----En la ciudad de Trelew, a los días de agosto del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Natalia Isabel Spoturno y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos A. Velázquez y Marcelo J. López Mesa y para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“A. P. A. c/ C. S. M. y Otros s/ Daños y perjuicios” (Expte. 165 - Año 2016 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 562.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara, Doctor Marcelo López Mesa, expresó:----------

----Que a fs. 468/484 la Sra. Juez de grado hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios entablada por el actor contra G. F. S. y la “C. S. M.”, condenando a estos últimos a pagarle al actor la suma de $90.000 con más los intereses de rigor, haciéndose extensiva la condena a “S. M. S.A.”, en la medida del seguro contratado.----------

---Las costas fueron impuestas a las demandadas vencidas, haciéndose lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por Asistencia Médica Integral y rechazando la demanda a su respecto, con costas a la actora. Se regularon los honorarios de los profesionales intervinientes y se decidió no hacer lugar a la aplicación del art. 505 del Código Civil.----------

----Que a fs. 491 el codemandado G. S. apela dicho decisorio, recurso concedido a fs. 495 y fundado a fs. 543/548vta. Se agravia el apelante de que se haya considerado que el actor firmó el consentimiento en blanco considerando que ello constituye una conjetura de la juez de grado. En segundo lugar cuestiona que se haya aplicado la doctrina de la prueba dinámica, considerando que el mismo no es aplicable al consentimiento informado. En tercer lugar cuestiona que la imaginación de la juez haya vulnerado la doctrina de la Cámara y que haya dado al consentimiento informado un alcance excesivo, creando un supuesto de responsabilidad donde no lo había. Seguidamente cuestiona la sentencia por imponer a su cliente el pago de una suma indemnizatoria excesiva, expresando que no ha habido mala praxis y que como tal es una desmesura la sentencia de la instancia inferior, que debe ser corregida por esta Cámara. Finalmente se agravia de la imposición de costas y solicita se revoque la sentencia, con costas.----------

---Que a fs. 496 apela la sentencia el actor, en recurso posteriormente desistido a fs. 550.----------

----Que a fs. 493 apela el Dr. D. G. F. por “S. M. S.A.” recurso concedido a fs. 495 y fundado a fs. 551/554vta. Se agravia la aseguradora de los vicios de arbitrariedad y falta de fundamentación de que adolece la sentencia recurrida. Cuestiona que se haya

considerado que el consentimiento informado fue suscripto en blanco, lo que dice no ha sido probado y también cuestiona las afirmación de la juez respecto de los efectos de la falta de consentimiento informado. Subsidiariamente cuestiona el quantum de la indemnización concedida por daño moral y se agravia también de la falta de aplicación del art. 505 del Código Civil, solicitando se revoque la sentencia íntegramente, con costas. ----------

----Corrido traslado de los dos memoriales a sus respectivas contrarias, son contestados ambos conjuntamente a fs. 558/559vta. por la actora, solicitándose el rechazo de ambas impugnaciones, con costas.----------Que a fs. 561 se dicta la providencia de autos para sentencia, practicándose el sorteo de ley a fs. 562 y quedando las actuaciones en estado de ser resueltas.----------Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, antes de comenzar por el primer agravio, haré una precisión fundamental: el hecho de que la intervención quirúrgica discutida en autos se haya realizado en el año 2006, esto es, antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial e incluso antes de la sanción de la Ley de Derecho del paciente (nro. 26529) no significa que no existiera al momento de hacerla una –o varias normas- que impusieran a los profesionales la necesidad de cumplir con el requisito de obtener el consentimiento del paciente y, previo a ello, brindarle la información correlativa y justificante de él.----------Una de las afirmaciones efectuadas en el recurso de la aseguradora, a fs. 552vta. así lo enfatiza y, como se desarrollará infra, se trata de una alegación poco afortunada y nada certera.----------

----También esclareceré liminarmente que habiéndose mencionado extensamente mi doctrina autoral, tanto en los escritos presentados en la faz constitutiva del proceso, como en la sentencia y los agravios, creo un deber puntualizar que sostengo cada una de las frases que se me han asignado, pero que varias de las mismas han sido tomadas de supuestos distintos al que aquí nos ocupa, como cuanto dijera en mi voto del caso “Quiroga c/ Pes” resuelto por esta Sala el año pasado y que tuvo en mira un supuesto fáctico radicalmente distinto al de autos. ----------

-----Especialmente en los agravios se ha hecho un collage de fragmentos de mi obra doctrinal y de mis votos, sin analizar si esa doctrina era aplicable a este caso y si se la mencionaba completa o trunca.----------

----También quisiera previamente dejar esclarecido que en este caso que nos ocupa se ha hablado mucho, tal vez demasiado, tanto en la sentencia de grado como en los agravios y piezas procesales de las partes; pero, no se ha analizado específica y certeramente el caso, sino que se ha tratado de resolverlo sobre la base de ideas preconcebidas y de párrafos sueltos, lo que no constituye buena idea ni resulta admisible.----------

----Así, no entraré en debates ilusorios, sino que analizaré el tema sub lite sobre la base

de los hechos probados en autos y de las constancias obrantes en el expediente, a la luz del derecho realmente aplicable. ----------

----Ello así anticipo que, vista toda la prueba, la documental, las fotografías de cómo quedó el pie del actor luego de la primera operación (cfr. fs. 9 a 11 de la documental reservada), el "consentimiento informado" que se le hizo firmar (cfr. fs. 21 de la documental reservada), las declaraciones confesionales, la pericia médica del Dr. N., etc, llego a la conclusión de que la sentencia atacada es sustancialmente correcta, aunque fundada incorrecta o insuficientemente.----------Y surge también de la lectura de toda la causa y las expresiones de agravios que en las respectivas apelaciones se agitan algunos tópicos, se citan párrafos sueltos, sin lograr captar lo esencial del tema en debate y, tal vez, pretendiendo derivar la discusión hacia aguas menos profundas de las que corresponde. ----------Por ende, como anticipé no entraré en debates ilusorios o inconducentes, sino que procuraré analizar la médula del caso, a partir de sus hechos indudables y probados. ----Sí me ocuparé en primer lugar, de despejar el argumento de ambas apelaciones de que el formulario de fs. 21 de la documental reservada no ha sido firmado en blanco y, por tanto, que él tiene plenos efectos validantes de la operación a que se sometiera al actor.----------

---Leo y releo el formulario de fs. 21 y encuentro que no solo fue firmado en blanco por el actor, sino que está aún en blanco, es decir, es un formulario estandarizado, que tiene ocho enunciados generales, en los cuales ni siquiera se han llenado los claros, dejando las líneas de puntos, donde debiera ir el nombre del paciente, del médico, la clase de cirugía, la fecha en que se realizaría la misma, las eventuales complicaciones que pudiera presentar, la cantidad de días de posoperatorio previo al alta, etc.----------Es decir, debatir si el formulario fue firmado en blanco, cuando todavía lo está ahora, una vez agregado a la causa, constituye una cabal sofistería. Decir que el paciente tenía gran confianza con el médico y que poseía estudios terciarios, por lo cual se le debió haber explicado los alcances de la operación, implica pretender dar efectos convalidantes de una operación quirúrgica mayor a un formulario, de nulos efectos.---------Tanto que han leído y citado los apelantes mi doctrina, podrían haber advertido en la página 371 y ss. del "Tratado de responsabilidad médica", que me pregunto si son válidas las expresiones estandarizadas de consentimiento informado y respondo lo siguiente: Cabe dudar si una planilla redactada de modo genérico, con términos vagamente ambiguos, y rellenada en sus claros con cuatro o cinco conceptos y el nombre del paciente es válida como expresión de voluntad de éste si consta su firma al final del texto. Nos parece que habrá que decidir caso por caso, pero como criterio rector de esta decisión, lo que debe evitarse es que el consentimiento informado del paciente se transforme en un mero trámite burocrático estandarizado, devaluando así la integración del deber de informar y el correlativo derecho a recibir información en la se ha dado en llamar lex artis ad hoc

(Sentencia del Tribunal Supremo de España del 3 de octubre de 1997, RJ 1997/7169, cit. por SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, “La impropiamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos”, Ed. Tirant

lo Blanch, Valencia, 2002, p. 236).----------

----Un prestigioso autor español ha expuesto con su natural agudeza que “en los últimos años hemos asistido a la publicación y difusión de un ingente número de documentos o formularios de consentimiento informado con el fin de facilitar la información y la prueba de la existencia del consentimiento. En algunos supuestos, tales modelos o protocolos de consentimiento informado, específicos para una serie de patologías y debidamente personalizados, ayudan al médico en su obligación de informar al paciente y propician la ulterior obtención del consentimiento. Sin embargo, en otros muchos casos, tales documentos desvirtúan la verdadera finalidad de esta institución jurídica, buscando únicamente la protección del médico frente a posibles reclamaciones, sin preocuparse de la información del enfermo, careciendo de la especificidad necesaria y sin tener presentes las circunstancias personales de cada paciente, llegando al extremo de estar redactados por juristas para médicos (lo que da idea de su finalidad), cuando, en puridad, deberían serlo, obvio es decirlo, por los médicos para los pacientes” (GALÁN CORTÉS, Julio César, “Responsabilidad civil

médica”, Edit. Cívitas, Madrid, 2005, p. 287). ----------

----El Tribunal Supremo de España resolvió en un caso que el consentimiento prestado mediante documentos impresos, carentes de todo rasgo informativo adecuado, no conforman debida ni correcta información (Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, Sección Única, 29/5/03, sent. núm. 511/1997, ponente: Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, RJ 2003\3916).----------

----Y en una sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, se declaró que no equivalen al consentimiento) aquellas cláusulas de estilo con autorizaciones genéricas en las que el paciente afirma quedar informado de los riesgos de la intervención, puesto que ello no implica un consentimiento informado, el cual exigiría que se consignen los elementos que integran tal información (alternancias, consecuencias derivadas y efectos de la intervención), ya que la contrario implicaría otorgar una carta en blanco al facultativo (Sent. Audiencia Provincial de Orense, 8/11/97, AC 1997/2311).----------

