



Nuevas obligaciones negociables con recurso limitado

Nicolás Fernández Madero y Juan Luis Catuogno

SUMARIO: I. Introducción.— II. Encuadre legal.— III. Garantías sobre los bienes afectados.— IV. Obligaciones negociables colocadas por oferta pública o privada.— V. Similitudes y usos.— VI. Final.

➔ Las Obligaciones Negociables con recurso limitado básicamente otorgarían al tenedor los derechos que se acuerden bajo los Términos y Condiciones de emisión, como el de exigir al emisor la aplicación de los fondos designados al pago de la deuda, el cumplimiento de las restricciones que se impongan sobre los activos afectados, y los deberes de administración de los bienes, tanto durante el cumplimiento del empréstito como en una eventual etapa de liquidación y venta de los bienes afectados.

I. Introducción

El Poder Ejecutivo ha contemplado en el proyecto de Ley de Financiamiento Productivo (1) diversas modificaciones a la actual ley 23.576 de Obligaciones Negociables (2). Entre ellas, se destaca en especial una que introduce un nuevo tipo de Obligación Negociable (ON) y de deuda como un producto más para el mercado de capitales: las ON con recurso limitado (ON c. RL).

Al efecto, en el art. 146 del proyecto se propone sustituir el art. 3º de la ley de ON por otro que incorpora la siguiente frase:

“Se podrán emitir obligaciones negociables con recurso limitado y exclusivo a determinados activos del emisor pero no a todo su patrimonio, pudiendo constituirse o no garantías sobre dichos activos. En caso de incumplimiento del emisor, los acreedores tendrán recurso únicamente sobre dichos activos”.

Es decir, se introduce la posibilidad de emitir ON con respaldo y recurso limitado a ciertos activos.

En el presente artículo analizaremos brevemente diversas cuestiones legales vinculadas a esta nueva figura, que consideramos muy

novedosa e inédita en el derecho argentino, ya que el recurso limitado no sólo no existía en los mercados de capitales, sino tampoco en operaciones financieras y económicas en general. Entre otros asuntos, veremos su compatibilidad con el derecho de fondo, sus usos potenciales y sus semejanzas con otra figura como el fideicomiso financiero.

II. Encuadre legal

Como se dijo al comienzo, la posibilidad de limitar el recurso legal de un acreedor a ciertos bienes seleccionados por el deudor es sumamente novedosa. No obstante, encuentra su fundamento en los arts. 743 y 744 inc. h) del Cód. Civ. y Com.

El art. 743 (3) establece el principio general consistente en que todos los bienes del deudor constituyen la prenda común de sus acreedores, mientras que el art. 744 (4) establece distintas excepciones a dicho principio, casi todas ellas fundadas en aspectos de orden social y familiar.

Finalmente, el inc. h) indica que quedarán exentos de la acción de los acreedores “los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes”; y, de convertirse el proyecto en ley, el caso que nos ocupa quedaría comprendido en ese inciso.

II.1. Clase de bienes afectados

¿Qué clase de bienes podrán ser afectados a la acción de los acreedores del emisor?

El art. 144 del proyecto establece una suerte de delegación “en blanco”, dejando a criterio del emisor la identificación de aquellos bienes que podrán ser embargados y ejecutados por los bonistas, a diferencia de todos sus otros bienes, que quedarán al amparo del art. 744 inc. h) del Cód. Civ. y Com.

Interpretamos que podrían afectarse con motivo de estas ON todo tipo de bienes, presentes o futuros, siempre que se encuentren en el comercio (5). Adicionalmente debe tenerse presente al respecto que actualmente

el art. 279 del Cód. Civ. y Com. establece un límite amplio, que consiste en que el objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea.

El único requisito específico que impone el proyecto es que el emisor deberá ser propietario de dichos bienes (ya que se hace referencia a “activos del emisor”), que deberán ser susceptibles de embargo y ejecución (6) por parte de sus acreedores (ya que se indica que los “acreedores tendrán recurso” sobre dichos activos). En el caso de derechos contractuales, agregamos que los acreedores deberán poder subrogarse en los derechos del deudor.

En otras palabras, los obligacionistas deberán poseer acción contra algún/os activo/s determinado/s del emisor, no permitiéndose al obligacionista eximirse en forma total de las acciones de los acreedores sobre todos sus bienes, ni permitiéndose la acción sobre bienes ajenos al emisor. En la medida que se afecte un activo del emisor, cualquiera sea, se cumplirá al menos con la letra del proyecto y validaría la exclusión legal de accionar contra los otros bienes del deudor.

¿Qué ocurriría si no se cumpliera con cualquiera de los requisitos antedichos (i.e., propiedad de los bienes y recurso sobre ellos)? Por ser elementos tipificantes de la figura, entendemos que la exclusión sería inválida, y los obligacionistas podrían accionar contra todo el patrimonio del emisor.

II.2. Relación entre los bienes afectados y el crédito tomado por el emisor

La normativa nada dice acerca de si los bienes afectados deberán originar el flujo para el repago de las ON, ni si, en caso contrario, la cancelación podrá depender de otros recursos del emisor. Tampoco se aclara si los bienes afectados deberán ser susceptibles de originar un flujo de fondos, o si en cambio el activo podría ser estáti-

co, en el sentido de que se deberá depender del producido de su venta o liquidación.

En tal sentido, en el marco de una emisión de ON, no será lo mismo afectar a la acción de los acreedores una cartera de créditos y con ello su flujo de cobranzas —que se utilizará para el repago de los títulos—, que afectar un activo que no diere frutos, tal como una propiedad utilizada por el emisor.

En la misma línea, tampoco establece la normativa si los bienes afectados (tengan o no relación con el repago) deberán tener un valor mayor al del monto de emisión (sin establecerse aforos, ratios mínimos, etc.), o bien si los mismos deberán poseer la liquidez necesaria para responder a (y calzarse con) la vida promedio del empréstito, considerando su plazo y forma de pago.

En principio, a falta de una regulación que lo establezca, cumplidas las exigencias generales previstas en el Código Civil y Comercial antes mencionadas, el emisor tendría la libertad de elegir los bienes que podrán ser objeto de la acción de los bonistas, siendo el apetito del mercado (y las calificaciones de riesgo crediticias) el límite de tales relaciones entre deuda y activos afectados.

Sin perjuicio de los comentarios anteriores, obviamente que ellos devendrán abstractos y ninguna de las características del activo tendrá importancia en la medida en que los servicios de capital e interés bajo estas ON fueran abonados en tiempo y forma por el emisor, cualesquiera hubieran sido los recursos que este último hubiera aplicado al efecto. Los comentarios anteriores entonces solo se tornarían importantes en caso que existiere mora en el pago de las ON, como veremos más adelante.

II.3. Default selectivo

Aun cuando no lo establece la normativa, pareciera razonable en función de lo dicho en el apartado anterior que, para comprar el producto, el mercado demande que los bie-

DOCTRINA. Nuevas obligaciones negociables con recurso limitado

Nicolás Fernández Madero y Juan Luis Catuogno 1

NOTA A FALLO. El consentimiento informado deficientemente prestado como fuente de responsabilidad civil en un caso de anticoncepción fallida

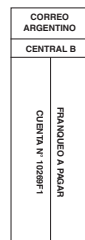
Ignacio González Magaña..... 4

JURISPRUDENCIA

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Embarazo posterior a la ligadura tubaria. Anticoncepción fallida y nacimiento no previsto de un hijo. Procedencia de una indemnización a favor de

la progenitora por incumplimiento del deber de información. Daño moral. Recepción en el Código Civil y Comercial: interferencias al proyecto de vida. Derecho a la autonomía personal y a la libertad de autodeterminación. Responsabilidad del establecimiento asistencial y de la obra social (CNCiv.)..... 3

DAÑOS DERIVADOS DE UN AMBIENTE HOSTIL DE TRABAJO. Daño psíquico. Arbitrariedad del monto del resarcimiento otorgado. Acción civil (CS)..... 11



nes afectados posean una relación, en cuanto a su monto y a su liquidez, con la deuda “garantizada” (sea a través de la posibilidad de accionar contra ellos, con o sin privilegio otorgado por un derecho de garantía), ya que en última instancia, dichos bienes constituyen la garantía de su pago.

Si seguimos con esa línea de razonamiento, en un hipotético caso en que un emisor hubiera afectado un determinado activo (y el mismo debiera ser suficiente para repagar los títulos), entendemos que el emisor podría perfectamente optar por no abonar la deuda bajo las ON c. RL en caso de insuficiencia de los bienes afectados, es decir, hacer un default selectivo de su deuda, aun pudiendo afrontar la deuda con otros recursos propios no afectados a la “garantía”. Como veremos más adelante, la paradoja es que podría interpretarse que el emisor no se encontraría primariamente obligado a pagar la ON c. RL (su propia deuda), aunque sí a cumplir con cualquier otra obligación que hubiera asumido con motivo de la emisión de la ON c. RL, tal como administrar los bienes o facilitar el proceso de cobranza y liquidación de los mismos, en beneficio de los obligacionistas.

En caso de mora entendemos que el pasivo generado por las ON no sería previsionado en el balance del emisor, ya que no debe responder por el mismo, sino solo con el activo afectado y así exteriorizado en ese balance. No obstante, sí debería provisionar los gastos que demande su participación en el embargo y liquidación del activo afectado, en su caso (aunque más no sea en forma pasiva, como titular del activo).

Como se dijo, de esta situación deviene que el emisor no sólo deberá actuar como administrador del activo mientras el crédito se encuentre en situación de cumplimiento, sino que también continuaría como tal durante la fase de embargo y ejecución del bien, sin encontrarse mientras tanto primariamente obligado a responder con sus otros bienes no afectados. Está claro que los restantes ingresos del emisor también son activos y como tales no se encontrarían afectados al pago de la deuda, a menos que se los hubiera afectado expresamente en subsidio y en los términos y condiciones de emisión de las ON.

Del mismo modo, el incumplimiento del emisor no debería afectar su calificación crediticia objetiva sobre otras financiaciones que tuviera en el mercado. Tampoco sus otros acreedores podrían acelerar sus otras deudas en función de su incumplimiento y, si tuviera deuda originada en el sistema financiero, no debiera modificarse su situación ante la Central de Deudores del Sistema Financiero.

Sin embargo, no obstante la validez de la mora selectiva, por ser lo pactado y conforme a la ley, no cabe duda de que una vez sucedido el incumplimiento la reputación y calificación crediticia subjetiva del emisor quedará más o menos afectada según como el mismo finalmente responda y haga frente a la situación.

II.4. Obligaciones del emisor

Ahora bien, si bien concluimos que el emisor no se encontraría obligado en el extremo al pago de la deuda con sus recursos no afectados a la acción de los bonistas, ¿qué tipo de obligaciones sí debería asumir el emisor en el marco de los términos y condiciones de emisión (T&C de las ON)?

En primer lugar, entendemos que los T&C bajo una emisión de ON con recurso limitado deberán contener obligaciones del emisor relacionadas con los bienes afectados a la deuda, tales como administrarlos de buena fe, no gravarlos o disponerlos, responsabilizándose en la medida que existiera dolo o culpa de su parte, en especial porque se trataría del activo generador de un flujo de fondos o con un valor de liquidación, en ambos casos destinado a cancelar la deuda bajo las ON. En un modo similar al que se prevé bajo cualquier financiación, e incluso en la misma Ley de Sociedades para la garantía flotante de las ON (7).

¿Podría el emisor valerse de los bienes dados en garantía, para cancelar otras deudas distintas a la de las ON “garantizadas”? La normativa no lo prohíbe expresamente. No obstante, pensamos que por lógica el propio mercado demandará seguramente que los T&C contengan reglas para la utilización específica de los activos y sus frutos, destinando las cobranzas a los propósitos descritos en la “cascada” de flujos, ya sean cobranzas periódicas o el resultado de su liquidación.

