

Sentencia Definitiva

Causa N° 137548; JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL N°14 - LA PLATA

CUBILLA MAYRA FERNANDA y otros C/ ALONSO EDUARDO S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)

En la ciudad de La Plata, en la fecha de la firma digital, celebran telemáticamente acuerdo ordinario los señores Jueces vocales de la Sala Segunda de la Cámara Segunda de Apelación, el doctor Leandro Adrián Banegas, y el doctor Hugo Adrián Rondina, para dictar sentencia en la Causa 137548, caratulada: "CUBILLA MAYRA FERNANDA y otros C/ ALONSO EDUARDO S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)", se procedió a practicar el sorteo que prescriben los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, resultando del mismo que debía votar en primer término el doctor RONDINA.

La Cámara resolvió plantear las siguientes cuestiones:

1a. ¿Se encuentra ajustada a derecho la sentencia apelada de fecha 4 de junio de 2024, aclarada con fecha 7 de junio de 2024?

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RONDINA DIJO:

1) Antecedentes. La sentencia de primera instancia, hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por Agustina, Ximena Verónica, Mayra Fernanda, Eliseo y Manuela Cubilla, Maitena y Anthony Astrada contra Eduardo Fabián Alonso y Seguros Médicos S.A.. Impuso las costas a la accionada vencida y

difirió la regulación de honorarios para la oportunidad en que se encuentre firme lo decidido.

Para así sentenciar consideró que en el presente caso ha tenido lugar un hecho sobreviniente de significativa importancia en los acontecimientos aquí debatidos: la irregularidad del consentimiento informado que, en debida forma y con carácter previo a la intervención médica, debió observar el galeno demandado, y dada la naturaleza de la obligación legal en cuestión, la cual se trata de una obligación de resultado -arts. 774 inc. b y 1723 del CCCN-, concluye en que dicha omisión (u observancia defectuosa) acarrea la responsabilidad civil del médico, en virtud de la índole de los derechos personalísimos en juego: la autodeterminación del paciente, al afectarse la libertad de actuación -y en última instancia, la dignidad humana-, con independencia de que se hubiera llevado a cabo correctamente el acto médico en cuestión. Mediante dicho pronunciamiento dispuso que el accionado Eduardo Fabián Alonso, junto con la citada en garantía Seguros Médicos SA (en la medida del seguro, pero actualizando los topes a la fecha de este pronunciamiento; art. 279, CPCC; SCBA, C. 119.088, sent. de 21-II-2018), deben pagar las sumas dinerarias de \$ 5.500.000 a favor de Agustina Cubilla; \$ 5.300.000 a favor de cada uno de los restantes hermanos: Ximena Verónica, Mayra Fernanda, Eliseo y Manuela Cubilla; \$ 200.000 para Maitena Astrada y \$ 200.000 para Anthony Hansel Astrada, con más la actualización monetaria e intereses fijados en el considerando 4°, en el plazo de diez días de quedar firme la sentencia, bajo apercibimiento de ejecución.

Contra esa forma de decidir interpuso recurso de apelación la citada en garantía (v. presentación del 5/6/24), concedido en igual fecha. Por su parte el accionado apela mediante presentación electrónica del 6/6/2024, recurso concedido el 7 de

junio de 2024. En la misma fecha el demandado también deduce aclaratoria respecto de la sentencia impugnada, solicitando que se aclare sobre el mecanismo que permita la actualización de los topes de la cobertura de seguro a la fecha del pronunciamiento o se disponga -siguiendo la doctrina legal sentada en el precedente "Barrios"- el monto del límite de cobertura actualizado. Por su parte, la accionante presenta su responde con fecha 12 de agosto de 2024, llamándose autos para dictar sentencia con fecha 23 de agosto de 2024, auto que al haber adquirido firmeza coloca a las actuaciones en estado de resolver (art. 263 CPCC).

2) Los agravios de la parte demandada. Al volcar su crítica, postula en síntesis que a su juicio el fallo ha conculcado sus derechos por sustentarse exclusivamente en una interpretación errónea sobre la extensión y validez del consentimiento informado y su relación con los hechos debatidos, omitiendo de ese modo formular una adecuada fundamentación de uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, la relación de causalidad y por haber violado el principio de congruencia establecido en los artículos 34 y 163 del código de rito y 168 de la Constitución Provincial. A su vez entiende violado su derecho de defensa, señalando subsidiariamente una excesiva e injustificada cuantificación del rubro indemnizatorio.

Luego de hacer una detallada descripción de lo actuado a lo largo del proceso, profundiza sobre los aspectos antes sintetizados, exponiendo que al considerar el sentenciante de grado como insuficiente el consentimiento informado, determinó a partir de ello y a modo de disparador automático y exclusivo, responsabilidad y la obligación de indemnizar. Más allá de juzgar como carente de razón y equívoco al razonamiento realizado, que de modo grosero se ha

apartado inusitadamente de todas las otras pruebas y circunstancias habidas en el expediente, extiende infundadamente y sin una relación causal adecuada la responsabilidad de su parte.

