

Ac. y Sent. 136 del 03/12/2013

Scolari, M. c/ Médico F., C. y otra s/ Inaplicabilidad de cláusula contractual e indemnización de daños y perjuicios.

El Abog. E.L.G., en representación de la firma “Asismed San Roque” y la Abog. R.D.M.M.C., representante convencional del Sr. Médico C.F., interpusieron recursos de apelación y nulidad a fs. 1578 y 1586 respectivamente, contra la Aclaratoria del fallo principal, la S.D. N° 218 de fecha 17 de abril de 2013, dictado por el mismo Juez de la causa, que resolvió: “... *Hacer lugar, parcialmente al recurso de aclaratoria interpuesto por el Abg. E.J.R., y en consecuencia dejar establecido en el considerando de la SD N° 182 de fecha 4 de abril de 2003 que el monto total de la condena es la suma de Gs. 717.826.296, el momento en que empieza a computarse los intereses es mes de mayo de 2003. Como segundo punto del resuelve hacer lugar a la demanda indemnización de daños y perjuicios promovida por M.B. Scolari G. contra C.A.F.R., así como por inaplicabilidad de cláusula contractual e indemnización de daños y perjuicios deducida en autos contra “Asismed San Roque” S.A. y, en consecuencia, declarar inaplicable la cláusula séptima del contrato de seguro de cobertura médica celebrado entre Yannyne Elena Peyrat Scolari y “Asismed San Roque” S.A. y condenar a los nombrados demandados en forma solidaria a que, en el plazo de diez días de ejecutoriada esta sentencia; abone a la actora la cantidad de (Gs. 717.826.296.-) Setecientos diez y siete millones ochocientos veintiséis mil doscientos noventa y seis, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, con sus intereses legales, calculados desde el mes de mayo al 2003; no hacer lugar, al recurso de aclaratoria en lo referente a establecer el porcentaje de intereses”.*

1ª) ¿Son nulas la sentencias apeladas?

2ª) En caso contrario, ¿se dictaron conforme a derecho?

1ª cuestión: El Dr. Gómez Frutos dijo: Los co-demandados, dada la condición de liliconsortes de carácter pasivo, sostienen que el pronunciamiento en análisis debe ser anulado.

La firma Asismed San Roque S.A., asevera que la sentencia recurrida viola el principio de congruencia, al haber el a quo modificado la naturaleza de la pretensión contenida en la demanda en dos aspectos. Primero, al admitirse una responsabilidad contractual refleja que le habría dejado en indefensión por no haber podido refutarla al no haber sido planteada por la actora en el escrito promocional, pues en dicho estadio se fundó la demanda en el art. 1842 del CC. Asimismo, al condenar a la parte demandada al pago de una indemnización en concepto de pérdida de chance, cuando que la demanda hizo referencia al lucro cesante. Segundo por considerar que no ha quedado íntegramente trabada la litis, ya que la acción, fundada en el contrato no ha sido promovida por quien lo celebró, sino por una tercera persona, beneficiaria del mismo.

El análisis del primero de dichos cuestionamientos lleva, sin embargo, a una conclusión distinta. Ello es así, porque al examinar el escrito inicial de la demanda se advierte que la misma ha sido fundada en el contrato celebrado entre Asismed San Roque S.A. y Yannyne Peyrat Scolari, en el que ha sido incluida la actora como beneficiaria de las prestaciones a que se obligara la primera nominada. El contrato se halla agregado a fs. 3 y vlto. e incluso se ha demandado, admitiéndose en la sentencia en alzada la inaplicabilidad de una de sus cláusulas, más puntualmente la que establecía la no asunción de responsabilidad alguna de Asismed San Roque S.A. por negligencia, imprudencia o impericia médica por parte del facultativo o de sus asistentes o de los profesionales de las instituciones prestadoras en su atención a los pacientes beneficiarios. En esas condiciones, no resulta admisible que la demanda haya hecho referencia a una responsabilidad extracontractual y que la sentencia se pronunció sobre una responsabilidad contractual pues, desde el inicio y a todo lo largo del proceso, se debatió respecto a Asismed San Roque S.A., sobre las derivaciones del contrato antes referido; incluso la defensa de falta de acción se funda en el contrato. Por consiguiente no existe la pretendida incongruencia.

En lo que concierne a la indemnización por pérdida de chance, respecto de la cual la recurrente dice no haber sido demandada resulta de las constancias de autos que la parte actora demandó el pago de una

indemnización vinculada con lo que ha dejado de ingresar su peculio o percibir en el ejercicio de su actividad lucrativa que desempeñara en calidad de empresaria gastronómica. Es decir, no cabe duda que la accionante reclamó una suma de dinero en compensación por lo que ha dejado de percibir como consecuencia de los efectos irregulares del tratamiento médico a cargo del Dr. C. A. F. que le impidió seguir ejerciendo y explotando lo que constituía su medio de vida. En esas condiciones, sabido es que a las partes compete la determinación de los hechos, pudiendo calificar erróneamente la pretensión desde el punto de vista de su tipificación jurídica. En efecto, es el órgano jurisdiccional el que, en aplicación del principio *iura novit curiae*, tiene la función de direccionar jurídicamente la pretensión. Es decir, las partes pueden incurrir en errores o desaciertos en la calificación del reclamo desde el punto de vista de su nominación quedando a cargo del magistrado canalizar la cuestión en los márgenes jurídicos correspondientes. Lo que no puede el Juez es pronunciarse sobre una pretensión inexistente, pues la sentencia sería *extra petita*; pero basta que la pretensión exista a cualquier título o nominación, para que deba ser materia de consideración y decisión. Por todo ello, ante la evidencia de que la demanda incluyó y reclamó la compensación señalada, aunque lo haya hecho en concepto de lucro cesante, la circunstancia de que el inferior se haya pronunciado sobre ella aunque a título de pérdida de chance, no constituye causal de nulidad de la sentencia pues ella, de tal modo, no sale de los márgenes del *thema decidendum*. El pronunciamiento se adecúa al art. 15, d) del CPC dado que se pronuncia sobre algo que ha sido objeto de petición, aunque no haya coincidencia sobre la identificación jurídica de ella, identificación esa que compete al Juez. En efecto, lo que no es dable al Juez es introducir hechos, empero la conclusión que obtenga de los adecuadamente propuestos es lo que adquiere validez. El *nomem iuris* incluido en el *petitium* no compromete el decisorio, circunstancia esta que ya habían enunciado los maestros romanos cuando sentenciaban *mihi factum daba tibi ius*, o sea *dadme los hechos que yo os daré el derecho*.