En caso de que el emisor utilizare recursos distintos a los afectados a los bonistas (es decir, sus otros recursos) para pagar los servicios bajo las ON, sin encontrarse realmente ni legalmente obligado primariamente a ello, esto tendría efectos similares a aquellos que se producen cuando una persona cancela la deuda de un tercero sin encontrarse obligado.

La diferencia en este caso es que ese tercero es el mismo emisor, por lo que no existiría donación, cesión ni subrogación del crédito abonado ya que no tendrá recurso de regreso contra él mismo, ni contra los bienes afectados. Debe recordarse que cualquier remanente de la liquidación de los bienes afectados permanecerá en el patrimonio del emisor y por ende le pertenecerá.

II.5. Derechos que otorgan las ON con recurso limitado

Como se ha visto, las ON con recurso limitado básicamente otorgarían al tenedor los derechos que se acuerden bajo los T&C de emisión, como el de exigir al emisor la aplicación de los fondos designados al pago de la deuda, el cumplimiento de las restricciones que se impongan sobre los activos afectados, y los deberes de administración de los bienes, tanto durante el cumplimiento del empréstito como en una eventual etapa de liquidación y venta de los bienes afectados.

En caso de no poseer un derecho real de garantía sobre los activos afectados, los bonistas tendrían derecho a pedir el embargo de los activos (8).

Asimismo, el tenedor de ON podría tener a su favor una garantía real constituida sobre el activo afectado, lo que le otorgaría una prelación de pago ante un eventual remate. Vale aclarar que con o sin garantía, el obligacionista solo tendría acción contra los bienes afectados, a diferencia de una deuda ordinaria en la que el acreedor del deudor, codeudor, fiador o avalista podrá ejecutar cualquiera de los bienes del sujeto obligado.

Por su parte tanto las ON comunes como las de recurso limitado otorgan al acreedor un título ejecutivo para la ejecución de la deuda (9). La diferencia en el caso de las ON con recurso limitado es que el instrumento ejecutivo no habilitaría al bonista a pedir la quiebra del emisor, ya que la deuda no es asumida con todo el patrimonio del emisor. Por el mismo motivo, entendemos que no aplicarían en este caso las disposiciones de la ley de Sociedades sobre los *debentures* en caso de concurso o quiebra del emisor, como lo establece el último párrafo del art. 29 citado.

III. Garantías sobre los bienes afectados

Como se apuntó al comienzo, el proyecto indica que se podrán constituir o no garantías sobre los activos afectados a la acción de los obligacionistas. Entendemos al respecto que las garantías aceptables sobre los activos afectados podrían ser las mismas que aquellas que se encuentran disponibles para las ON (10), como veremos a continuación.

A diferencia de otros instrumentos de deuda (salvo los *debentures* en algunos aspectos), la ley 23.576 de Obligaciones Negociables otorga a las ON un régimen propio y particular de garantías. Este régimen de garantías, que el art. 3º de la Ley de Obligaciones Negociables clasifica en “flotante”, “especial” o “común”, se asimila al de las garantías que brinda el derecho de fondo, aunque con características particulares, adaptadas al mercado de capitales.

En este punto resulta relevante establecer si estos tres tipos de garantía —que aplican a las ON ordinarias— también se aplicarían a las ON c. RL.

Tanto la garantía “flotante” como la “común” afectan, por definición, todos los bienes del emisor.

Mientras la garantía común presupone que existe acción contra todos los bienes del deudor (de carácter quirografario), en el caso de la garantía flotante, la Ley General de Sociedades (11) indica expresamente que la misma afecta a su pago todos los derechos, bienes muebles o inmuebles, presentes y futuros o una parte de ellos, de la sociedad emisora, y otorga los privilegios que corresponden a la prenda, a la hipoteca o la anticresis, según el caso. El artículo citado agrega que la garantía flotante no está sometida a las disposiciones de forma que rigen esos derechos reales, y que la misma se constituye por la manifestación que se inserte en el contrato de emisión y el cumplimiento del procedimiento e inscripciones que indica la Ley de Sociedades.

La garantía flotante es exclusiva de las obligaciones negociables (y de los *debentures*, aunque salvo por alguna excepción de larga data, los *debentures* nunca llegaron a utilizarse). Asimismo, su instrumentación y constitución presenta una serie de ventajas que la hacen muy conveniente en el marco de una emisión. Lo mismo ocurre con la garantía “especial”, aunque sobre la misma no existen dudas de su aplicación a las ON con recurso limitado, ya que la Ley de Sociedades (12) posibilita su aplicación sobre bienes “determinados” del emisor.

Es por ello que, como se dijo antes, resulta relevante determinar la aplicación o no de estas garantías a las ON con recurso limitado.

En tanto el proyecto de ley mantiene estos tres tipos particulares de garantías de las ON, no prohíbe su aplicación a las ON con recurso limitado. A nuestro juicio, cualquiera de las tres garantías mencionadas podría entonces garantizar las ON con recurso limitado, incluyendo la garantía “flotante”. En este último caso, la garantía flotante sería efectiva únicamente sobre los activos afectados por el emisor, y no sobre “todos” los bienes del deudor (13).

En el caso de constituirse sobre los bienes afectados cualquier otro tipo de garantía que provee el derecho de fondo, en particular garantías reales como la hipoteca y la prenda, muy probablemente el emisor contratará un agente de la garantía, que se encargará de suscribir el contrato de garantía y ejercer en nombre de los bonistas, cualquier acción de ejecución de la misma. Asimismo, se podrá contratar a una entidad para que ejerza la defensa de los derechos e intereses que colectivamente correspondan a los obligacionistas (14). Cualquiera de ellos (pudiendo ser el mismo con distintos roles) podrá velar por el cumplimiento de las obligaciones del emisor respecto de la administración de los bienes afectados.

IV. Obligaciones negociables colocadas por oferta pública o privada

Para enfocar este tema debe tenerse en cuenta que actualmente no solo es posible emitir y colocar valores negociables y por lo tanto ON con o sin recurso limitado en forma pública en los mercados de valores, sino que también es posible hacerlo en forma privada, sin recurrir a la autorización estatal de oferta pública que brinda la Comisión Nacional de Valores. La colocación privada siempre fue posible, en la medida que se cumplan las pautas dadas en su momento por la Ley de Oferta Pública, replicadas en la ley de Mercado de Capitales vigente y consagrada por la doctrina enseñada en sumarios labrados por la Comisión (15).

La diferencia entre colocar una ON en forma privada o pública es fundamental. Por un lado, la colocación pública es necesaria para obtener los beneficios impositivos aplicables a las ON (16). Aunque por el otro, la emisora deberá cumplir para ello con una serie de obligaciones impuestas por la Ley de Mercado de Capitales y las Normas de la CNV (17).

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Proyecto de Ley de Financiamiento Productivo aprobado por la Cámara de Senadores, el 21 de marzo de 2018.

(2) La ley 23.576 data de 1988, habiendo sido modificada en cuatro oportunidades: en 1991 mediante ley 23.962, en 1995 mediante ley 24.435 y la reciente reforma de 2016 mediante ley 27.264 en virtud de la cual, se introdujo a las SRL como emisoras de ON y a las SGR o fondos de garantía.

(3) “Art. 743: Bienes que constituyen la garantía. Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero solo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia”.

(4) “Art. 744: Bienes excluidos de la garantía común. Quedan excluidos de la garantía prevista en el art. 743:

”a) las ropas y muebles de uso indispensable del deudor,

de su cónyuge o conviviente, y de sus hijos;

”b) los instrumentos necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del deudor;

”c) los sepulcros afectados a su destino, excepto que se reclame su precio de venta, construcción o reparación;

”d) los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado;

”e) los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales, que solo pueden ejecutarse en los términos de los arts. 2144, 2157 y 2178;

”f) las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica;

”g) la indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio;

”h) los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes”.

(5) Tal como definía el art. 953 del viejo Cód. Civil y hoy recepta el nuevo Código Civil y Comercial, por ejemplo, en el art. 1670 al describir el objeto del fideicomiso.

(6) Art. 745 del Cód. Civ. y Com.

(7) Art. 329. *Efectos sobre la administración. La sociedad conservará la disposición y administración de sus bienes como si no tuvieran gravamen, mientras no ocurra uno de los casos previstos en el artículo anterior. Estas facultades pueden excluirse o limitarse respecto de ciertos bienes en el contrato de emisión. En este supuesto debe inscribirse la limitación o exclusión en el registro correspondiente.*

Art. 330. *Disposición del activo. La sociedad que hubiese constituido una garantía flotante, no podrá vender o ceder la totalidad de su activo, ni tampoco parte de él, si así imposibilitare la continuación del giro de sus negocios, tampoco podrá fusionarse o escindirse con otra sociedad sin autorización de la asamblea de debenturistas.*

(8) Art. 745 del Cód. Civ. y Com.

(9) Art. 29 de la Ley de Obligaciones Negociables.

(10) Garantías propias de la ley de Obligaciones Negociables: flotante, especial, común (primer párrafo del art. 3º de la ley). Garantías del derecho común: aval, fianza, prenda comercial, prenda con registro, fideicomiso, SGR (último párrafo del mismo artículo).

(11) Art. 327.

(12) Art. 333.

(13) Tal como se indica en el art. 327 citado.

(14) El fiduciario o *trustee*, según da cuenta el art. 13 de la Ley de Obligaciones Negociables.

(15) La discusión acerca del alcance del concepto de oferta pública estuvo presente en la doctrina. Al respecto se puede ver: Entre otros, MALUMIAN, Nicolás – FOSSATI, Gastón, “Oferta Pública de valores negociables en materia tributaria”, ED del 14/05/2004; MALUMIAN, Nicolás, “Contratos Derivados (Futuros, Opciones y Swaps). Aspectos Jurídicos y Fiscales”, Ed. La Ley, p. 67; SERRANO

No obstante, debe tenerse en cuenta que el proyecto de modificación de la ley de Mercado de Capitales prevé la reforma del art. 82, introduciendo la posibilidad que la Comisión Nacional de Valores reglamente también la oferta privada de valores negociables (18). Con lo cual la situación podría alterarse y es posible que se considere algún tipo de registro para el control gubernamental o pautas más precisas para el encuadre de las ofertas privadas.

Nótese que un aspecto importante de las ON c. RL emitidas en forma privada también será que, al no encontrarse alcanzadas por las normas de la Comisión Nacional de Valores, los bienes afectados a la “garantía” no tendrán los requisitos que pudiera establecer la reglamentación con relación a su calidad (monto y liquidez), siendo dichos bienes de la libre elección y discreción de las partes.

Debemos agregar que el proyecto de modificación de la Ley de Obligaciones Negociables actualiza muy eficientemente el modo de publicidad existente en la ley, al establecer requerimientos de publicidad diferenciados para las emisiones con colocación pública y las privadas (19).

