Bs.As. p. 539; Lorenzetti, Ricardo Luis, “La Empresa Médica”, p. 99 y jurisprudencia allí citada).

En tales condiciones, si bien las obligaciones que prestan las obras sociales están estipuladas en las leyes 23.660 y 23.661, en el caso no se ha cuestionado que el establecimiento médico demandado o el profesional interviniente hubieran sido ajenos a O., de modo de desligar la responsabilidad de dicho ente. De allí que, verificada la culpa médica debe tenerse por acreditada también la responsabilidad de la obra social (conf. Alberto Bueres, “Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos”, pág. 32 y 71; Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, T V3era. Ed. 1996, pág. 646; (CSJN, “Ramp. Juan R. y otra c. Cruz Médica San Fernando S.A.”, del 1-7-1997, LA LEY1998-B, 195 - DJ1998-3, 170).

En definitiva, al haberse demostrado que el médico no ha cumplido con el deber de información que es legalmente exigible en estos casos, tanto el establecimiento asistencial como la obra social deberán responder en forma objetiva, ya sea que se considere que se trata de una obligación tácita de seguridad o un deber de garantía. Más aún, si se repara que el formulario acompañado por O.—que no corresponde, por cierto, a la actora— refuerza la idea de que no se cumplió en la especie de manera completa con el deber de información, extremo del que se desprende también, como lógico corolario, que la entidad no ha instruido adecuadamente a quienes forman parte del plantel profesional que ofrecen a sus afiliados sobre el modo en que debe llevarse a cabo el consentimiento en cumplimiento de las normas establecidas.

Idéntico reproche debe realizarse a la entidad sanatorial, toda vez que se encuentra obligado a verificar si el médico cumplió con el deber de informar y en qué términos lo hizo, obligación que surge incumplida en el caso.

XI.- En síntesis. Postulo revocar parcialmente la sentencia en los términos que surgen de los considerandos que

antecedentes. En su mérito, admitir la demanda entablada únicamente por PVJ. Vpor no haber recibido información suficiente para prestar el consentimiento libre e informado sobre las consecuencias de la ligadura

tubaria realizada. Por tanto, propongo condenar a C. R. B., I.

M. de O. S.A. (IMO) y a la O. S. de E. de C. y A. C. (O.) a abonarle la suma de PESOS OCHENTA MIL (\$ 80.000), con más sus intereses, los que deberán ser calculados a la tasa del 8% anual desde la citación a mediación y hasta la presente, y desde aquí en adelante a la tasa activa cartera préstamos nominal anual vencida a treinta días del Banco Nación Argentina (conf. CNCiv., en pleno, “in re”, “Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta SA s/daños y perjuicios” del día 20 de abril de 2009).

La condena se hará extensiva contra “S. M. S.A.” en los términos de la póliza (art. 118 ley 17.418).

De compartirse, las costas de ambas instancias deberán ser impuestas a los demandados que resultan vencidos (art. 68 CPCCN).

Voto -en cambio- por confirmar el rechazo de la acción promovida por D. A. C., con costas (art. 68 CPCCN).

Los Señores Jueces de Cámara Doctores Carlos Carranza Casares y Carlos Alfredo Bellucci votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por la Dra Benavente. Con lo que terminó el acto Buenos Aires, de Diciembre de 2017.-

Y VISTOS.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, SE RESUELVE: 1) Revocar, parcialmente y con los alcances que se desprenden de los considerandos precedentes la sentencia apelada. En su mérito, se hace lugar a la demanda promovida por P.V.V.contra C. R. B., I. M. de O. S.A. (IMO) y la O. Social de E.de C.y A. C. (O.), por la suma de PESOS OCHENTA MIL (\$80.000), con más los intereses que se fijan en el considerando pertinente. Se fija en diez días el plazo para el pago. La condena se hace extensiva contra “S. M. S.A.” en los términos de la póliza (art. 118 ley 17.41. Con costas a los demandados (art. 68 CPCCN). 2) Confirmar la sentencia en cuanto desestima la acción promovida por D.A.C., con costas (art. 68 CPCCN).3) Regulados que sean los honorarios de primera instancia se procederán a fijar los de Alzada. 4) Vuelto los autos a la instancia de grado el tribunal arbitrará lo conducente al logro del ingreso del faltante tributo de justicia, y se recuerda al personal la responsabilidad que impone la ley 23.989. Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sujeta a lo establecido por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal.- Regístrese, notifíquese por secretaría a las partes en sus respectivos domicilios electrónicos (Ley 26.685 y acordadas 31/11 y 38/13 CSJN); cúmplase con la acordada 24/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, oportunamente, devuélvase. Por hallarse vacante la vocalía nro. 20 integra la Sala la Dra. María Isabel Benavente (conf. Res. 707/17 de esta Excma. Cámara).

MARIA ISABEL BENAVENTE

CARLOS A.CARRANZA CASARES

CARLOS ALFREDO BELLUCCI