----Por último, no debe olvidarse que la CSJN, antes de la sanción de la ley de derechos del paciente (Nro. 26529) había ya declarado que “dado que el consentimiento informado tiene como núcleo de su razón de ser posibilitar que el paciente ejercite libremente su voluntad de someterse o no a determinada práctica médica, la responsabilidad que genera el incumplimiento de ese recaudo se asienta en la afirmación de que de haber conocido los riesgos, el paciente no se habría sometido a ella y debe integrarse con los elementos objetivos que indican el estado clínico del paciente y con la evaluación de los medios técnicos alternativos existentes para el

diagnóstico y tratamiento, todo lo cual remite a la configuración del marco de opciones con que cuenta el paciente frente a la propuesta profesional". (CSJN, 12/08/2008, "Godoy, Aguirre Marta c. Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina y otro", La Ley Online, registro AR/JUR/9059/2008, voto de los Dres. Highton de Nolasco y Petracchi. La Corte, por mayoría, desestimó el recurso por aplicación del art. 280 del Cód. Procesal).----------

----La regla es que "los documentos o formularios de consentimiento informado deben ser, ... específicos y personalizados, por cuanto un formulario genérico de información no resulta válido a tales efectos, al no reunir los requisitos mínimos exigibles (especificidad, individualización...) para que el paciente pueda decidir, con suficiente conocimiento, si se somete o no a la intervención que el médico le propone" (GALÁN CORTÉS, Responsabilidad civil médica, cit, p. 288). ----------

----De todo lo anterior, concluyo que cualquier formulario o documento de consentimiento 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, significará el incumplimiento del deber del médico e instrumentará un consentimiento inválido. Y que el instrumento jurídico que instrumente el consentimiento puede estar impreso en computadora, incluso tratarse de un formulario cuyos blancos se han llenado. Pero debe necesariamente reflejar los datos sustanciales que el caso del paciente que consiente amerita e identificar correctamente al paciente. Si no cumple estos requisitos no valdrá como expresión del consentimiento del paciente a un acto médico (cfr. "Tratado de responsabilidad médica", coedición Editorial Legis de Colombia y Ubijus de México, Bogotá-México, 2007, en coautoría con los Profesores Philippe le Tourneau, Domingo Bello Janeiro, José D. Cesano y Jorge Santos Ballesteros, pp. 371 y ss.). ----------Coincido con Galán Cortés sobre que "los documentos impresos de carácter genérico en modo alguno sirven... para acreditar el cumplimiento de esta obligación por parte del médico, más bien al contrario, al igual que sucede con aquellos protocolos que carecen de la personalización necesaria" (GALÁN CORTÉS, Responsabilidad civil

médica, cit, p. 289). ----------

---Y todo lo anteriormente dicho lo es respecto de un formulario genérico, al que se le han completado los espacios en blanco. Mucho peor es el caso de autos, donde aún hoy el formulario no es específico, ni siquiera describe cuál es la operación que se le realizará al paciente, bajo qué modalidad, ni otros datos relevantes para tornar específico al formulario y hacer que tenga algún valor. Bajo los términos y forma en que está redactado el que luce a fs. 21 de la documental reservada en autos, no es un consentimiento informado, sino un cheque en blanco, un "*bill de indemnidad*" al médico, para que haga lo que mejor le parezca sobre el paciente.----------

---El consentimiento informado, aún antes de la sanción de la Ley 26529, no es un

ritualismo vano tendiente a legitimar que el médico tome decisiones por el paciente, como si se tratara de un cobayo, sino un derecho del paciente. Antes de la vigencia de la Ley 26529 era un derecho implícito en diversas normas legales genéricas y garantías constitucionales, luego de su sanción, quedó explicitado en ella y las normas que siguieron su impronta.----------

---Ello así, el ejercicio de una medicina paternalista, que impulsaba al profesional a procurar lo que en su entender mejor conviniese al paciente, pero sin necesidad de contar con su opinión, ha quedado vedado socialmente desde mediados de la década de 1980 y normativamente desde 1994, año de varias reformas constitucionales argentinas, la de la Ley Suprema nacional y la de la Constitución de Chubut y Provincia de Buenos Aires, entre otras.----------

---La medicina de la “preferencia externa”, es decir donde el médico “prefiere” o decide por el paciente es hoy casi un sinónimo de mala praxis, salvo que la vida del paciente estuviera en juego y el mismo se hallare inconsciente o incapacitado. Pero, sin duda, sea o no configurativo de mala praxis, según la postura que se asuma, lo cierto es que sí es generador de responsabilidad civil, de una responsabilidad galénica de nuevo cuño, que a estas alturas resulta inútil negar, porque tal negativa, además de antojadiza, atrasa treinta o cuarenta años el reloj del derecho. Y ello es inaceptable.--------Cabe continuar expresando que en un simposio nacional se concluyó que “El médico debe revelar información adecuada al paciente, de manera tal que le permita participar inteligentemente en la toma de decisión del tratamiento propuesto y luego obtener su consentimiento o bien la manifestación de rechazo a dicho tratamiento. Tales deberes son propios del ejercicio de la actividad médica...” (VII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE DAÑOS, realizado en la Ciudad de Buenos Aires, durante los días 2, 3 y 4 de octubre de 2002, Conclusiones de la Comisión Nº 1, Conclusiones de *lege lata*, conclusión Nº 3).----------

---Además, y específicamente en lo que toca a esta Provincia, no puede olvidarse que el Preámbulo de la Constitución del Chubut de 1994 expresa que tal Cuerpo tiene “el objeto de garantizar a todos los habitantes el pleno goce de sus derechos, su protagonismo político y un desarrollo humano igualitario; consolidar los beneficios de la libertad,…”.etc. y que el art. 4 de la misma declara que “*El Preámbulo es a la vez enunciación de principios y fuente interpretativa y de orientación para establecer el alcance, significado y finalidad de las cláusulas de la presente Constitución*”.----------Luego el art. 6 Const. Chubut edicta: “El Estado asegura la libertad y la igualdad de todas las personas, sin diferencias ni privilegios ….” Y el art. 18 de ella consagra que “Todos los habitantes de la Provincia gozan de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y la presente, con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio. En especial, gozan de los siguientes derechos: 1. A la vida desde su concepción y a la dignidad e integridad psicofísica y moral, las que son inviolables. Su respeto y protección es deber

de los Poderes públicos y la comunidad. 2. A la protección de la salud…4. A la libertad, a la seguridad personal y a la igualdad de oportunidades..”.----------

--Y varias convenciones de derechos humanos siguen la misma senda, como por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre.----------

---Con todo ello a la vista no parece discutible que el trato digno a que tiene derecho constitucional un paciente chubutense comienza por el simple hecho de que nadie prefiera o decida por él y sigue porque se le brinde toda la información relevante sobre su salud, tratamiento y perspectivas reales, para que sea el paciente el que tome las decisiones, que hagan a su integridad física y psíquica. Por otra parte, si se le garantiza el protagonismo al ciudadano, cómo permitir que otro decida por él en cuestiones tan íntimas como una operación invasiva y que dejó secuelas.----------

--Estos desarrollos desbaratan definitivamente el agravio de ambos recursos, relativos a que la “presunta” o “imaginada” o “conjetural” firma en blanco del consentimiento no ha sido tal y que tal pieza tiene efectos convalidantes de la práctica, lo que ha quedado definitivamente demostrado que no es así.----------

----Se pretende luego echar mano al argumento de que tal “formulario de consentimiento informado” es el que recurrentemente usan las clínicas de la zona: si ello es así, uno o cientos, tales formularios son nulos y carecen de todo valor convalidante de la praxis, en especial dado los términos en que se expresan algunos artículos de la Constitución Provincial del Chubut, como los que se viera supra. ----------Seguidamente se aduce que se ha producido una reversión de la carga de la prueba sobre su parte, la que es indebida. No es así. Más allá de que la prueba dinámica nada tiene que ver en este caso –y fue un error de la jueza inferior mencionar tal doctrina- el agravio es vano.----------

----Ello por cuanto declarada la ineficacia del instrumento de fs. 21 como consentimiento validador de la intervención quirúrgica practicada, cae tal prueba de que se había valido el médico y el sanatorio demandados para pretender exonerarse de responsabilidad, lo que hace renacer la carga de la prueba sobre ellos. No es que la carga de la prueba sea dinámica, ni que esa doctrina se aplique a este caso, es que caída la prueba pre constituida en formulario, la exigencia de probar la existencia y alcance del consentimiento y de una información previa a éste, completa, veraz, objetiva y accesible, es una obligación del médico que dice haberle dado al paciente la última y obtenido el primero (art. 381, primera parte, CPCC). ----------Propongo, en consecuencia y por lo anteriormente expuesto, al acuerdo el rechazo del agravio relativo a la eficacia del formulario de “consentimiento informado” de fs. 21 de la documental reservada.----------El segundo agravio del recurso de fs. 545/547 pretende cuestionar al decisorio por considerar que

ha asignado efectos automáticos a la falta de consentimiento informado, citando fragmentos de un precedente de esta Sala, al que se le pretende tener en este caso una incidencia que no tiene. Y ello por dos razones disímiles:----------1) No aprecia el apelante que se trata de dos casos diametralmente distintos: en el caso “Q. c/ P.” se trataba de una operación imprescindible, que debía realizarse sin demora para salvar la vida de la paciente y extirparle un tumor, respecto de lo que no existían alternativas terapéuticas confiables. En el caso de autos, el propio recurrente reconoce en su memorial que había varias técnicas para tratar el cuadro e incluso ello lo asevera el perito médico N. a fs. 405/408. Y el perito médico indica que la operación no revestía urgencia, que había varias posibilidades terapéuticas y que el paciente bien pudo elegir otra opción (cfr. dictamen de fs. 405/408 y aclaración de fs. 413/415, esp. Punto 2). ----------2) Pero fundamentalmente el agravio cae por imperio de lo dispuesto en el art. 280 CPCC, ya que toda la argumentación relativa a la carencia de relación causal entre el daño y la falta de información y de consentimiento no fue introducido debida y oportunamente en la faz constitutiva del proceso (cfr. contestación de demanda de fs.
59/69), lo que impide tratarlo aquí.----------
---Tanto la cuestión de la falta de efectos automáticos de la carencia de información y de consentimiento como el tema de la falta de relación causal entre esa carencia y el daño, no fueron introducidas a la litis en tiempo procesal propio (cfr. fs. 59/69), motivo por el cual no pueden ser tomadas en cuenta en esta etapa, a mérito de lo dispuesto por el art. 280 CPCyC. ----------
--- Esta norma edicta: "El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia".----------
----La apelante parece haber obviado dicha norma, dado que pone a consideración de este Tribunal de alzada extremos de hecho que no fueron planteados a la consideración del Sr. Juez de grado, como surge de la rápida lectura de su responde de demanda.- ---
---Esta Sala, con fecha 26/3/09, in re "C. d. W., D. E. c/ C. d. O. y M. T. y otros s/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nº 30 - Año 2008) e in re "S., G. c/ I. D. O. y T. S.A. s/ Cobro de Pesos" (Expte Nº 23 - Año 2009 (C.A.N.E) y a través de sendos votos de mi autoría, dejó sentado que por aplicación de lo dispuesto en el art. 277 CPCyC resulta inaudible el agravio, cuando el apelante pretende hacer ingresar al ámbito de revisión de este tribunal hechos no alegados idóneamente en la etapa postulatoria del proceso.----------Se agregó en ellos y en fallos anteriores y posteriores de la Sala que no es lícito a este cuerpo ocuparse de cuestiones no sometidas temporáneamente a la decisión del juez de grado, por impedírselo la expresa norma del art. 277 CPCyC –hoy art. 280 CPCC, según Digesto-. En nuestro sistema