V. Similitudes y usos

Ante esta novedosa figura de las ON c. RL, no pudimos evitar compararla con otros institutos como el fideicomiso (20), como tampoco dejar de mencionar una estructuración que en nuestra opinión facilitaría su implementación y aceptación de aquellas por el mercado:

V.1. Fideicomiso financiero

En honor a la brevedad, a continuación exponemos en un cuadro comparativo aspectos diferentes y semejantes entre estas dos figuras:

Aspecto	ON con recurso limitado	Fideicomiso Financiero
Acción de los tenedores contra los bienes designados	Limitada a dichos bienes.	Limitada a dichos bienes (21).
Acción de otros acreedores del deudor contra los bienes designados	Es posible. No obstante, se podrá otorgar a los bonistas una garantía real (prelación de pago) sobre los bienes designados (22)	Los bienes están exentos de la acción de los acreedores de todas las partes involucradas (salvo fraude) (23)
Concurso o quiebra del deudor	Los bienes designados integran el concurso o quiebra (24)	Los bienes designados no integran el concurso o quiebra (25)
Ingreso al régimen de oferta pública (deberes de información, contables, fiscalización societaria, etc.)	El emisor de ON deberá ingresar y someterse a las obligaciones del régimen (26)	El fiduciante no debe ingresar al régimen (27)

Como vemos, en algunos aspectos la emisión de ON con recurso limitado podría asemejarse para el emisor a la securitización de

un activo, ya que le permite financiarse, limitando la responsabilidad por el repago a un bien determinado.

No obstante, salvo que ya se encontrare en el régimen de oferta pública, un emisor de ON con recurso limitado deberá ingresar al mismo, y someterse a sus obligaciones, a diferencia del fiduciante de un fideicomiso financiero.

Por otro lado, el fideicomiso financiero ofrece mayores ventajas para el inversor, ya que protege los bienes de la acción individual y colectiva de los acreedores del deudor, lo que redundará en una mejor calificación crediticia del producto.

V.2. Obligaciones negociables con garantía de fideicomiso

En la medida en que la calidad de los activos afectados al recurso de los bonistas, y en especial su correcta administración y correcta aplicación de sus frutos, sean determinantes para la calidad crediticia de las ON con recurso limitado, y/o que la calidad del propio emisor no lo sea del grado que se perciba que será el requerido por el mercado, podrá resultar muy conveniente que el emisor aisle dichos activos en un fideicomiso.

Esto significaría encomendar la administración y protección de los activos estratégicos al fiduciario, incluso con el fin de asegurar el correcto direccionamiento de cualquier flujo de pago de las ON c. RL derivado del producido de los bienes fideicomitados, como podría ser una cartera de créditos. No obstante, se debe recordar que para que el recurso limitado sea válido, los bienes designados deberán permanecer en el patrimonio del emisor, y sólo contra éstos tendrán acción los obligacionistas.

¿Cómo hacer entonces para proteger en un fideicomiso una cartera de créditos y al mismo tiempo cumplir con el requisito que el emisor posea los bienes afectados a la acción de los bonistas?

La respuesta es que el activo designado en el marco de las ON c. RL no deberá ser la cartera de créditos tomada como ejemplo (que sería transferida al fideicomiso de garantía), sino la posición contractual del emisor (como beneficiario y fideicomisario) en dicho fideicomiso de garantía. Contra este último activo conservarían su acción los obligacionistas, dándoles acceso al activo importante, que es la cartera de créditos administrada por el fiduciario.

A fin de facilitar la ejecución del activo y reforzar el derecho de los obligacionistas sobre el fideicomiso, se podrá celebrar una cesión en garantía de la posición contractual del emisor, que consiste en un derecho real de prenda sobre dichos derechos, según se establece en el art. 1615 del Cód. Civ. y Com. (28). El contrato de cesión en garantía prevería el modo de ejecución de la garantía por parte de los bonistas (o de su agente de garantía) en beneficio de los obligacionistas.

VI. Final

No sólo la introducción de las ON con recurso limitado es un gran avance hacia una legislación flexible y moderna —demandada por los mercados de capitales—, sino que también lo es la modificación a la Ley de Mercado de Capitales y la modificación a la Ley de Obligaciones Negociables, escrita con pericia por sus redactores.

De aprobarse el proyecto de Ley de Financiamiento Productivo, las ON con recurso limitado podrían ser muy bien aprovechadas por los actores del mercado, tanto por emisores que presenten un bajo nivel de riesgo crediticio, aunque también por aquellos que no lo posean tanto, si utilizaren las bondades del fideicomiso, siempre presentes en la realidad negocial del país. ●

Cita online: AR/DOC/597/2018

{ NOTAS }

REDONET, Diego - GRIGIONI, María Gabriela, “¿Cuándo existe una oferta pública de valores negociables?”, El Dial, Suplemento de Derecho Económico, del 08/07/2004; GIOVENCO, Arturo C., “El prospecto en la oferta pública”, Ed. Ad-Hoc, 2003; VILLEGAS, Marcelo - KENNY, Mario O., “Oferta pública de valores negociables: requisito de colocación por oferta pública; emisiones internacionales y contratos de ‘underwriting’”, LA LEY, 2005-C, 1061; CAMERINI, Marcelo A., “La oferta pública y la colocación privada”, LA LEY, 2003-E, 1025; FERNÁNDEZ MADERO, Nicolás, “El control de la Oferta Pública”, IMP 2003-A, 177 y 180; id., “Oferta Privada de Valores Negociables”, ED del 07/11/2003; id., “Oferta Pública: El caso ‘Havanna’”, IMP 2003-A-213; id., “El concepto de oferta pública y su reglamentación. Hacia una reforma de la ley 17.811”, JA (Lexis Nexis) del 27/10/2004; id., “Nuevos apuntes sobre el control de la oferta pública”, *Rev. Impuestos*, nro. 8 Abril de 2009, p. 643.

(16) Art. 36, inc. 1º de la Ley de Obligaciones Negociables.

(17) A partir de la solicitud de oferta pública, la futura emisora se encontrará sujeta al “régimen de oferta pública”, el cual básicamente impone obligaciones (i) de tipo societario, al someter al emisor automáticamente a la fiscalización societaria de la CNV (cesando en tal carácter la autoridad societaria tal como la IGJ en la Ciudad de Buenos Aires), sumándose obligaciones de tipo societario y de gobierno corporativo contenidas en la ley de Mercado de Capitales y

en las Normas de la CNV, (ii) de tipo contable, al imponerse la adaptación de su contabilidad a las normas NIIF y a la confección de estados contables trimestrales, además de otros requisitos impuestos por las Normas de la CNV, y (iii) de tipo informativo, al imponerse deberes de información y transparencia, entre ellos, el de comunicar al mercado mediante su publicación en los medios aplicables, cualquier hecho que pudiera afectar la colocación o el curso de negociación de sus valores negociables. Asimismo, la emisora deberá publicar sus principales actos de naturaleza societaria, tales como actas, modificación en sus estatutos, composición de sus órganos de administración, gobierno, etc.

(18) Propuesta de nuevo art. 82 del proyecto: “Objeto y sujetos de la oferta pública. Pueden ser objeto de oferta pública los valores negociables emitidos o agrupados en serie que por tener las mismas características y otorgan los mismos derechos dentro de su clase se ofrecen en forma genérica y se individualizan en el momento de cumplirse el contrato respectivo y todos aquellos instrumentos financieros que autorice la Comisión Nacional de Valores. Pueden realizar oferta pública de valores negociables u otros instrumentos financieros las entidades que los emitan y los agentes registrados autorizados a estos efectos por la Comisión Nacional de Valores. El citado organismo podrá dictar normas estableciendo y reglamentando supuestos específicos conforme a los cuales se considere que una oferta de valores negociables no constituye una oferta pública sino privada, para lo

cual podrá tomar en consideración los medios y mecanismos de difusión, ofrecimiento y distribución y el número y tipo de inversores a los cuales se destina la oferta”.

(19) Al respecto, ver los arts. 144 y 148 que modifican los arts. 3º y 10 de la Ley de Obligaciones Negociables.

(20) Podemos mencionar también las cédulas hipotecarias emitidas por los bancos españoles como un ejemplo cercano de bonos con respaldo sobre carteras de créditos que permanecen en el patrimonio de la entidad. De acuerdo a la definición dada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España, aquellas “son valores de renta fija emitidos exclusivamente por entidades de crédito (bancos y cajas) o sociedades de crédito hipotecario. Su principal peculiaridad es que están respaldadas de modo global por la cartera de préstamos hipotecarios del emisor. Por ello, sus titulares tienen la consideración de acreedores singularmente privilegiados en relación con la totalidad de los créditos hipotecarios” (<https://www.cnmv.es/Portal/xbrl/xbrl.aspx>).

(21) Art. 1685 del Código Civil y Comercial.

(22) Art. 146 del Proyecto de Ley de Financiamiento Productivo.

(23) Art. 1686 del Código Civil y Comercial.

(24) Art. 32 bis y 152 de la Ley de Concursos y Quiebras N°24.522.

(25) Primera oración del art. 1686 del Código Civil y Comercial. También “Cámara Nacional de Apelaciones en lo

Comercial, sala D 2008-09-09, “Trenes de Buenos Aires S.A.”, comentado por BARREIRA DELFINO, Eduardo, “Respaldo concursal para la validez del fideicomiso de garantía” - LA LEY, 2009-A, 1. El mismo fallo fue comentado por GIOVENCO, Arturo C., “Fideicomiso de garantía: un importante fallo”, en LA LEY, 2009-A, 357, 4. Ver también BARREIRA DELFINO, Eduardo, “El fideicomiso de garantía y la ley de quiebras”, ED del 03/05/2006; ESPARZA, Gustavo y GAMES, Luis María, “El fideicomiso de garantía ante el concurso preventivo y la quiebra”, ED del 29/10/2001, y LISOPRAWSKI, Silvio - MARTORELL, Ernesto E., “El fideicomiso en garantía sobre flujos de fondos, peajes, facturación. Impugnabilidad y riesgos frente al concurso del deudor y la crisis económica”, LA LEY, 2009-C, 851, entre otros.

(26) Ver Título II (Emisoras), Capítulo V (Oferta Pública Primaria), Sección I (Solicitud de Oferta Pública) y Sección IV (Solicitud de Oferta Pública de Obligaciones Negociables y otros Valores Representativos de Deuda) del T.O. de las Normas de la CNV (2013).

(27) Ver Título V (Productos de Inversión Colectiva), Capítulo IV (Fideicomisos Financieros) Sección IX (Fideicomiso Financiero. Procedimiento de Autorización), art. 12 del T.O. de las Normas de la CNV (2013).

(28) Art. 1615. *Cesión en garantía. Si la cesión es en garantía, las normas de la prenda de créditos se aplican a las relaciones entre cedente y cesionario.*

NOTA A FALLO

Responsabilidad médica

Embarazo posterior a la ligadura tubaria. Anticoncepción fallida y nacimiento no previsto de un hijo. Procedencia de una indemnización a favor de la progenitora por incumplimiento del deber de información. Daño moral. Recepción en el Código Civil y Comercial: interferencias al proyecto de vida. Derecho a la autonomía personal y a

la libertad de autodeterminación. Responsabilidad del establecimiento asistencial y de la obra social.

Véase en página 4, Nota a Fallo

Hechos: Una mujer que quedó embarazada meses después de ser sometida a una ligadura tubaria dedujo acción de daños. La sentencia rechazó la demanda. La Cámara revocó parcialmente el decisorio y condenó a las demandadas a abonar una indemnización en concepto de daño moral.

Asimismo, confirmó el rechazo de la pretensión respecto de la pareja de la accionante.

1. - El médico que no advirtió sobre el eventual fracaso de la ligadura tubaria practicada a la paciente, quien quedó embarazada meses después de la intervención, debe ser condenado a abonar una indemnización por daño moral, pues el incumplimiento de la obligación de informar trae aparejada responsabilidad aun cuando la prestación médica en sí

misma se desarrolle correctamente, máxime cuando se trata de tratamientos vinculados a la salud reproductiva, en donde el problema tiene una dimensión existencial que se vincula con la decisión autorreferente de transitar la maternidad-paternidad.