Afirma que no puede soslayarse el hecho que la parte actora reconoce en su demanda que la paciente concurrió por sus propios medios y voluntariamente luego de consultar a varios profesionales por su insuficiencia venosa y los graves trastornos que ello le ocasionaba, tendiente a la intervención, programada, consensuada y consentida expresamente. Según entiende, el consentimiento de la propia paciente estuvo dado y conformado desde el inicio, al concurrir primero a su consultorio y luego al establecimiento médico por dicha terapéutica, formular las consultas previas para realizar dicha práctica, realizarse las evaluaciones y exámenes de rigor, convenir previamente con el profesional y el establecimiento los actos previos y trámites administrativos, realizarse los estudios prequirúrgicos, internación y finalmente rubricar por escrito, el denominado consentimiento informado. Todo ello -afirma- reconocido incluso en la demanda; por lo que no puede presuponerse que la paciente no tenía debido conocimiento de la práctica que se iba a realizar, promovida e instada voluntariamente por ella misma. Transcribe la opinión de la perito médico interviniente quien juzgara que la paciente había dado el consentimiento en base a la firma del formulario y a su concurrencia voluntaria a prácticas y operación en sí.

Refiriéndose al formulario suscripto por la Sra. Mihdi mediante el cual se instrumentara el consentimiento -incluso en el escenario más adverso hacia él, es decir, sin los agregados manuscritos-, cumple con los requisitos establecidos tanto por el sistema civil argentino como por la buena doctrina. En particular,

cumple de modo adecuado con los requisitos internos y externos que los convierten en un acto voluntario.

Ya en lo relativo a la indemnización acordada, refiere que la apreciación del valor vida y daño moral formulada en la sentencia en nada se relaciona con lo solicitado por los actores en su demanda. Según señala ninguno de los hechos afirmados en la demanda fue probado en autos ni son mencionados en la sentencia. Por el contrario, las imputaciones fueron descartadas en forma expresa e inequívoca por la perito de la Asesoría Pericial La Plata Dr. Gabriela Tinto, no habiéndose acreditado nexo de causalidad alguno entre su accionar y el deceso y mucho menos la procedencia de las sumas de condena. Agrega que resulta llamativo que para el Juzgador pudiera ser lo mismo que el tratamiento e intervención médica desarrollada haya sido correcta, adecuada a la práctica médica (tal como fue reconocido y aceptado en la pericia) o que el tratamiento, técnica implementada, etc. hubiera sido erróneo, equívoco y contrario a los principios de la práctica médica. A su vez que no se tenga en cuenta que a partir de la pericia efectuada, la práctica estuvo correctamente indicada, no existía razón para prolongar su internación, la muerte fue de origen súbito cardiológico e imprevisible y no por un trombo embolismo y el deceso no puede vincularse únicamente con la cirugía. Dicho evento -prosigue-, no podía ser previsto y por ende, tampoco anunciado a la paciente para que decida en base a su posible acaecimiento si se sometía o no a la cirugía. Ello, per se, descarta de plano la procedencia de una indemnización aún suponiendo formalmente insuficiente el consentimiento brindado.

También cuestiona lo que califica como una violación al principio de congruencia y a su derecho de defensa. Sostiene que es evidente que la parte actora en

ningún momento cuestionó la información o las explicaciones brindadas con carácter previo a la cirugía. No surge de la demanda, ni siquiera subsidiariamente, que fuera demandado por la omisión o la deficiente emisión del Consentimiento Médico Informado, razón por la cual la condena que soporta resulta absurda por carecer de relación con el objeto y causa de la pretensión de la actora. Es así como el a quo al delimitar el objeto de la contienda en la sentencia no incluye expresamente la omisión de obtención del consentimiento ni su extensión. Insiste en que imponerle una obligación mayor a la de brindar explicaciones médicas al respecto sería por demás gravoso y a todas luces inconstitucional, ya que se violarían elementales garantías fundadas en el derecho de defensa con motivo de la inversión de la carga de la prueba.

Reitera que en modo alguno, el sentenciante de grado indica o especifica el nexo de causalidad adecuado y directo con la responsabilidad indemnizatoria con la que fulmina la sentencia y sólo lo sostiene en presuntas inobservancias formales del consentimiento informado escrito.

Finalmente, señala que el fallo establece una excesiva e injustificada cuantificación del rubro indemnizatorio, deviniendo arbitraria la determinación de la suma de \$ 15.000.000 como reparación por valor vida y la discriminación realizada respecto del daño moral. Considera que no existe motivo alguno para que prospere la demanda y que aquellos montos no se apoya en la prueba rendida en autos. Juzga absurdo el fijar las parcelas resarcitorias a valores actuales, y a su turno determinar aplicables sobre los mismos las tasas de interés que describe el fallo. Se advierte claramente -prosigue-, que el verdadero resultado de la sentencia en crisis ha sido determinar "valores actuales", justificando tal obrar jurisdiccional en el principio de reparación integral en dinero

contemplada en el Código Civil aplicable al caso. Por ello, de aceptarse la fijación de valores indemnizatorios actuales al momento de la sentencia de primer grado, la tasa de interés sólo debería regir a partir de aquel pronunciamiento, pues la propia actualización de los valores no puede superponerse con una tasa de interés de ningún tipo. Cuestiona asimismo la declaración de oficio de inconstitucionalidad, que no cumple con los parámetros clásicos exigidos para dicho proceder.