procesal, caracterizado por el escalonamiento de etapas preclusivas, la primera limitación impuesta a las potestades del tribunal de alzada viene dada por la relación procesal trabada con la demanda y su contestación. Juegan en ello principios liminares que hacen, de un lado, al derecho de defensa en juicio y la igualdad de las partes, evitando sorpresas causídicas y efectivizando el orden en la tramitación de los procesos; del otro, a la esencia misma del régimen de la doble instancia, porque en el sistema escriturario la apelación no configura un nuevo juicio que posibilite a las partes la incorporen de nuevas pretensiones y oposiciones. También en este grado rige el principio de congruencia, pauta general consagrada para todo el proceso, y, por lo tanto, las cuestiones que no han sido materia del litigio, porque en la demanda y su contestación no fueron introducidas, no pueden ya ser incorporadas en la alzada, ante la que resulta inadmisible la ampliación de un debate cuya continencia quedó fijada al trabarse la litis (art. 280 CPCC). ----------

----------De tal modo, la expresión de agravios no es una pieza procesal que otorgue a una parte la ocasión de modificar la demanda o su responde con la proposición de nuevos capítulos no introducidos en la etapa postulatoria del proceso. ----------

----------Ello así, en caso de entrar a tratar el segundo y el tercer agravios del accionado S. de fs. 545/547vta., esta alzada estaría violando abiertamente el art. 280 CPCyC y el sistema de asignación de jurisdicción y competencia en que reposa. Ello resulta inadmisible.----------

----El juez debe, a mérito del principio de economía procesal, indagar acerca de los presupuestos procesales de admisibilidad de la acción, antes de pronunciarse sobre el mérito de la causa. El antedicho análisis involucra el análisis previo de su propia competencia y jurisdicción. En función de lo expuesto supra, este tribunal no puede conocer en la cuestión planteada en los agravios dirimentes, al no haber sido los argumentos y defensas traídos a la alzada, objeto de oportuno planteo al juez de grado (cfr. sentencia de esta Sala, de fecha 26/03/09, in re "C. d. W., D. E. c/ C. d. O. y M. T. y otros s/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nº 30 - Año: 2008) e in re “V., E. N. c/ V., W. E. s/ Ordinario” (Expte. Nº 199 – Año 2012) de fecha 17/10/12, ambas a través de mi voto. ----------

----------Ello veda el entendimiento de este agravio por la alzada a tenor de lo dispuesto en el art. 280 párr. 1º CPCyC; y la jurisprudencia invariable: C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª,

16/3/00, "P., R. C. v. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS s/ INCIDENTE DE TASA DE JUSTICIA. CAUSA N. 7454/99", en AbeledoPerrot online).-

----------En tal situación, efectuar la valoración de argumentos no esgrimidos en el responde de la demanda –como los que el Dr. S. pretende hacer ingresar postreramente a la litis en sus segundo y tercer agravios-, llevaría a exceder los límites que determina concretamente el art. 280 CPCyC, dado que no es admisible que en la alzada se decida dejando de lado el

contenido de la relación procesal como ha sido trabada en los escritos constitutivos del proceso (C. Nac. Com., sala C, 11/9/91, "BARUJEL, LEONARDO v. GALERÍAS BROADWAY SRL S/ ORD.", en AbeledoPerrot online).----------Ello lleva a declarar inaudibles el segundo y tercero de los agravios de la accionada, lo que así solicito al acuerdo se declare. ----------El accionado cuestiona la cuantía del daño moral asignado al actor por excesiva.--------Lo haya sido o no al momento de formularse la pretensión, hace ya varios años, los jueces debemos juzgar las pretensiones al momento de la sentencia. Y está claro que hoy, con la alta inflación que ha habido en estos años –desde 2008 a la fecha- sin posibilidad de actualizar el valor de la moneda, el monto que se le ha asignado al actor en la instancia inferior dista de ser elevado, teniendo en cuenta especialmente los sufrimientos y privaciones que debió pasar.----------Piénsese que el accionante debió soportar una segunda operación, se vio obligado a guardar extensos reposos, a sufrir serios dolores, a verse físicamente imposibilitado, a postergar el juego de handball, en el que ha descollado, como lo atestiguan las varias medallas y reconocimientos que se encuentran agregados en autos; ha padecido incertidumbres, ha quedado con secuelas que le hacen no ser el deportista que era, una vez que volvió a jugar, luego de varios años de inactividad. Todo ello fue resarcido con la suma de pesos noventa mil y no parece que a estas alturas sea excesivo el quantum, debiendo éste analizarse al día de la sentencia y no al de la demanda.----------En un voto de mi autoría, (cfr. mi voto, en sentencia de esta Sala, del 17/9/08, dictada in re "G. N. R. c/ Municipalidad de Puerto Madryn s/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nº 22.731 - Año 2008, registrada bajo el Nº 21 de 2008 SDC) he recordado que en materia de daños corporales, ha dicho agudamente Ivonne LAMBERT que "Indemnizar los daños corporales, es por supuesto dar la reparación justa ... de los perjuicios económicos sufridos, pero es también intentar, si no reparar, por lo menos darle a la víctima una compensación indispensable de perjuicios inapreciables: el sufrimiento físico y moral, el handicap accidental que hace volcar la vida diaria…" (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, " Le droit et la morale dans lindemnisation des dommages corporels ", en Recueil Dalloz 1992, sec. Chroniques, p. 165). ----------Y agrega la maestra citada un párrafo magnífico sobre la esencia de la reparación por daño moral, afirmando que "la justicia impone evaluar lo que es inestimable, reparar lo que es irreparable. Es necesario. Pero esto no es suficiente. Todavía hace falta que el régimen jurídico aplicable a esta reparación no induzca ningún efecto nocivo que llegue a privar a la víctima verdadera de su indemnización... Tal resultado traduciría en efecto un "regateo"...Sería ilícito e inmoral" (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, " Le droit et la morale dans lindemnisation des dommages corporels ", en Recueil Dalloz 1992, Chroniques p. 166; en igual sentido, esta Sala, 30/10/2008, "P. V. y otra c/ Municipalidad de Trelew s/ daños y perjuicios" (Expte. 21.245 - Año 2006). ----------Por ello creo que es injustificada la queja del

apelante, debiendo rechazarse y confirmarse el monto del resarcimiento extrapatrimonial concedido en el decisorio apelado.----------

--El agravio relativo a las costas se tratará al final del voto, dado que debe considerarse otro memorial de agravios previamente, lo que puede incidir en su imposición.----------

----En cuanto al recurso de la aseguradora citada, sus agravios lucen confusos, en algún punto contradictorios entre sí y sobre todo chocantes con la postura del litisconsorte.----------

----En cuanto al primer agravio, cabe decir que el mismo está desierto, ya que no da pautas para sustentar las afirmaciones que realiza en punto a la arbitrariedad de la sentencia, que se queda en una mera opinión del apelante, para peor sin datos objetivos que la validen. El recurrente parece considerar que basta que él califique la sentencia de arbitraria, para que ésta lo sea. ----------El apelante no intentó siquiera conmover con una crítica razonada, apoyada en elementos fácticos y jurídicos, el razonamiento sentencial que fincaba en la necesidad de tomar en cuenta el formulario de consentimiento informado que obra agregado a autos y que, paradójicamente, el codemandado S. esgrime como válido y suficiente para legitimar su actuación. Llamativamente ambos codemandados asumen posturas diametralmente opuestas en torno a ese formulario. ----------Intentar una crítica de la sentencia apelada que sea superficial, basada en subjetividades, o no interesar al discurrir del recurso los puntos centrales o dirimentes del decisorio que se cuestiona, implica quedarse a medio camino o errar el sendero, por parte del recurrente; y, en ambos casos, tal deambular por una instancia especial como la segunda instancia donde la precisión debe ser impar y las generalidades colapsan, no lleva al apelante a destino, sino que lo expone a no obtener el resultado que buscaba. ----------

----Sostener que no puede tomarse en cuenta el formulario de consentimiento informado constituye una ocurrencia, sino un desatino; sin ese formulario su parte debe probar que la operación estuvo asentida por el paciente y antecedida de la información suficiente para validar tal consentimiento. Todo lo demás son opiniones, sino ocurrencias, pero carentes de toda apoyatura. ----------

---Es más, sostener que dicho formulario ha sido obtenido ilegalmente, cuando otro litisconsorte se aferra a él como a una tabla de salvación, es inadmisible a esta altura del proceso y más allá de que la aseguradora negó toda y cualquier afirmación del actor, incluso aquellas que eran verdades evidentes y otras que fueron acreditadas en la litis de modo indudable, lo cual también habla de su comportamiento en este proceso. Negar lo evidente no significa desacreditar la verdad.----------Todo

lo que expresa el apelante sobre el consentimiento informado y la carga de su prueba y sus efectos, etc. no fue oportunamente introducido en la faz procesal oportuna (cfr. fs. 162/175), lo que hace que dichas alegaciones sean inaudibles aquí por imperio de lo dispuesto por el art. 280 CPCC, sobre lo que ya me he expedido extensamente supra. ----------