2. - El médico que no advirtió sobre el eventual fracaso de la ligadura tubaria practicada a la paciente, quien quedó embarazada meses después de la intervención, debe ser condenado a abonar

una indemnización por el menoscabo causado al derecho a la autonomía personal y al derecho a la autodeterminación, pues la falta de debida información impidió a aquella decidir en forma libre y consciente sobre la técnica de contracepción elegida y configura un daño moral, en el cual la legislación vigente aprehende expresamente en “las interferencias al proyecto de vida” (art. 1738, Cód. Civ. y Com.).

3.- Si como consecuencia de la deficiente información proporcionada a la progenitora, al momento de realizar la ligadura tubaria nació un hijo no deseado para ella, no es posible imponer al médico que se haga cargo de su manutención, en primer lugar, porque no existe suficiente relación causal —directa e inmediata— entre la práctica médica que se hizo conforme la *lex artis* y el nacimiento y, en segundo lugar, porque la obligación alimentaria de los padres no es delegable, de modo que no es admisible por esta vía adjudicar al médico deberes que son inherentes a aquéllos.

4.- El profesional que no cumplió en forma adecuada con el consentimiento informado respecto de una ligadura tubaria debe responder frente a la madre por el daño no patrimonial causado pero no frente al padre, pues, aunque éste resulte indirectamente afectado, el deber de información no era exigible a su respecto (ley 26.130), sino que constituye un derecho personal e intransferible de la madre, que no consiente ser extensivo a su pareja.

! CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Deficiente información al momento de realizar una ligadura tubaria.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: \$80.000.

120.924 — CNCiv., sala G, 19/12/2017. - V., P. V. J. y otro c. I. M. de O. SA y otro s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.

[Cita on line: AR/JUR/90602/2017]

! INTERESES

Tasa del 8% anual desde la citación a mediación y hasta la presente, y desde aquí en adelante a la tasa activa de la cartera de préstamos nominal anual vencida a treinta días del Banco Nación Argentina.

2ª Instancia. Buenos Aires, diciembre 19 de 2017.

¿Es justa la sentencia apelada?

A la cuestión planteada la doctora *Benavente* dijo:

I.- La sentencia de fs. 535/564 rechazó la demanda en todas sus partes e impuso las costas a los actores que resultaron vencidos. Viene apelada por los perdidosos quienes ex-

presaron agravios a fs. 553/565, los que fueron respondidos a fs. 569/570 por I. M. de O. SA, a fs. 572/3 por OSECAC y a fs. 575/580 por Seguros Médicos 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 OSECAC. 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 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. 7º, Cód. Civ. y Comercial) 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, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), 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, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), pero no en hipótesis de errores u omisiones, que —de existir— pueden ser reparados por medio del recurso de apelación, toda

El consentimiento informado deficientemente prestado como fuente de responsabilidad civil en un caso de anticoncepción fallida

Ignacio González Magaña

SUMARIO: I. Plataforma fáctica.— II. Una primera cuestión: ¿Puede consagrarse la existencia de un daño derivado del nacimiento de un hijo?— III. El consentimiento informado: caracteres. Importancia de su configuración en los actos médicos a los que se somete el paciente en forma voluntaria.— IV. El valor del fallo. Nuestro aporte.— V. Palabras de cierre.

I. Plataforma fáctica

Los Sres. 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., el I. M. de O. SA y OSECAC. Refirieron que al momento de dar a luz a su tercer hijo, tomaron la decisión de solicitar al médico demandado la realización —en el mismo acto— de una intervención de ligadura y sección de las trompas de Falopio de la Sra. V.

El día 25/11/2011 —fecha en que se llevó a cabo la cesárea programada— el galeno demandado hizo firmar a la Sra. V. su consentimiento para la intervención de ligadura de

trompas de Falopio, en un formulario que se encontraba inicialmente en blanco y fue completado *a posteriori* de su firma.

Luego del parto, el Dr. B. les informó que se había llevado adelante la intervención anticonceptiva, según lo convenido. Sin embargo, tres meses después, los demandantes comprobaron que la Sra. V se encontraba nuevamente embarazada.

Expresaron que el galeno interviniente nunca les explicó que el método anticonceptivo elegido tenía chances de fallar.

Sin perjuicio de ello, pusieron en duda que la intervención se hubiera llevado a cabo en

forma efectiva, pues al momento de dar a luz a su cuarto hijo, el médico que asistió a la actora en ese momento —Dr. D.— asentó en la historia clínica que practicó la sección y la ligadura tubaria, sin mención a que la intervención hubiera sido realizada anteriormente y sin indicar si encontró alguna anomalía derivada de una intervención anterior.

El fallo de primera instancia no encontró acreditada la responsabilidad médica, sin perjuicio de señalar que no se había probado que el Dr. B. hubiera explicado fehacientemente a la Sra. V. la falibilidad del procedimiento anticonceptivo elegido.

La Sala “G” de la Cámara Civil revocó parcialmente el fallo, admitiendo la demanda incoada por la Sra. V —exclusivamente— por no haber recibido la información necesaria para prestar el consentimiento libre e informado sobre las consecuencias de la ligadura tubaria realizada.

II. Una primera cuestión: ¿Puede consagrarse la existencia de un daño derivado del nacimiento de un hijo?

En primer lugar debe destacarse que —como bien destaca la sentencia que aquí anotamos— las acciones derivadas del *wrongful conception* o “anticoncepción fallida” han sido escasamente abordadas por nuestra doctrina y —hasta este caso— presentaba nulos antecedentes en la jurisprudencia nacional.

Sin embargo, este tema ha sido materia de estudio en el Derecho comparado, especialmente en el Derecho anglosajón y en el Derecho español.

A modo introductorio, debemos señalar que los primeros casos de responsabilidad civil relacionada con el inicio de la vida se plantearon en los Estados Unidos, en los inicios de la década del ‘60, y son los que actualmente se conocen como casos de “vida insatisfactoria” o de “vida privada de ventajas” (*disadvantaged o dissatisfied life*) (1).

En términos generales el supuesto de hecho planteado en estos casos era el siguiente: un hijo reclamaba una indemnización frente a uno o ambos progenitores por el daño que le suponía haber nacido en circunstancias familiares o sociales desventajosas (por ejemplo, bajo el estigma de la ilegitimidad o en condiciones de pobreza), siendo la vida que se desarrolla en tal situación el daño por el que se reclama.

Estas acciones fueron generalmente rechazadas por los tribunales estadounidenses en forma constante, sobre fundamentos tales como la ausencia de un daño, el riesgo de dar pie a una avalancha de pretensiones de este tipo o su contrariedad con el orden público (2).

Sin embargo, su importancia radicó —en lo que aquí nos interesa— en haberse constituido como el antecedente que abrió el camino a preguntarse si el hecho mismo de la vida y/o del nacimiento podía ser considerado como un daño, al darse determinadas circunstancias de hecho.

A partir de ese punto los supuestos de reclamaciones de responsabilidad relacionadas con la vida se han ido multiplicando progresiva y paulatinamente, dando paso a los denominados *Birth Torts* (3); los cuales se expresan

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) El concepto *wrongful life* fue acuñado por primera vez en el destacado precedente de la Court of Illinois en “Zepeda c. Zepeda”, 41 Ill. Aps.2d 240 (1963) 190 N.E.2d 849.

(2) En el fallo “Zepeda”, referido precedentemente, el argumento central de la sentencia hacía mención al miedo a las demandas futuras: “Encouragement would extend to all others born into the world under conditions

they might regard as adverse. One might seek damages for being born of a certain color, another because of race; one for being born with a hereditary disease, another for inheriting unfortunate family characteristics; one for being born into a large and destitute family, another because a part has an unsavory reputation”.

(3) Cfr. STRETTON, Dean, “The birth torts. Damages for wrongful birth and wrongful life”, *Deakin Law Review*, 2005, nro. 1. p. 319; y MARTTILA GAST, Kristen, “Cold

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 responsabilidad del médico frente al paciente es de fuente contractual (conf. Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, n.º 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.º 20; Llambías, “Obligaciones”, t. IV-B, pág. 132, N.º 2822; Alterini-Ameal-López Cabana, “Curso de obligaciones”, t. 2, pág. 491, N.º 1861 y sigts.; Mosset Iturraspe, “Responsabilidad civil del médico”, p. 97, N.º 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.º 2987). De manera que la cuestión queda gobernada por los principios generales enunciados en los arts. 512, 520, 902 y concs. 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”, LA LEY, 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., LA LEY, 1976-C, 63; Yungano, Bolado - Poggi, Bruno “Responsabilidad profesional de los médicos”, Ed. Universidad, 141; CNCiv., sala C, del voto del Dr. Belluscio, del 06/04/1976, en LA LEY, 1976-C, 69, anotado por Bustamante Alsina - Vázquez Ferreyra, “La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y en el contrato de trabajo”, Ed. Vélez Sarsfield, 1988, 157; Bueres, Alberto J., “Responsabilidad civil de los médicos”, t.º 1, pág. 380 ss; Andorno, Luis O., “La responsabilidad médica”, Zeus, t.º 29, D 126; CNCiv., Sala D, del 07/06/2005, “M., S. M. c. Lecomberri, 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 bas-

tará 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 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 P. 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

en demandas nominadas bajo los conceptos de *wrongful birth*, *wrongful life* y —en lo que particularmente nos atañe en este trabajo—, aquellas acciones por *wrongful pregnancy o conception* (4).

Así, de la reclamación frente a los progenitores se pasó a hacerla a los médicos que no impedían los nacimientos de hijos con gravísimos problemas de salud; y, desde ahí, al reclamo de los progenitores a los médicos, cuando se producía el nacimiento de un hijo sano, pero no deseado (5).

Se trataba, en este último caso, de las llamadas acciones de *wrongful conception* (6), es decir, aquella acción en la que uno o ambos progenitores plantean una demanda de responsabilidad frente a un profesional sanitario ante el nacimiento de un hijo que no habían planeado tener.

A su vez, las causas que generan las acciones de daños y perjuicios por *anticoncepción fallida* pueden dividirse en dos grandes categorías: a) En primer lugar por las operaciones de esterilización (vasectomías o ligaduras de trompas) negligentemente practicadas o practicadas de modo correcto, en las que se omite la oportuna información relativa a sus consecuencias y/o la fiabilidad del método anticonceptivo elegido y b) Colocación negligente de un mecanismo anticonceptivo

intrauterino (DIU), o puesta en circulación o comercialización de un mecanismo anticonceptivo ineficaz, que no impide el embarazo.

Algunos autores angloamericanos suelen hablar todavía de una tercera categoría relativa a intervenciones de interrupción del embarazo fallidas que no impiden su continuación. Por nuestra parte preferimos dejar esa categoría fuera de esta clasificación, porque al entrar en juego la facultad de abortar, el supuesto se encuentra a medio camino entre los casos de anticoncepciones fallidas (*wrongful conception*) y los que suelen conocerse como *wrongful birth* y *wrongful life* (7).

En definitiva, y volviendo al eje de nuestro análisis, en los casos de anticoncepción fallida el problema surge por el fracaso del procedimiento anticonceptivo y, en consecuencia, nace un niño; y aunque el niño nace sano, es precisamente el nacimiento no deseado el daño sobre el cual se articula la demanda.

Bajo esta premisa, la cuestión radica en determinar si podemos considerar que el nacimiento de este hijo no esperado puede configurar una fuente generadora de daño y por ende activar el resarcimiento por este hecho.

En sentido favorable a este planteo se ha expedido Zapata Mejía al manifestar que si una mujer ha tomado la libre y responsable

decisión de no tener más hijos o simplemente no tener hijos y ha acudido a un Centro Médico para realizarse una tubectomía o ligadura de trompas y este método de planificación falla y queda embarazada, se debe hacer lugar a la indemnización por el daño ocasionado por mala información en el procedimiento o por su falla.