Solicita en consecuencia se revoque en base a todo lo expresado el pronunciamiento atacado.

3) La crítica de la citada en garantía. Mediante la pieza de fundamentación que sostiene su apelación la citada en garantía adhiere a la formulada con anterioridad por la demandada, efectuando una transcripción del detalle de la causa y los cinco puntos con los cuales se le diera inicio, realizando posteriormente una ampliación de los agravios.

En primera lugar, extiende así la queja respecto de lo decidido en el fallo atacado, en el cual se establece un criterio de actualización que se contrapone al régimen previsto en la propia Ley de Seguros y en la Ley N° 23.928 al que de oficio declara inconstitucional, al establecer encubiertamente una variación o actualización de la deuda expresamente prohibida. Entiende que, el seguro que se celebró entre su mandante y la demandada, fue una decisión libre y voluntaria, dentro del régimen especial del Contrato de Seguro establecido por ley 17.418. Es por ello que en los seguros de responsabilidad civil voluntarios, celebrados en el marco de la ley 17.418, la suma asegurada representa el límite máximo de exposición al riesgo que transfiere el asegurado a su asegurador y que este aceptará o no asumir. Representa el riesgo en función del cual será determinada

la prima (arts. 1º, 27 a 35 y 61 de la Ley 17.418), vale decir, el precio que paga el asegurado para que el asegurador asuma el riesgo. Sostiene que cada profesional médico, se encuentra en condiciones de negociar con el asegurador, quien delimitará el riesgo a través de recursos técnicos y fijará la prima en función de los mismos. Será el asegurado quien finalmente aceptará o no la cobertura aseguradora de su responsabilidad civil, por límite asegurado y costo.

Finalmente, solicita en forma subsidiaria -para despejar cualquier interpretación ambigua sobre el eventual alcance que una condena pueda tener contra mi mandante- se especifique en la parte dispositiva de la sentencia que la extensión de la condena, sea en la medida del seguro conforme a lo establecido en el art. 118 de la ley 17.418, determinando el importe de cobertura máxima establecida en la póliza, con más los intereses compensatorios pertinentes.

4) Tratamiento de los agravios. La responsabilidad del profesional. Como punto de partida cabe referir que, en concordancia con lo señalado en la sentencia objeto de revisión, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha decidido en forma reiterada que la responsabilidad profesional es aquella en la que incurre el que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que ésta le impone y requiere; por lo tanto, para su configuración debe reunir los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil. En virtud de ello cuando el médico incurre en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación asistencial, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable (art. 512 del Cód. Civ. y 1724 del CCCN; conf. SCBA, Ac. Nº 31.702 del 22/12/1987, 39.597 del 13/9/1988, 38.114 del 25/10/1988, 40.456 del 15/8/1989, 43.540 del 9/4/1991, 45.177 del 30/4/1991, 44.440 del 22/12/1992, 50.801 del

21/12/1993, 55.133 del 22/8/1995, 56.949 del 9/4/1996, 59.937 del 25/11/1997, 62.097 del 10/3/1998, 65.802 del 13/4/1999, 71.581 del 8/3/2000, 75.676 del 19/2/2002, 76.152 del 17/12/2003, 84.616 del 3/3/2004, 87.859 del 20/4/2005, 119.733, del 28/06/2017). Por otra parte, cabe recordar que el deber del médico es de medios y no de resultado, por lo que se impone al profesional la diligencia y aptitud para cumplir las medidas que normalmente conducen al resultado esperado, pero sin asegurar su obtención (esta Sala causas 125477, RS 212/19, sent. del 22/08/2019; 123823, RS 310/19, sent. del 25/11/2019; 137518 Sent. del 15/10/2024 número RS-282-2024).

Ahora bien, el examen de dicha obligación de medios constituye un segundo estadio de análisis necesario a fin de arribar a la decisión que establezca la justicia o improcedencia del reclamo instrumentado en la demanda, un requisito esencial, ineludible y previo al debate propuesto por el recurrente relativo a lo ajustado o no de lo desplegado en el acto médico en sí mismo.