---Los dos primeros agravios son inaudibles, por diversas razones, uno por infundado y por no comportar una crítica concreta y razonada y el otro por contravenir el principio de congruencia y su norma ancla en la alzada, el art. 280 CPCC. ----------

---En cuanto al tercer agravio, relativo a la cuantificación del daño, no se aprecian en el mismo argumentos de peso que lleven a variar el monto acordado por la jueza al reclamante.----------

---En algunos pasajes de su expresión de agravios pareciera que el apelante pretende hacer extraviar a esta Cámara con algunas afirmaciones o, directamente, duda de nuestra inteligencia.----------

----Una de tales afirmaciones, señaladamente desatinada conceptualmente, además de procesalmente inadmisible, conforme se verá infra, es sostener que el resarcimiento moral no se debe abonar porque el actor no ha probado la mala praxis del médico.-------

---El letrado cae en un severo error conceptual, o pretende que esta Cámara caiga en uno, a través de un argumento no ya equivocado, sino antojadizo.----------

---El letrado de la aseguradora confunde mala praxis con responsabilidad civil médica, que son conceptos distintos. La responsabilidad civil médica es el género, la mala praxis es una especie de ella, no la única.----------

---La mala praxis es la omisión por parte del profesional médico, al prestar los servicios y atenciones a que está obligado en su relación profesional con el paciente, de las diligencias que su título y habilidades presuponen, si de ello resulta un perjuicio al cliente o paciente. ----------

----Cuando el accionar del médico es dañoso y produce un menoscabo no justificado, relacionado causalmente en forma adecuada con el gesto médico, el daño puede surgir por dos cursos causales diferentes: **a) por omisión**: el galeno incumple el deber de cuidado a que está obligado y con ello le ocasiona un daño al paciente: por ej. un examen clínico incompleto, lleva a un mal diagnóstico y éste a una carencia de tratamiento, que le hace perder meses de tiempo al paciente, lo que llevan a amputarle una pierna al final; o **b) por comisión**: efectuar un acto antijurídico, prohibido por la norma, como una operación experimental de altísimo riesgo, que no era indispensable.----La mala praxis se configura ante una acción médica errónea, de acuerdo con la opinión de expertos médicos, no definiéndose ella por opiniones ni del paciente ni de sus familiares y tampoco por la tesitura del juez, que es un lego en materia médica y que para apartarse del dictamen de peritos debe contar con una muy buena razón, so pena de configurar su decisorio en caso contrario un acto arbitrario.----------Pero la mala praxis

no es el único supuesto de responsabilidad galénica. La responsabilidad civil médica ha quedado identificada en el imaginario popular como un caso de mala praxis, como si se tratara de nociones interdefinibles y el caso es que, en la actualidad, no todo supuesto de responsabilidad médica involucra un problema de mala praxis, pues puede tratarse perfectamente de un caso de déficit informativo, de violación del deber de secreto, etc. ----------

---De modo que identificar mala praxis con responsabilidad civil médica constituye una inconveniente simplificación, en la que no debe caerse y en la que no caeremos, distinguiendo los ámbitos de cada una de estas esferas de responsabilidad galénica.----

---Como primera medida, cabe decir que la mala praxis implica un ejercicio imperito o inidóneo de una actividad, en este caso médica; esa inidoneidad o impericia se traduce normalmente, en el ámbito jurídico, en la carencia de diligencia, que se plasma en la toma de decisiones inapropiadas a la naturaleza de la prestación debida o inoportunas, lo que hace que el contenido de la praxis no sea conforme o compatible con la obligación asumida por el médico, sino que exhiba un déficit en su actuación, sea por acción u omisión. ----------

---A veces se cuestiona la práctica en sí, su necesidad, su pertinencia, si ella era imprescindible o conveniente; otras, la forma de acometer una práctica que en sí hubiera sido correcta o, al menos, no descartable de plano. Por último, otras veces, lo que se cuestiona es el tiempo en que la praxis se realizó, reputándola prematura o, en la mayor parte de los casos, tardía.----------Pero además de ese campo de responsabilidad civil médica, más tradicional, en los últimos lustros comparte el escenario con él otra faceta o tipología de responsabilidad médica, ya no fundada en una ejecución material cuestionable de la praxis médica, sino en algún defecto de información o consentimiento de la misma. ----------El galeno no puede retacearle al paciente el conocimiento de su estado de salud, posibilidad de curación o incurabilidad, terapéuticas más aconsejables, etc. Y, por tanto, una vez informado el paciente sobre cuál es su estado y posibilidades terapéuticas debe el profesional asesorar al paciente sobre cuál es su opinión respecto del mejor tratamiento posible para su caso y de los riesgos de encararlo o de rehusarlo; y una vez cumplidos estos deberes, el médico debe requerir el consentimiento del paciente para la práctica que le hubiese sugerido. Y, en su caso, respetar su negativa al tratamiento aconsejado. ----------

----El médico no es el dueño de la información que recibe con motivo de sus incumbencias, ya que no puede hacer con las informaciones recibidas del paciente lo que le parezca, sino que debe utilizarlas de manera adecuada y orientada al cumplimiento de una finalidad prioritariamente terapéutica.----------

---Tampoco el médico puede jugar a Dios, eligiendo por el paciente, ni puede manejar la información atinente al mismo como si fuera propia.----------

Lo que se cuestiona en la sentencia de grado al médico es una forma de manejo de la información y la toma de decisiones por el paciente; ello no quita que, comprobado como está un déficit severo en esta faceta informativa, el médico y sus litisconsortes deban resarcir el daño moral que padeció el paciente.----------Este se vio obligado a una segunda operación, a guardar extensos reposos, a sufrir serios dolores, a verse físicamente imposibilitado, a postergar el juego de handball, en el que ha descollado, etc.----------Y lo que argumenta el apelante pone el énfasis en la conducta del dañador, en su actuación y no en el sufrimiento de la víctima, que es el principal aspecto a considerar al mandarse indemnizar y cuantificar un daño moral, ahora llamado consecuencia no patrimonial del daño (art. 1741 CCC).----------
---Su tesitura trasunta una visión anquilosada del daño moral como castigo al dañador en vez de una visión moderna del concepto, que es la que la jurisprudencia y la doctrina actuales han adoptado y que, en definitiva, ha terminado siendo receptado por el art. 1741 CCC, que aunque no es de aplicación al caso, marca la visión actualizada del legislador nacional.----------
---Pero, más allá de ello, el argumento fundamental, suficiente por sí solo, para desoír este agravio, relativo al quantum del resarcimiento otorgado por la a quo radica en una cuestión netamente procesal: es un agravio que pretende introducir al debate un tema que no fue planteado en la contestación de demanda en tiempo y forma oportuna (cfr. fs. refoliado 162/175). Revisada esa pieza se habló en ella de muchas temáticas, pero no de la relación causal entre la falta de consentimiento informado y el daño moral concedido al paciente, lo que hace que este tema no haya sido planteado al juez de grado y que, por ello, resulte inaudible en alzada, conforme dispone el art. 280 CPCC.--
---Y es bien sabido que la expresión de agravios no es una pieza procesal que permite incorporar al debate procesal capítulos no propuestos en los escritos en que se trabara la litis, ni la segunda instancia es un proceso ordinario, donde el debate recomience desde cero o se extienda hasta donde las partes lo deseen, donde quiera que ese límite quede. ----------
----Ergo, si las cuestiones planteadas no fueron sometidas al juez en la instancia anterior –como no lo fueron varias en el caso sub lite- no pueden por ende ser materia de examen en la alzada en virtud de lo prescripto en el CPr. art. 280 CPCC Chubut y 277 CPCCN (C. Nac. Civ., sala I, 28/12/89, “Sole, María I. v. Falcon Ciriaca, Ángela”, JA 1990-III-47). Es que, tal norma veda la introducción de pretensiones o defensas ajenas a las que fueron objeto de debate en la instancia original (CSJN, 15/5/01, “Saliot, Jean F. R. v. Mase, Susana”, JA 2002-IV-síntesis).- ----------Por ende, el llamado tercer agravio, que en rigor no es tal, sino la tentativa de incorporar nuevos temas al debate, resulta inaudible en esta instancia (cfr. esta Sala, 29/04/2009, “S., G. c/ I. D. O. y T. S.A. s/ Cobro de Pesos” (Expte Nº 155- 2005) Expte Nº 23- 2009

(C.A.N.E). ----------Para evitar cualquier descalificación ligera de este criterio, basta recordar lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los Considerandos 4) y 5) de su sentencia dictada el 7/7/2015 in re recurso de hecho en “Becerra, Juan José c/ Calvi, Juan María y otros s/cumplimiento de contrato” (CSJ 367/2014 (50-B) ICS1).----------En el Considerando 4) de dicho decisorio el Más Alto Tribunal de la Nación, declaró que “esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las Cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 301:925; 304:355,

entre muchos otros)”.----------

----Y en el Considerando 5) del mismo fallo indicó todavía más enfáticamente “Que el carácter constitucional de dicho principio, como expresión de los derechos de defensa en juicio y de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos: de ahí que lo esencial sea "que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias" (Fallos: 315:106 y 329:5903)”. ----------

----Es así que el Más Alto Tribunal de la Nación, en el considerando 5), del caso “Becerra”, reafirmó el carácter constitucional del principio de congruencia, lo que implica que la traba de la Litis en esta causa produjo una situación de “consumo jurídico” (esta Sala, 11/8/2015, “S., N. O. y otros c/ D., D. Á. y otra s/ Daños y perjuicios” (Expte. 67 - Año 2015 CAT), que impide incorporar al debate procesal nuevos hechos o

afirmaciones en alzada.----------

---Ello basta para desoír el tercer agravio de la aseguradora, lo que propongo al

acuerdo se realice. ----------

----El último agravio de la aseguradora apelante finca en el cuestionamiento de la no aplicación del art. 505 CC en el fallo de grado, con afirmaciones descaminadas que trasuntan una clara ignorancia de la doctrina legal vigente, porque la juez a quo no ha hecho en este punto otra cosa que aplicar la reiterada doctrina de esta Cámara (cfr. esta Sala, S.I.E. nº 32 de 2011 en "C., E. d. C.n s/ Sucesión abintestato" (expte. 335/2011-r.C.A.T.); ídem, S.I.E. nº 01 de 2012 en "P., G. c/ F., A. s/ Ejecutivo" (expte. nº 08/2012-r.C.A.T.) e ídem, S.D.C. nº 11 de 2012 en "C., S. M. c/ Z., M. A. y/o quien rlte. responsable s/ Daños y perjuicios" (Expte. Nº 446/2011-r.C.A.T., voto del Dr. López Mesa).----------En mi voto dictado en la causa fallada el 06 de junio de 2012, in re “C.,