Agrega a su postura que un hijo no planeado y no deseado indiscutiblemente puede resultar siendo un daño o un perjuicio no sólo para la madre y para el hijo, sino también para la sociedad en su conjunto.

Expresa que existe un daño a progenitora, en cuanto le toca engendrar y criar un hijo debido a una imposición legal, como si las leyes por sí solas tuvieran la capacidad de brindar amor y protección real al hijo y en general de satisfacerle todas las necesidades, desde las afectivas y emocionales hasta las económicas.

Para el hijo —por su parte— el daño se configura por el hecho de ser fruto de una obligación, de entrada le está restando la posibilidad de afecto y alegría que su madre podría sentir por su estadía en el mundo.

Finalmente agrega que se le produce un perjuicio a la sociedad en conjunto toda vez que un hijo que no cuenta con el amor y una

condición afectiva óptima, que no tenga siquiera sus necesidades básicas satisfechas, difícilmente podrá ser un individuo que le aporte acciones positivas a la sociedad.

En todos los rubros la citada autora señala que el daño indemnizable no es otro que la lesión al proyecto de vida, visto como una manifestación de la libertad de procrear y de elegir libremente; como manifestación del principio de libre desarrollo de la personalidad (8).

En sentido contrario se han expedido Casals y Feliú (9), quienes expresaron que la existencia de un hijo sano no constituye, en sí mismo, un daño indemnizable.

En apoyo a este tesitura sostienen que esta postura se ve reflejada en el criterio jurisprudencial asumido por el Tribunal Supremo español, en la STS 05/06/1998 (Ar. 4275), al afirmar que “la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores” (10).

Agregan que esta idea de que “el nacimiento de un hijo no puede ser considerado como un mal en sí mismo” fue también reiterada por diversos precedentes del Superior Tri-

{ NOTAS }

Comfort Pharmacy. Pharmacist Tort Liability for Conscientious Refusals to Dispense Emergency Contraception”, Bepress Legal Series, feb., 2007, *Working Paper 2017*, p. 5.

(4) Algunos doctrinarios de habla hispana han propuesto la traducción al español de estos vocablos. *Wrongful birth* por “nacimiento injusto”; *wrongful life*, por “vida injusta”; y *wrongful pregnancy*, por “embarazo injusto”. Cfr. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Responsabilidad civil médica”, Ed. Civitas, Pamplona, 2007. p. 298; y del mismo autor, ver “La acción de *wrongful birth* en nuestra jurisprudencia”, *Revista Española de Medicina Legal*, 1998, Año XXII, nro. 84-85, p. 10.

(5) Conf. fallo “Zepeda” citado, entre muchos otros.

(6) Por sólo citar algunos casos, pueden mencionarse: la práctica negligente de la intervención de esterilización (SSTS de 10 de octubre de 1995 y 05/06/1998) o de la interrupción voluntaria del embarazo (sentencias de la Corte d’Apello di Venezia de 23 julio de 1990; Corte d’Apello di Bologna, de 19 de diciembre de 1991; y Tribunale di Cagliari, de 23/02/1995), omisión de la información sobre los cuidados postoperatorios o sobre el tratamiento necesario para conseguir el resultado perseguido (SSTS de 25 de abril de 1994, 31/01/1996 y 11/02/1997), defectuosa aplicación de un anticonceptivo eficaz (STS de 24 de

septiembre de 1999) o, finalmente, la prescripción de un método anticonceptivo inadecuado para el paciente o de un medicamento que carezca de tal virtud (*LG Itzehoe* de 21/11/1968 y *LG München* de 27/02/1970); cit. por MACÍA MORILLO, Andrea, “La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*”, *Revista de Derecho* [en línea] 2007 (julio): [Fecha de consulta: 06/03/2018] Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85102702> ISSN 0121-8697.

(7) Como hemos referido en este trabajo, los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life* se refieren al nacimiento de hijos con malformaciones no causadas por

una negligencia médica. En ambos casos, al no informar el médico en tiempo oportuno a la madre de la malformación, ésta no ha podido decidir si quería llevar a cabo la interrupción legal del embarazo. Para profundizar esta idea, ver: CASALS, M. - FELIÚ, J., “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, *Indret*, 03/2001.

(8) ZAPATA MEJÍA, Natalia, “La lucha continúa: necesidad de ampliar las causales de despenalización del aborto cuando el embarazo represente un Daño al proyecto de vida a causa de un hijo no deseado”, *Indret*, 2010.

(9) CASALS - FELIÚ, ob. cit.

(10) En antecedentes más actuales, esta posición fue

para tener por acreditado el incumplimiento absoluto de la prestación

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 LT, 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 trans-

cribir 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*, 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 aquella (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, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación 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, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 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 allí que el dolo —entendido como inexecución 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. II de I., 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. C. 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 com-

probado 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, 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 Cód. 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 24/05/1990, LA LEY, 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.

bunal, como así también por diversas Cortes regionales españolas (11).

Señalan que esta misma conclusión es la que en mayor medida ha aceptado la doctrina y la jurisprudencia en el Derecho comparado (12).

A similar conclusión han arribado —en nuestro Derecho— Picasso y Sáenz, quienes frente a este interrogante han expresado que el hecho de haber nacido pueda constituir un daño resarcible nos resulta a primera vista chocante, pues parece implicar que hay casos en los que *no-ser* sería preferible al ser (13).

Henri Mazeaud explicaba hace muchos años, con tono profético, sobre el peligro que implicaba que la responsabilidad civil terminara por absorber todo el Derecho, tendiendo a desbordar incluso el ámbito de lo jurídico, para intentar vanamente definir complejas situaciones existenciales (14).

De ahí que el límite consustancial a lo humano, constituido por la imposibilidad de que

cada sujeto decida acerca de su propio nacimiento, es también un límite a la posibilidad de consagrar una tutela jurídica, por la vía de la sanción resarcitoria, a un supuesto interés en no haber existido nunca.

Bajo esta premisa la afirmación de la existencia de daño derivado del mero hecho del nacimiento choca frontalmente con la idea de la vida como el bien más preciado del ser humano y con la dignidad de la persona, que se pone en cuestión en el momento en que se afirma su propia existencia como un daño.

Arribados a este punto, debemos señalar que coincidimos con el criterio adoptado por el fallo en estudio, en cuanto considera que el nacimiento de un hijo —independientemente del deseo de concebirlo— no puede constituirse como un menoscabo a un interés lícito, sea este de carácter patrimonial o extrapatrimonial (15).

En otro orden de ideas, tampoco puede admitirse el reclamo incoado por la accionante relativo al daño al proyecto de vida, entendido

como una lesión que incide en el destino de una persona, conforme al curso normal y ordinario de las cosas, y provoca que se frustre, menoscabe o postergue su realización personal (16). Ello así, por cuanto el hecho del nacimiento de un hijo —como consecuencia de la deficiente información referida respecto del tratamiento anticonceptivo elegido— no puede generar la obligación de manutención en cabeza del galeno interviniente, por no existir relación causal adecuada entre el accionar del médico y el nacimiento; y, además, porque la obligación alimentaria de los progenitores respecto de sus hijos es indelegable, de modo que no puede por esta vía atribuir al galeno o a un tercero deberes propios de la responsabilidad parental.

III. El consentimiento informado: caracteres. Importancia de su configuración en los actos médicos a los que se somete el paciente en forma voluntaria

En primer lugar debe señalarse que no siempre ha sido obligación del médico informar al paciente sobre su condición y los

procedimientos necesarios para ayudarlo a recuperar la salud o, por lo menos, para obtener alivio a su sufrimiento. En un modelo tradicional o paternalista del ejercicio de la Medicina (17), como el que prevaecía en casi todos los países de Occidente hasta bien entrado el siglo XX, el galeno no debía informar sino aquello que se estimara indispensable para obtener la colaboración del enfermo; era potestad de aquél decidir la cantidad y calidad de la información suministrada, es más, en el mejor de los casos únicamente se solicitaba el asentimiento del paciente (18).

El propio paciente, por su parte, admitía sin discusión la superioridad científica del facultativo, lo que le permitía a éste arrogarse, frente al paciente profano, las decisiones relativas a la curación de sus enfermedades y la actuación sobre ese cuerpo ajeno.

Sin embargo, este modelo paternalista que por muchos siglos rigió la actuación médica experimentó cambios sustanciales, dando lugar a una nueva situación, que se fundamen-

{ NOTAS }

sostenida en: STS 4302/2007 - ECLI: ES:TS:2007:4302.

(11) Ver, a guisa de ejemplo los antecedentes: SAP Barcelona 30/07/1990 (RJC 1990/4); SAP Badajoz 22/04/1991 (La Ley 1991-3); SAP Navarra 26/01/1999 (AC 1999/3020) o de algún Tribunal Superior de Justicia (STSJ Cataluña 09/11/1993, AS 1993/4887).

(12) Ver, a guisa de ejemplo: AA.VV. *a cura di* D'ANGELO, Antonino, “Un bambino non voluto é un danno risarcibile?”, Milano, 1999; PRINCIGALLI, “Quando la nascita non é un lieto evento”, *Riv. Critica di Dir. Privato*, 1984, 833 ss.; Trib. Padova 9 agosto 1985, *in Foro it.*, 1986, I, 1995, con nota de ZENCOVICH,

Zeno, “Responsabilità e risarcimento per mancata interruzione di gravidanza”, y en *Nuova giur. civ.*, 1986, I, 115, con nota de ZATTI, Cass. 8 luglio, 1994, n. 6464, *in Foro it.*, Rep. 1995, voce “Professioni intellettuali”, nn. 163, 164, comentada por BATÁ, “Responsabilità del medico, omissione di informazioni e danno risarcibile per mancata interruzione di gravidanza”, en *Corriere giur.*, 1995, 91; GORGONO, “II diritto di programmare la gravidanza e risarcimento del danno per nascita intempestiva”, *Resp. civ. e prev.*, 1994, 1034; CARUSI, “Fallito intervento d'interruzione di gravidanza e responsabilità medica per omessa informazione: il danno da ‘procreazione’ ne-

lla giurisprudenza della Cassazione italiana e nelle esperienze straniere”, *Rass. dir. civ.*, 1996, 343; BACCHINI, Fabio, “II diritto di non esistere”, Mc. Graw Hill, Milano, 2002, Francia, Alemania o Estados Unidos.

(13) PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R. J., “¿Puede el hecho de haber nacido constituir un daño resarcible? (Reflexiones desde el derecho argentino a propósito de la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa)”, *RDP*, año I, nro. 1, Ed. Infojus, p. 113.

(14) MAZEAUD, Henri, “L' 'absorption' des règles juridiques par le principe de responsabilité civile”, *Dalloz Hebdomadaire*, 1935, chr., p. 5., cit. por PICASSO, ob. cit.

(15) CALVO COSTA, Carlos, “Daño Resarcible”, Ed. Hammurabi, 2005, p. 97 y ss.

(16) FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., “El daño al ‘proyecto de vida’, en una reciente sentencia de la CIDH”, *RCyS*, 1999-1324 y ss.

(17) GARCÍA HUAYAMA, J. C., “Responsabilidad civil médica y consentimiento informado”, *Derecho y Cambio Social*, fecha de publicación: 01/05/2016, consultado el 10/03/2018.

(18) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “El consentimiento informado en la práctica médica”, Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico (consultado el

Pero esta carga no implica, por cierto, dejar de lado la que incumbe al paciente que pretende el resarcimiento (art. 377, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) pues es quien tiene primordial interés en acreditar la causa fuente del daño, es decir, la culpa médica.

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 OSECAC, 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

ta en el respeto a la dignidad y autonomía del enfermo, donde resulta inconcebible que el profesional de la salud proceda al engaño u ocultar información al paciente.

Aunque la primera sentencia de la que se tiene noticia sobre el tema fue dictada por los tribunales de las Islas Británicas en 1767 en el caso “Slater y Baker c. Stapleton”, cabe reconocer que la moderna doctrina del consentimiento informado nació en los tribunales norteamericanos, en cuyas resoluciones se destaca, junto al fundamento jurídico, el carácter ético de este postulado.

Fue, en efecto, en la jurisprudencia norteamericana donde por primera vez se empleó la expresión “consentimiento informado” (*informed consent*). Esto ocurrió en el fallo “Salgo c. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees” (1957), en donde la cuestión que se discutió refería a la falta de información al paciente sobre los posibles riesgos y secuelas de la aortografía diagnóstica a la que se sometió. No estaba en litigio si se había prestado el consentimiento,

médica quirúrgica específica estipulada de conformidad con la *lex artis*.

Por tanto, propongo al Acuerdo desestimar en este punto las quejas.

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 codemandado 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 OSECAC adjuntó un formulario —F-PAD-2-8— que no corres-

sino si éste se había dado con conocimiento de causa, o sea, por la previa ilustración del médico al enfermo acerca de las consecuencias que podría conllevar la intervención.

A raíz de este fallo en los Estados Unidos de América comenzó a formarse un importante cuerpo jurisprudencial que marcó las diferentes etapas que han presidido el desarrollo del consentimiento informado hasta adquirir los contornos actuales (19).

Ello nos lleva a concluir que la *doctrina del consentimiento informado* llega a la Medicina desde el Derecho, constituyendo una de las últimas aportaciones de la teoría de los derechos humanos, manifestación necesaria o proyección de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad personal y de conciencia, al libre desarrollo de la personalidad y la autodisposición sobre el propio cuerpo (20), desplazando la primacía del *principio de beneficencia*, por el cual era el médico quien decidía sobre cuál era el bien para el paciente.

ponde a V. sino a otra paciente. Allí se asentó la posibilidad de que aun cuando la intervención fuera correctamente realizada, no se descartaba un embarazo natural, según la estadística internacional 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 OSECAC 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 V. 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, 3ª 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 Ética Biomédica”, Ed. Masson, Barcelona 1999). Implica una declaración de voluntad

Por su parte, el eximio jurista peruano Fernández Sessarego ha expresado que el *consentimiento informado* es un derecho *sui generis* del paciente sobre su libertad constitutiva y su correspondiente ejercicio, su vida, su integridad psicosomática, su salud, su intimidad. De ahí que, sólo a raíz de su “asentimiento”, puede el médico actuar sobre el cuerpo del enfermo. También, por ello, el paciente en cualquier momento del tratamiento puede decidir suspenderlo o rehusar definitivamente continuarlo (21).

En cuanto al alcance de este concepto en nuestro Derecho, Highton y Wierzba precisaron que el *consentimiento informado* importa una declaración de voluntad efectuada por un paciente, quien, luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención (22).

La evolución de este concepto llevó a concluir en nuestros días que la autonomía del

efectuado 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, 2ª 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

paciente no solamente deba ser respetada en la medicina curativa tradicional, sino también en aquellos tratamientos médicos efectuados en forma voluntaria por el paciente (23).

Esta distinción resulta necesaria en cuanto el contenido del consentimiento informado difiere en uno y otro supuesto, exigiéndose mayor rigor en su cumplimiento en el ámbito de la medicina voluntaria, donde se deberá informar de forma detallada de los riesgos o posibles complicaciones que se puedan presentar tanto en el curso de la operación como en el postoperatorio, ya que la falta de información sobre algún aspecto puede dar lugar, en la mayoría de los casos, a una sentencia condenatoria para el profesional de la salud.

Basta con recordar al efecto el conocido caso “Dujarrier”, fallado por el Tribunal Civil del Sena y luego confirmado por la Corte de París en su fallo de fecha 13/03/1931. En el mismo se juzgó la actuación del Dr. Dujarrier, quien requerido por una cliente que tenía las piernas un poco gruesas, decidió la operación,

{ NOTAS }

07/03/2018), formato PDF, disponible en: <http://www.sideme.org/doctrina/index.html>.

(19) TALLONE, Federico, “El consentimiento informado en el derecho médico”, en *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales 1936-2007*, Ed. La Ley, ALTERINI, Jorge H. (dir.), Fondo Editorial Derecho y Economía, Argentina, 2007, t. V, p. 592.

(20) En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español que destaca que el consentimiento informado “constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia ne-

cesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo” (Sentencia del TS de 12 enero 2001).

(21) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “La responsabilidad civil del médico y el consentimiento informado”, Ed. Motivensa, Lima, 2011, p. 53.

(22) HIGHTON, Elena - WIERZBA, Sandra M., “La relación médico-paciente: El consentimiento informado”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1991, p. 192.

(23) La clasificación entre *medicina curativa* y *medicina voluntaria* es de origen moderno, porque a la medicina tradicional le resultaba consustancial aplicar una acción terapéutica sólo a la cura de una dolencia, de modo que hubiera resultado inconcebible para un médico de formación clásica influir o actuar sobre el cuerpo humano, cuando nada había que curar. La *medicina curativa* o *asistencial* comprende las intervenciones de los facultativos que tienen por finalidad que el paciente recupere la salud que se encuentra deteriorada por una enfermedad o dolencia; la labor del galeno está encaminada a curar al paciente que presenta una alteración patológica en su

organismo. En este supuesto, el objetivo primordial de la asistencia es detener el proceso patológico en la salud, tratando de conseguir el mejor resultado posible. En la *medicina voluntaria* o *satisfactiva* el interesado acude al galeno no para ser tratado de una patología previa, sino con otros propósitos. El objetivo primordial no es curar al paciente, sino que se actúa sobre un cuerpo sano para mejorar su aspecto estético como ocurre con la cirugía plástica de embellecimiento (*lifting*, *peeling*, aumento de busto, liposucción, etc.) o para anular su capacidad reproductora (vasectomía o ligadura de trompas), lo mismo sucede en el tratamiento para alargamiento de

“El Derecho en las fronteras de la medicina”, Coord. Prof. Luna Maldonado, Universidad de Córdoba, España, pág. 26; Martín Mateo, Ramón, “Bioética y Derecho”, 1ª 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 31/03/2008, RCyS 2008, p. 535; CNFed. Civ. y Com., Sala I, del 28/12/1993, LA LEY, 1994-D, p. 20; López Mesa, Marcelo, en “Tratado de la responsabilidad médica”, Ed. Legis, 1ª 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 prescripta 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 25/09/2014, RDF, 2015-III, p. 255; Arcos Vieira, cit. por Andrés Domínguez Luelmo, “Derecho sanitario y responsabilidad médica”, Ed. Lex Nova, 2ª 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 conernidos 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 consti-

tucional 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 13/05/2011, 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 venir 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. 1º). 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. 2º). 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. 4º).

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. 2º, inc. c). Desde otro ángulo, la Ley de Derechos del Paciente —Nº 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. 5º), 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 alea 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 *wongful 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 aun 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

en su entender rápida y sin peligro, que removería el exceso de gordura; no obstante, el proceso operatorio consistió en la eliminación de una voluminosa masa muscular, después de lo cual el cirujano trató de unir sin éxito los bordes de la incisión, dado que los puntos de sutura saltaban por la presión de los músculos.

Frente a este cuadro, la paciente comenzó a experimentar atroces dolores una vez pasado el efecto de la anestesia; y finalmente, al cabo de dos días se advirtió la presencia de gangrena en la pierna operada, la que debió ser amputada después de tres semanas de lucha contra la infección. La Corte de París que confirmó el fallo expedido por Tribunal Civil del Sena indicó: “que había mediado culpa del cirujano que omitió informar completamente a su cliente sobre los riesgos graves que suponía su intervención, lo cual habría implicado también en su caso el consentimiento de la interesada con pleno conocimiento de causa, requisitos que son absolutamente necesarios y deben ser rigurosamente cumplidos cuando la operación no tiene por fin curar el mal, sino solamente hacer desaparecer o atenuar una imperfección física” (24).

En definitiva, tal como hemos señalado previamente, el *consentimiento informado*, frente a las prácticas médicas a las que el paciente se somete con carácter voluntario,

debe ser más rigurosa y exhaustiva que en la medicina curativa, tanto de los riesgos y alternativas existentes, como de su eventual fracaso y controles ulteriores necesarios, por cuanto si bien se trata de un contrato de locación de servicios, nos aproximamos ya, de manera ostensible y notoria, a un contrato de locación de obra, con las connotaciones de todo orden que ello determina (25), conforme las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación vigente (26).

IV. El valor del fallo. Nuestro aporte

En primer lugar debemos resaltar que el fallo aquí analizado constituye el primer antecedente nacional en reconocer daños y perjuicios derivados de la falta de información a la paciente en cuanto a las particularidades y posibles consecuencias de un procedimiento quirúrgico de anticoncepción, que a la postre resultó fallido.

Ello otorga un trascendente valor agregado al pronunciamiento dictado por los magistrados de la Sala “G” de la Cámara Nacional en lo Civil (27); con cuyas apreciaciones coincidimos plenamente.

En primer lugar, la sentencia reconoce que el solo hecho del embarazo con posterioridad a la

intervención cesárea no resulta suficiente para acreditar la falta de realización de la sección y ligadura tubaria. Sumado a ello el fallo expresa que ninguna de las partes acreditó que la prestación referida se haya desarrollado defectuosamente; de lo que se infiere que no existían evidencias en la causa que justifiquen imponer al galeno el deber de reparar por no haber sido satisfecha en su oportunidad la práctica quirúrgica anticonceptiva aludida.

En definitiva, el pronunciamiento aquí anotado entiende que no puede hablarse jurídicamente de un daño derivado del nacimiento de un hijo que afecte la intimidad o la libre autodeterminación de terceros, pues, de otro modo, sería reconocer que nuestro ordenamiento legal es contradictorio, al tutelar específicamente la vida como derecho fundamental y, al mismo tiempo, permitir que ella misma pueda erigirse como fuente de responsabilidad civil.

Sin embargo respecto del derecho de la paciente a recibir la información adecuada para brindar o no su consentimiento relativo a la práctica quirúrgica anticonceptiva requerida, la situación es distinta.

En este aspecto del pronunciamiento, la Sala interviniente atribuyó responsabilidad

al galeno por omisión en el deber de informar acabadamente a la Sra. V. de las características de la intervención de sección y ligadura de trompas de Falopio, como así también expresarle la posible falibilidad del método anticonceptivo elegido.

El fallo reconoce en forma expresa que el daño inferido a la madre “...está constituido por la violación de su derecho a la autonomía personal y la libertad de autodeterminación, causados por la falta suficiente de información...” (conf. consid. VIII).

Sobre este particular corresponde señalar, que en nuestro ámbito, la ley 26.130 regula un régimen normativo específico para las intervenciones de contracepción quirúrgicas, complementando de este modo el texto de la ley 25.673 mediante la cual se creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, entre cuyos objetivos, se destaca, a los fines que aquí interesan, el de evitar embarazos no deseados (conf. art. 2º inc. c)).

La ley 26.130, antes citada, habilita a utilizar este procedimiento a toda persona mayor de edad que así lo requiera (art. 1º), debiendo contar con autorización judicial expresa para el caso de una persona declarada incapaz en sede judicial (art. 3º). Asimismo establece

{ NOTAS }

piernas, implante capilar, implantes de prótesis o piezas dentales (conf. GARCÍA HUAYAMA, J. C., ob. cit., nota al pie nro. 34).

(24) Fallo citado en: TRIGO REPRESAS, Félix, “Reparación de daños por mala praxis médica”, Ed. Hamurabi, Buenos Aires, julio de 2008, 2ª ed., p. 72.

(25) BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, “El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva”, en LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.), *Estudio de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Ed. La Ley, Madrid, 2006, 191.

(26) Art. 1252.- Calificación del contrato. Si hay

duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la *obligación de hacer* consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es *de obra* cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega. Los servicios

prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral. Las disposiciones de este Capítulo se integran con las reglas específicas que resulten aplicables a servicios u obras especialmente regulados.

(27) Los magistrados intervinientes en este caso

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, 3ª 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 nacimiento inesperado de un niño sano con posterioridad a una vasectomía donde no se les había advertido a los padres que el procedimiento no era ciento por ciento seguro (conf. Prieto Molinero, Ramiro J., “*The wrongfulness or Rightfulness of actions for wrongful birth*” en RCyS, 2008-1217). 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, 2008-1217).

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, 2ª Reimpresión, Trad. Marta Guastavino, 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 el 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 20/09/1999).

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 legal. 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 Contencioso sent. 19/05/2015).

En el Derecho italiano, el Tribunal de Callegari se ha pronunciado a favor del resarcimiento por incumplimiento contractual padecido por la

los requisitos para someterse a este tipo de intervenciones (art. 2º); y en lo atinente específicamente al *consentimiento informado* determina que el profesional médico interviniente, en forma individual o juntamente con un equipo interdisciplinario, debe informar a la persona que solicite una ligadura tubaria o una vasectomía sobre: a) La naturaleza e implicancias sobre la propia 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; debiendo dejarse constancia en la historia clínica de haber proporcionado dicha información, debidamente conformada por la persona concerniente (art. 4º).

De lo expresado se observa que la ley 26.130 prevé expresamente que la decisión de someterse a la ligadura de trompas o a la vasectomía no requiere el consentimiento del cónyuge o conviviente ni la autorización judicial (con la salvedad prevista en el art. 1º).

En este punto es dable destacar que el fallo —en forma plausible— rechazó la acción interpuesta por el cónyuge de la demandante; en tanto el deber de información no era exigible a su respecto, constituyendo un derecho personal e intransferible de su pareja.

Ahora bien, respecto del consentimiento brindado por la accionante se advierte que

fue totalmente deficiente, en tanto la actora manifestó 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 este sentido coincidimos con la solución propuesta por el tribunal interviniente, en cuanto entendemos que la instrumentación del consentimiento informado no puede pasar por formularios estandarizados, genéricos o ambiguos que generalmente se hacen firmar a todo paciente en el mismo momento en que ingresa a un establecimiento de salud.

En rigor cualquier formulario o documento que no haya sido redactado específicamente para el paciente concreto que consiente; o donde no surja claramente individualizado su caso, sino que se trate del cumplimiento de un rito o de un formalismo, equivaldrá al incumplimiento sustancial de este deber del médico, constituyéndose como un consentimiento inválido.

Sumado a ello debe decirse que esta exigencia aplica a los supuestos en los que una persona acude a la consulta médica para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, en los que, como se ha dicho anteriormente, el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de *locación de servicios*.

Ahora bien, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente volun-

tario, es decir, en los que el interesado acude al médico no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica —la actividad sexual—, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de locación de servicios, que impone al médico una *obligación de medios*, se aproxima ya de manera notoria al de *locación de obra*, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada.

De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía *de medios*, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar de indispensable exigencia, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al paciente, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que no comporte la obtención del resultado que se busca; y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención (28).

En definitiva, la responsabilidad del médico en demandas de *wrongful conception*, como la que aquí comentamos, deriva del incumplimiento negligente por parte del profesional sanitario del deber de informar previamente al paciente sobre las probabilidades de fracaso de la intervención de esterilización o, lue-

go, en el postoperatorio; o por no practicar los exámenes necesarios tras la intervención o no hacerlo correctamente.

En el caso analizado el consentimiento brindado por la paciente resultó ineficaz, ya que el contenido del documento titulado “documento de consentimiento informado para ligadura de las trompas de Falopio” es demasiado genérico.

Según se desprende del relato del fallo, el instrumento referido consistía en un formulario *tipo*, preimpreso, que constaba de siete puntos que revelan las explicaciones que recibió la accionante respecto de la técnica a utilizar, las complicaciones que podrían presentarse y el consentimiento para que el médico, en caso de presentarse alguna complicación, pudiera variar la técnica programada.

Se destaca entonces la importancia de contar con el consentimiento debidamente prestado por parte del paciente y la obligación del galeno de informar acabadamente de todas las vicisitudes que implica la técnica médica a utilizar.

En el caso que nos ocupa, no surge que se haya informado a la Sra. V. de que una vez realizada la intervención pudiera presentarse una recanalización espontánea de las trompas aun cuando hubieran sido bien seccionadas, cortadas o ligadas; y tampoco se le advirtió sobre la importancia de utilizar adicionalmente, durante un tiempo razonable, otras medidas anticonceptivas por formar parte del tratamiento mismo, a efectos de evitar un embarazo posterior, entre otras cuestiones.

Insistimos en que resulta fundamental, en estos supuestos de anticoncepción definitiva,

{ NOTAS }

fueron los Dres. Carlos Carranza Cáceres; Carlos A. Bellucci y María Isabel Benavente (quien ocupa como

subrogante la vocalía vacante del Tribunal).

(28) STJ Español; S. 25/04/1994 [RJ 1994, 3973]).

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 inconmensurable, 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; CN-Civ., Sala A, del voto del Dr. Picasso, en “D. V., A. C. c. A. Á., M. J. A. y otros s/ daños y perjuicios”, RCyS 2017-IX, 152 - del 14/06/2017), 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 C. 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 incidencia 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.

a) Daño al proyecto de vida. Daño extrapatrimonial.

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 gene-

rar alimentos hasta los 18 años” de su hijo, “que permita cubrir lo necesario para el consumo conforme lo dispone el art. 267, del Cód. 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 pecuniaras (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”, RCyS, 2017-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”, LA LEY, 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, Cód. Civ. y Comercial), 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

que el galeno indique al paciente por escrito, en forma clara, simple y prudente los riesgos de común ocurrencia, esto es, aquellos normalmente previsibles de acuerdo a la experiencia habitual de la prestación de los servicios de salud, los datos estadísticos, entre otros; incluso, como lo hemos indicado anteriormente en el caso de autos, ello era tanto más relevante porque se trata de una intervención quirúrgica dentro de lo que se conoce como *medicina voluntaria*, donde —insistimos— la libertad de opción por parte del paciente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a actos de medicina necesaria o curativa

Refuerza nuestra posición lo expuesto por la Sala Penal del Tribunal Supremo de España en su sentencia de fecha 28/03/1988: “Son múltiples las actividades humanas creadoras de riesgos, pero indudablemente el ejercicio de la medicina, en cuanto incide directamente sobre la salud y la vida de las personas, a mer-

ced del acierto o desatino de sus profesionales, conlleva un plus especial de exposición y contingente peligrosidad; la atención, pericia y reflexión han de prodigarse en dosis mayores que en otros menesteres o dedicaciones”.

V. Palabras de cierre

Como alguna vez se ha dicho, ser o no ser madre o padre forma parte de un proyecto de vida en la medida en que “supone la concreción consciente, voluntaria y plenamente deseada de un acto que modifica esencialmente y para siempre la biografía de las personas” (29).

Compartiendo esta afirmación, no cabe más que concluir que la esterilización voluntaria integra la nómina de los derechos fundamentales cuyo ejercicio está reservado a la esfera de la libertad de intimidad reseñada en el art. 19 de nuestra Carta Magna.

Íntimamente ligada al derecho a disponer del propio cuerpo y al derecho a la salud reproductiva, la esterilización voluntaria constituye una opción más dentro del amplio espectro de libertades y derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, que posibilitan a los individuos diseñar su plan de vida.

Al tratarse de un acto médico de sometimiento voluntario, se acentúan los deberes del médico en cuanto a garantizar el derecho a la información del paciente. La omisión de este requisito o la deficiente información que brinde el galeno constituyen una fuente generadora de daño al paciente y no extensible a su cónyuge, pareja o terceros, debiendo responder por ello el galeno y el centro de salud o prestadora del servicio de salud —en forma objetiva— en razón de la omisión del cumplimiento del deber de seguridad o, en su caso, de la responsabilidad del principal por el hecho de su dependiente, si así correspondiera (art. 1753 del Cód. Civ. y Com.).

Como última reflexión compartimos el criterio adoptado por el fallo, en cuanto reconoce que el hecho del nacimiento del hijo, como consecuencia de un tratamiento anticonceptivo consentido en forma deficiente, o por no haber recibido información relativa a sus posibilidades de falibilidad, no habilitan el resarcimiento derivado del hecho del nacimiento del hijo, no existiendo lesión al proyecto de vida de su progenitora como categoría autónoma, por contrariar el principio constitucional que establece que la vida es el primer derecho natural de la persona humana, postulado que ha sido indeleblemente consagrado por la Corte Suprema de Justicia y por los tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento (30). ●

Cita on line: AR/DOC/600/2018

{ NOTAS }

(29) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Ley 25.673. Doctrina-Jurisprudencia-Legislación”, Ed. Ad-Hoc,

Buenos Aires, 2003, p. 24., cit. por FAMÁ, M. V., “La esterilización voluntaria como un derecho humano (O ‘de la naturaleza y los límites del poder que puede ejercer le-

gitimamente la sociedad sobre el individuo)”, LLLitoral 2005 (diciembre), 1179.

(30) CS, Fallos 302:1284; 316:479, entre otros; conf.

art. 75 inc. 22 de la CN, art. 4º.1 del Pacto de San José de Costa Rica.

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, págs. 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”, LA LEY, 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, señalo 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”, t° I, pág. 277; Bustamante Alsina, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Abeledo Perrot, 1993, 8ª ed., 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, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 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 supuestamente 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 participan en la atención brindada en su órbita (conf. CSJN, del 29/03/1984, “González Oronó de Leguizamón N. c. Federación de Trabajadores Jaboneros y afines”. LA LEY, 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; *idem*, “Albornoz, Luis R. c. Provincia de Buenos Aires y otro”, del 13/03/2007, del voto en disidencia de los Dres. Fayt y Zaffaroni; conf. Kermelmajer 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”, LA LEY, 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 OSECAC, 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”, págs. 32 y 71; Cazeaux-Trigo Represas, “Derecho de las Obligaciones”, T. V, 3era. ed. 1996, pág. 646; (CSJN, “Ramp. Juan R. y otra c. Cruz Médica San Fernando SA”, del 01/07/1997, LA LEY, 1998-B, 195 - DJ, 1998-3, 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 OSECAC —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 sanatoria, 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 anteceden. En su mérito, admitir la demanda entablada únicamente por P. V. J. V. por 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. SA (I.) y a la Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC) 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, Ladislao c. Transportes Doscientos Setenta SA s/daños y perjuicios” del día 20 de abril de 2009).

La condena se hará extensiva contra “Seguros Médicos SA” 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, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Voto —en cambio— por confirmar el rechazo de la acción promovida por D. A. C., con costas (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Los doctores Carranza Casares y Bellucci votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por la doctora Benavente. Con lo que terminó el acto.

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. SA (I.) 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. SA” en los términos de la póliza (art. 118, ley 17.41. Con costas a los demandados (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 2) Confirmar la sentencia en cuanto desestima la acción promovida por Diego Ariel Cobal, con costas (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 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 arbitraré 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). — María I. Benavente. — Carlos A. Carranza Casares. — Carlos A. Bellucci.