Se ha señalado al respecto que la obligación de informar al paciente es claramente distinguible de la obligación principal que asume el profesional en realizar los tratamientos y procedimientos médicos de acuerdo con su experticia. Podría darse el supuesto de cumplirse una práctica correcta e incumplirse la otra. Tratándose de obligaciones distintas, también lo son las consecuencias de su posible violación: en el caso del incumplimiento de la obligación principal, el daño resarcible estará asociado con las consecuencias derivadas de la culpa médica; mientras que en el caso del deber de información el daño estará usualmente referido a la materialización de un riesgo previsible no informado debidamente al paciente (Cám. Civ. Gualeguaychu, Entre Ríos, Sala 01, "Valiente, Viviana Haydee c/ Centro Médico San Lucas S.A. y otro s/ ordinario daños y perjuicios

Sent. del 13/3/2020). La importancia de la obligación en el otorgamiento del consentimiento informado -regulado por la Ley 26529 (modif. por Ley 26742)- se encuentra plasmada en la actualidad en el art. 59 del CCC, en función de su relación con los derechos personalísimos y el principio de autodeterminación y por ende a la protección que merece la voluntad del paciente. Conforme a esa concepción receptada legalmente y reforzada en el código de fondo, la licitud de cualquier tratamiento, intervención o práctica médica está supeditada a la necesidad de la voluntad del paciente, y en resguardo de derechos de índole convencional. La ausencia en el otorgamiento del consentimiento informado no implica el mero incumplimiento a una formalidad vacía de contenido, sino de una exigencia legal obligatoria -art. 6 Ley 26529- que por los derechos que involucra, hace a la legalidad del acto médico e involucra la responsabilidad profesional. Suma a la obligatoriedad el Decreto reglamentario N° 1089/2012, en su art. 7, cuando indica que el consentimiento informado se materializa obligatoriamente por escrito en los casos contemplados en el artículo 7° de la Ley 26529 (modificada por la Ley 26742, fallo cit.). En principio, el médico no puede efectuar ningún tratamiento sin recabar el consentimiento del paciente (art. 59 del CCN, arts, 5 y 6 ley cit.). Esta directiva se impone de manera incontenible dado que tiene en cuenta uno de los aspectos más salientes de la libertad personal y, asimismo, aquél dispone -genéricamente- de su cuerpo (Alberto Bueres en "Responsabilidad civil de los médicos", 3ra. Ed. Pag. 159). De tal forma el consentimiento informado no sólo es un deber de irreprochable conducta profesional, sino que la omisión del mismo deviene en una responsabilidad directa del médico que no lo hiciere, por incumplimiento del deber profesional. En consecuencia, la omisión implicaría una clara negligencia del galeno en dicho

tratamiento, agravando peligrosamente su posición frente a una posible litis. De un sinnúmero de fallos penales estudiados, surge con claridad meridiana que los consentimientos informados son en las cirugías de enorme relevancia como valor probatorio de una buena o mala praxis (López Mesa, Marcelo J., "Los médicos y la información debida al paciente en el Código Civil y Comercial", LA LEY 15/02/2016).

Delimitada así la materia inicial del debate, concuerdo con el sentenciante de grado en cuanto a que, en el presente no se ha acreditado que la Sra. Silvia Mihdi haya prestado el debido consentimiento que la entidad de la intervención exigía. En idéntica dirección, debo decir que en modo alguno el pronunciamiento avanza sobre el principio de congruencia, ni resulta vulneratorio del derecho de defensa.

La conformidad entre el fallo pronunciado y el pedimento contenido en la demanda -respecto de las personas, el objeto y la causa- deviene inobjetable y por ende no advierto que se haya violado el principio contenido en los arts. 163 inc. 6 del Código procesal (arg. SCBA en causa C. 91.961 del 20/12/2006). En la demanda se endilga mala praxis al galeno accionado requiriendo la producción de diversos medios de prueba dirigidos a la acreditación de los hechos relatados. Luce también ajustada la afirmación contenida en el decisorio atacado, en cuanto a que la irrupción de hechos sobrevinientes de significativa importancia como lo fue la opacidad relativa al acto del consentimiento informado, la contradicción en la información proveniente del Hospital Italiano -institución médica en la cual se realizara la cirugía- y la sinuosa posición del accionado, mas, advierto que las particularidades del caso, impiden afirmar que tan importante aspecto no fuera parte integrante de contenido de la demanda.

Resulta insoslayable que los accionantes, que como quedara expresado en el párrafo precedente le atribuyeron mala praxis al accionado, son los hijos y nietos de la paciente fallecida y por tanto, mal podrían afirmar con seriedad lo ocurrido en un momento del que sólo tomaron parte aquella y el accionado. Sin perjuicio de ello, al ofrecer la prueba pericial médica, con la finalidad de indagar y acreditar aquel presupuesto incluyen como pto. 8vo. respecto del cual debía expedirse la experta, el extremo relativo a si la paciente prestó el debido consentimiento a la intervención a la que fue sometida (v. presentación del 25/3/22). Frente a ello, al contestar la demanda (V. presentación de fecha 17/5/22 y doc. adjuntada), el accionado acompaña el formulario correspondiente al acto en cual según su afirmación la paciente prestó el consentimiento, describiendo en detalle la conversación que en su hipótesis se había plasmado (pag. 6 de la presentación citada, 2do. párr.). Ante la divergencia existente entre el formulario de consentimiento adjuntado por el accionado -con todo los claros no preimpresos completos o cerrados- y el remitido por el Hospital Italiano -con llamativos claros- (v. oficio de fecha 19/8/22), el nosocomio ratifica que el que adjuntara es el auténtico conforme la historia clínica, afirmando que todo otro documento que no coincida con ello, no gozaría de tal calidad (oficio de fecha 25/4/23). También el 2 de junio de 2023 el Hospital informa que el Dr. Alonso fue sancionado con fecha 4/10/22 por completar un consentimiento informado en forma atemporal. Recién en tan especial y desfavorable momento procesal, quien se hallaba en mejores condiciones de acreditar la concreción del momento en el cual la Sra. Mihdi presuntamente había prestado su consentimiento, ensaya una explicación omitida al contestar la demanda y adjuntar aquella dudosa documentación. En su presentación de fecha 14/6/23, el Dr. Alonso sostiene que completó el