S. M. c/ Z., M. A. y/o propietario y/o responsable s/

Daños y Perjuicios" (Expte. Nº 446 - Año 2011) dejé sentado que el art. 505 del Código Civil limita la responsabilidad del condenado en costas, mas no el monto de los honorarios. Esto es, en rigor, las costas pueden exceder el límite de esta norma de fondo, pero la responsabilidad por su pago no (conf. CNCiv., Sala G, 27/05/1998, "Sozzi, Jorge A. c/ Gómez Néstor", La Ley, 1999-C, 797, sum. 1), y ello se traduce en una exigibilidad acotada en concreto.----------Y en función de ello, se declaró allí que correspondía prorratear proporcionalmente las regulaciones de grado comprometidas para ajustarlas al límite previsto por el citado art. 505 (conf. PASSARON, Julio F. – PESARESI, Guillermo M., "Honorarios judiciales", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, T. 2, p. 96).----------
De tal modo que el art. 505 CC –actual art. 730 CCC, última parte- no significa que en la sentencia de mérito no deban regularse los honorarios correspondientes a cada letrado interviniente, conforme sea su actuación en la causa y de acuerdo a lo que tenga derecho a percibir, por haberlo devengado con su trabajo; el art. 505 CC o el actual art. 730 CCC no levantan una barrera entre el letrado y los honorarios a que tiene derecho, si así fuera sería inconstitucional, porque implicaría un factor de cercenamiento de derechos ya devengados. Por ende, es del todo desatinada la pretensión postrera de la aseguradora recurrente. ----------
---Lo que el art. 505 CC y su correlativa norma del nuevo código -730 CCC- hacen es declarar que la responsabilidad por el pago de las costas tiene el límite del 25% que allí se establece. Es decir, los honorarios se regulan en la sentencia, como deban ser regulados en función de los trabajos hechos y de las pautas arancelarias en juego y se imponen las costas, de acuerdo al éxito o derrota de una o varias partes. Luego, al momento en que esos honorarios queden firmes y pretendan ser ejecutados, podrá plantear el legitimado pasivo al pago el exceso del tope y allí, en su caso, se prorratearán los honorarios que habrá de afrontar su parte, lo que no implica que el eventual remanente no pueda serle cobrado por el profesional a otro obligado. ----------Es allí donde yerra severamente en su agravio la aseguradora: conceder su pretensión implica cerrarle el paso a los abogados a que cobren sus honorarios completos, así sea, una porción de una parte condenada y el resto de su cliente, si las normas arancelarias locales lo permiten.----------Y, correlativamente, denegar lo que su parte pide no significa cargarla con el pago de la totalidad de los honorarios; ello solo ocurriría si sus abogados no actuasen con diligencia y opusiesen el tope porcentual en el momento en que se pretenda cobrar los honorarios; pero eso ya es una cuestión que hace a la defensa de la parte y esta Cámara, ni ningún tribunal, está destinado a defender eventuales derechos de una parte, cualquiera sea ésta. ----------
---Con ello basta, para el rechazo de este agravio, lo que propongo al acuerdo se declare.----------

----En cuanto al agravio relativo a las costas, el mismo habrá de prosperar parcialmente, dada la procedencia ciertamente reducida de la pretensión actora, que ha visto rechazados reclamos por rubros completos y la disminución sensible de lo pretendido en la demanda. En tal situación, aplicar en este caso el criterio de que las costas integran el resarcimiento en este tipo de juicios, favorecería en casos como este que la desproporción o desmesura en el reclamo o el desequilibrio entre lo alegado y lo probado, carezcan de consecuencias para el accionante, favoreciendo indirectamente los reclamos desproporcionados o antojadizos, justamente, al no imponer a éstos la condigna responsabilidad por las costas respecto de la fracción no acogida del reclamo (cfr. Cám. Apels. Trelew, Sala B, 10/2/2009, “N., J. O. c/ L., C. J. y otro s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N° 22.052 – año 2007). ----------Por el contrario, adscribo a la opinión de que cuando existe una reclamación ímproba en buena medida, no cabe cargar al demandado con todas las costas, cuando el progreso de la demanda fue bastante reducido, en comparación a la pretensión.----------Se ha dicho en esa línea que si en una demanda de daños y perjuicios ninguno de los litigantes ha obtenido la satisfacción íntegra de sus pretensiones o defensas, resultando por tanto ambos parcialmente vencidos, corresponde aplicar el art. 71 CPCCN. que establece que las costas se compensarán o distribuirán prudencialmente en proporción al éxito obtenido por cada una de las partes. Tal distribución, sin embargo, no implica un exacto balance matemático del resultado alcanzado (C. Nac. Com., sala B, 4/6/97, "M., A. v. G. F., G. D. y otro", JA 2000-III-
síntesis).----------
-
----Coincido pues con que cuando son pues rechazadas exigencias resarcitorias injustificadas o son reducidas drásticamente aquellas que, siendo procedentes, han sido sin embargo formuladas por un monto exagerado y no dependiente de estimación del juez, tal principio queda desplazado, tornándose de estricta aplicación el art. 72
C.P.C.C. según Digesto.----------
---Vista las circunstancias del caso, el resultado de la litis y las posiciones asumidas por las partes en la contienda, la distribución de costas que contempla el art. 72 CPCyC -que debe realizarse "prudencialmente" y desde una óptica panorámica del proceso y de su resultado, en comparación con las pretensiones contenidas en el reclamo-, arroja en mi caso como resultado acorde a mi voto la imposición de costas de grado en un 70% a los demandados y a la citada y en el restante 30% al actor.----------En cuanto a las costas de alzada, para fijarlas debe necesariamente computarse que en esta alzada prospera solo uno de los agravios planteados por el accionado, el atinente a las costas de grado. Ergo, en esta instancia se configuraría también -aunque en desiguales proporciones- un supuesto de vencimiento parcial y mutuo que autoriza a distribuir las costas entre las diversas partes (art. 72 C.P.C.C.).----------

---Por tal motivo, habré de proponer la imposición de las costas de segunda instancia a la parte accionada y a la citada, que han resultado vencidas en la sustancialidad de sus pretensiones en un noventa por ciento e imponer el restante diez por ciento al actor (art. 72 CPCyC).----------

---Por tales fundamentos, habré de proponer al acuerdo la confirmación del decisorio en lo principal que fuera materia de recurso y agravios, modificándose solo lo relativo a la imposición de las costas de grado, las que se distribuyen en un 70% para la accionada y citada en garantía y el 30% remanente al actor.----------Las costas de alzada se distribuyen también, aunque en un 90% para la accionada y citada en garantía y el 10% remanente al actor (cfr. art. 72 CPCC).----------

También propiciaré la regulación de los emolumentos de los Dres. R. L. y D. G. F., abogados apoderados del Dr. S. y de S. M. SA, respectivamente, en el 25% de los honorarios que se le regularan como estipendios de grado, los Dres. F. M. y G. T. C., abogados de la actora, en el 28% de los honorarios que se le regularan como estipendios de grado; tales porcentajes se justifican en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado de sus respectivas tareas cumplidas en la alzada (arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46, Ley XIII N° 4).- --------Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO POR LA

AFIRMATIVA.----------

---**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo: ----------

--Los detalles del caso, decisión impugnada y agravios expresados fueron suficientemente expuestos por el magistrado que me precedió en el voto. Por tal motivo me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada dando tratamiento a los agravios en el orden propuesto por el colega que me precedió

en el voto.----------

----Ingresando al tratamiento del primer agravio expresado por el codemandado G. F. S., corresponde precisar el alcance que debe darse al formulario de “consentimiento informado” obrante a fojas 21 aclarando que la intervención quirúrgica que diera motivo a la presente es anterior a la sanción de la Ley Nro. 26.529 de Derechos del Paciente.----------El apelante, en su escrito de contestación de demanda (rf.110/111vta), hizo una construcción respecto del alcance que debe tener el CI. Sostuvo allí que no es necesario que ese consentimiento sea prestado por escrito, que alcanza con que el médico informe adecuadamente al paciente de manera verbal y relativiza la firma “en blanco” asegurando que únicamente se encuentran sin llenar el nombre del paciente, el nombre del profesional, la denominación de la intervención quirúrgica y la probabilidad de temporaneidad en el alta médica. Agrega, párrafos más adelante que “en todo caso lo que el actor denomina ‘firma en blanco’, no significa otra cosa que la consulta voluntaria a un cirujano y el sometimiento voluntario a tratamiento confiando enteramente en la capacidad y cuidado del facultativo

para decidir por él qué debe hacerse, otorgando un consentimiento general para cualquier operación que se

considere necesaria según el criterio y habilidad del profesional". ----------

---El Dr. S. se agravia porque en la sentencia se afirma que el CI fue firmado en blanco y por ende que el mismo carece de validez. Asegura que en el momento en que se realizó la práctica quirúrgica (2006) la legislación no exigía la forma escrita para el CI y que el formulario acompañado era el que se utilizaba habitualmente en nuestra zona.----

Entiendo, coincidiendo de este modo con el Dr. López Mesa, que un CI firmado de esta manera es sinónimo de inexistencia de CI. Es un formulario tan amplio (y para colmo sin completar las partes que deben completarse a fin de relacionar al paciente con el médico y con la intervención quirúrgica a la que se someterá) que es como si no

existiera.----------

-

----Se ha definido al consentimiento informado como 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 (conf. HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M., "Consentimiento informado", publicado en "Responsabilidad profesional de los médicos", Garay, Oscar Ernesto –dir–, 1era. Edición, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 191). ----------