JURISPRUDENCIA

Daños derivados de un ambiente hostil de trabajo

Daño psíquico. Arbitrariedad del monto del resarcimiento otorgado. Acción civil.

Hechos: La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó parcialmente la sentencia de primera instancia y elevó, a casi \$ 2.000.000, el monto de la condena por los

daños atribuidos a las dolencias que la actora dijo haber adquirido como consecuencia de su prestación laboral para una entidad financiera, derivadas de las tensiones vividas por la demandante en el ámbito laboral, tales como el alto grado de responsabilidades de diversa índole, de exposición y de exigencia, una modalidad sofocante de trabajo y la falta de respuesta de los superiores, situaciones que desencadenaron un daño psíquico. Interpuesto recurso extraordinario y la queja ante su denegación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar parcialmente a la apelación federal.

La sentencia que elevó el monto de una indemnización derivada de los daños sufridos por un trabajador como consecuencia de su prestación laboral en un ambiente hostil a casi \$ 2.000.000 es arbitraria, en tanto el juzgador se limitó a fijar dogmáticamente el resarcimiento y a elevarlo a más del doble de lo determinado en primera instancia sin ningún tipo de fundamentación que lo justificara; y esto era relevante no sólo porque las sentencias deben ser fundadas, sino porque la suma establecida superó ampliamente la solicitada por la actora al expresar agravios

(\$ 900.000), que ya resultaba una pretensión muy por encima a la requerida en el escrito inicial —\$ 250.000—, por lo que cabe concluir que no dio a la controversia el debido tratamiento conforme a los planteos, a las constancias de la causa y al derecho aplicable.

120.925 — CS, 22/03/2018. - Mennella, Patricia Mónica c. Citibank N.A. s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/1464/2018]

COSTAS

Por su orden en razón de la naturaleza de la cuestión debatida.

Buenos Aires, marzo 22 de 2018.

Considerando: 1°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (fs. 432/513 de los autos principales, foliatura a la que se hará referencia en lo sucesivo) revocó parcialmente la sentencia de primera instancia y elevó el monto de condena por los daños y perjuicios atribuidos a las dolencias que la actora dijo haber adquirido como consecuencia de su prestación laboral para la demandada.

2°) Para resolver en tal sentido, el voto de la doctora Diana Regina Cañal —compartido por el doctor Néstor Miguel Rodríguez Brunengo— valoró las declaraciones testimoniales, reveladoras de las tensiones vividas por la demandante en el ámbito laboral, ta-

les como el alto grado de responsabilidades de diversa índole, de exposición y de exigencia, una modalidad sofocante de trabajo y la falta de respuesta de los superiores. Observó que dichas vivencias desencadenaron un estado de malestar que derivó en un cuadro de crisis por estrés laboral, según fue descrito en los informes periciales médico y psicológico. Halló demostrados los diversos trastornos y dolencias desarrolladas por la actora en los últimos años de la relación laboral, que fueron estimados en una incapacidad del 5 % atribuida al cuadro de hipertensión y un 10 % por el daño psíquico de depresión neurótica o reactiva moderada, con consideración de los factores concausales. Verificado el daño, estimó procedente el reclamo por la vía del derecho civil y declaró la inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley de Riesgos del Trabajo. Entendió aplicables las normas del derecho común con base en el deber genérico de no dañar, lo cual habilitaba —sostuvo— la responsabilidad patronal, viable por tratarse de una responsabilidad de tipo objetivo y de una indemnización aje-

na a las prestaciones a cargo de las aseguradoras de riesgos del trabajo. Consideró que el empleador había creado un ambiente laboral inadecuado para la prestación, lo cual configuraba la cosa riesgosa en el marco del art. 1113 del anterior Cód. Civil más allá de que, por estar en plena vigencia el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación (Cód. Civ. y Com. de la Nación), resultaba de aplicación en forma inmediata a supuestos en que, como en el caso, el daño se había producido por riesgo o vicio de la cosa y por la actividad riesgosa. Invocó, al efecto, los arts. 1722, 1753 y 1767 del nuevo cuerpo normativo.

En lo que respecta al quantum resarcitorio, la doctora Cañal dijo tener en cuenta el salario de \$ 12.000 y el porcentaje de incapacidad determinado en los peritajes del 10 % —aunque, en otro tramo hizo referencia a que dos profesionales habían fijado un 5 % por daño físico y un 10 % por daño psicológico— y demás datos personales y profesionales de la trabajadora. Afirmó que el monto a fijar debía referirse al valor real al momento en que correspondiera tomar en cuenta para la evaluación de la deuda (art. 772 del Cód. Civ. y Com. de la Nación). Fundó la reparación en los arts. 1738, 1740 y 1746 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y fijó la medida del “daño material en cálculos hodiernos en la suma de \$ 1.949.952,53” aunque, subrayó, “teniendo en cuenta la inveterada opinión de los conjuces, propongo reducir el monto de condena a \$ 1.000.000 (un millón de pesos), en función de lograr un acuerdo”. Fijó, además, la condena por daño moral en la suma de \$ 200.000 en razón de que la actora había sufrido un colapso psicossomático de una magnitud considerable. Los intereses fueron dispuestos como en primera instancia, según lo determinaron los jueces que votaron en segundo y tercer término.

3°) Que contra dicha sentencia la demandada interpuso la apelación federal (fs. 521/532) cuya denegación dio origen a la queja en examen. Cuestiona, con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad, la procedencia de la vía civil sin declaración de inconstitucionalidad de la norma que la limita, la valoración de la prueba vinculada al reconocimiento de la enfermedad y el monto de condena.

4°) Que cabe admitir los agravios formulados por la recurrente en relación con la cuantificación del resarcimiento reclamado pues, aunque es cierto que los criterios para apreciar y establecer la reparación de los daños verificados remiten al examen de cuestiones

de hecho y de derecho común, ajenas a la instancia extraordinaria, la tacha de arbitrariedad resulta procedente cuando la solución no se encuentra debidamente fundada (Fallos 312:287; 317:1144).

5°) Que tal situación se verifica en el caso toda vez que el *a quo* se limitó a fijar dogmáticamente la indemnización y a elevarla a más del doble de la determinada en primera instancia sin proporcionar ningún tipo de fundamentación que justificara los valores que alcanzó. Tal justificación era relevante no solo porque las sentencias deben ser fundadas, sino porque la suma establecida superó ampliamente la solicitada por la actora al expresar agravios (\$ 600.000 por daño material y \$ 300.000 por daño moral, fs. 397 y vta.) que ya resultaba una pretensión muy por encima a la requerida en el escrito inicial —de \$ 200.000 y \$ 50.000 respectivamente (fs. 15 vta./16)— de lo cual se sigue que el *a quo* no dio a la controversia el debido tratamiento conforme a los términos en que fue planteada, a las constancias de la causa y al derecho aplicable (Fallos 330:5435).

6°) Que, en los aspectos precedentemente señalados el fallo apelado resulta descalificable como acto jurisdiccional válido a la luz de la doctrina del Tribunal sobre la arbitrariedad de sentencias, sin que ello implique abrir juicio sobre la solución final que corresponda dar al asunto, pues se sustenta en argumentos aparentes para sostener la solución adoptada, de modo que media relación directa e inmediata entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas, art. 15 de la ley 48 (Fallos 312:287; 318:643, 2511).

En cambio, en relación con las demás cuestiones planteadas, el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara parcialmente procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Costas por su orden en razón de la naturaleza de la cuestión debatida. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, mediante la intervención de otra sala, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese, agréguese la queja al principal, reintégrese el depósito efectuado y, oportunamente, remítase. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda*. — *Carlos F. Rosenkrantz*.

EDICTOS

El Juzgado Nacional Civil Nº 69, a cargo de la Dra. Laura I. González, Secretaría Única, sito en Av. De Los Inmigrantes 1950, PB, en autos caratulados “BARESI, OSCAR JOSÉ s/SUCESIÓN AB INTESTATO”, Exp. Nº 87381/2015, cita y emplaza a los herederos y acreedores de OSCAR JOSÉ BARESI por el plazo de treinta días a los efectos de hacer valer sus derechos. Publíquese por un día en el diario La Ley.

Buenos Aires, 7 de febrero de 2008
María Laura Prada Errecart, sec. int.
LA LEY: I. 05/04/18 V. 05/04/18

El Juzgado Federal Civil y Comercial Nº 1, Secretaría Nº 1 de la Capital Federal, hace saber que JI KUN ZHENG, de nacionalidad chino, DNI 92.882.178, ha solicitado la concesión de la Ciudadanía Argentina. Se deja constancia que deberán publicarse por 2 (dos) veces dentro del plazo de quince días en el Diario LA LEY.

Buenos Aires, 16 de mayo de 2017
Ana Laura Bruno, sec.

LA LEY: I. 03/04/18 V. 03/04/18

El Juzgado Civil Nº 3, sito en la calle Talcahuano 550, 6º piso, hace saber que en los autos “MAZZOTA DE AZARA AMALIA c/ PRANTEDA LUIS Y OTROS s/ESCRITURACIÓN”, Expte. 51492/1977, se ordenó notificar a los herederos de CATALINA PRANTEDA, FELISA PRANTEDA, BONINA GRADILONE y TOMÁS PRANTEDA, de las resoluciones que a continuación se transcriben: // nos Aires, mayo 17 de 1994. Autos y Vistos. En atención a lo solicitado, silencio guardado por los demandados debidamente notificados, haciendo efectivo el apercibimiento dispuesto a fs. 245, hágase saber que la escritura traslativa de dominio será suscripta por el Juzgado, de resultar ello posible a su costa (art. 512 del Código Procesal). Notifíquese...Fdo. Eduardo Mario Martínez Álvarez, Juez. Otro auto: //Buenos Aires, 27 de diciembre de 2010.- CS Habiendo quedado sin

datar ni firmar el proveído de fs. 502, se lo tiene por reproducido en el día de la fecha. Téngase presente y hágase saber el informe precedente. Autos y Vistos: En atención a lo solicitado, de conformidad con lo que resulta de la documental acompañada a fs. 2/3, fs. 6 y fs. 257/258, escrito de demanda de fs. 13/15 y demás constancias de autos, habiéndose deslizado un error material en la sentencia dictada a fs. 176/180, rectifíquese la misma en el sentido que donde dice “Fallo: ... a otorgar a favor de AMALIA JOSEFINA MAZZOTTA DE AZARA...” debe leerse “...Fallo: ..., a otorgar a favor de AMALIA JOSEFA MAZZOTTA DE AZARA...” Notifíquese. Al punto II: Sin perjuicio de estarse al informe de fs. 504, continúese con la búsqueda de la documentación reservada. Fdo. Julio C. Speroni, Juez, Eduardo Enrique Cecinni, Juan Gonzalo García Minzoni, Secretario.

Buenos Aires, 2 de marzo de 2018
Gonzalo García Minzoni, sec.
LA LEY: I. 03/04/18 V. 03/04/18

THOMSON REUTERS
LA LEY

► LANZAMIENTO

TRATADO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

DOCTRINA. LEGISLACIÓN. JURISPRUDENCIA. MODELOS

2a edición actualizada y ampliada

JULIO ARMANDO GRISOLIA

Prólogo del **Dr. Pedro Fernando Núñez**
Proemio de la **Dra. Estela Milagros Ferreirós**

Conozca y comprenda todos los cambios sobre la materia en esta obra actualizada

Modelos **descargables** y **editables** desde la plataforma *Proview*

Adquiera la obra en su sucursal más cercana o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Síguenos en:  ThomsonReutersLaLey •  @TRLaLey  ThomsonReutersLatam •  +LaleyArgentina