formulario que se hallaba firmado pero inconcluso, con claros -esenciales por cierto-, el día de la cirugía (1/8/17), más, en el extremo de la incongruencia, también afirma que no fue confeccionada en forma atemporal cuando del documento surge que la fecha de suscripción fue el 14 de julio de 2017. No menos llamativo resulta que el original en papel no haya sido acompañado por el profesional ni por el Hospital. Uno -el accionado- señalando la obligación de custodia que debía observar la institución, sin dar detalle alguno de como obtuvo esa copia electrónica que adjuntara al proceso pero distinta de la integrante de la historia clínica, y, el otro -Hospital sede de la cirugía origen de la intervención-, alegando no hallarla sin más razón que la vana manifestación (ver oficio de fecha 15/8/23).

A esta altura, debo concluir en que sea cual fuere el enfoque no se ha acreditado la existencia del consentimiento informado por parte de la Sra. Mihdi y de allí, la conclusión a que es ineludible arribar, dicha omisión responsabiliza al médico (art. 163 ap. 5 del CPCC).

La ausencia de consentimiento informado, hace que la responsabilidad médica se inscriba en el campo de la imputación objetiva, trasladando al profesional los riesgos propios de la prestación quirúrgica (CC0002 SM 54741 RSD-25-5 S 17/02/2005). En sentido concordante el Superior Tribunal ha señalado que el incumplimiento del deber de obtener el consentimiento informado es una violación de la libertad del paciente, a quien debió hacersele saber exactamente las ulterioridades de la operación para, sobre la base de ese conocimiento, inclinarse por concretarla o no. Son distintos los alcances de la responsabilidad si media culpa en el tratamiento propiamente dicho, o por el contrario la

prestación ha sido correcta, o bien cuando no se puede probar claramente la culpa en el acto médico (SCBA, AC 82684 S del 31/03/2004).

Al decir del Tribunal Superior, quien articuló de su lado una circunstancia positiva, consistente en que sí advirtió concretamente la existencia de los alcances y riesgos que conllevaba la práctica quirúrgica, debe sujetarse a lo que dispone el art. 375 del Código Procesal Civil. La carga de demostrar la existencia de ese hecho controvertido corría -conforme lo advierte claramente el a-quo-, por cuenta de quien lo afirmara, esto es, el demandado. Fue él quien dijo haber realizado el anoticiamiento pertinente. En este sentido, su actividad probatoria útil es nula, y por lo tanto corre la suerte desfavorable resultante de incumplir la carga respectiva (Ac. 55.133, sent. del 22-VIII-1995; ídem Ac. 55.404, sent. del 25-III-1997 y fallo cit.).

Todo el esfuerzo argumentativo desplegado por el accionado y la citada en garantía, reposan en la ausencia de nexo causal entre la práctica médica y el deceso de la Sra. Mihdi, entendiéndose cumplido el deber de información mediante la firma en blanco de un formulario que nada anoticia o bien, en la hipótesis del demandado, mediante el llenado del mismo el día de la cirugía, es decir sin otorgar el mínimo tiempo razonable de comprensión, reflexión y consentimiento necesario para decidir someterse a una operación que conllevaba riesgo de vida. De todos modos, esta afirmación del accionado, no descansa en ningún otro apoyo probatorio, sino todo lo contrario, resulta desvirtuada por lo informado por el Hospital conforme fuera reseñado párrafos atrás. A su vez, si bien el intento recursivo minimiza los riesgos que se avecinaban en los momentos previos a la intervención, la perito médica designada en autos afirmó al responder el pto. 10 de los propuestos por la parte actora, mediante el cual se le solicitaba responder

si era presumible que las causas del fallecimiento de la Sra. Midhi tuvieran relación con la intervención de varices a la que fue sometida, la experta sostuvo que no en cuanto a la técnica ni a la indicación, tampoco se puede aseverar que no lo hubiera sufrido sin mediar un procedimiento quirúrgico. "Pero obviamente, existiendo un antecedente operatorio, sí se puede presumir que lo ocurrido entre dentro de los eventos cardiacos perioperatorios establecidos porcentualmente como riesgo en cirugía no cardiaca" (art. 384 del C.P.C.).