----Aclaran las autoras citadas que la noción de consentimiento informado comprende dos aspectos y que la doctrina impone al profesional dos deberes: 1) obtener el consentimiento del paciente para lleva a cabo un tratamiento y 2) revelar información adecuada al paciente de manera tal que le permita a éste participar inteligentemente en la toma de decisión del tratamiento propuesto (HIGHTON y WIERZBA, "Consentimiento informado" cit., p. 191).----------

---En esta línea sostuvo acertadamente la Cámara Nacional Civil en sentencia dictada antes del dictado de la Ley 26.529: *"El consentimiento informado constituye una operación compleja que consta de dos aspectos directa e íntimamente vinculados entre sí: por un lado, la información que debe brindar el facultativo acerca del estado de salud del paciente, su dolencia, pronóstico de su evolución, diagnóstico, tratamiento aconsejado, etcétera. Por el otro, el consentimiento de este último con la estrategia propuesta para neutralizar, combatir o mitigar la patología que motiva la consulta. Y el estrecho contacto entre ambas facetas es evidente pues no puede existir un consentimiento válido si el médico ha fallado en su deber de información; de manera que aquel funciona como la contracara o el anverso de éste. Por lo tanto, el consentimiento informado tendría el efecto de quitar antijuricidad al acto médico, y en tal virtud se ha dicho que constituye un requisito insoslayable de toda intervención que encare el profesional. El sustento de esta afirmación reside en el derecho que asiste a todo sujeto*

a decidir sobre el porvenir de su entidad psicofísica". Agregando a continuación que *"ya que es el paciente quien debe sufrir las consecuencias, un principio de esclarecimiento es fundamental. Por ello, se requiere que aquel pueda conocer cuáles son los riesgos de la intervención que se le propone, y cuáles son las alternativas posibles. De lo que se trata es que éste pueda participar inteligentemente en la toma de una decisión. En suma, es la autonomía de la voluntad la que está en juego; que es la que asegura al enfermo el derecho a la autodeterminación cuando deba tomarse una decisión médica a su respecto; esto es, decidir si quiere o no someterse a lo indicado por los profesionales"* (voto del Dr. Mizrahi en "L. C. A. vs. R. P. F. y otros s. Daños y perjuicios" - 23/05/2007 - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala B - RC J 9018/07).----------

---Hechas estas necesarias aclaraciones, considero importante precisar los alcances del deber de información que pesaba sobre los médicos con anterioridad a la sanción de la Ley de Derechos del Paciente en el año 2009.----------El derecho a ser informado y su consecuencia práctica que es la doctrina del consentimiento informado, aún antes de la sanción de la Ley de Derechos del Paciente, tuvieron su base en la propia Constitución Nacional que brinda un marco al destacar los valores de libertad, salud, vida, integridad física, etc. Ya sea de manera directa o por la incorporación de las principales Convenciones de Derechos Humanos en el año 1994.----El CI es, en realidad, una "regla práctica", una manera de instrumentar algo que tiene infinitamente más importancia que el formulario de CI en sí mismo. Esta regla práctica debe enlazarse con la "autonomía de la voluntad" (como principio ético) y la "libertad" como uno de los valores fundamentales (junto con la vida, la identidad, la integridad, la salud y el bienestar). Estos tres aspectos se conjugan en la "dignidad" como valor esencial. ----------

----Entonces, no resulta admisible escudarse en la falta de obligatoriedad de instrumentar el CI por escrito para violar valores esenciales como la libertad y dignidad o bien para dejar de lado el principio ético de la autonomía de la voluntad. ----------

----Estos valores, en especial la dignidad y su respeto, tienen rango constitucional desde 1994 puesto que es reconocida por todas las convenciones internacionales con jerarquía constitucional y la libertad y la salud se encuentran claramente protegidas por la Constitución de la Provincia del Chubut (Preámbulo y artículos 4, 6 y 18).----------

----El concepto de dignidad está en el centro mismo de los Derechos Humanos. La dignidad intrínseca es invocada en todas y cada una de las declaraciones universales entre las que cabe citar por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos que ya en su Preámbulo establece: *"Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos…"*. Y *"Todos los seres hombres nacen iguales en*

dignidad y derechos" –afirma categóricamente el Preámbulo de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre y el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos–. ----------

----Por otra parte, autonomía y dignidad son tan cercanas que en muchos sentidos pudieran verse como equivalentes (VALENZUELA, Juliana González, "Dignidad Humana", publicado en el Diccionario Latinoamericano de Bioética / dir. Juan Carlos Tealdi – Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008, p. 278).----------

----Y es así que la doctrina del consentimiento informado, tan desarrollada en el contexto anglosajón, es una prolongación natural del debido respeto a la autonomía de cada individuo (VAZQUEZ, Rodolfo, "Ponderación de Principios Éticos" en Diccionario Latinoamericano de Bioética / dir. Juan Carlos Tealdi – Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008, p. 172).----------

----Haciendo un correcto análisis del consentimiento en la atención clínica, sostuvo el brasilero José Eduardo de Siqueira que larga vida tuvo el paternalismo médico, siempre orientado por el principio de que el enfermo carecía de autonomía y era incapaz de tomar decisiones, siendo su única obligación moral, la obediencia. Delante del poder de decisión del médico, le correspondía al enfermo solo el deber de acatar las orientaciones del profesional. Es de la mitad del siglo XV, el siguiente texto atribuido a Santo Antonio de Florencia: "*Si un hombre enfermo recusa las medicinas recetadas por un médico, llamado por él o su familia, puede ser tratado contra su propia voluntad, del mismo modo que un hombre puede ser retirado contra su voluntad de una casa que está por tumbar*". Al comienzo del siglo XIX Thomas Percival así se refiere a los derechos del paciente: "*Cuando un paciente hace preguntas que contestadas sinceramente pueden resultar en desventuras, sería un grave error revelarle la verdad. Su derecho a la verdad es dudoso o mismo nulo*". El primer código de ética de la modernidad producido en la mitad del siglo XIX, por la Asociación Médica Norteamericana, recibe una gran influencia de la obra de Thomas Percival y trae en su artículo 1º el siguiente postulado: "*El médico debe tratar con atención, constancia y humanidad todos los casos a su cargo (...) A la imbecilidad y a los caprichos de los pacientes debe conceder una disculpa razonable (...)*". El vínculo de la relación médicopaciente se asemejaba al de una familia, adjudicándose al médico la figura del padre y al enfermo el papel de hijo. Este modelo asimétrico de relación duró hasta comienzos del siglo XX, cuando pacientes norteamericanos pasaron a enjuiciar a médicos que omitían informaciones, impidiéndolos de tomar decisiones autónomas. La historia pasa a acumular sentencias judiciales penalizando a médicos que no respetaban las decisiones de sus pacientes. Una sentencia paradigmática fue la emitida por el Juez Benjamín Cardozo en el caso *Schloendorf versus* Society of New York Hospital en 1914: "*Todo ser humano de edad adulta y juicio sano tiene el derecho de determinar lo que*

debe hacerse con su propio cuerpo y un cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento de su paciente comete una agresión por la que se le pueden reclamar legalmente daños" (de SIQUEIRA, José Eduardo, "Consentimiento en atención clínica" en Diccionario Latinoamericano de Bioética / dir. Juan Carlos Tealdi – Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008, p. 221).----------

---Continuó diciendo el profesor brasilero que a la vista de esta nueva realidad, los códigos de ética profesional pasan a reconocer al paciente como persona capaz de asumir decisiones autónomas y retiran de la categoría médica el poder de depositaria de la salud pública y, como consecuencia, el tradicional paternalismo médico pierde sustentación. En el año 1973 se edita el *Código de Derechos del Paciente de la Asociación Norteamericana de Hospitales*, el cual dispone que "*el paciente tiene derecho de recibir de su médico las informaciones necesarias para acceder su consentimiento, antes de iniciarse cualquier procedimiento y/o tratamiento médico*". Todos los códigos de ética pasaron a incorporar este nuevo mandato. El clásico paternalismo hipocrático sale de escena y la sociedad pasa a debatir los límites sensatos del ejercicio de la autonomía por parte de los pacientes para la toma de decisiones. Se abandona así la relación radicalmente asimétrica y vertical médicopaciente y se construye, aunque tímidamente, un nuevo pacto de relación, más horizontal y simétrico (de SIQUEIRA, José Eduardo, op. cit., p. 222). ----------Continuando con su meduloso estudio José Eduardo de Siqueira sostiene que el consentimiento informado en atención clínica es siempre dinámico y se fundamenta en el imperativo de máximo respeto a la dignidad del ser humano enfermo… El profesional de la salud precisa reconocer que el consentimiento pleno ofrecido por el paciente, para cualquier procedimiento, solo podrá efectuarse después de que él haya sido suficientemente informado y haya comprendido todas las variables necesarias para tal decisión y, por tanto, depende por completo de la iniciativa y dedicación del médico. La relación médico-paciente necesariamente será dinámica, interactiva y conducida por un diálogo respetuoso, siempre considerando que el papel central en la toma de decisiones finales pertenece al paciente (de SIQUEIRA, José Eduardo, op. cit., p. 223). ----------Por todo lo antes expuesto y si bien no era necesaria la forma escrita para obtener un CI válido con anterioridad a la sanción de la Ley de Derechos del Paciente –como señala el apelante–, eso no significa que el deber de información no existiera. Y es así que, negada la información por parte del actor y siendo un deber del médico brindarla, corresponde al médico demandado probar que brindó adecuada y suficiente información (art. 381 del CPCC).----------