Sobre la falta de integración adecuada de la litis, que también es apuntada por Asismed San Roque S.A. en calidad de eventual vicio de la sentencia, la cuestión se halla estrechamente vinculada con la excepción de falta de acción por ausencia de legitimación activa, la cual fuera deducida por aquella. Consecuentemente, será materia de pronunciamiento al ser abordada la *exceptio sine actione agit*, dado que lo que ahí se concluya se proyectará a la pretensión de nulidad.

La representación del Dr. C. A. F., por su parte, también reclama la anulación del fallo que nos ocupa. Expresa, en fundamento de ella que ha sido puesto en una situación de indefensión, con lo que no se ha cumplido el debido proceso. En dicho contexto, el nulidicente señala que no ha tenido participación en la producción de la prueba pericial médica cumplida en autos, dado que la facultativa forense. Dra. Rafaela Fernández Cattebecke, realizó dicha pericia en forma solitaria y sin posibilidad de control ni coparticipación de un perito propuesto por su parte, haciendo una exposición de carácter meramente subjetivo e insuficiente. El análisis requerido para dilucidar si en verdad media una indefensión en la producción de la referida prueba pericial médica, forzosamente lleva a concluir que no es así. En efecto, la designación de un perito único no ha sido consecuencia del cercenamiento de derecho alguno de la parte recurrente, sino del hecho concreto de que el ofrecimiento realizado por la misma no se ha ajustado a los requerimientos legales, determinando esa circunstancia la no admisión del perito de su parte (fs. 1332 vlto.), inadmisión tal que ha sido confirmada en esta instancia (fs. 1373 vlto.), por lo que mal hoy podría ser proyectada como un elemento nulificante, tal como se pretende. Cualquiera sea el caso no se trata de una cuestión susceptible de ser invocada en esta instancia en el marco del recurso de nulidad, por no ser propio de este, pues sabido cómo es que en nuestro sistema procesal dicho recurso se da solamente “contra las resoluciones dictadas en violación de la forma o solemnidades que prescriben las leyes” (art. 404 CPC) o en los casos de sentencias que ostentan el vicio de la incongruencia. Las cuestiones vinculadas al procedimiento cumplido en la instancia anterior deben ser materia de impugnación en su oportunidad y por la vía pertinente, que no es la del recurso de nulidad. En tal sentido, no es posible ignorar el hecho de que la parte recurrente participó de la prueba pericial proponiendo puntos de pericia. Además, ni el Dr. F. ni Asismed San Roque realizaron ningún cuestionamiento respecto al dictamen pericial médico, no obstante haber tenido la ocasión conferida por el art. 359 del CPC, pues, según consta a fs. 1403 y vlto., 1404, 1405 y 1408 de la nueva foliatura ante el requerimiento del juzgado de que expongan los puntos a ser aclarados, no lo hizo, perdiendo, consecuentemente el derecho a enmendar esa omisión. El cuestionamiento al respecto resulta, pues en esta

instancia, extemporáneo e inadmisibles por aplicación del principio de preclusión procesal que caracteriza nuestro proceso.

Refiere igualmente el recurrente, tal como lo ha hecho la representación convencional de Asismed San Roque S.A., que el pronunciamiento se hallaría viciado de nulidad por la circunstancia de que el inferior conceptuó, no como lucro cesante, sino como pérdida de chance, al reclamo de la indemnización por la pérdida económica que, según la actora, le significó la imposibilidad de seguir cumpliendo con su actividad profesional. Dado que este cuestionamiento ya ha sido materia de consideración en párrafos precedentes, no cabe sino remitirse a lo ahí expuesto para concluir que no constituye causal de nulificación alguna.

Por ende, y así, no media motivo alguno que pueda dar lugar a la declaración de nulidad del fallo en alzada, el cual no sólo cumple todas las formalidades reclamadas para su validez, sino que es el resultado de un prolongado proceso en el que se han cumplido puntillamente todas las etapas procesales, en el que las partes han hecho uso cabal del derecho de defensa. Además, la recurrida reúne todos y cada uno de los elementos legalmente requeridos para su validez, tanto desde el punto de vista formal, para lo cual basta una simple observación, pero también desde el punto de vista intrínseco, dado que una somera lectura lleva a concluir que el magistrado ha hecho referencia a todas y cada una de las cuestiones vinculadas a la causa así como a los medios de prueba aportados que han resultado conducentes a determinar el derecho en conflicto. Corresponde, en consecuencia no hacer lugar al recurso de nulidad. Así voto. Los Dres. Melgarejo Coronel y Martínez Simón manifestaron: Adherirse al voto del conjuer preopinante, por compartir los mismos fundamentos.

2ª cuestión: El Dr. Gómez Frutos dijo: En primer lugar, el representante convencional de la parte actora, Abog. E. J. R., se alza contra la Sentencia recurrida, puntualmente en cuanto al monto indemnizatorio, y expresa sus agravios a fs. 1609/1614. Básicamente, sostiene que el monto otorgado por el Inferior es exiguo, comparado con el lucro cesante o pérdida de chance que su mandante dejó de percibir por el padecimiento sufrido. Agrega otras consideraciones, realiza su propia estimación y finaliza solicitando la confirmación de los puntos a), b), c) y d) de la Sentencia impugnada y la modificación del monto indemnizatorio, conforme a lo expresado en su escrito de agravios. Protesta costas.

Por su parte, el Abog. E. L. G., representante convencional de la firma "Asismed San Roque S.A.", se alza contra ambas resoluciones en estudio, y expresa sus agravios en el escrito de fs. 1624/1651 de autos. En resumen, el apelante refiere: 1) En cuanto a la excepción de falta de acción opuesta por su parte como medio general de defensa y que fuera rechazada en primera instancia, alega que el contrato de cobertura médico sanatorial, fue celebrado entre la parte beneficiaria titular y adherente Jannyne Peyrat Scolan y la firma Asismed San Roque S.A., sin embargo, en dicho contrato se estipuló que sean terceros beneficiarios su madre M. B. Scolari y su hijo, pero ni la madre ni el hijo firmaron el contrato de referencia, por lo tanto, estos últimos jurídicamente no son partes y carecen de derecho para reclamar y no tienen calidad para demandar a su mandante la nulidad de una cláusula contractual; 2) Respecto a la falta de legitimación pasiva sostiene el apelante que bajo ningún concepto se puede llegar a interpretar que en virtud al contrato de cobertura médica, la Empresa de Medicina Pre-paga (ASISMED) es la que presta los servicios médicos o peor aun, la que indica a los profesionales médicos como prestar sus servicios profesionales médicos. En otros términos, expresa que su mandante no puede asumir ni se le puede pretender imputar una suerte de responsabilidad de garantía o seguridad sobre la forma y el contenido de la prestación de los servicios médicos- sanatoriales, y menos aún sobre su resultado; 3) Sobre la supuesta mala praxis atribuida al Dr. C. F. la historia clínica la desmiente categóricamente agravia a su parte el hecho de que a su mandante se le atribuye la responsabilidad solidaria respecto de los daños que dice haber sufrido como consecuencia de la atención médica brindada por el codemandado, Dr. C. F. En efecto, señala el apelante, de la historia clínica de la actora en el Sanatorio San Roque S.A., no se visualiza ni se encuentran elementos que permitan sostener que el Dr. F. tuvo una omisión en la prestación de sus servicios profesionales a la actora; 4) En cuanto al monto fijado en concepto de crédito indemnizatorio, el recurrente peticiona su rechazo, ya que no fue probado que el supuesto daño sufrido por la actora haya sido consecuencia del obrar médico del Dr. C. F., así como su mandante pueda ser responsable por el hecho ajeno; 5) Agrega otras consideraciones, y finaliza solicitando al Tribunal se dicte resolución declarando nulas y/o revocando en todos sus términos las Sentencias impugnadas. A fs. 1615, se presenta el Abog. R. Y., en representación del Dr. C. F., en donde

formula allanamiento al escrito de expresión de agravios presentado por el Abogado de la firma Asimed San Roque S.A., peticionando exoneración de costas Sin embargo, el mismo Abogado presenta su escrito de fundamentación de recursos obrante a fs. 1625/1659 de autos. En lo medular, expresa que su mandante el Dr. C. F. se le ha cercenado el derecho a la prueba, principalmente aquellas que tenían por objeto desvirtuar la verdadera distorsión fáctica en la que se ha sostenido la presente demanda. Seguidamente, el recurrente critica las testificales rendidas en autos, en donde el a quo pretende hallar un presunto nexo de causalidad entre una hipotética mala praxis imputable a su instituyente, como relación a la omisión de hallar una colección infecciosa en la zona operada. En otros párrafos de su escrito de agravios el apelante sostiene que el Dr. F. no es responsable del daño padecido a la parte actora refutando lo expuesto por el Juez de primera instancia en el Considerando de la resolución apelada y concluye solicitando su revocatoria.

A fs. 1618/1623; 1616/1624; 1661/1675 y 1676/1702 respectivamente, obran los escritos de contestación a los traslados que fueron corridos a las partes apelantes, en donde refutan los agravios presentados por cada parte en esta instancia y por providencia de fecha 9 de setiembre de 2013 se llamó “Autos para Resolver”, resolución firme y ejecutoriada. Con el resumen de lo actuado en esta instancia se pasa al estudio de la justicia de lo fallado.

Tanto la parte actora como los demandados se alzan contra dichas sentencias; la primera, en lo que refiere al monto condenado a los segundos; estos últimos, pidiendo la revocatoria in totum, de modo que de ella resulte el rechazo de la acción promovida en autos; respecto al Dr. F. en atención a la inexistencia de culpa medica alegada en su descargo; en cuanto a Asimed San Roque S.A., por la misma razón alegada por el Dr. F. y también por no tener que asumir las consecuencias de los actos médicos cumplidos por los profesionales que integra la lista de prestadores de servicios en el contexto de su organización empresarial de seguros médicos; esto último, como consecuencia de la cláusula séptima del contrato en el que ha aceptado a la demandante como beneficiaria de las prestaciones pactadas, cláusula en cuya virtud promoviera, como medio general de defensa la excepción de falta de acción que resultara desestimada en la anterior instancia. Corresponde, en consecuencia empezar por lo atinente al rechazo de la demanda abordando en primer término lo vinculado con la mala praxis médica para, posteriormente, concluir, en el caso que se compruebe lo primero, si la responsabilidad del galeno determina la de la sociedad aseguradora y finalmente, de no prosperar la pretensión revocatoria examinar si el monto de la condena se halla ajustado a las constancias de autos y a la naturaleza de la cuestión planteada.

En cuanto a la mala praxis, tal como lo ha señalado el a quo la misma se habría concretado en el periodo posterior a la intervención quirúrgica de hernia de disco realizada a la actora por el Dr. C. F. en el Sanatorio San Roque, de esta capital. El mismo considera que la sentencia de fs. 1561/1574 debe ser revocada. Para ello, radica la crítica de la misma en dos puntos fundamentales: esencialmente en la prueba pericial médica cumplida a fs. 1388/1397 de autos y, complementariamente, en las declaraciones rendidas, en calidad de testigos, por los Dres. Carlos Eugenio Codas Acosta (fs. 1038/141) y Mario Antonio Feltes Cáceres (fs. 1206/1298). Debemos hacer notar que todas las fojas mencionadas, así como las que serán citadas en el examen recursivo, corresponden a la nueva foliación.

Respecto de la prueba pericial médica, sostiene, en esencia, que sus fundamentos y conclusiones han sido rebatidos por las declaraciones de los testigos que depusieron tanto a propuesta de su parte como de la codemandada Asimed San Roque S.A. Agrega que dicha prueba fue producida sin la intervención de su parte. Debemos pues empezar por esto último señalando que la validez de la prueba se deriva de la circunstancia de no haber sido cuestionada en su oportunidad; de haber mediado efectivamente una privación del derecho de defensa, debió plantearse la impugnación pertinente, por la vía idónea en la instancia en que se habría producido el vicio; al no mediar tal objeción, la cuestión ha quedado preclusa y, por ende, convalidada. En tal sentido, habiendo quedado firme el interlocutorio por la que se designó perito único, no es posible, hallándose el caso en grado de apelación de la sentencia retrotraerse a lo sucedido en el trámite cumplido en primera instancia pues ello implicaría ignorar un principio procesal básico como es el de preclusión en cuya virtud el proceso avanza por etapas y superada cualquiera de ellas, no puede volverse atrás. En cualquiera de los casos, el análisis de la producción probatoria lleva a concluir que no ha mediado irregularidad en el ofrecimiento de la prueba, como tampoco en su producción. Respecto a las circunstancias que motivaron la designación de un perito único, ya nos expedimos en el marco del recurso

de nulidad como también lo hemos hecho en relación a la participación de la recurrente en el diligenciamiento y agregación de la pericia. Sobre los fundamentos y conclusiones de la pericia, si bien es cierto que ella no obliga al magistrado, que puede apartarse de sus conclusiones, esto sólo es posible cuando concurren en el contexto probatorio elementos de juicio de igual o mayor valor que las rebatan o destruyan. De ahí que el art. 360 del CPC disponga que la fuerza probatoria del dictamen pericial será apreciado teniendo en consideración la competencia de los peritos, la conformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se funden y las demás pruebas y elementos de convicción que la causa contenga. Desde luego, un dictamen pericial, en principio, debe ser rebatido por una opinión igualmente científica que lo contradiga, lo que no concurre en el sub iudice, dado que, como consecuencia del incumplimiento de los requerimientos legales, los peritos propuestos por la parte demandada no fueron admitidos. Por lo demás, del análisis de las demás pruebas y elementos de convicción, no surgen otros elementos de juicio con idéntico o mayor sustento científico que tengan la virtualidad suficiente para dejar de lado la prueba pericial y hacerlos prevalecer sobre aquellas. En efecto, la recurrente alude que sus testigos y los que depusieron a propuesta de Asimed San Roque S.A. contradicen las conclusiones de la pericia médica. Agrega, al respecto, que las declaraciones de sus testigos fueron tomadas en forma fragmentaria para asustar sus respuestas a las pretensiones de la actora y omitiendo las que podrían favorecer los intereses de la demandada para rebatir la prueba pericial. Analizando la participación que tuvieron los referidos testigos en los hechos que la actora reputa dañosos, participación que se deduce de las constancias de la historia clínica y demás documentos médicos incorporados a los autos, resulta que se trata de profesionales que intervinieron en la atención médica de referencia; lo hicieron en calidad de prestadores de servicios de Asimed San Roque S.A., de modo que están desde ese punto de vista, en la misma situación del codemandado C. F., que también prestó sus servicios en idéntica calidad. Veamos, por tanto si los testigos a los que alude la recurrente verdaderamente aportaron elementos que contradigan las conclusiones del dictamen pericial médico. En tal sentido, el Dr. Osvaldo Pangrazio (fs. 764 vlto.), en relación al aspecto médico vinculado con esta causa se limitó a expresar que en la operación practicada a M. Scolari, se siguieron las reglas de asepsia y condiciones quirúrgicas adecuadas para el tipo de intervención a la que fue sometida. Tal afirmación carece de trascendencia para el caso de autos, ya que la imputación que realiza la parte actora no guarda relación con la operación en sí, sino con el postoperatorio. Por su parte, la Dra. Felicia Cañete (fs. 765/768), que había participado del tratamiento de la paciente en calidad de diabetóloga, mencionó que intervino en la segunda internación de la misma la cual se produjo a raíz de la sospecha de un proceso infeccioso y de un cuadro de dolor para su evaluación y tratamiento. Pero tampoco rebate el dictamen pericial: al contrario, lo continúa al aludir a la posible existencia de una infección, debiendo entenderse que era en la zona operada dado que hasta entonces no se ha hecho ninguna referencia a otra posibilidad, debiendo destacarse que finalmente no fue tratada sino de una infección urinaria por lo que también a su respecto debe concluirse que nada dijo que contradiga el dictamen pericial. Por su parte, el Dr. Enrique Courcelles (fs. 760/763), dijo que le atendió a la Sra. Scolari, agregándole analgésicos y señaló que cuando la inspecciono la misma estaba bajo los efectos de un bloqueo espinal que, según aclaró, constituye un tratamiento para los dolores severos; es decir, tampoco nada dice que pueda ir contra las conclusiones de la perito médica. El Dr. Gustavo Olmedo (fs. 1176-1177) señaló que participó del tratamiento de la paciente en calidad de cardiólogo, habiendo sido llamado por unas molestias que tuvo antes del alta correspondiente a la primera internación, molestias que no precisó, señalando que no pudieron obtener un resultado concreto. Se adviene entonces, que tampoco existe controversia entre su declaración y las conclusiones del dictamen pericial. Únicamente el Dr. José Félix Cañete aludió a algo vinculado con el dictamen, tal como es la existencia de la infección, respecto a la cual expreso que no pudo establecer su existencia no obstante que, según la perito, se halla indicada en la resonancia magnética en la que aparecían elementos que debían llevar a tratarla como tal, conclusión esta coincidente con las declaraciones de los Dres. Carlos Eugenio Coda y Mario Antonio Feltes. A este respecto, cabe apuntar que los estudios realizados a los pacientes no integran la historia clínica, de modo que el nombrado declarante solo pudo tener acceso a esta última que refleja la interpretación que el médico tratante hace de los estudios, Pero dicha historia clínica no menciona la infección en la zona operada precisamente por la razón que imputa la parte actora.

Pero independientemente del hecho, de por sí determinante, de que ninguna de esas declaraciones contengan una verdadera contradicción con las conclusiones del dictamen pericial, conforme resulta del análisis precedente, debe agregarse aún que todos esos testigos participaron en una u otra posición o forma del caso médico suscitado con la Sra. Scolari. Es más, lo hicieron como integrantes de Asismed San Roque S.A. Esa sola circunstancia hace que deban apreciarse con cuidado sus declaraciones, pues resulta explicable que tales testigos tiendan a coincidir con las alegaciones del nombrado codemandado dada la coincidencia de intereses en el sentido de disipar toda sospecha sobre la atención médica en la que ellos mismos participaron. Es bien sabido que en materia de testigos la condición de ser imparcial y desinteresado respecto a la cuestión debatida es elemento importante para determinar la eficacia probatoria (Hernando Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial. 2, p. 120, Zavalía Editor, Bs. As. 1972). Y en las condiciones apuntadas, la sana crítica no permite conferir a las referidas declaraciones una trascendencia tal que funjan incluso para privar de efectos a una prueba pericial cumplida por una profesional que cuenta con los conocimientos científicos idóneos en relación al caso planteado con la experiencia propia de su carácter de médico forense, y que, además, ha contado con todos los elementos necesarios para la labor pericial. Todo ello, independientemente de que el ofrecimiento y producción de la prueba se haya ajustado a las formalidades legales. Existen precedentes que apuntalan dicha conclusión, tanto de nuestros tribunales como del exterior, que han declarado: “Sólo la prueba pericial permite al juzgado examinar con cierto rigorismo científico las cuestiones sobre las cuales no tiene conocimiento” (Trib. Ap. Civ. y Com. Asunción, sala 2 (Ac. y Sent. N° 75, 25-07- 1989). “Si bien el Juez tiene plena facultad para apreciar el dictamen de un perito, no puede ejercerla con discrecionalidad, pues para poder apartarse de las conclusiones allegadas por el experto debe tener razones muy fundadas, ya que si bien es cierto que las normas procesales vigentes no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, no lo es menos que cuando el mismo comporta la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del perito -técnicamente, ajena al hombre de derecho-, para desvirtuarla es imprescindible traer elementos de juicio que le permitan concluir eficientemente en el error o en el inadecuado uso que el técnico hubiera hecho de los conocimientos científicos de los que, por su profesión o título habilitante, necesariamente ha de suponérselo dotado” (El Derecho, 18, Repertorio General N° 24, p. 829).

Debe pues concluirse que, atento a las circunstancias que rodean al caso de autos, el medio idóneo para rebatir el dictamen era el de otro dictamen pericial en contra que se funde en elementos de juicio de carácter científico de mayor convicción. Pero esto no ha sucedido por las razones anteriormente expuestas, de modo que no es posible privar de sus efectos ni de su valor probatorio a la prueba pericial médica cumplida en autos en base a las testificales invocadas por la representación del Dr. C. F.

Tampoco resulta suficiente para enervar la sentencia en revisión la crítica realizada en esta instancia en relación a que la misma se fundara únicamente en las declaraciones de los Dres. Carlos Eugenio Codas y Mario Antonio Feltes. Ambos testigos han referido que fueron llamados por la paciente M. Scolari luego de haber sido sometida a una intervención quirúrgica de una hernia de disco en el Sanatorio San Roque, fundamentalmente porque se hallaba padeciendo de dolores muy intensos en la zona operada. Ambos coincidieron igualmente en que tales dolores obedecían a un cuadro infeccioso en dicha zona por lo que le sugirieron que recurra a su médico para el tratamiento respectivo. Es dable advenir por ende qué la sentencia sólo tomó en consideración las declaraciones de dichos médicos en atención a su convergencia con las conclusiones del dictamen pericial; no como elementos de juicio independientes y por sí solos concluyentes. Y esto es así, como debe ser pues la valoración no puede ser estructurada en forma independiente, sino, por el contrario, al hallar coincidencias, evaluarlas en su conjunto, respecto de otras que pudieran restarle valor o eficacia. En síntesis, no median razones suficientes para llegar a una conclusión contraria a aquella en la que el a quo sustentara su pronunciamiento respecto a la mala praxis, por lo que es ineludible coincidir con el inferior en cuanto a que los padecimientos físicos y psíquicos sufridos por la actora tienen su origen en la conducta omisiva asumida por el Dr. C. F. R. con posterioridad a la intervención quirúrgica que le realizara en el Sanatorio San Roque. Existe, pues, responsabilidad del nombrado por lo que debe indemnizar los perjuicios ocasionados. En este sentido, la sentencia debe ser confirmada .

Establecido en la forma expuesta, debe entrarse al análisis que corresponde a si la responsabilidad y consecuente deber resarcitorio del Dr. C. F. R. compromete igualmente a la empresa prestadora de seguros médicos a la que servía.

En primer término, debe señalarse que está probado el vínculo entre ambos codemandados; no sólo porque el medico así lo expresó al absolver posiciones, sino porque Asismed San Roque S.A., aun cuando negó una relación de dependencia, admitió que el Dr. F. era prestador de servicios en el contexto de su actividad empresarial de seguros médicos. Pero ésta sostiene que la demandante carece de acción, tanto porque no ha sido parte celebrante del contrato de seguro médico, sino mera beneficiaria del mismo, como porque se ha pactado expresamente en la cláusula séptima de dicho contrato que Asismed San Roque S.A. no asumía responsabilidad alguna por la actuación cumplida por los profesionales componentes de su cartilla de prestadores de servicios médicos. En virtud de ella, opuso como medio general de defensa la excepción de falta de acción, la cual abarca sus dos facetas; la falta de legitimación tanto activa como pasiva. En cuanto a la primera, sostiene la recurrente que la tercera beneficiaria de un contrato a favor de terceros, como es indudablemente todo aquél que reconoce una figura triangular conformada por el estipulante (contratante), el promitente (obligado) y el beneficiario (tercero), no tiene acción para demandar indemnización alguna derivada de un contrato en cuya celebración no ha participado. Pero tal razonamiento, si bien se adecúa a los contratos celebrados para surtir sus efectos solamente entre las partes (art. 715 y 717 in fine CC), no se ajusta a situaciones contractuales específicas como son aquellas en las que media una estipulación a favor de terceros, casos éstos en los que los contratos surten efectos no solo entre las partes, sino también con relación a esos terceros beneficiarios. Y si tales contratos proyectan sus derivaciones hacia esos terceros, no es dable sostener que no surtan el efecto de poder, también estos últimos, exigir el cumplimiento; y, desde luego a falta de él, el de accionar para reclamar la indemnización del daño que substituye al incumplimiento o al cumplimiento defectuoso. Es así pues en tales casos, las acciones posibles se encuadran en el contexto de la aceptación del beneficio y del mantenimiento de la vigencia del contrato. La cuestión no puede ser interpretada en diverso sentido, ya que “por efecto de la estipulación, el derecho es atribuido directamente al tercero. El tercero está investido del derecho desde el momento de la conclusión del contrato; se convierte inmediatamente en acreedor del promitente...” (Código Civil de la República del Paraguay Comentado, Libro Tercero. T. V, p. 841, Edit. La Ley Paraguaya, Asunción, año 2009). Y bien, si la celebración de ese tipo de contrato seguida de la aceptación del beneficiario, convierte a éste en acreedor del promitente, siendo acreedor, lo es in totum, con todos los derechos propios de todo acreedor, siendo indiscutible que el acreedor que no obtiene el cumplimiento de la obligación asumida por el deudor, puede demandar tal cumplimiento y, ante la existencia de daños derivados del incumplimiento, sea éste total o parcial, la reparación de los mismos, mediante la acción resarcitoria. Corroborando lo expuesto, Borda señala que “el acreedor tiene derecho a reclamar del deudor la indemnización de los daños, la que tiene carácter subsidiario, porque sólo puede reclamarse en defecto de la prestación en especie” (Trat. de Der. Civ., Obligaciones I, p. 61, Edit. Perrot, Bs. As., 6ª Edición Actualizada). Esa acción directa, con todas las consecuencias, que confiere la Ley al tercero beneficiario en los contratos como el de autos, sólo cede ante la convención en contrario a la que alude el art. 733 del CC, convención que no ha sido pactada en el caso de autos, por lo que no cabe entonces sino concluir que la sentencia se halla ajustada a derecho al desestimar la excepción de falta de acción fundada en la supuesta ausencia de legitimación activa.

De esta manera pasamos ahora a la misma defensa, pero en su sesgo pasivo, dado que la empresa de seguros médicos demandada en autos alega no poder ser alcanzada por la acción deducida, en atención a la estipulación de la cláusula del contrato. Dicha cláusula del contrato de seguro de cobertura médica en cuyo marco los prestadores de servicios de Asismed San Roque S.A. llevaron a cabo la atención profesional a la demandante, ha sido declarada inaplicable por la sentencia en alzada. En esta instancia, sostiene dicha firma que tal cláusula fue aceptada por la titular del contrato, quien no solicitó válidamente su nulidad, de modo que, de conformidad con el art. 715 del CC está vigente y debe ser respetada por los contratantes, así como por los terceros vinculados a él a quienes se extienden los beneficios de la prestación. La lectura de dicha cláusula, permite inferir que tiende a liberar de toda responsabilidad a Asismed San Roque S.A., es decir, a la empresa de seguros médicos que celebrara el contrato como promitente de los servicios a los que hace referencia poniendo a la otra parte, así como a los terceros beneficiarios del contrato, en la imposibilidad

de accionar contra ella. Sin embargo, esa imposibilidad es solo aparente ante las disposiciones normativas vinculadas con la defensa de los consumidores y usuarios, quienes se hallan amparados ante ese tipo de cláusulas contractuales que impliquen renuncia del derecho a ser resarcido. Así, el art. 28 de la Ley 1334/98 las declara nulas de pleno derecho e inoponibles al consumidor. Ante la contundencia de la Ley no existe argumentación posible para mantener en vigencia disposiciones contractuales como la mencionada, circunstancia esta que lleva forzosamente a concluir que la sentencia, en dicho aspecto, se ajusta a derecho, como se ajusta también su consecuencia: la desestimación de la excepción de falta de acción propuesta. Más aún si se considera que la atención médica que engendrara la acción promovida en autos fue cumplida íntegramente en el contexto del contrato de seguro médico presentado con la demanda, por profesionales médicos prestadores de servicios de Asismed San Roque S.A. (fs. 757) a una beneficiaria del referido contrato (fs. 766); todo lo cual lleva a concluir que tales profesionales actuaron bajo la órbita de dicha sociedad anónima, por lo que ésta no puede desentenderse de las consecuencias de tal actuación.

La representación de Asismed San Roque S.A. cuestiona igualmente el dictamen pericial, afirmando que la perito interviniente no sabe leer una historia clínica. Pero no se advierte la alegación de circunstancias, sean fácticas o jurídicas, que puedan demostrar la inconsistencia del referido dictamen; ello es así, porque tampoco contiene una demostración de que el mismo se haya apartado de las constancias pertinentes básicamente del informe elevado por quien realizara la resonancia magnética de fecha 7 de mayo de 2003, en el que consta que “La imagen laminar descripta delante del saco debe interpretarse, con los antecedentes quirúrgicos (lámina hemática?- grasa relacionada con la cirugía? - colección?)”. Se advierte entonces que el médico que realizó tal resonancia magnética relacionó expresamente su informe con la cirugía no obstante lo cual la paciente no fue tratada, en su segunda internación, luego de tal estudio, de nada vinculado a una posible infección relacionada con los antecedentes quirúrgicos, sino de una infección urinaria. En esas condiciones, debe igualmente concluirse que la sentencia se ajusta a derecho. Por ende sentada como queda la responsabilidad del Dr. C. F. R. y la de Asismed San Roque S.A., de carácter reflejo esta última, conclusión que lleva implícita la de la procedencia del resarcimiento, corresponde entrar al examen que determine si el monto de la condena refleja la transcendencia del caso y los elementos de convicción aportados durante el proceso. En relación a dicho aspecto, se alzan contra la sentencia tanto la parte actora como la codemandada Asismed San Roque S.A., con lo que queda dicho que la representación del Dr. F. R. nada ha señalado a dicho respecto. La citada Asismed cuestiona todos los rubros que comprende la indemnización, a saber: el establecido tanto en concepto de daño emergente; el vinculado al lucro cesante, que el inferior calificó como pérdida de chance; y el daño moral. Respecto de lo primero, señala que no se halla completamente probado, ya que no existen constancias de pago de honorarios profesionales a los médicos que cita y que supuestamente ascendían a la cantidad de Gs. 14.950.000, pagos que, según afirma, el inferior validó en base a las declaraciones sin tener a la vista las facturas legales pertinentes. Agrega que tampoco las demás cantidades correspondientes al daño emergente pueden serle oponibles. Analizadas las constancias de autos, se concluye que, efectivamente, no constan los pagos realizados en los conceptos señalados, por lo que debe excluirse del monto resarcitorio la aludida suma de Gs. 14.950.000. En lo demás, ya ha quedado establecida la responsabilidad de “Asismed San Roque” S.A., por lo que resulta inadmisibles las pretensiones de que se halle exenta de toda responsabilidad. Debe pues asumir las consecuencias que de ella se derivan respecto de los daños sufridos por la paciente M. Scolari en la que se incluye el abono del daño emergente, con la única salvedad de la cantidad antes mencionada, en atención a la falta de respaldo documental suficiente. Se agravia igualmente la mencionada empresa de seguros médicos respecto del rubro demandando a título de lucro cesante, que el Juez lo admitió en concepto de pérdida de chance. Lo hace, reiterando que tal identificación de la aludida indemnización constituiría causal de nulidad de la sentencia, aspecto este sobre el que ya nos hemos pronunciado, por lo que dicho argumento no tiene virtualidad suficiente para obtener la finalidad pretendida por el recurrente. Sostiene asimismo en este contexto, que la actora no probó la importancia de sus ingresos económicos, ni el monto de la utilidad perdida, por lo que, ante tal insuficiencia probatoria, no existe base para establecer dicha indemnización. Pero he aquí que este aspecto tiene íntima relación con los agravios expuestos por el representante de la parte actora por lo que diferimos su análisis para el momento de abordar tal cuestionamiento en forma conjunta. Pasamos, en consecuencia, a examinarlo atinente al daño moral.

En cuanto al daño moral, cuyo pago condena igualmente la sentencia en revisión, Asismed San Roque S.A. sostiene que el a-quo ha realizado un equivocado análisis de los elementos probatorios, responsabilizándole, sin sustento alguno, por el daño moral sufrido por la actora. En sustento de tal conclusión afirma que el a quo tomó como base las declaraciones Justificales y las pericias médica y psicológica reunidas en autos para concluir que la actora ha sido víctima de una modificación injustificada del estado de paz y tranquilidad; pero sin especificar puntualmente en que ha consistido. En este sentido, la sentencia en revisión ha hecho un análisis de la prueba, fundamentalmente de la pericia psicológica en la que se concluye sobre las consecuencias psíquicas ocasionadas a la paciente a raíz de los trastornos sufridos sobre todo por el prolongado periodo en que ha debido soportar muy fuertes dolores. Se advierte, por lo demás, que no se ha aportado elemento de juicio alguno para rebatir tal conclusión, por lo que procede analizar la cantidad contemplada en la sentencia a modo de indemnización. En ese sentido, el monto en el rubro de daño moral, no debe resultar de una liquidación, sino de una estimación acorde con los hechos causantes del daño y con las consecuencias sufridas por la víctima. Según la doctrina, el daño moral es el desmedro sufrido en los bienes extrapatrimoniales, que cuentan con protección jurídica o dicho de otro modo el daño no patrimonial que se inflige a la persona en sus intereses morales tutelados por la Ley. La accionante hace referencia con precisión al sufrimiento que le ha causado la actitud imputada al Dr. C. F. especialmente las consecuencias de la infección de que ha sido víctima en la zona por el intervenida quirúrgicamente, sin que el mismo le haya dispensado tratamiento alguno de dicha infección, situación omisiva de la que se han derivado todas las consecuencias negativas, tanto en el aspecto físico, como en el psíquico y que le han impedido en forma absoluta seguir con su vida normal, tanto en lo personal como en lo profesional. En las condiciones apuntadas, según resulta de las declaraciones testificales reunidas en autos, tales como las de Ángel R. Sienna Zavala (fs. 1042-1043), María Celeste Osuna P (fs. 1045 y vlto.), Raúl Hutemann Veía (fs. 1048-1049), Gladys Noguera de Sarubbi (fs. 1060-1061), Arnaldo Martínez Prieto (fs. 1084-1085). Pero principalmente surge de las pericias médica y psicológica producidas a fs. 1383/1397 y 1385/1387, resulta que la actora ha sido víctima de una pérdida, una modificación injustificada del estado de paz y tranquilidad en que, al respecto, se hallaba anteriormente. Así las cosas, al decir de Borda “Nuestra jurisprudencia mantiene firmemente el principio de que en materia de hechos ilícitos, la reparación debe ser integral. El principio se aplica tanto a los delitos como a los cuasidelitos; no interesa tampoco que la culpa sea más o menos grave” (Obligaciones, T. II, p. 470-471, Ed. 1989). En cuanto a la prueba en este aspecto, “los autores coinciden que en cuanto al daño moral proveniente de hechos ilícitos, una vez que se ha acreditado el acto antijurídico que lesiona alguno de los llamados derechos personalísimos ya debe tenerse por probado el consiguiente daño moral y que en todo caso incumbe al responsable demostrar que ha existido alguna situación que justifica la exclusión del perjuicio moral” (Responsabilidad Civil por daño moral, Antonio Tellechea, La Ley Paraguaya año 1988, p. 536). Por tanto, basta con probar la existencia del hecho, para tenerse por probado el consiguiente daño moral. Y, en dicho marco de consideraciones, la existencia del hecho dañoso no sólo está probada, de modo que es forzoso concluir que también está acreditada la existencia del daño moral. Respecto al monto establecido por el inferior, en atención a las constancias de autos, resulta que la cantidad de Gs. 400.000 000 debe ser confirmada; ello, tomando en cuenta los daños físicos y psíquicos que afectan a la actora, que surgen de las pericias cumplidas en autos, así como teniendo en consideración sus destacados antecedentes personales y profesionales, que no solo genera consideración para los cálculos crematísticos, sino también para aquilatar el dolo espiritual soportado.

Finalmente, según se señalara no solo Asismed San Roque S.A. critica la conclusión contenida en la sentencia respecto al monto de la indemnización demandada por la imposibilidad de la actora de seguir desarrollando su actividad empresarial y profesional. En efecto, también la parte actora se agravia de dicho aspecto. La primera (fs. 1618/1623), independientemente de insistir en que la recalificación jurídica realizada por el inferior sería causal de nulidad de la sentencia, aspecto este sobre el que ya nos pronunciamos, refiere que no es procedente la indemnización reclamada porque, no obstante afirmar que tenía un ingreso promedio anual de Gs. 85.000.000, no incorporó al proceso prueba fehaciente alguna que determine la existencia de tal utilidad. Se funda entonces en la ausencia de material probatorio respecto al monto que debe servir de base para al cálculo de la indemnización de referencia. El representante de la

actora, por su parte, considera que la cantidad de Gs. 1.500.000 establecido en la sentencia como ganancia mensual de la misma, utilizada como base para el cálculo, resulta ínfimo y debe ser aumentado, más aún cuando la propia sentencia admite que la actora era una profesional destacada y, como tal, de una posición económica holgada, dado que independientemente de la preparación de eventos gastronómicos incursionó en el periodismo vinculado a dicho ámbito.

En este sentido, cabe recurrir al trabajo del ilustre colega, integrante de este Tribunal, Dr. Alberto Martínez Simón, en cuanto a la forma de cuantificar la indemnización que nos ocupa. El mismo, luego de admitir que se trata de una cuestión que suele ser ardua, señala que en casos, que entiendo es el de autos, en que resulta difícil determinar la proporción del daño, corresponde acudir a la prudencial apreciación judicial. Advierte, en ese sentido “tal como señalan de Trezegnies y Castiglioni, para estos casos en los cuales se presenta el impedimento de determinar cuántas eran las chances antes del evento dañoso y cuántas de ellas se frustraron por él, queda la remisión a las normas de la equidad ya que ante la evidencia de un daño constatado del cual debe responder aquel a quien se reclama el perjuicio, no puede dejar de fijarse una suma indemnizatoria, pudiendo recurrirse incluso a la prudente estimación pretoriana, de acuerdo a la facultad legal otorgada por el art. 452 del CC”. (Responsabilidad civil por pérdida de Chance, Intercontinental Editora, 2ª Ed., p. 200). Es evidentemente el criterio adoptado por el a quo, que compartimos en cuanto a sistema de determinación del monto, ya que en este caso, tratándose de un rubro que integra conceptualmente el daño emergente, este puede ser prudencialmente fijado por el Juez.

A este respecto, cabe señalar que la jurisprudencia ha acogido y hecho práctica que cuando la acción resarcitoria se deduce pidiendo un monto o “lo que en más o en menos resulte de las probanzas” como fue en este caso (véase petitorio, escrito de demanda, fs. 87) es dable conceder según dicha prueba. Pero, al respecto cabe señalar que en autos no se ha producido prueba alguna en ese sentido, y la actora ha peticionado expresamente la suma de Gs. 85.000.000 como ingreso anual, lo que nos pone un límite a la cuantía en cuanto a dichos ingresos frustrados. En efecto, consta en autos que la actora era una empresaria que ha descollado en el ramo gastronómico. El análisis de las constancias de autos permite inferir, de conformidad con el art. 452 del CC, que el ingreso mensual de la actora puede establecerse básicamente, sobre una estimación muy prudencial y considerando los vaivenes propios de una profesión liberal, aun cuando sea ejercida empresarialmente, en equivalentes a salarios mínimos. Sin embargo, reitero, tomando como parámetro la suma anual indicada (Gs. 85.000.000), debería procedente al cálculo de los años de productividad frustrado; y al respecto, considerando que el daño se produjo en el año 2003 (cuando la actora contaba con 54 años, pues nació en 1949) le quedaban 21 años de edad productiva para alcanzar el límite supuesto por los estudios.

Así, esa suma de Gs. 85.000 000 por los 21 años señalados darían Gs. 1.785.000.000; sin embargo, como nos encontramos en presencia de la pérdida de chance concepto que envuelve la forzosa disminución, dado el carácter de aleatorio que podría eventualmente de la cuantía del beneficio en cuestión, estimo prudente reducirlo al 20 %, lo que equivale a considerar -muy prudente y razonablemente- que la actora hubiese percibido solo la quinta parte de lo que originariamente reclamo, o que hubiese trabajado solo un 20 % del tiempo que como expectativa de vida productiva tenía ganando la suma reclamada. Dicho monto asciende, en consecuencia a Gs. 357.000.000. “El daño que debe indemnizarse es el que subsiste en el momento de dictarse la sentencia que condena a su pago, así como que en la sentencia deben contemplarse las variaciones que experimente, para determinar la existencia del daño en su exacta medida y valorarlo fijándose la pertinente indemnización al día en que aquella se dicte” (Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, p. 181, 9ª Ed. ampliada y actualizada. Ed. Abeledo-Perrot, año 1997). En el caso, tal criterio tiene perfecta aplicación, habida cuenta que según surge de los hechos nuevos denunciados por la parte actora y acogidos en autos, los efectos de la conducta del Dr. C. F. han seguido manifestándose bastante tiempo después de la promoción de la demanda. Ello no implica un apartamiento del art. 15 inc. d) del CPC, dada que en la demanda el monto fue estimado provisionalmente, en cumplimiento del art. 215 del mismo cuerpo legal habiéndose señalado expresamente que se dejaba a cargo del órgano jurisdiccional la determinación del monto definitivo de la indemnización; a la luz de los elementos de juicio incorporados a la causa.

De tales elementos de juicio, deducida la cantidad de Gs. 14.950.000, por no estar probado fehacientemente su pago e incrementada en relación al último de los rubros examinados, la parte demandada habrá de abonar a la actora la suma de Gs. 789.876.296, con los intereses correspondientes en la forma determinada por el inferior, suma esa que resulta de los siguientes conceptos: a) daño emergente: Gs. 32.876.296; b) daño moral: Gs. 400.000.000; y c) pérdida de chance: Gs. 357.000.000.

Las costas deben ser impuestas a la parte demandada considerando que es el principio objetivo de la derrota el que rige en nuestro ordenamiento procesal, el cual se halla plasmado en el art. 192 y concordantes del CPC.

Cabe concluir, en consecuencia, que, conforme a las consideraciones que anteceden, corresponde: 1) conminar el primer punto de la parte resolutive de la sentencia en alzada, en cuanto no hace lugar a la excepción de falta de acción deducida como medio general de defensa por "Asismed San Roque" S.A.; 2) confirmar igualmente el segundo punto en cuanto hace lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por M. Scolari contra C. F. así como por inaplicabilidad de la cláusula contractual e indemnización de daños y perjuicios deducida en autos contra "Asismed San Roque" S.A. y, en consecuencia, declarar inaplicable la cláusula 7ª del contrato de seguro de cobertura médica celebrado entre Yannyne Elena Peytm Scolari y "Asismed San Roque" S.A.; 3) Modificar el segundo punto de la referida sentencia, en el sentido de condenar a los demandados C. Antonio F. R. y "Asismed San Roque" S.A., en forma solidaria, a que en el plazo de diez días de ejecutoriada la sentencia, abonen a la actora la cantidad de (Gs. 789.876.296) Setecientos ochenta y nueve millones ochocientos setenta y seis mil doscientos noventa y seis en concepto de indemnización de daños y perjuicios, con sus intereses legales, calculados desde el mes de mayo del 2003; y 4) Imponer las costas a la parte demandada. Es mi voto.

Los Dres. Melgarejo Coronel y Martínez Simón manifestaron: Adherirse al voto del conjuer preopinante, por compartir los mismos fundamentos.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, cuarta sala de la Capital.

Resuelve:

Rechazar el recurso de nulidad interpuesto.

Confirmar el primer punto de la sentencia en alzada, en cuanto no hacer lugar a la excepción de falta de acción deducida como medio general de defensa por "Asismed San Roque" S.A.

Confirmar el segundo punto, en cuanto hacer lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por la Sra. M. Scolari contra el Dr. C. A. F. R., así como la inaplicabilidad de la cláusula contractual e indemnización de daños y perjuicios deducida en autos contra "Asismed San Roque" S.A. y, en consecuencia, declarar inaplicable la cláusula séptima del contrato de seguro de cobertura médica celebrado entre Yannyne Elena Peyrat Scolari y "Asismed San Roque" S.A.

Modificar el segundo punto de la sentencia principal y su Aclaratoria en el sentido de condenar a los demandados C. A. F. R. y "Asismed San Roque" S.A., en forma solidaria, a que en el plazo de diez días de ejecutoriada la sentencia abonen a la actora la cantidad de (Gs. 789.876.296) setecientos ochenta y nueve millones ochocientos setenta y seis mil doscientos noventa y seis guaraníes en concepto de indemnización de daños y perjuicios con sus intereses legales calculados desde el mes de mayo del 2003.

Imponer las costas a las partes demandadas.

Anotar, registrar, notificar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.-

Raúl Gómez Frutos.- Eusebio Melgarejo Coronel.- Alberto Martínez Simón.-

Sec.: Mónica Ramona Reguera Rolón.-

CUESTIONARIO:

1. Qué tipo de responsabilidad civil se establece entre un médico y su paciente, cuando el paciente es atendido por el médico a través de un seguro médico?. Justifique su respuesta.
2. Qué tipo de responsabilidad civil tiene la empresa aseguradora (o de medicina prepaga) en relación al paciente que sufre el daño proveniente de un médico de la nómina del seguro. Justifique su respuesta.
- 3.Cuál es la justificación jurídica que sustenta los derechos de quien es incluido como “beneficiario” en un contrato de medicina prepaga, no siendo el “beneficiario” quien suscribió dicho acuerdo.
4. La cláusula de “no asunción de responsabilidad alguna” por parte de una empresa de medicina prepaga: a) excluye dicha responsabilidad?. Justifique su respuesta. ¿Cuál fue el fundamento para incluir a la empresa aseguradora en la condena haciendo lugar a la demanda instaurada contra la misma?
5. Determine si la obligación de los médicos es de medios o de resultado, para ello, defina previamente cada una de ellas.
6. Defina: a) en qué consiste el deber de información. b) en qué consiste el consentimiento informado. c) en qué consiste el error de diagnóstico. d) en qué consiste el error de tratamiento.
7. Con la ley de trasplantes y ablación de órganos, defina: a) qué se entiende por muerte. b) qué se entiende por muerte cerebral.
8. ¿Qué es un oblito?
9. ¿Por qué la cirugía plástica estética es tenida generalmente como una obligación de resultado?
10. ¿En qué consiste el servicio de hotelería de un hospital? Cuáles son los casos por los cuales un hospital responde por el llamado servicio de hotelería.