Resta expresar en cuanto a la existencia del consentimiento que propicia el accionado -postura a que adhiriera la citada en garantía- el que reposaría en la respuesta de la experta a la pregunta octava de los accionantes, la cual entiende que estaría prestado el mismo mediante la firma del formulario y la interpretación de la actitud de la fallecida, en tanto hiciera varias consultas médicas y fue voluntariamente a operarse, que en nada conmueven las conclusiones antes perfiladas. Es que, más allá del alcance inútil de la firma de un formulario en blanco o del hecho -no probado- de presenciar un atemporal acto de llenado de los claros del mismo momentos antes de la cirugía, la legislación que con prístina redacción establece la modalidad y contenido de la obligación que reposa sobre el profesional, no contiene la previsión relativa al consentimiento implícito, motivo por el cual debe considerarse vedado (arts. 59 del CCCN, art. 6 Ley 26529 modificada por la Ley 26742, arg. Responsabilidad profesional de los médicos, Oscar Garay, T 1 pag. 331).

Diversos fallos y opiniones doctrinarias avalan el criterio condenatorio hoy atacado. Bajo la doctrina del consentimiento informado, se puede llegar a cuestionar al médico en circunstancias en las cuales se halle libre de negligencia en el tratamiento del paciente, pero actuando sin su consentimiento -salvo las

excepciones legalmente previstas-, más allá del dado o sin haberlo informado acerca de los riesgos de un tratamiento en particular, de tal manera que éste pudiera decidir si quería, o no, someterse al mismo. No comunicar es incurrir en mala praxis. Informar es una responsabilidad objetiva para el médico, una obligación de hacer, de resultado. Si a una situación de "ninguna información" (incumplimiento absoluto) o de "información deficiente" (cumplimiento defectuoso) le sigue un daño, se desencadenan tres importantísimas consecuencias, ahora recogidas en el art. 1722: no tiene sentido establecer si, al incumplir, el profesional incurrió o no en culpa; lo único que exime son las causas ajenas y el estándar probatorio es agravado: la ley presume el nexo adecuado y, por ende, el sindicado como responsable debe demostrar que la correlación incumplimiento daño no es técnicamente causalidad (Rodolfo González Zavala en Responsabilidad civil por no informar riesgos quirúrgicos, EC, Volumen 1 Numero 1 Año 2023; Calvo Costa, Carlos A., "Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial", Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 340; Andorno, Roberto, "Buena Fe en la relación médico-paciente: El derecho del paciente a saber y el derecho a no saber", Tratado de la buena fe en el derecho, La ley, Tomo I, Bs. As., 2004, Pág. 185; CNCiv., Sala F, Mimica, Adriana Nilda c. Fernández, Elsa Susana s/ Daños y Perjuicios, Resp. Prof. Médicos y Aux., 98/02/05; G., A. N. vs. I., S. V. y otro s. Daños y perjuicios, CNCiv. Sala D; 06/06/2022; Rubinzal Online; RC J 3710/22; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D - 02/06/2004, RCyS 2004, 575 con nota de Federico C. Tallone, TR LALEY AR/JUR/2279/2004; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L - 09/04/2021 - RCyS 2021-IV, 132 , TR LALEY AR/JUR/7817/2021; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D -

09/03/2004 - RCyS 2004, 388 con nota de Carlos Alberto Calvo Costa , TR LALEY AR/JUR/153/2004; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B - 05/02/2015 - SJA 03/06/2015, 60 - TR LALEY AR/JUR/74777/2014; CC0001 ME SI 117839 RSD-46-2020 S 29/04/2020).

Concluyo conforme lo volcado en las consideraciones precedentes que la sentencia atacada en cuanto condena a los recurrentes -con los alcances distintivos marcados-, a indemnizar a los accionantes debe ser confirmada, y ello es lo que habré de proponer al acuerdo.

5) Los montos de condena. Plantea el accionado -queja a la que adhiere la citada en garantía-, lo que consideran los recurrentes como una excesiva e injustificada cuantificación del rubro indemnizatorio. Exhiben su disgusto además, con la determinación de los rubros de condena a valores actuales y el establecimiento de una tasa de interés calculable desde el momento del hecho, deslizando al pasar también la improcedencia de la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la ley 23928. Ahora bien, todo el desarrollo de la crítica descansa en lo que entiende como: ausencia de acreditación del daño, de relación de causalidad o bien en apreciaciones por las cuales solo discrepa con las razones volcadas en el decisorio.

La insuficiencia del planteo recursivo -en general- aparece nítidamente. Obsérvese que el análisis crítico que caracteriza y es condición del recurso de apelación, requiere el aporte de las necesarias razones que pongan en evidencia que el fallo se ha sustentado en premisas equivocadas, y que, como resultado de las mismas, sus conclusiones devinieron igualmente incorrectas. No basta manifestar -como simple opinión- que determinados pasajes de la sentencia no se ajustan a derecho; tampoco alcanza con calificarlos de irrazonables o

ilegítimos, si no se formula el necesario juicio de censura analítica que proporcione, argumentalmente, las motivaciones que se tienen para considerar que la decisión es desacertada (esta Sala en causa 105470 RSD-154-6 S del 18/07/2006 y SCBA LP A 77379 RSD-53-2024 S del 24/05/2024). Así, la reiteración de las razones brindadas para cuestionar el rechazo de la acción, la alegación de lo elevado de la condena o de sus accesorios, no rebaten ni proponen un juzgamiento distinto que el plasmado en la sentencia apelada. No abordan la reunión de los requisitos de procedencia que el reconocimiento del daño considerado en los ptos. 4 ap. a y c del decisorio, su mensuración y accesorios han hallado, sino que sólo patentiza su discrepancia.