----------Tiene razón el apelante –aunque resulte irrelevante– en sus argumentaciones en torno a la aplicación en el grado de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Esta doctrina no resulta de aplicación en el caso del CI y, como vimos, tampoco resulta relevante. Se llega a idéntica solución aplicando la tradicional

doctrina sobre carga de la prueba prevista en nuestro ordenamiento procesal.----------
----------Entiendo suficientes estos motivos para rechazar el primer agravio del Dr. S.. ----Se agravia en segundo término porque la jueza de grado consideró que la falta de CI tiene efectos automáticos y, para fundarlo, recurre a una sentencia de esta Sala, la SDC 18/2015, en la que con primer voto del Dr. López Mesa y segundo voto de mi autoría, sostuvimos que la falta de información al paciente no tiene efectos automáticos ni implica relación causal con el daño experimentado. Esta afirmación es correcta pero inaplicable en la presente causa por ser la situación de hecho diametralmente opuesta.----En aquella causa había un consentimiento informado que reunía los requisitos necesarios para ser considerado tal. En esta causa, tal como se estableciera al tratar el agravio anterior, estamos en una situación de "inexistencia" de CI puesto que el formulario en blanco acompañado no puede ser considerado CI.--------
----------Además, en la causa que diera origen a la SDC 18/2015 y de acuerdo a la pericia médica realizada, la intervención quirúrgica era la única alternativa frente al grave cuadro que padecía el actor. En esta causa, de acuerdo a la pericia médica realizada, actor contaba respecto de la lesión del dedo 5to. con "varias técnicas quirúrgicas propuestas por distintos autores" y con relación al Hallux Valgus (juanete) con "más de un centenar de técnicas quirúrgicas puras o combinadas" (conf. Pericia médica obrante
a rfs. 405/408vta). ----------
---Estos dos motivos alcanzarían para dejar de lado la doctrina de esta Sala invocada en el agravio. Sin perjuicio de ello, no puedo dejar de advertir que, palabras más, palabras menos, lo antes dicho conforma toda la argumentación efectuada por el Dr. S. al contestar demanda en cuanto al CI obrante en autos. Nada dijo respecto de la relación causal entre la falta de CI y el daño producido en aquella oportunidad razón por la cual toda la argumentación desplegada en el segundo agravio fue introducida en esta instancia en franca violación al art. 280 del CPCC. ----------El apelante intenta cambiar el enfoque de su defensa en el momento de expresar agravios lo cual resulta inadmisible. Esta circunstancia me impide expedirme respecto de la existencia o no de relación causal entre la falta de CI y el daño producido simplemente por haber sido introducido en esta instancia y no haber tenido, en consecuencia, el juez de grado ocasión de tratarlo (art. 274 y 280 CPCC). ----------El principio de congruencia rige tanto para la primera instancia como para la segunda y *"está destinado a conducir el pleito en términos de razonable equilibrio dentro de la bilateralidad del contradictorio, importa que la sentencia se muestre atenta a la pretensión jurídica que forma el contenido de la disputa y resulta violado cuando el fallo valora y decide sobre circunstancias ajenas a la forma en que ha sido planteado el reclamo"*. (SCJBA – "Manes, Roberto Pedro y otro vs. Instituto Deportivo Mar del Plata S.A. y otros s. Daños y perjuicios" - 05/04/2000 - RC J 297/06).----------Este codemandado

sostiene que fue el actor quien omitió invocar la relación causal existente entre la falta de CI y el daño en su demanda y que por ese motivo se vio privado de defensa. Yo entiendo que la situación es la inversa. El actor describió detalladamente en su demanda la violación a los deberes del médico, en especial la violación al deber de información. El demandado tuvo la oportunidad al contestar demanda de afirmar, como lo hace ahora, que no mediaba relación causal entre ambas circunstancias pero no lo hizo. De esta manera, probada la falta de información y el daño no puedo tratar en esta instancia la existencia o no de relación causal puesto que no fue así planteada la cuestión en el grado. ----------Es más, creo que del propio texto del agravio surge la sinrazón del apelante que dice: "…NO se ha demostrado, que la falta de información suficiente o incluso falta de consentimiento (que no ha existido) tuviera relación causal con algún daño reclamado, pues la propia sentencia concluye en que el daño que se detalló en la demanda, no ha sido consecuencia de la acción del cirujano sino una complicación propia de toda práctica quirúrgica para la solución del defecto físico; ergo, se atribuyó responsabilidad automática al galeno que represento".----------Reconoce a continuación el apelante que una información apropiada exige no sólo una exposición detallada del tratamiento y sus posibles complicaciones sino también de las técnicas alternativas y sus ventajas y desventajas. Y finaliza asegurando que no hay ningún elemento que permita considerar que una correcta información le hubiese evitado al actor el daño y que la información le fue brindada al actor en forma verbal.-------Y es aquí donde radica, en mi opinión, el meollo de la cuestión. La jueza afirmó en su sentencia que el daño no fue causado por la acción del cirujano sino que fue producido por una complicación propia de toda práctica quirúrgica para la solución del defecto físico. Entonces, resultaba de vital importancia para el paciente conocer no sólo los riesgos de la intervención quirúrgica a la que sería sometido sino también las alternativas que tenía disponibles. Esto le hubiera permitido optar o, al menos, someterse a la intervención quirúrgica debida y adecuadamente informado, cosa que no
ocurrió en la presente.----------Dije en la SDC 18/2015 (invocada en los agravios) que en esta clase de pleitos en que se debaten cuestiones ajenas al ordinario conocimiento de los jueces, la pericia médica adquiere singular trascendencia de modo que tanto los hechos comprobados por los expertos, como sus conclusiones, deben ser aceptados por el sentenciante salvo que se demuestre la falta de opinión fundante o de objetividad, para lo cual quien impugna debe acompañar la prueba del caso, pues al respecto ni el puro disenso, ni la opinión meramente subjetiva del impugnante podrían ser razonablemente atendibles para poner en tela de juicio la eficacia del dictamen (Mary de Aranda, Marta Serafina vs. Estado Nacional y otro s. Daños y perjuicios - 15/03/2011 Cámara Nacional de

Apelaciones en lo Civil Sala A - Rubinzal Online - RC J 6077/11).----------
---Y el perito, a diferencia de lo ocurrido en la causa que diera origen a la SDC 18/2015, sostuvo que eran muchas las alternativas terapéuticas con las que contaba el actor. Esta diferencia de suma importancia hace que la doctrina que emana de dicha causa no resulte aplicable a la presente como dije antes.----------Por estos motivos entiendo que este agravio tampoco puede prosperar.----------
Cuestiona el apelante en su tercer agravio el monto otorgado al actor en concepto de daño moral y para hacerlo sostiene que lo que debe indemnizarse es la “pérdida de la chance” por no haber podido optar por una alternativa diferente a la elegida por el médico tratante y cita doctrina y jurisprudencia en torno a esta postura. ----------
Nuevamente me encuentro con un tópico introducido tardíamente en la litis por el apelante en ocasión de expresar agravios. Cuando contestó demanda se limitó a decir que el monto reclamado por daño moral era excesivo pero nada dijo respecto de la “pérdida de la chance”. Toda la discusión en la primera instancia giró en torno a la procedencia o no del rubro y, en todo caso, a su monto. ----------
---Y en cuanto al monto otorgado en el grado por este concepto entiendo yo también que resulta adecuado y debidamente justificado en los padecimientos sufridos por el actor. No debo perder de vista que este rubro se otorga a valores actuales, es decir, al momento del dictado de la sentencia y que, consecuentemente, la suma de $90.000 resulta correcta y no luce como excesiva como sostiene la apelante.----------Por estas razones entiendo yo también que el agravio debe rechazarse. ----------El primer agravio expresado por S. M. SA se encuentra francamente desierto. Denuncia arbitrariedad en la sentencia pero no brinda razones objetivas para dar sustento a su afirmación. Entiendo que los breves desarrollos efectuados, además no contener crítica concreta y razonada, no alcanzan para conmover la sentencia. ----------En cuanto al segundo agravio expresado por la codemandada S. M. SA, cabe destacar que no dedicó una sola línea en su contestación de demanda al tema del CI. La única referencia que hace es en las negativas cuando dice “niego que no se haya cumplido con el deber de información al paciente” (rf. 166vta), además de negar, de manera genérica, la autenticidad de la documentación acompañada por la actora. Es esta toda la referencia que se encuentra en esta pieza procesal relativa al deber de
información o al CI.----------
----Ya en esta instancia, S. M. SA en sus agravios dice textualmente: “Fundar la sentencia en base a una presunta falta de consentimiento informado, con la única acreditación de una fotocopia aportada por la actora y negada expresamente por esta parte demandada, no podrá ser tolerado en modo alguno, so pena de incurrir en una clara y manifiesta arbitrariedad. La actora ha omitido acreditar este extremo que alegara para agraviarse por una falta de información, por lo que su inacción no podrá ser suplida en esta instancia”.----------

----Se agravia la aseguradora porque la jueza de grado fundó su sentencia en el formulario de CI firmado en blanco obrante a fs. 21 que fuera expresamente desconocido por ella al contestar demanda. Sin embargo, el codemandado S. tanto al contestar demanda como al expresar agravios reconoce de manera expresa que ese CI fue firmado en blanco. Es cierto que relativiza esta afirmación diciendo que “únicamente falta el nombre del paciente, el nombre del profesional, la denominación de la intervención quirúrgica y la probabilidad de temporaneidad en el alta médica” y que, en rigor, el médico cumplió con su deber de información en forma verbal, pero la realidad es que reconoce que el documento obrante a fs. 21 es el que firmó el actor antes de someterse a la intervención quirúrgica.----------Siguiendo el razonamiento de la aseguradora que se agravia porque la sentenciante dio validez a un documento desconocido cabe preguntarse qué ocurriría si le diéramos la razón y sostuviéramos –como hace la apelante– que el actor tenía la carga de la prueba de la autenticidad de ese documento y que, no habiéndola cumplido, ese documento no puede ser considerado para dictar sentencia. El resultado sería exactamente el mismo (o peor) para la aseguradora puesto que si le damos la razón y borramos del expediente ese documento, el resultado es que dejamos de tener un CI firmado en blanco y nos quedamos directamente sin CI. No parece ser éste el resultado buscado por el apelante.----------

----Más allá de las evidentes diferencias en las posturas de las dos demandadas que apelaron la sentencia en cuanto a la existencia y alcance del CI, y dado que el médico demandado reconoció de manera expresa que el CI fue firmado en blanco (entendiendo por firma en blanco la existencia dentro del documento de líneas de puntos que se encuentran sin completar) debo considerar que el documento es auténtico y que fue firmado en blanco.----------

----Por lo expuesto en realidad y al final del camino llegamos al mismo resultado ya sea considerando que el CI se firmó en blanco como considerando que, desconocido por la codemandada, el actor debía probar su autenticidad y no lo hizo. ----------