En virtud de ello, he de proponer declarar desiertos parcialmente los recursos interpuestos por los codemandados en lo relativo al reconocimiento de los rubros que integran la condena, su alcance y accesorios establecidos en los considerandos 4 ap. a y c del pronunciamiento apelado (arts. 260 y 261 del C.P.C., esta Sala en causa 127678 del 12/09/2024, RS-236-2024).

Solamente queda en pie, como plataforma de revisión, un extremo que proviene de un evidente error aritmético en la sumatoria de los montos distribuidos a favor de los accionantes. Al establecer la indemnización y el monto de los rubros Valor vida y Daño Moral, el sentenciante de grado motiva debidamente el recorrido de su razonamiento para arribar a la siguiente conclusión: "estimo justo y razonable fijar este concepto indemnizatorio en la suma de \$ 15.000.000, el cual se distribuirá por partes iguales entre los cinco hermanos". En lo relativo al restante rubro: expresó: "estimando el daño moral a favor de Agustina Cubilla, en la suma de \$ 500.000, y de sus hijos en la suma de \$ 200.000 para cada uno de ellos (Maitena y Anthony Hansel Astrada); asimismo, para los restantes hijos de la

causante en la suma de \$ 300.000 para cada uno de ellos: Ximena Verónica, Mayra Fernanda, Eliseo y Manuela Cubilla. Como resultado de la sumatoria de los montos acordados se arriba a la siguiente indemnización a favor de cada uno de ellos: \$ 3.500.000 a favor de Agustina Cubilla; \$ 3.300.000 a favor de cada uno de los restantes hermanos: Ximena Verónica, Mayra Fernanda, Eliseo y Manuela Cubilla; \$ 200.000 para Maitena Astrada y \$ 200.000 para Anthony Hansel Astrada, con más la actualización monetaria e intereses fijados en el considerando 4º, arribando a un total de \$17.100.000. Cotejado ello con el fallo, se evidencia un error en la sumatoria que debe ser corregido, más allá de la débil fundamentación al respecto ya que el tipo de yerro no impone un embate meduloso. Cabe apuntar en cuanto a ello que toda la crítica atinente a este ítem se origina en lo elevado del monto de \$15.000.000 establecido como Valor vida, teniendo dicha suma como la fijada en la sentencia y, por otra parte, la alegación de lo elevado de la condena, aún leve en su profundidad, permite su examen y su aclaración respectiva (arg. arts. 272, 273 del CPCCC).

6) Fijación a valor actual del capital asegurado y aplicación al seguro de responsabilidad civil. En cuanto al ataque a esta parcela de la decisión formulado la citada en garantía, es decir, a los agravios referidos al límite de cobertura y el monto por el que ha de responder, esta Sala ya ha tenido oportunidad de abordar la temática traída, concordantemente con lo decidido en la parte dispositiva del fallo atacado y su aclaratoria de fecha 7/6/24. En efecto, en la causa "Yurman" (128938, sent. del 27/04/2021) se señaló que si bien no se desconoce los resuelto por la Corte Nacional en la causa "Flores" (sent. de 06/06/2017), nuestro superior Tribunal provincial en la causa "Martinez" (C 119.088, sent. de 21/02/2018), por mayoría, dispuso que la condena a la aseguradora debía incluir

la cobertura básica vigente al momento de la valuación judicial del daño contenida en la sentencia definitiva.

De este modo, la aplicación literal de la cláusula de delimitación cuantitativa del riesgo contenida en la póliza resultaría frustrante de la finalidad económico-social del seguro (contrariando la indemnidad del patrimonio del asegurado, dejándolo desprotegido por una cobertura proporcionalmente muy inferior en relación con la magnitud del daño finalmente estimado, debiendo asumir la financiación de su descontextualización temporal) y destructora de su función preventiva (al desvirtuar la razón que diera nacimiento a la obligación del tomador de prevenir las consecuencias derivadas de su daño eventual). Así como de su sentido solidarista, animador del dictado de los instrumentos legales en la materia; atendiendo a la función socializadora de los riesgos en miras de la tutela del superior interés dirigido al resarcimiento pleno de los daños padecidos por las víctimas. En efecto, el carácter irrisorio del resultado difuminaría en los hechos esa finalidad mutual de afrontar un riesgo a partir de un vínculo común tendiente a disminuir, moderar o eliminar el alea en conjunto, en base al empleo de la técnica jurídica, financiera, actuarial y estadística (conf. Stiglitz, Rubén, op. cit., Tomo I, pág. 8, Cámara en lo Civil y Comercial, Sala I del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, causa LZ41531-2013, sent. del 6 de marzo de 2020).

Consecuentemente, a tenor de dicho criterio jurisprudencial vinculante de nuestro superior Tribunal provincial se ha establecido que el límite de cobertura quedaba fijado conforme actualización efectuada por la Superintendencia de Seguros de la Nación mediante resolución que corresponda a la fecha de fijación de los daños, extremo que deberá acreditarse en la instancia (v. día de la sentencia apelada; arts. 166 inc. 7, 500, 501, 502 y ccdts. CPCC; SCBA LP C

125450 S 29/09/2023). Mas, en el particular caso traído a esta revisión, el sentenciante de grado estableció las pautas para la determinación del alcance de la cobertura, dada la inexistencia de parámetros emergentes de resoluciones específicas de la SSN que actualice el monto de los seguros médicos, con sustento en la doctrina legal de la causa Martínez y el nuevo alcance y significado que la doctrina del Superior Tribunal plasmada en "Barrios" aporta al respecto. De estos dos últimos aspectos no se hace cargo la crítica, dirigiéndose solo a la procedencia ya abordada de la actualización del monto por el cual debe responder, quedando incólume el mecanismo o pauta fijada, una vez superado el reproche inicial, motivo por el cual he de proponer su confirmación.

7) Costas de Alzada. En atención al criterio objetivo de la derrota, se deben imponer a cargo de los accionados (arts. 68 y 272). Voto por la AFIRMATIVA.

El señor Juez doctor BANEGAS, por los mismos fundamentos, votó en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RONDINA DIJO:

En atención al acuerdo alcanzado al tratar la cuestión anterior corresponde 1) Declarar parcialmente desierto el recurso de apelación interpuesto por la accionante conforme lo establecido en el pto. 5; 2) Modificar el fallo dejando establecido que los montos acordados como indemnización son los que emergen de los considerando 4 ap. a y c de la sentencia: "\$ 3.500.000 a favor de Agustina Cubilla; \$ 3.300.000 a favor de cada uno de los restantes hermanos: Ximena Verónica, Mayra Fernanda, Eliseo y Manuela Cubilla; \$ 200.000 para Maitena

Astrada y \$ 200.000 para Anthony Hansel Astrada, con más la actualización monetaria e intereses fijados en el considerando 4º, arribando a un total de \$17.100.000, y no los que erróneamente se plasman en la parte dispositiva que abultan indebidamente el alcance total; 3) confirmar la sentencia apelada en todos sus términos (arts. 163 ap. 5 y 6, 260, 384, 474 y ccts. del CPCC, arts. 59, 1716, 1717, 1722, 1723 del CCCN, art. 1, 2 y ccts de la ley 23661, arts. 5, 6, 7 y ccts. de la ley 26529, 61 y 109 de la ley 17418), imponiendo las costas de esta instancia a cargo de la actora en su calidad de vencida (arts. 68 y 274 del CPCC), difiriendo la pertinente regulación de honorarios profesionales.

ASÍ LO VOTO.

El señor Juez doctor BANEGAS, por los mismos fundamentos, votó en igual sentido.

CON LO QUE TERMINÓ EL ACUERDO, dictándose la siguiente:

----- S E N T E N C I A -----

POR ELLO, y demás fundamentos del acuerdo que antecede:

1) Se declara parcialmente desierto el recurso de apelación interpuesto por la accionante conforme lo establecido en el pto. 5; 2) Se modifica el fallo dejando establecido que los montos acordados como indemnización son los que emergen de los considerando 4 ap. a y c de la sentencia: "\$ 3.500.000 a favor de Agustina Cubilla; \$ 3.300.000 a favor de cada uno de los restantes hermanos: Ximena Verónica, Mayra Fernanda, Eliseo y Manuela Cubilla; \$ 200.000 para Maitena Astrada y \$ 200.000 para Anthony Hansel Astrada, con más la actualización monetaria e intereses fijados en el considerando 4º, arribando a un total de \$17.100.000, y no los que erróneamente se plasman en la parte dispositiva que

abultan indebidamente el alcance total; 3) Se confirma la sentencia apelada en todos sus términos (arts. 163 ap. 5 y 6, 260, 384, 474 y ccts. del CPCC, arts. 59, 1716, 1717, 1722, 1723 del CCCN, art. 1, 2 y ccts de la ley 23661, arts. 5, 6, 7 y ccts. de la ley 26529, 61 y 109 de la ley 17418), imponiendo las costas de esta instancia a cargo de la actora en su calidad de vencida (arts. 68 y 274 del CPCC), difiriendo la pertinente regulación de honorarios profesionales. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE en los términos del art. 10 del Ac. 4013/21, texto según Ac. 4039/21, SCBA. DEVUÉLVASE.

DR. LEANDRO A. BANEGAS

DR. HUGO A. RONDINA

JUEZ

JUEZ