----Más allá de todo lo antes expuesto, advierto que gran parte de las alegaciones de la co-demandada son introducidas en esta instancia. Es por ello que, por imperio de los arts. 274 y 280 del CPCC, no puedo ingresar en su tratamiento porque, si lo hiciera, violaría el principio de congruencia. ----------

----Se equivoca la apelante S. M. SA en su agravio respecto del daño moral puesto que parte de un error en el enfoque. Dice textualmente: “constituye un agravio para esta parte que la señora jueza reconozca por daño a la totalidad del rubro daño moral que solicitara el actor, esto es $ 90.000, cuando tal rubro fue solicitado ante la existencia de una presunta mala praxis que nunca ocurrió”.----------Sostuvo la sentenciante que descartaba la existencia de mala praxis pero que, habiendo mediado falta de información, procedía la indemnización por daño moral en

virtud de dicha falta.----------

----El actor en su demanda no reclamó el daño moral por la mala praxis del médico sino por los padecimientos sufridos. El actor sostuvo que fue víctima de mala praxis (cuestión descartada en el grado y que arribó firme a esta instancia) y que también incurrió el médico tratante en omisión en su deber de informar. Después de plantear esta situación de hecho procedió el actor en su demanda a reclamar los rubros indemnizatorios que consideraba que le eran adeudados. ----------Entonces, ni el actor en su demanda ni la jueza en su sentencia vincularon el resarcimiento por el daño moral sufrido a la existencia de mala praxis razón por la cual el planteo es erróneo y debe descartarse. ----------Resulta esclarecedora una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza que, con voto del Dr. Fernando Romano al que adhirieron los Dres. Kemelmajer de Carlucci y Pérez Hualde, en este sentido sostuvo: *"Aún cuando el profesional médico no hubiese incurrido en negligencia o torpeza, puede igualmente generarse responsabilidad por daños, si el profesional de la salud actúa sin el consentimiento informado. Desde esta óptica, el concepto de mala praxis médica incluye no sólo la negligencia o la torpeza en la realización del tratamiento o práctica, sino también en realizarla sin anticipar al paciente datos suficientes para que éste pueda prestar su consentimiento informado. En consecuencia, el consentimiento informado constituye un presupuesto y elemento integrante de la lex artis para llevar a cabo la actividad médica, el que consiste en solicitársele el consentimiento para un acto determinado, individualizado, justificado por determinada patología que se le informa: debe tener límites, precisiones, no puede ser genérico o vago ni hallarse el documento en blanco al momento de la firma del paciente y debe ser actual, es decir, debe ser dado antes y permanecer por la íntegra duración del tratamiento, pudiendo ser revocado en cualquier momento"* (R. de S. S. y otro s. Recurso de inconstitucionalidad y casación en: R. de S. S. vs. J. C. C. y otro s. Daños y perjuicios - 31/03/2008 - Suprema Corte de Justicia de Mendoza - Fuente: Sumarios Oficiales Poder Judicial de Mendoza - Cita: RC J
21356/09). ----------

---Además de lo antes expuesto, el resto del agravio no puede atenderse en virtud de lo dispuesto por el art. 280 del CPCC. Es que, también este apelante, introduce en esta instancia la cuestión de la indemnización por "pérdida de la chance" de modo que, por idénticas razones a las expuestas al tratar el agravio del Dr. S., no puede ser tratado por esta alzada sin violar el principio de congruencia.----------

Finalmente, y en cuanto al agravio relativo al art. 505 del Código Civil (hoy 730 del CCC), adelanto que no asiste razón a la apelante en su planteo. ----------Ya ha tenido ocasión de expedirse la Sala que integro en idéntico sentido al de la sentencia de grado (SIE 32/2011 y SIE 1/2012 entre otras). La norma cuya aplicación pretende el recurrente no implica una limitación al monto de los honorarios a regular judicialmente,

sino que alude exclusivamente al alcance de la responsabilidad por costas.----------
---

----Y no se trata, como equivocadamente sostiene la apelante, de dar mayor jerarquía a la Ley de Aranceles por sobre el Código Civil. La Ley de Aranceles es plenamente aplicable y los honorarios deber regularse siguiendo sus pautas. El art. 505 del CC (hoy 730 del CCC) deberá ser invocado oportunamente por la parte condenada en costas en etapa de ejecución de sentencia a fin de limitar su responsabilidad. La norma no modifica la imposición de costas, sino que establece un tope a la extensión de la responsabilidad del vencido. Ello significa que los jueces deben determinar los honorarios profesionales de acuerdo a la ley arancelaria local, y que el deudor responderá hasta el límite del 25% previsto en la ley de fondo.----------En este sentido se expidió la CSJN en un caso en que fuera planteada por parte del abogado de la parte actora la inconstitucionalidad del art. 277 de la Ley de Contrato de Trabajo (similar al 505 del CC) diciendo: *“cabe señalar que el art. 277, último párrafo, de la L.C.T., al igual que el art. 505, último párrafo, del Código Civil (resultantes ambos de la ley 24.432), no contienen ninguna limitación con respecto al monto de los honorarios a regular judicialmente, sino que aluden exclusivamente al alcance de la responsabilidad por las costas (conf. causa B.1255.XXXVI. "Brambilla, Miguel Ángel s/ regulación de honorarios",* resuelta el día de la fecha)”, agregando luego que *“en tanto la norma tachada de inconstitucional sólo limita la responsabilidad del condenado en costas por los honorarios devengados mas no respecto de la cuantificación de éstos, no cabe vedarle al beneficiario de la regulación la posibilidad de reclamarle a su patrocinado el excedente de su crédito por sobre el límite porcentual establecido en la ley. Lo contrario importaría consagrar -con relación a este excedente- una obligación sin sujeto pasivo alguno, lo que equivale al desconocimiento del derecho creditorio y, en la práctica, a una efectiva reducción de los emolumentos profesionales, resultado ajeno al propósito del precepto sub examen”* (Villalba, Matías Valentín vs. Pimentel, José y otros s. Accidente - Ley 9688 - 27/05/2009 - Corte Suprema de Justicia de la Nación - RC J
13543/10). ----------

----Por lo expuesto el planteo de la demandada es, en esta etapa, extemporáneo por prematuro razón por la cual su agravio debe rechazarse. ----------
-

----El Dr. S. se agravia porque la jueza de la instancia anterior impuso la totalidad de las costas a la demandada cuando, en realidad, el actor resultó vencido en gran
parte de su reclamo. ----------

---En este punto entiendo, coincidiendo de este modo mi opinión con la del Dr. López Mesa, que asiste razón a la apelante en su planteo. Efectivamente, mediaron vencimientos parciales y mutuos en la instancia de grado que imponen la distribución parcial de las costas conforme lo dispone el art. 72 del CPCC.----------

---Considero entonces que en virtud de la norma citada y mediando en la presente vencimientos parciales y mutuos las costas deben distribuirse en proporción a los respectivos vencimientos. Sin embargo, ello no implica la exacta correspondencia aritmética, sino una razonable comparación conceptual. En esta materia no debe prevalecer un criterio aritmético sino jurídico, atendiendo a la índole de las pretensiones de las partes y a los rubros que resultaron procedentes, como así también los fundamentos que tienen los planteos ofensivos y defensivos de las partes. Es por ello que yo también entiendo que resulta atinado imponerlas en un 70% a la demanda y en el 30% restante a la actora.----------

----La conclusión: Por lo expuesto, acompaño al Magistrado preopinante en su propuesta de confirmar en lo principal la sentencia apelada modificándola únicamente en cuanto a la distribución de las costas generadas en la primera instancia que serán impuestas en un 70% a la demandada y en el 30% restante a la actora. ----------En cuanto a las costas de alzada, mediando también en esta instancia (aunque en menor proporción) vencimientos parciales y mutuos entiendo que las costas deberán imponerse en un 90% a la demandada y en el 10% restante al actor (art. 72 CPCC).--------Con relación a los honorarios encuentro ajustados al resultado del pleito los propuestos por el Dr. López Mesa considerando la extensión, mérito, calidad y resultado de las tareas cumplidas en esta instancia razón por la cual votaré en idéntico sentido

(arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46, Ley XIII N° 4).----------

---Por ello, a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.----------

--**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara, Doctor Marcelo López Mesa, expresó:----------

----En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propongo seguidamente: ----------

---1) CONFIRMAR el decisorio impugnado en lo principal, modificándose solo lo relativo a la imposición de las costas de grado, las que se distribuyen en un 70% para la accionada y citada en garantía y el 30% remanente al actor.----------

---2) IMPONER las costas de alzada, distribuyéndolas en un 90% para la accionada y citada en garantía y el 10% remanente al actor. ----------

---3) REGULAR los honorarios de alzada correspondientes a los Dres. R. L. y D. G. F., abogados apoderados del Dr. S. y de S. M. SA, respectivamente, en el 25% de los honorarios que se les regularan como estipendios de grado, los Dres. F. M. y G. T. C., abogados de la actora, en el 28% de los honorarios que se les regularan como estipendios de grado.----------4) REGISTRESE Y NOTIFIQUESE.----------

----------Tal mi voto.----------

----------**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Spoturno expresó: ----------La resolución que corresponde dictar es la propuesta por el Dr. López Mesa fiel

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO

reflejo del acuerdo alcanzado. ----------
---ASÍ LO VOTO. ----------
--Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 8 Ley V - Nº 17). ----------
---Trelew, de agosto de 2016.----------
--En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------
---------- **S E N T E N C I A**: ----------
CONFIRMAR el decisorio impugnado en lo principal, modificándose solo lo relativo a la imposición de las costas de grado, las que se distribuyen en un 70% para la accionada y citada en garantía y el 30% remanente al actor.----------
IMPONER las costas de alzada, distribuyéndolas en un 90% para la accionada y citada en garantía y el 10% remanente al actor. ----------
REGULAR los honorarios de alzada correspondientes a los Dres. R. L. y D. G. F., abogados apoderados del Dr. S. y de S. M. SA, respectivamente, en el 25% de los honorarios que se les regularan como estipendios de grado, los Dres. F. M. y G. T. C., abogados de la actora, en el 28% de los honorarios que se les regularan como estipendios de grado.----------Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------
---

MARCELO J. LOPEZ MESA
JUEZ DE CAMARA

NATALIA I. SPOTURNO
PRESIDENTE

----**REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2016 – SDC. – CONSTE.** ----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO