



Poder Judicial

Y VISTOS: Los presentes caratulados “A., H. G. C/ Sanatorio De La Mujer Y Otros S/ Daños Y Perjuicios - CUIJ 21-02858586-9”, de trámite por ante el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 6ta. Nominación de Rosario;

DE LOS QUE RESULTA: Que a fs. 1/7 se presentan H.G.A. y C.G.S. mediante apoderados e inician demanda de daños y perjuicios contra el Sanatorio de la Mujer y/o el Dr. J.J. y/o Perinat S.A. y/o el Moisés S.R.L. y/o quien resulte civilmente responsable por el nacimiento sin vida de su hijo producido el 15 de noviembre de 2013.

Reclaman la suma de \$ 1.600.000,00 (PESOS UN MILLON SEISCIENTOS MIL) o en lo que en más o en menos surja de las pruebas a rendir, por encontrar a los demandados civilmente responsables, en base a la impericia y negligencia que habrían llevado a cabo en la prestación de servicios médicos.

En prieta síntesis, se relata que el 13/11/2013, C.G.S., ingresó al Sanatorio de la Mujer por control de pre eclampsia y quedó internada. Cursaba 31,1 semanas de embarazo y dos días más tarde, esto es, a las 21:05 hs del día 15/11/2013, se le realizó una cesárea, naciendo el feto muerto, lo cual ya habría sido constatado con la ecografía de urgencia realizada a las 19:00 hs.

Continúa diciendo que, los estudios de anatomía patológica (necropsia) arrojaron como causa de muerte fetal una afección placentaria, atribuible a un cuadro de asfixia perinatal e infarto hemorrágico placentario de 1.2 cm.

Pone de resalto que ya el 1/11/2013 había sido internada por indicación de su médico de cabecera, el Dr. J.J., al haber detectado cifras tensionales elevadas y habiéndole suministrado betametasona para madurar los pulmones del feto. Manifiesta que el 3/11/2013 fue dada de alta y se le indicó continuar los controles por consultorio externo. Afirma que lo sucedido se debe a una evidente y manifiesta negligencia profesional por parte del médico actuante, ya que de haberse tratado a tiempo el cuadro de preeclampsia -cuadro que se vio agravado por el transcurso del tiempo- se habría evitado la muerte del feto.

Agrega como agravante la delicada situación en la que se encontraba la madre, por el hecho de haber conseguido el embarazo luego de largos años de tratamientos, siendo el mismo resultado de uno de ellos.

Hace énfasis en la responsabilidad del establecimiento asistencial, sobre el cual pesaba una obligación de seguridad. Pone de resalto la importancia y destaca la especialización del sanatorio, lo cual fue particularmente tenido en cuenta por los actores al momento de elegir dónde atenderse.

Refiere que el sanatorio se encuentra alcanzado por la tutela resarcitoria del derecho a la vida y a la salud, y que por tratarse de actos u omisiones de sus dependientes, la responsabilidad clínica reside por vía de la obligación de seguridad emergente entre el vínculo paciente-clínica, en los términos del art. 1113 del Código Civil.

Entre los rubros reclamados solicita la suma de \$800.000,00 en concepto de valor vida. Explica en lo referente a este último que, si bien la vida humana no tiene por si sola un valor económico, la jurisprudencia de nuestro más alto



Poder Judicial

tribunal ha considerado importante realizar una comprensión integral de los valores materiales y espirituales de la vida humana. Sostiene que esta tiene valor independientemente de su producción económica, conforme surge del juego armónico de los arts. 1084, 1068 y 1079 del Código Civil.

Asimismo solicita la suma de \$800.000,00 en concepto de agravio moral.

Señala que la angustia y sufrimientos de índole espiritual que padecieron los actores por la muerte de su hijo. Relata la dolorosa situación que atravesó la madre, sumado al agravante de haber sido un hijo largamente esperado y buscado mediante sacrificados tratamientos que había realizado.

Respecto a la legitimación activa, refiere que la demanda es es entablada por los actores por ser los padres de quien falleciera en las circunstancias relatadas.

Funda la demanda en las disposiciones del Código Civil antes vigente, por haberse consumado el daño antes de la entrada en vigencia del nuevo cuerpo legal (art. 7 Código Civil y Comercial de la Nación). Cita los arts. 43, 512, 902, 1078, 1109, 1113, siguientes y concordantes del Código Civil, arts. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y tratados y convenciones sobre derechos humanos con jerarquía constitucional que en especial protegen el derecho a la salud , la integridad física, la supervivencia y el desarrollo del niño.

Luego a fs. 19 amplió la demanda solicitando se haga lugar a la reparación del daño psíquico por los tratamientos psicológicos que debieron realizar por \$ 50.000,00 (PESOS CINCUENTA MIL). Solicita además el pago del

equivalente al valor económico de los tratamientos médicos de fertilidad llevados adelante por la actora por un total de \$ 100.000,00 (PESOS CIEN MIL). A fs. 22/23 obra actora de mediación prejudicial finalizada sin acuerdo conforme disposiciones de la Ley 13.151.

A fs. 28 se dictó el primer decreto, asignándose el trámite ordinario y emplazándose a los demandados comparecer en los presentes. Seguidamente, a fs. 62 se presenta Prudencia Compañía de Seguros mediante apoderados. Luego a fs. 49, comparece el co-accionado, Sanatorio de la Mujer (Perinat S.A.), con mandatario legal y cita en garantía a Prudencia Seguros S.A. Aclara que posee una póliza con dicha compañía, como así también el Dr. J. J. , por lo que solicita se cite a la compañía a los efectos que pudieran corresponder. Seguidamente se presenta el co-demandado, Dr. J. J. , con representación y cita en garantía a Federación Patronal Seguros S.A. (*vide* fs. 54). Finalmente, esta última compareció a fs. 57/62, mediante apoderados.

Que corrido el traslado de demanda a fs. 70, las partes procedieron a cumplir la carga procesal impuesta.

Perinat S.A. contesta la demanda a fs. 71/85. Realiza una negativa general y particular de los hechos expuestos por la parte actora y solicita que se rechace la acción con expresa imposición de costas. Considera infundada e inexistente la responsabilidad atribuida por los actores al profesional interviniente en la atención de la actora y sostiene la ausencia de responsabilidad del sanatorio por inexistencia de relación causal entre el supuesto daño y la atención profesional brindada.



Poder Judicial

Expone que su representada se dedica a la prestación de servicios médico asistenciales, siendo ampliamente conocida por su nombre de fantasía “Sanatorio de la Mujer”. Refiere que en el caso de marras no cabe asignar responsabilidad alguna a su representada, por cuanto su obligación es exclusivamente de medios y ha adoptado todas las medidas que el buen arte, la diligencia y prudencia del caso exigen. En este sentido, ha puesto al servicio de la paciente los mejores profesionales, sus instalaciones, como ser el ámbito físico, los equipos, quirófanos, U.T.I., guardia médica, razón por la que no ha habido sobre la institución una sola falla en relación al servicio prestado. Asegura que en todo momento, tanto el sanatorio como los profesionales demandados, obraron con diligencia, prudencia y probidad. Señala que no posee injerencia en la decisión médica profesional adoptada por el profesional en la atención de la paciente, ya que su única obligación es poner al servicio del médico y el paciente, los recursos humanos y materiales para que el galeno pueda ejercer su profesión.

Arguye que no existe nexo de causalidad, ya que el médico ejerce una profesión liberal, con lo cual no hay subordinación alguna para con su mandante.

Rechaza la hipotética aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, por ser la inversión de la carga de la prueba por completo ajena a nuestro ordenamiento legal.

Solicita a su vez que en caso de que la demanda prospere se realice una expresa

distribución de responsabilidades en porcentajes, y no una condena de manera solidaria a las partes demandadas, ello en razón de que las responsabilidades atribuidas a los demandados son distintas. Cita jurisprudencia. Requiere además, que no se aplique un interés mayor al 6% anual desde la fecha del hecho y hasta su efectivo pago, con un tope máximo del 15% anual comprensivo de intereses compensatorios y punitivos.

Refiere que al no haber responsabilidad por mala praxis médica, sería contradictorio atribuirle responsabilidad al sanatorio por un daño que no causó y que se dirige contra el médico tratante. Solicita la aplicación de lo dispuesto por el ar. 505 del Código Civil. Ofrece prueba instrumental, documental, pericial médica y manifiesta desinterés por la producción de pericial psicológica (art. 198 CPCC). Refiere que posee un seguro de responsabilidad civil con la compañía Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. y realiza reserva del caso federal.

A fs. 96/103 Prudencia Compañía de Seguros SA acata la citación en garantía de Perinat S.A. en la medida del seguro contratado (póliza 56413) y de J.J. (póliza 56419 certificado individual 0060). Destaca que el seguro posee una franquicia a cargo de la asegurada de \$25.000 y que la cifra asegurada es de \$ 400.000 (póliza 56413) y de \$ 250.000 (póliza 56419 certificado individual 0060). Señala que a aquello se suma la restricción prevista en las condiciones particulares sobre el límite agregado anual. Niega la realidad expuesta en la demandada, como así también la existencia de factor de atribución y de los daños reclamados. Se remite a la contestación de demanda realizada por Perinat



Poder Judicial

SA y J.J. en sus respectivos escritos de responde. Afirma que no se reúnen los presupuestos necesarios para que se genere una responsabilidad civil, ya que sin culpa de los galenos no hay responsabilidad. Ofrece prueba y realiza reserva del caso federal.

El co-demandado J. J. contesta la manda a fs. 199/208, solicitando el rechazo de la misma, con costas. Niega todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda y que no fueran expresamente reconocidos en su contestación.

Relata que en el año 2013 la Sra. C. S. se embarazó mediante procedimiento de fertilidad ICSI con ovodonación y comenzó a realizar el control con el profesional en la semana 12 del embarazo. Reconoce que en la última etapa comenzó con una leve presión alta que motivó su primer internación el 01/11/2013 a las 20:00 hs, donde recibió tratamiento con alfa metil dopa 500 mg cada 12 horas (antihipertensivo) y se le realizó maduración pulmonar, laboratorio y ecografía normal, siendo dada de alta a las 37 horas. Luego, el 13 noviembre, tras la consulta de la paciente le indicó su internación nuevamente, por sospecha de preeclampsia leve. Asegura que desde el punto de vista obstétrico, la paciente nunca estuvo con dinámica uterina y la vitalidad fetal fue periódicamente controlada, siendo en todo momento normal. Señala que los últimos laboratorios arrojaron que tenía una proteinuria en 24 horas de 1,6 gramos, por lo que permaneció internada bajo control materno y fetal. A las 19.00hs del día 15 de noviembre, tras realizarle un monitoreo, constataron la

ausencia de latidos cardíacos y se confirmó el óbito fetal. Finalmente el 17 de noviembre se le concede el alta médica.

Manifiesta que en lo relativo al relato de los hechos sucedidos, no dista de la versión dada por los accionantes. Sin embargo, controvierte la valoración errónea hecha sobre la responsabilidad médica. Refiere a la existencia de un protocolo de actuación para el supuesto presentado por la paciente C. S., que fue elaborado en el año 2010 por el Ministerio de Salud de la Nación. Que este documento científico se encuentra a tono con los consensos nacionales y mundiales en la materia. Refiere que el objeto del protocolo es el de "diagnosticar y tratar en forma temprana y adecuada los trastornos hipertensos del embarazo y disminuir la morbimortalidad materna y perinatal vinculadas a la hipertensión en el embarazo". Elabora un cotejo entre las indicaciones dadas por esta guía y la conducta médica asumida por el Dr. J.. Aclara que la indicación acerca de que se interne el día 13 de noviembre fue por un manejo diligente, ya que la paciente no tenía sintomatología como para diagnosticar preeclampsia leve. Asegura que la presión arterial se estabilizó después de su ingreso, lo que demuestra que el cuadro fue bien manejado. En consecuencia niega que la atribución de responsabilidad que hace la actora y que el único tratamiento posible hubiera sido inducir el parto o realizar una cesárea. Concretamente, destaca que el protocolo antes citado indica, que en mujeres con enfermedad leve, la interrupción de la gestación no está indicada para embarazos de menos de 37 semanas sin evidencia de compromiso fetal, y que la paciente tenía 35,1 semanas de gestación.



Poder Judicial

Asegura que se tomaron todas las precauciones, a pesar de lo cual, el detenimiento del embarazo no pudo evitarse. Finalmente, refiere que en el supuesto de que hubiera indicado el parto para los días 13 o 14 de noviembre, como la actora reclama, aquello podría haber tenido consecuencias dañosas sobre la madurez cognitiva de un bebe prematuro, con posibilidad de infecciones y hasta de su fallecimiento, hipótesis en la que indefectiblemente hubiera obrado desviado del protocolo médico establecido. Por último ofrece prueba documental y realiza reserva del caso constitucional.

A fs. 221/230 contesta la demanda la citada en garantía Federación Patronal Seguros S.A. y solicita se rechace con costas. Acata la citación propuesta por el co-accionado J.J., en base a la garantía extendida por la Póliza N° 657655, certificado N° 194, con vigencia desde el 01/11/2013 al 01/11/2014, por un límite de \$280.000, con una franquicia fija a cargo del asegurado del 10% del siniestro con un mínimo del 1% y un máximo del 3% de la suma asegurada.

Agrega que el Dr. J. contaba con una póliza complementaria que funciona en exceso de la suma mencionada por un valor de \$ 120.000 (póliza N° 657663).

Plantea la aplicación del límite que receipta el art. 730 del Código Civil y Comercial al pago de costas. Realiza una negativa general y particular de los hechos expuestos en la demandada, y da su versión de los hechos haciendo énfasis en el obrar diligente del médico Dr. J. J. y la adecuada atención brindada por el sanatorio demandado. Afirma que los controles realizados son los que

indican cualquier protocolo de actuación en la materia. Sostiene la inexistencia de factor de atribución de responsabilidad civil. Se opone a los rubros resarcitorios pretendidos, ofrece prueba y realiza reserva del caso federal. Plantea desinterés en la realización de pericial psicológica en los términos del art. 198 CPCC.

Que a f. 232 se abrió la causa a prueba, por las partes procedieron a ofrecer las que hacen a su derecho. En fecha 15 de abril de 2019 se celebró una audiencia de proveído de las mismas (fs.273), todo de conformidad con el Plan Piloto de Oralidad para los Procesos Civiles impulsado por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (Acuerdo Ordinario – Acta 8/2018). En efecto, en autos se ordenó la producción de prueba documental, instrumental, pericial psicológica, pericial médica, confesional, testimonial e informativa.

Seguidamente, se produjeron las pruebas ofrecidas por las partes y en fecha 17 de noviembre de 2021 se dejó sin efecto la aplicación del Plan Piloto de Oralidad a raíz del fallecimiento del magistrado actuante. Asimismo, mediante dicha providencia, se clausuró el termino probatorio y se invitó a las partes a alegar. La accionante lo hizo a fs. 535, mientras que las 544, 546, 547 y 548.

A fs. 566 se llamó autos para sentencia, providencia que se halla firme y notificada.

Posteriormente, a fs. 602, se convocó a las partes a presentarse a una audiencia en los términos del artículo 19 del C.P.C.C. Dicha audiencia se celebró el 12 de abril 2023, sin que la partes logaran llegar a acuerdo conciliatorio alguno.

En tal estado, informado el suscripto acerca de la inexistencia de escritos sueltos



Poder Judicial

pendientes de agregación, pasan los autos a despacho a los fines de dictar Resolución.

Y CONSIDERANDO:

MARCO NORMATIVO:

Respecto al encuadre jurídico que debe dársele a los presentes, se tiene que a la fecha de este pronunciamiento se encuentra vigente el Código Civil y Comercial de la Nación (cfr. ley N° 26.994 y modificatorias), por lo que, ante todo, se deberá expedirse acerca de la legislación aplicable.

Que de acuerdo al art 7° del CCCN, los presupuestos de la responsabilidad civil –en tanto hechos constitutivos de la relación jurídica– se juzgan por la ley vigente al momento del hecho dañoso. El caso bajo examen responde por el hecho de haber finalizado el embarazo de la actora con el óbito fetal producido en fecha 15 de noviembre de 2013. Por tanto, la responsabilidad de la demandada será analizada conforme a las normas vigentes a dicha fecha, esto es, conforme las normas contenidas en el Código de Vélez Sarsfield, dado que las mismas refieren a la conformación de la responsabilidad la cual se produce en el momento mismo del hecho, a diferencia de las normas referidas a la prejudicialidad y a aquellas otras dirigidas al Juez al para ser aplicadas al momento de sentenciar.

Con ese criterio, se dijo que: “El art. 7 del CCivCom. alude a situación y relación jurídica. La situación de que se trata, ha quedado constituida, con sus

consecuencias devengadas, conforme a la ley anterior, por ende corresponde analizar la cuestión a la luz de la legislación anterior, así como la doctrina y jurisprudencia a ella aplicable” (CNCiv., Sala J, 06/10/2015, “S. J. M. c/ Club Vélez Sarsfield y otro s/ cobro de sumas de dinero”, Microjuris.com, MJ-JU-M-95545-AR).

LEGITIMACIÓN:

La legitimación de las partes en este proceso, ante la ausencia de controversias o cuestionamientos referidos al tema, es un análisis propio del órgano jurisdiccional por ser un presupuesto estructural de la relación jurídico procesal, cuyo análisis oficioso se sustenta en su íntima vinculación con una adecuada conformación del proceso y por ende del dictado de una sentencia útil.

Así lo ha refrendado nuestra Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala I 22/5/2008 in re: Calvagna, Eugenio c/ transporte General Manuel Belgrano s/ Daños y perjuicios, causa N° 247/2007: *“La falta de legitimación del actor...autoriza y obliga a los jueces a expedirse incluso de oficio, pues siendo una cuestión de legitimación su falta significa la no presencia de un presupuesto procesal esencial al tiempo del pronunciamiento. La falta de legitimación es declarable y controlable oficio, haya o no consentimiento de las partes, tácito o expresamente, porque la legitimación la crea únicamente la ley sustancial y no depende de la actitud de los litigantes (Devis Echandía, Hernando Teoría General del Proceso, Universidad, T.1-297; Chiovenda, Giuseppe, Instituciones de Derecho Procesal Civil, T. 1-p. 189 y 342 entre otros)”*.



Poder Judicial

- Legitimación activa:

Los Sres. H.G.A. y C.G.S. se encuentran legitimados para iniciar los presentes atento aducir, según sus apreciaciones en la demanda, resultar ser matrimonio y damnificados directos -en su carácter de padres- a raíz del fallecimiento de su bebé -en estado fetal- y en circunstancias de embarazo, por los cuales reclaman indemnización a tales efectos.

- Legitimación pasiva:

El Dr. J.J. se halla legitimado por ser sindicado por los actores como autor de la presunta mala praxis médica por cuyas consecuencias se reclama.

El Sanatorio de la Mujer -en rigor, Perinat S.A.-, se halla legitimado asimismo por ser quien ha prestado el servicio de salud a los accionantes, por intermedio del restante co-demandado, según se aduce en los términos de la demanda.

A la postre, estos últimos resultan asegurados, con lo cual quedó constituido el litisconsorcio pasivo necesario conformado por dicho vínculo asegurativo (doctrina legal según nuestra Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial - Sala I - in re “CALVAGNA, Eugenio c/ TRANSPORTE GENERAL MANUEL BELGRANO s/ Daños y perjuicios” Expte. N° 247/2007). En el presente caso, la citación ha sido formulada por los demandados y las citadas no han cuestionado tal legitimación.

DE LOS HECHOS:

Según Devis Echandía, en cada proceso debe probarse todo aquello que forma

parte del presupuesto fáctico para la aplicación de las normas jurídicas. (Devis Echandía, Hernando, "Compendio de la Prueba Judicial", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2000, Tomo I, pag. 87).

La relación causal es uno de los elementos primordiales de la responsabilidad civil. Desde el punto de vista material, la causalidad consiste en una cadena de causas y efectos que se rige por las leyes de la física. Sin embargo, la llamada "causalidad jurídica" es un juicio de imputación en virtud del cual el intérprete -siguiendo criterios predefinidos por la ley- eleva una o algunas de las condiciones de un resultado a la categoría de "causa". Es preciso tener en cuenta que la teoría de la relación causal cumple una doble función. En primer lugar, permite determinar la autoría (es decir, quién resulta responsable de un determinado daño) y a su vez, cuál es la extensión del resarcimiento (qué consecuencias deben ser resarcidas).

La existencia de relación de causalidad brinda "...los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento, mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias (...). A través de ella se determina hasta dónde el derecho quiere que el autor material responda por sus actos, evitándose de tal modo la elongación excesiva del perjuicio y el enriquecimiento consiguiente del damnificado. La relación de causalidad define y predetermina, de tal modo, si el daño debe ser reparado y con qué extensión, lo que lleva a una conclusión de fundamental importancia sobre la que vale la pena insistir: en nuestro sistema, en principio, la extensión del resarcimiento se rige estrictamente por la relación de causalidad y no por la culpabilidad, salvo



Poder Judicial

casos de excepción que deben ser rigurosamente calibrados" (PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Buenos Aires, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, Tomo III, p. 98.)

En prieta síntesis, se relata que la Sra. S., de 43 años de edad, concurrió en fecha 13/11/13 al Sanatorio de la Mujer para ser internada a las 14.30hs y luego de dos días, el 15/11/13 a las 19hs, se constató el óbito fetal y a las 21hs se condujo la cesárea para su extracción. Que cursaba su primer embarazo, con edad gestacional de 35.1 semanas e ingresó para control de pre eclampsia según indicación de su médico de cabecera -hoy demandado- Dr. J.J.. Explica como antecedentes médicos el haber sido internada con anterioridad, el 01/11/13 hasta ser dada de alta el 03/11/13 por aumento en su tensión arterial. Es decir, grafica un cuadro de agravamiento del embarazo -de riesgo-, delimitado en dos etapas: una primera internación breve -del 01/11 al 03/11- para luego pasar una segunda -del 13/11 al 15/11- donde finalmente existe una complicación en el cuadro, deviniendo en el fallecimiento del feto. Cabe remarcar que esta última internación se debió por la aparición de nuevos signos de alarma, como aumento de tensión arterial, pre eclampsia y proteinuria leve, siendo normales el resto de los análisis clínicos y el eco-doppler. Que el día 15/11 en específico se le practicaron chequeos de control a las 7.00hs y 19.00hs y que entre dicho lapso temporal se infiere la muerte del bebé. En tal télesis, se deberá analizar si existió o no responsabilidad médica, para, a la postre y en caso afirmativo, referir su

proyección hacia la sanatorial, determinando asimismo su cuántum resarcitorio.

BREVE DIGRESIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL:

Debe recordarse, inicialmente, que los profesionales médicos en general asumen un deber de medios, deber de medios consistente en brindar “la atención diligente e idónea del enfermo, sobre la base de las reglas del arte de la medicina y su evolución, conforme a los conocimientos científicos que el título presupone, en procura de su curación mas sin asegurar que ella se va a lograr. Y tan es así, que a los facultativos les está legalmente prohibido anunciar o prometer la curación fijando plazos, ola conservación de la salud, o anunciar agentes terapéuticos de efectos infalibles (art. 20, incs. 1, 2 y 5, ley 17132); es decir, en suma, prometer un determinado resultado al cliente” (Trigo Represas, Felix, “Reparación de daños por mala praxis médicas”, Bs. As., 1995, Hammurabi, p. 99, con cita de Bustamente Alsina, tb. Bueres, Alberto “Responsabilidad civil de los médicos. Derecho de daños en la actividad médica. Lineamientos doctrinales y jurisprudenciales.”, Hammurabi, Bs. As. 1994, pág. 78).

Debe tenerse presente también que, se descarta que sea dable distinguir en la responsabilidad de los médicos la culpa profesional -transgresión de las reglas de orden científico trazadas por el arte médico- de la culpa común (Bueres, Alberto, op. cit, pág. 111), sosteniéndose que los principios generales relativos a la individualización de la culpa -art. 512 CC- son aplicables íntegramente a la actividad de los profesionales de la medicina.

Tales principios refieren principalmente a la comparación entre la conducta obrada y la conducta debida, considerando por conducta debida un tipo de



Poder Judicial

comparación abstracto que es elástico, fluido, adecuado a cada situación particular. Se ha recordado que la valoración de la conducta debida no ha de tomar en cuenta idealizaciones ni siquiera la de un hombre genéricamente cuidadoso. La conducta debida es variable y flexible, es la de una persona diligente que pertenezca a una clase o categoría en la que se pueda encasillar al implicado (Bueres, Alberto, op. cit. pág. 111). Destaca Mosset Iturraspe al respecto que “el Juez debe comparar para luego calificar, según dijimos oportunamente. Y esa comparación se realiza con ‘un médico tipo’ o paradigma de profesional de la medicina. Y de esa comparación tiene que inferirse el grado de pericia que debe poseer; el grado de diligencia y de prudencia...” (Mosset Iturraspe, Jorge “Responsabilidad civil del médico”, Astrea, Bs. As., 1985, pág. 202).

El quid de la cuestión, visto desde otra óptica, es el siguiente: "Un médico prudente colocado en iguales condiciones externas ¿habría obrado como el autor del daño? Tal es la única cuestión que debe plantearse el Tribunal". (Mazeaud, Henri y León cit. por Vásquez Ferreyra, Roberto, "Prueba de la culpa médica", Bs.As. Hammurabi, 1991. p.75).

BREVE DIGRESIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL SANATORIO:

Sea que se enfoque el caso desde la teoría de la estipulación en favor de terceros (art. 504 C.C.) y la consecuente obligación tácita de seguridad que asume la clínica según la postura de Bueres con base en la buena fe -art. 1198 C.C.- (op.

cit. pág. 419) o desde la de la tesis de la estructura del vínculo obligatorio (Lorenzetti, Ricardo L., "La Empresa Médica", Santa Fe, 1998, Rubinzal-Culzoni, p. 335), es menester probar la culpa médica para actualizar la responsabilidad del sanatorio.

Dice Bueres sobre el particular que "el enfermo estará necesitado de probar la culpa del médico, pero no con el fin de poner en marcha el deber reflejo del ente sanatorial, sino para patentizar la transgresión de la obligación de seguridad por parte de dicho ente" (Bueres, op. cit. Tomo I, p. 385).

Lorenzetti, recordando un antecedente de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, puntualiza que "cuando el establecimiento asistencial se vale de la actividad ajena de los médicos para el cumplimiento integral de sus obligaciones habrá de responder por la culpa en que incurren sus sustitutos, auxiliares o copartícipes. Ello así por dos razones: la irrelevancia jurídica de tal sustitución, ya que al acreedor no le interesa que el cumplimiento sea efectivizado por el propio deudor o por un tercero del cual se valga para cumplir sus fines y por la equivalencia de comportamientos del obligado y de sus sustitutos o asociados, que determina que el hecho de cualquiera de ellos se considere como si proviniese del propio deudor".

En síntesis, como sostiene otro autor, "en definitiva, cualquiera sea la tesis que adoptemos respecto a si la obligación de seguridad asumida por las clínicas y sanatorios es de medios o de resultados, en cualquier caso, para que ella tenga virtualidad, deberá previamente quedar patentizada la culpa individual profesional" (Vazquez Ferreyra, Roberto, "Algunos principios de la



Poder Judicial

responsabilidad civil médica", L.L. 1999-B, 689 y sig.).

DE LA PRUEBA PRODUCIDA EN AUTOS.

En orden al "onus probandi" la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene declarado que en materia de responsabilidad médica y a consecuencia de que el deber de los facultativos es por lo común de actividad, incumbe al paciente la prueba de la culpa del médico (CSJN, 28.9.2004, "Barral de Keller Sarmiento", J.A. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", 2005-II, suplemento, ps. 72 y ss.).

Por su parte, la Suprema Corte bonaerense, en línea con su par nacional y con cita de Bustamante Alsina ha dicho que "en materia de responsabilidad médica, corresponde al accionante probar la existencia del daño cuya reparación reclama, así como la antijuridicidad de la conducta del deudor, es decir, la infracción contractual que configura el incumplimiento, la relación causal adecuada entre el perjuicio y el incumplimiento y, desde luego, el factor de imputabilidad que consiste en la culpa del infractor" (cfr por todos SCBA C. 108.497 in re "Dure de Flores, Rosa c. Clínica Campana S.R.L. y otros s/ daños y perjuicios", sent. Del 21/12/2011).

En consecuencia, debe verificarse la existencia de: a) una conducta propia activa o pasiva que viole el deber de atención y cuidado propio de la profesión médica (art. 505, 506 y sgtes del Cód. Civil); b) que ese obrar antijurídico sea imputable jurídicamente al médico, por culpa o dolo (arts. 512, 520, 521, 1072

y ctes. del Cód. Civil); c) que dicho obrar produzca un daño al paciente (arts. 1068 y ccs., Cód. Civil); d) que el daño sufrido guarde relación de causalidad adecuada con el hecho médico (art. 901, Cód. Civil) (cf. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, t. IV-B, p. 145, n° 2826; BUERES, Alberto J., “Responsabilidad civil de los médicos”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1994, t. 2, p. 94 y ss.; LORENZETTI, Ricardo Luis, “Responsabilidad civil de los médicos”, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 461 y ss.; CALVO COSTA, Carlos Alberto, “Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p.142 y ss.).

A tal fin, importa recordar que los jueces no se hallan constreñidos a seguir a las partes en todas sus argumentaciones ni a examinar una a una las pruebas de la causa, sino sólo en la medida que lo consideren conducente para la dilucidación del diferendo planteado (CSJN, Fallos: 274:113; 276:132 y 280:320, entre otros). De allí que no es imprescindible que el juzgador efectúe una argumentación detallada de las probanzas de que hace mérito el pronunciamiento, siempre que éste contenga fundamentos bastantes para sustentarlo (CSJN, Fallos 297:222; 300:1023; 306:1290 y 307:592; CSJ de Santa Fe, AyS t. 111 p. 161, entre otros).

A la luz de los principios rectores antes anotados debe analizarse la actuación profesional de los médicos demandados.

Naturalmente, la sana crítica aconseja frente a la imposibilidad de poner argumentos científicos de mayor peso, decidir sobre la base de las conclusiones



Poder Judicial

de la pericial (ACOSTA, José V., “Visión Jurisprudencial de la Prueba Civil”, Rubinzal, Culzoni, t. II, p. 308).

“Lo fundamental, es que el deudor de la atención, el médico, está obligado a colocar en la esencia todos "los medios apropiados" para lograr la curación.” (Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala 3^a, 04/04/2014, “Flamini, Graciela c/ Stachiotti, Pablo s/ Daños y Perjuicios”, Acuerdo N° 76).

Como se adelantó, en la responsabilidad médica en general, lo que interviene es una obligación de medios y el deber de responder se asienta en la culpa (responsabilidad subjetiva), para cuyo análisis la aplicación del razonamiento lógico impone reconocer la existencia de “riesgos” que son inherentes al propio embarazo o parto, los que pueden clasificarse como previsibles y no previsibles, y dentro de estos como conjurables o no conjurables.

Yendo entonces al material probatorio de gravitación, luce a fs. 448/457 la Pericial Médica confeccionada por los Dres. Estaban Silvio Grana, Marcelo Alfredo Muñoz y Juan Paulo Raiano. Debo referir, como primera aproximación, que la misma ha sido practicada de manera colegiada, lo cual advierte una mayor prudencia en la evaluación de su dictamen y las conclusiones que arroja, puesto que la deliberación de un órgano hace a las veces de no siempre conjurar una identidad de criterios y abre el cauce para la discusión, en caso de que ella encuentre lugar.

Sin perjuicio de ello, también se observa que la misma fue controlada por parte

de los delegados técnicos de las partes e incluso en presencia de los actores, lo cual otorga un mayor contralor para que tenga lugar su pronunciamiento.

Así, del informe suscripto por los peritos intervinientes, surgen varias tópicos a destacar, entre las cuales, se advierte con contundencia y de manera ***textual*** que:

- **Se trató de un embarazo controlado y vigilado medicamente desde el comienzo y antes del mismo**, de acuerdo a los protocolos actuales nacionales e internacionales al respecto en una embarazada de más de 40 años, cuyo embarazo se había logrado por "Procedimiento de Fertilización Asistida".

- **Se le efectuaron todos y cada uno de los controles médicos periódicos correspondientes**, con el aporte de información profesional adecuada a los estudios que se le hacían en tiempo y forma, según las normas del momento establecidas y consensuadas por el Dr. J., entablado una verdadera relación profesional Médico-Paciente-Familia entre ellos y de acuerdo a la situación particular del embarazo que se trataba.

- **No se observa en la documentación aportada incumplimientos por parte del Sanatorio de la Mujer.**

- De acuerdo con la documentación obrante en autos, el Dr. J., médico demandado, **tuvo "la debida atención médica" en general a pesar de los resultados.**

- Ante los síntomas y el diagnóstico que presentó la paciente desde su ingreso al Sanatorio **se actuó activamente** pero no pudieron controlarse las complicaciones que resultaron en un desenlace fatal.

- El Dr. J. **sí obro de acuerdo a la lex praxis** pero no logró solucionar



Poder Judicial

adecuadamente las complicaciones sobrevinientes.

- Ante los síntomas y el diagnóstico de Pre Eclampsia que presentó la paciente, **el Dr. J. actuó activamente desde su ingreso al Sanatorio**, haciendo estudios de Alta complejidad y laboratorios bioquímicos acorde a las circunstancias.

- En los parámetros que se reflejan en la historia clínica y según normas actuales, **era la conducta adecuada** (en referencia a las medidas y prácticas adoptadas por el demandado).

- **La interrupción de la gestación no estaba indicada en un embarazo menor de 37 semanas**, sin evidencia de compromiso fetal (todo lo cual, resta fuerza convictiva a la versión brindada por el actor, que sugería precisamente ello) ya que “...tomar la decisión de inducir el parto o hacer la cesárea es muy difícil de precisar fuera de la circunstancia vivida y de ese momento”, **siendo correcta la conducta de internación Sanatorial.**

- Que se tomaron las medidas habituales en una paciente con el diagnóstico de ingreso de Pre Eclampsia Leve, según los protocolos habituales, pese a ello no se logró evitar el desenlace fatal del hijo.

- **“La historia clínica de la actora fue confeccionada correctamente**, sin tachaduras ni alteraciones en la misma, con buena confección y una descripción permanente del estado de la paciente, como así también, las interconsultas solicitadas según requerimiento clínico de la actora, de los laboratorios

realizados, estudios de imagen según la evolución clínica de la actora y su feto.”

- En cuanto a las conclusiones periciales, es de destacar que “... **se pone en evidencia que el profesional actúa con profesionalismo y dedicación en el seguimiento y control de la paciente.** Donde se pudo establecer su seguimiento por consultorio externos y las internaciones derivadas por el profesional ante situaciones de alarma en la salud de la actora y su feto. Que durante la última internación derivada por el profesional, se le realizaron los controles médicos correspondientes e interconsultas al servicio de cardiología, como así también todos los estudios de imágenes para el seguimiento del estado de salud del feto y laboratorios correspondiente para establecer el estado de salud de ambos.”.

- Que el día en cuestión 15/11/2013, el doctor J. “...**realizó controles médicos en dos oportunidades,** con un eco Doppler solicitado por el profesional que se realizó en el transcurso de la mañana y el nuevo control realizado por el doctor J. durante la tarde donde ante dicha evaluación médica no presentaba situación de riesgo para ambos. Cómo se describió previamente **se podría considerar que el profesional actuó dentro de las pautas de la buena praxis médica y los protocolos de atención y tratamiento de la hipertensión Gestacional y pre eclampsia.**”

Cabe destacar que en el desarrollo de los acontecimientos, el actor señala un presunto estado de abandono, del cual se colige la responsabilidad profesional del demandado, realizando un despunte pormenorizado de los sucesos -hora a hora- de la evolución de la paciente en el día 15/11/13. Dicho despunte, valga la redundancia, se efectúa mediante un minucioso, denodado y encomiable



Poder Judicial

esfuerzo argumentativo en el memorial de alegato, mas sin embargo no logra derribar los argumentos vertidos en la pericial médica donde surge que, precisamente, la actuación del galeno, por el contrario, sí se ajustó a las reglas de la *lex artis*, a la inversa de la pretensión actoral.

Obiter dictum, la queja introducida al acto pericial de su parte -sin impugnarla ni aclararla, amén de haber presenciado la misma- estriba, básicamente, en que si bien la primera “batería” de estudios que se le hicieran a la Sra. S. el día 15/11/13 fueron a las 7.00hs, la segunda en realidad se sucedieron a las 19.00hs y no a las 16.00hs como luce en el informe. Tal circunstancia -incluso reconocida por la demandada-, no puede menos que llevarme a la conclusión que resulta un mero error involuntario que no logra enervar una modificación sustancial al momento de emitir los peritos su dictamen. Y así, toda la trocha de embate argumental que en tal sentido la actora intenta explicitar, no obtuvo favorable recepción de parte de los expertos intervinientes.

Es que en el derrotero de la prueba rendida, más allá de las locuciones que vierte en forma consustancial el accionante, no logra conmover la circunstancia de que el galeno se ajustó de las reglas del buen arte médico. Muy por el contrario, han sido los propios auxiliares de justicia quienes se han encargado de destacar el profesionalismo con el que se condujo el Dr. J. respecto a la tarea que le fuera encomendada. Sugerir lo contrario -o persuadir de ello- deviene en estéril si no se toma en cuenta que las ciencias naturales, que rigen al ser humano, no siguen

una lógica cartesiana mensurable matemáticamente que arroje resultados perfectos -por lo menos en el estadio de conocimiento actual de la medicina-. Y ello es que la ciencia del derecho, haciendo suya tal ponderación, se encarga de direccionar la responsabilidad médica como una obligación de medios y no en miras a asegurar un resultado. Argüir que de haber actuado bajo otras premisas hubiera dado resultados diferentes, resulta no solo contra-fáctico, sino que se pondera como un injusto hacia el profesional demandado quien, según las reglas que imparten su ciencia, aprueban el derrotero de su comportamiento, circunstancia además no rebatida científicamente por la accionante, más allá de manifestar su disconformidad con los resultados periciales en un plano meramente dialéctico/conjetural.

Tomar, asimismo, elementos y circunstancias que surgen del plafón fáctico, sin considerar otras, deviene, cuanto mucho, en un análisis incompleto o sesgado.

Me explico.

No escapa que el embarazo fue acometido mediante técnicas de reproducción asistida, todo lo cual infiere, al menos en un análisis liminar, dificultad para su acometimiento fuera de aquéllas. A ello se le suma la edad en la que las mismas tuvieron lugar, todo lo cual puede predisponer un mayor o menor riesgo la sobrevida fetal. Tal cuadro de situación es para poner al corriente que se trató *ab initio* de un escenario con una incipiente o posible proyección de complejidad a futuro.

Dentro de tal andamiaje, tampoco escapa la situación personal, cruenta y desgarradora que puede ser para una madre la pérdida de su -primer-



Poder Judicial

primogénito, luego de un largo derrotero, ilusiones y esperanzas depositadas, todo lo cual se viera desvanecido, con total desasosiego y casi al final del embarazo. Y nadie más que ella puede entender en piel y alma su tristeza y pesar. Mas las tareas judiciarias no pueden basar sus decisorios únicamente en circunstancias vívidas o personales -por más desgarradoras que sean- si no se encuentran derechamente vinculadas a dar a cada uno lo suyo de acuerdo a las probanzas de autos. Y en tal entendimiento, la *probatio probatissima*, esto es, la pericial médica, fue conteste en establecer de que, aún y todo, el actuar y seguimiento que realizó el Dr. J. , amén de ajustarse a la buena praxis y a los protocolos vigentes, no pudo impedir el resultado de no sobrevida fetal. Y exigir una conducta de lo imposible -o lo científicamente no comprobado- deviene en un injusto.

Tampoco se advierte un actuar que permita inferir negligencia o displicencia respecto al trato con la accionante en razón de un posible sufrimiento fetal, puesto que según los auxiliares de justicia, tampoco podía ser detectado de manera previa al último control de las 19hs. Y ello se desprende cuando a fs. 464/465, la parte actora solicitó que se amplíen los puntos periciales en tal sentido, a los cuales los peritos se refirieron a fs. 475/476 explicando que “de haberse detectado sufrimiento fetal, la conducta adecuada era la "interrupción del embarazo" pero no hubo registros en la documentación analizada de "sufrimiento fetal" al momento de realizar los citados controles.”

Bien se ha dicho que la conciencia plena de la falibilidad del conocimiento empírico, como así la imposibilidad ontológica de asegurar resultados objetivamente verdaderos -máxime cuando la causa médica suele presentarse de manera compleja, simultánea o confusa-, obliga al derecho a conformarse con verdades posibles y consecuentemente a descartar planteamientos que buscan certidumbres absolutas, de las que, hoy por hoy, existe sólo la certeza de su inalcanzabilidad (Medina Alcoz, “La teoría de la pérdida de oportunidades”, p. 347).

“En otras palabras, se establecerá probabilísticamente - reconociendo cierta dosis de aleatoriedad-, alcanzando para tenerla por acreditada que supere suficientemente, con grado fuerte o alto, el umbral de lo hipotético o posible, demostrando que era más probable estadística y lógicamente que improbable que ese obrar tuviese entidad causal del desenlace (Juan Manuel Prevot, “Responsabilidad civil de los médicos”, p. 143/178; Gamarra, “Responsabilidad civil médica”, Tº 2, p. 279). Esto se justifica plenamente en materias como la medicina en la cual la víctima afronta dificultades probatorias a veces insuperables que atañen a los misterios del cuerpo humano y a las imperfecciones de la ciencia médica (Ataz López, “Los médicos y la responsabilidad civil”, p. 343)

Es que “La determinación del nexo causal no puede fundarse en conjeturas o posibilidades inciertas, aunque no siempre es requisito la absoluta /certeza, por ser suficiente (en casos singulares) un juicio de probabilidad calificada (Tribunal Supremo de España, Sala 1, 7/6/02, sent. 581/02, ponente Pedro



Poder Judicial

González Poveda)” (Cám. Civ. y Com. Junín, 28/04/2011, “V., A. J. y otros c/ B., A. y otros s/ Daños y perjuicios”, www.scba.gov.ar).

Incluso la crítica ensayada por el accionante *a posteriori* del acto pericial no es sino más que una mera discrepancia, sin fundamentos serios que justifiquen soslayar lo dictaminado por los expertos. Es que “cuando los datos de los peritos no son compartidos por los litigantes, es a cargo de estos la prueba de la inexactitud de lo informado. Son insuficientes las meras objeciones, es menester probar que lo dicho por el especialista es incorrecto, que sus conclusiones son erradas o que los datos proporcionados como sostén de sus afirmaciones son equivocadas o mendaces” (Cám. Civ., Com. y Lab. Venado Tuerto, 15/05/1998, “Piñero, Aldo R. c/ Criadero S.P. S. S.A. s/ Dem. Laboral”, Zeus 78, R-23; también: Cám. Civ., Com. y Lab. Rafaela, 19/03/1993, “Becerra, César A. y Otros c/ Sors, Enrique T. s/ Ordinario”, Zeus 62, J-57). Dado que “la impugnación de la pericia debe tener tal fuerza y fundamento que evidencie la falta de competencia, idoneidad o principios científicos en que se funde el dictamen” Cám. Civ., Com. y Lab. Rafaela, 23/08/1991, “Moyano, Ramón Angel c/ 2 M Construcciones S. A. y Otro s/ Laboral”, Zeus 58, J-167).

En el caso bajo examen ninguna de esas exigencias ha cumplimentado el accionante. Es que amén de su encomiable esfuerzo argumentativo, no logra probar el nexo causal o la antijuricidad de la conducta y, por tanto, ocioso se hace argüir.

“En efecto, no existe en el caso prueba trascendente que demuestre la existencia del pretendido nexo causal, el cual tampoco se lo puede presumir (v. Morello, "Código...", v. II, p. 69, párr. 346 y Palacios, "Derecho...", Buenos Aires, 1977, t. V, p. 453, entre otros).

Consabido es que “...en los procesos por mala praxis médica, como el presente, la prueba de una importancia prácticamente decisiva, es el dictamen pericial médico en tanto asesora sobre temas que normalmente escapan a la formación profesional del juez. Se ha dicho que en materia de responsabilidad médica se acentúa el significado del peritaje, que es evaluado según las reglas de la sana crítica; cuanto mayor es la particularidad del conocimiento, menor es la posibilidad de apartarse (Conf. Cipriano, Néstor A., “Prueba pericial en los juicios de responsabilidad médica (Finalidad de la prueba judicial)”, en La Ley 1995-C, 623, citado por Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala 4ª, 29/06/2012, “Garzon, Mónica Graciela c/ Bacigalupo, Reinaldo y otro s/ Daños y Perjuicios”, Acuerdo N° 215). Vale decir, el dictamen pericial adquiere una especial significación desde que resulta ser, en la generalidad de los casos, la “probatio probatissima” (conf.: Rabinovich Berkman, R.D. “Responsabilidad del Médico”, pág. 239, núm. 52, ed. Astrea, 1999, citado por CNCiv., Sala F, 1/11/2004, “S. , R. R. del V. c/ Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia y otro s/ daños y perjuicios”, <http://www.diariojudicial.com>).

Se colige, entonces, que no está probado la mala praxis imputada y no existen indicios que conduzcan a la certeza moral necesaria para imputar responsabilidad al profesional y al sanatorio sindicado como presunto autor -



Poder Judicial

subjetiva y objetivamente hablando-.

El Código Civil velezano ha receptado el *principio de la causalidad adecuada* (cfme. art. 906 del Cód. Civil) por lo que se afirma que la adecuación del evento dañoso a la causa, debe ser juzgada en función de una previsibilidad en abstracto. En efecto, “el art. 906 del Cód. Civil, después de la reforma de la ley 17.711, al receptar la doctrina de la causa adecuada, obliga a distinguir entre varias condiciones o causas sin las cuales el resultado no se hubiera producido, aquella que adquiera mayor relevancia, por ser verdadera o muy probable de acuerdo con el acontecer natural y ordinario de las cosas, pues en ello consiste la individualización de la causa adecuada (la que guarda con el hecho ilícito un nexo adecuado de causalidad "lexico legis".” (Cám. Civ. y Com. Dolores, 29/11/1979, “Nogueira R. c. Vider, C.”, SP La Ley 1981-213).

A mayor abundamiento, “la causa de un resultado dañoso es un condición *"sine qua non"*, es decir, aquélla que, entre todas las que concurren, ha influido decisivamente en la dirección del resultado operado. No todas las condiciones necesarias para operarlo son equivalentes, sino de eficacia distinta, de modo que sólo debe calificarse como "causa" a la más eficaz o activa dotada de mayor fuerza productiva. Así, la relación de causalidad jurídicamente relevante es la que media entre el daño ocasionado y el antecedente que lo produce normalmente, conforme al curso natural y ordinario de las cosas” (CNCiv., Sala A, 04/11/ 1997, “Ch., V. H. y otros c. Pasper S. A.”, La Ley 1998-C, 218). Por

ello, “es preciso determinar si la ocurrencia del daño es de esperar en el curso normal de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de ese posible cálculo” (C2aCC Paraná, 27/05/1997, “Roigt, Mario E. c. Provincia de Entre Ríos”, LL Litoral, 1998-496).

En la especie, tampoco se ha desvirtuado que el tratamiento recibido por la actora no fuera el adecuado y, en efecto, la pericia se ha encargado de desterrar tal pretensión. En tal télesis, el apartamiento de lo decidido por las practicas periciales solo puede tener lugar si existen elementos serios, verosímiles y de contundencia probatoria que habiliten su correspondido contrapeso, todo lo cual se advierte huérfano de ser considerado por cuanto no hay evidencia empírica - ni de piezas procesales en autos- que den razón a los dichos de la actora.

Tiene dicho la CSJN que: “Es arbitraria la sentencia que -apartándose de los dictámenes de los peritos- hizo lugar al reclamo por mala praxis médica si ambos informes -el del perito de oficio y el del Cuerpo Médico Forense- son coincidentes en que no hubo imprudencia, negligencia ni impericia profesional en el tratamiento dispensado, que existió información suficiente y contó con el respectivo consentimiento, por lo que no existió mala praxis sino el fracaso posible de la terapéutica propuesta” (Fallos 325:2183).

Al respecto el máximo Tribunal de la Nación ha sostenido que “Aunque el consejo experto no es vinculante, no parece coherente con la naturaleza del discurso judicial apartarse de él sin motivo, pues, a pesar de que en nuestro sistema la pericia no reviste el carácter de prueba legal, si el perito es una persona especialmente calificada por su saber específico y se desempeña como



Poder Judicial

auxiliar judicial distinto de las partes, la prudencia aconseja aceptar los resultados a los que aquél haya llegado, en tanto no adolezcan de errores manifiestos o no resulten contrariados por otra probanza de igual o parejo tenor” (CSJN, “B., J. M. s/ Insania”, 12.06.2012, La Ley Online AR/JUR/23570/2012).

En el mismo sentido se ha dicho que “Aun cuando las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, si el informe comporta la apreciación específica en el campo del saber del perito, para desvirtuarlo es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso de los conocimientos técnicos o científicos” (CNCiv, sala E, 05.11.2012, La Ley Online AR/JUR/62269/2012, citado en autos “CHETTA, Francisco contra VELAZQUEZ, Jerónimo y otros sobre Daños y Perjuicios”, CCyC Sala II, 19.12.2016).

La falta de éxito en la prestación del servicio profesional no necesariamente conduce a la obligación de resarcir al damnificado, pues el médico cumple empleando la razonable diligencia que es dable requerir a quien se confía la vida de un hombre o su curación, máxime teniendo en cuenta que un tratamiento o intervención quirúrgica exitosa no depende enteramente del profesional, sino que a veces se ve influido por factores ajenos a él, como lo son el riesgo quirúrgico, el adelanto de la ciencia u otras circunstancias imposibles de controlar (CNCiv., Sala E, 06/11/2000, “Nilssen, Carlos A. c. Vogt, Hans Dieter y otro”, La Ley Online AR/JUR/3619/2000). Por lo que sólo responde

“si la falta de éxito deriva de la inobservancia de las reglas de prudencia y atención o de un grueso error científico” (CNCiv., Sala F, 05/05/1988, “Pérez, Guillermo c. Trombetta, Roberto”, La Ley 1989-B, 626 • La Ley 1989-C, 624).

Se ha sintetizado con claridad que: “Si bien la temática es controvertida, por lo cual corresponde su análisis particularizado, se ha entendido (CNFed. Civil y Com., sala II, 22/10/96, LA LEY, 1997-A, 347) que en materia de mala praxis médica, existen tres principios básicos:

“a) La obligación del médico es de medios y no de resultado de manera que la sola presencia del daño no implica, sin más, causal de atribución de responsabilidad;

“b) corresponde a quien inculpa al médico, probar la negligencia o impericia, sin perjuicio del deber moral e inclusive jurídico del demandado, de colaborar en el esclarecimiento de la verdad; y

“c) la prueba relevante es el dictamen de la pericia médica, en tanto asesora sobre temas que normalmente escapan a la formación profesional del juez.

“No cabe duda en cuanto a que el profesional asume una obligación de prestación de los servicios médicos con la debida diligencia y la exigible eficiencia, una obligación de asistencia al paciente mas no de curación a ultranza, ni siquiera de alivio o de mejoría en su mal y que no asegura la eficacia del tratamiento que emprende (Fernández Costales, Javier, El contrato de servicios médicos, Civitas, Madrid, 1988, p. 202). La obligación que asume el profesional del arte de curar es poner todo su empeño, su saber, su diligencia y



Poder Judicial

los medios de que disponga para obtener la curación del enfermo, sin que pueda garantizar el logro de tal objetivo, a lo que se agrega que la complejidad de los elementos que juegan en cada caso médico, sumado a las particularidades que hacen a la individualidad de cada enfermo, impiden tener la certeza de que un organismo responderá en la forma en que lo hacen los demás. El carácter inductivo de la ciencia médica no permite afirmaciones terminantes o matemáticamente categóricas (CNCiv., sala G, 15/04/85, LA LEY, 1985-C, 547). La medicina es un arte de naturaleza conjetural (CNFed. Civ. y Com., sala I, 27/08/96 (inédito).” (CNCiv., Sala F, 09/06/2003, “R. D., M. M. O. c. Obra Social del Personal de la Sanidad y otros”, La Ley 2003-E, 430).

En síntesis, al no haberse probado la responsabilidad médica del galeno interviniente -por ausencia de nexo causal-, ni tampoco haberse acreditado -en dicho andamiaje- la responsabilidad sanatorial, me lleva a la conclusión de que la acción de daños concerniente a la mala praxis médica alegada no podrá prosperar y, por tanto, su rechazo, se impone.

Costas. En cuanto al acápite de costas, habré de detenerme en su análisis. Las reglas que establece nuestra ley adjetiva resultan claras: como principio rector, cada litigante debe satisfacer las costas causadas a su instancia y la parte que le corresponda en las comunes (art. 250 CPCCSF), sin perjuicio de que la parte vencida será siempre condenada a pagar las costas del juicio, salvo excepciones (art. 251 CPCCSF). Afirmo la mejor doctrina, siguiendo tal línea que: “La regla

es -como se sabe- “costas por su orden”, y tanto es así que “si una resolución no contiene condena en costas y así es consentida (por no interponerse a su respecto aclaratoria o algún otro recurso) se entiende que aquéllas se imponen en el orden causado” (PEYRANO, Jorge W, “Régimen general de imposición de costas en el C.P.C.C. Santafesino”, Zeus 61, D-119).

Por otro lado, la llamada "razón plausible para litigar" no existe en nuestro proceso civil. Así lo tiene dicho nuestra Corte Suprema de Justicia provincial: "No puede tener favorable acogida el agravio vinculado a la imposición de costas por el rechazo de la excepción de incompetencia, ya que con acierto afirmaron los sentenciantes que la 'razón plausible para litigar' no existe en el proceso civil santafesino como modo de morigerar la pauta del vencimiento, por lo que su aplicación implicaría un supuesto de arbitrariedad por apartamiento del texto legal vigente (art. 251 del C.P.C. y C), sin que la compareciente con lo alegado logre demostrar que en el caso estemos ante un supuesto que por alguna excepcional razón autorice a apartarse de la regla que prescribe imponer las costas al vencido." (CSJSF, "Ortiz c. Sanatorio de los Nuevo Ayres y otros", 17-06-2009, Base de datos de jurisprudencia de la Corte, Cita: 29568/12; entre otros).

Por tanto, se auspicia un sistema causídico procesal que, al no contar con la figura antedicha, encorseta -de algún modo- la deliberación para casos como en el presente, donde la demanda no se advierte temeraria, ni con vestigios de malicia procesal y en donde los presupuestos de viabilidad de la razón plausible para litigar se amalgamarían perfectamente para dar -en lo que entiendo- a una



Poder Judicial

ajustada solución del caso en cuanto a la tónica de costas.

Sin perjuicio de ello, asistimos hoy en día a principios rectores dados por los arts. 1, 2 y 3 del nuevo cuerpo legal civil y comercial, el cual predica, en una suerte de vasos comunicantes, el diálogo de fuentes, entre los que se interrelacionan los marcos convencionales, constitucionales y del derecho privado: lo que comúnmente se tradujo como la “constitucionalización del derecho privado”.

Así, se ha dicho que “Sin que resulte necesario abundar en ello desde un plano puramente teórico, cuadra comenzar el razonamiento recordando que en las últimas décadas y fruto de los procesos de constitucionalización y convencionalización del Derecho, esto es, del tránsito operado hacia el Estado "constitucional" de Derecho, se ha producido un cambio decisivo en lo que refiere a la motivación de (todas) las decisiones adoptadas por los organismos públicos (legislativos, ejecutivos y judiciales). Conforme ha sido explicado con claridad por Manuel Atienza, como derivación de la invasión en la práctica jurídica de las constituciones -enriquecidas con más derechos humanos- y de los tratados que versan sobre tales derechos, vale decir, como consecuencia de erigirse estas fuentes como centros o núcleos de los sistemas jurídicos, los poderes estatales son más limitados y deben justificarse de un modo mucho más exigente, sin que resulten aptos para ello la referencia a la autoridad (a que la decisión fue adoptada por el órgano competente), ni al cumplimiento de los

procedimientos exigibles, sino que se requiere un control en cuanto al contenido

(El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación, Barcelona, Ariel, 2012, p. 17).” (Del voto en disidencia del Dr. Depetris in re L., M. C. Y OTROS c/ O., C. N. Y OTROS s/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVAS; Fecha: 09/09/2022; Tribunal: Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial (Sala III); Cita: 670/22)

Ello se traduce en el llano, a tener “...una doble visión, ya que a mayor libertad, mayor responsabilidad es la que tienen los jueces al momento de resolver.”

(Algunas reflexiones acerca de la «Constitucionalización» del Derecho Privado actual; Autor: Cooke, Ezequiel; Fecha: 13-oct-2020; Cita: MJ-DOC-15578-AR | MJD15578)

Ninguna duda cabe que la aplicación de la ley sin tener en miras un esquema axiológico en su conjunto, deshilvanado con las circunstancias particulares de la causa, podría llegar a devenir en un injusto. Me explico. Es que en lo tocante a la temática de esta clase de juicios, no puede dejarse de lado que aborda una temática que desnuda fibras de las más sensibles, cuyo talante se ancla en ventilar circunstancias que, cuanto mucho, importan un revivir de situaciones cuyas cicatrices resultan de difícil olvido: por un lado, de parte del médico demandado -el cual resultó denunciado por algo que, en esta instancia ha sido rechazado-, pero, en lo específico y por el otro, me refiero al duro trance que hubo de transitar la madre del bebé fallecido. Difícil se hace no contextualizar o intentar ponerse en su sayo, a la sazón de la plataforma fáctica que no mostró resistencia en el debate, esto es: su tratamiento previo de fertilización, su



Poder Judicial

condición de madre primeriza, la edad en la que lo atravesaba, el momento en que hubo de interrumpirse el embarazo (8 meses) y el fatal desenlace que terminó con la vida de su hijo dentro de su vientre.

La Corte Suprema ha sostenido que: "...no cabe que los jueces se guíen, al determinar el derecho, por patrones de moralidad que excedan los habitualmente admitidos por el sentimiento medio, pues como lo señala Cardozo, 'los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recia' ('The nature of the judicial process', U.S., Yale University Press, 1937, pág. 106). En efecto, la decisión judicial no ha de reemplazar las opciones éticas personales cuya autonomía también reconoce el art. 19 de la Constitución Nacional. Ahora bien, en el sentimiento corriente, la actitud hacia las pérdidas definitivas, no es aconsejable su asunción heroica, sino que se traduce en un activo intento de mitigarlas, aún a sabiendas de la pobreza de medios con que se cuenta a ese fin" (Cfr. CSJN, "Santa Coloma c/Empresa Ferrocarriles Argentinos", E.D., T. 120, pág. 652).

Advierto así que la co-actora se encuentra dentro del grupo de personas vulnerables -conforme lo establecen las Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la justicia de las Personas en condiciones de vulnerabilidad- que requieren una tutela de protección especial, dado en principio por su condición de género, pues, en efecto, su art. 8 establece: "La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un

obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad.”

En efecto, la doctrina se ha enmarcado en recalcar que “Diversas normas de tales fuentes resultan aplicables en la Argentina a la problemática de género más allá de las que están genéricamente destinadas a la defensa y promoción de los derechos humanos que aluden a la igualdad y a la no discriminación.”

>> “Entre las relacionadas con la cuestión de género, se destacan, en el plano constitucional, además del histórico y genérico art. 16 que reconoce el principio de igualdad ante la ley, ya más específicamente el 37 y el art. 75, incs. 19 y 23, que refieren al dictado de legislación que incluya medidas de acción positiva en favor de las mujeres que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, el desarrollo humano, el progreso económico, la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos. Ya entre los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados por el art. 75, inc. 22, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), manda asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre; modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones



Poder Judicial

estereotipadas de hombres y mujeres. Ya más específicamente relacionadas con las relaciones económicas, entre los arts. 13 y 15 reconoce el derecho de las mujeres a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero; a obtener acceso a los créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas; a gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones, y a firmar contratos y administrar bienes.”

>> “Entre otras normas internacionales aplicables ratificadas por la Argentina, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer ("Convención de Belem do Pará"), reconoce el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y destaca a la violencia como una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Propone, por primera vez, el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres como fundamentales para luchar contra el fenómeno de la violencia contra su integridad física, sexual y psicológica, tanto en el ámbito público como en el privado, y su reivindicación dentro de la sociedad.”

(Consumo, subconsumo, hipervulnerabilidad y perspectiva de género. A propósito del Anteproyecto de Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor; Puccinelli, Oscar Raúl; Publicado en: SJA 18/09/2019,33 • JA2019-III)

Así, entiendo que asistimos a una situación donde una madre ha perdido a su

hijo, en el último estadio del embarazo, de donde y de acuerdo a los considerandos precedentes a pesar de que entiendo la no culpabilidad médico-asistencial, ello no puede conducir a la aplicación sistemática en todos los casos del régimen objetivo de la victoria en materia de costas, sin atender a las circunstancias especialísimas que surgen del plafón fáctico.

La jurisprudencia tiene dicho que “Se debe dar cumplimiento a la obligación general que tiene el Estado Argentino de respetar y garantizar derechos humanos, estándares que provienen principalmente de la Declaración Americana de Derechos Humanos y del Pacto de San José de Costa Rica, y que fueron replicados en la legislación específica en la materia de la violencia de género, esto es en el inc. b, art. 7, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), y en el inc. c, art. 2, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Esa obligación estatal implica la adopción de medidas de protección de manera integral, que abarquen todas las problemáticas planteadas y padecidas por la mujer que denuncia ser víctima de hechos de violencia, ya que sólo de esta forma es posible garantizar el efectivo goce del derecho de la misma a vivir una vida libre de toda violencia.” (P., O. B. y otro vs. C., D. y otro s. Violencia familiar /// Juzg. Viol. Fam. y Género N° 3, Salta, Salta; 15/10/2021; Rubinzal Online; 745006/21; RC J 7480/21). El artículo 7 de la Convención de Belem do Pará, establece que los Estados Parte convinieron adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.



Poder Judicial

Por otra parte y como con acierto remarca Graciela Medina, no basta con aplicar el derecho positivo interno con la estructura jurídica tradicional, sin mensurar el alcance que para cada parte tendrá el decisorio..."Si no se incorpora la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales, seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de las mujeres, ya que no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación si a la hora de aplicarla se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismo procesales que cualquier proceso y se lo juzga olvidando la cuestión del género y su problemática que es en definitiva lo que da origen al conflicto". ("Juzgar con Perspectiva de Género" "¿Porque juzgar con Perspectiva de Género? Y ¿Cómo Juzgar con Perspectiva de Género?". Graciela Medina <http://www.gracielamedina.com>).

Y humildemente entiendo que hace también a la matriz del juzgamiento con perspectiva de género, la no agresión patrimonial que devenga de una situación de la cual tuvo como resultado el fallecimiento de su hijo, por las razones que expondré a continuación.

En las coordenadas antes referidas y con similar tino, se ha colocado en crisis la órbita y alcance de la gratuidad en materia de costas en procesos donde se encuentran involucrados los derechos del consumidor (*in re* CSJN «*ADDUC y otros c/ AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento*» (CAF 17990/2012/1/RH1) del 14/10/21), ello sin perjuicio -lo cual reconozco- de la existencia de

jurisprudencia local encontrada.

El argumento fondal de tal decisorio, radicó en que “...una razonable interpretación armónica de los arts. 53 y 55 de la ley 24.240 permite sostener que el legislador tuvo la voluntad de eximir a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor del pago de las costas del proceso, en tanto la norma no requiere a quien demanda la demostración de una situación de pobreza para otorgar el beneficio, sino que se lo concede automáticamente y solo en determinados supuestos, en acciones iniciadas en defensa de intereses individuales, se admite que la contraparte acredite la solvencia del actor para hacer cesar la eximición. Agrega que si los legisladores descartaron la utilización del término beneficio de litigar sin gastos en la normativa de defensa del consumidor, no fue porque pretendieran excluir de la eximición a las costas del juicio, sino para preservar las autonomías provinciales en materia de tributos locales vinculados a los procesos judiciales.” (CSJN; fallo citado; 14 de Octubre de 2021; Id SAIJ: NV31794)

Desde esta óptica, consabido es que la desigualdad estructural entre los proveedores y los consumidores o usuarios que caracteriza a las relaciones de consumo (y se traduce en la asimetría de información y las diferencias de poder económico y de negociación entre ambas partes), hace que se justifique la protección adicional que el ordenamiento jurídico proporciona al contratante más débil de dicha relación, en tanto que la preceptiva del consumidor tiende a paliar tal desigualdad (v. Cám. 6a. Civ. y Com. de Córdoba, 23/03/2014, “Gervan c/ Ford S.A. y otros s/cobro de pesos”, elDial.com- AA87CD).



Poder Judicial

Ninguna duda cabe a esta altura que los accionantes revisten la doble condición: de mujer, por un lado -madre gestante-, y de consumidores -ambos progenitores- por el otro, siendo que la regla, *favor debilis*, se impone. Y no encuentro fundamento alguno para responder al interrogante de por qué discriminar en el trato a la mujer en estado de vulnerabilidad, del consumidor, en cuanto a la específica concesión del beneficio de gratuidad; ello y a raíz del precedente jurisprudencial del Máximo Tribunal, el cual se pronunció en cuanto a la exoneración de costas respecto del primero.

Así, se advierte que una sentencia desfavorable con más su condenación en costas se traduce en un doble peso que se balancea únicamente hacia una sola parte: como se dijo, la vulnerable; que no solo ve frustrada la posibilidad de conseguir una condena económica a raíz de la pérdida de un hijo -lo que, a la postre, surgió del derrotero de ventilar nuevamente todo lo sucedido- sino que, podría además devenir en una futura ejecución contra su patrimonio a raíz de la sentencia en contra de aquélla, todo lo cual se traduciría en una doble victimización.

Ello no escapa, sin más, a que en cualquier caso pueda decidirse con idéntica traza. La mesurada prudencia que debe imperar al momento de dictar un decisorio, obliga a ponderar todas y cada una de sus consecuencias. Y en la especie, si bien encuentro al presente no libre de escollos, -como se dijo- también advierto circunstancias especialísimas y de carácter excepcional como

las que presentó el caso, que entiendo conducentes para aplicar el régimen tuitivo antes referido. Ello no significa desmerecer en modo alguno la digna y excelsa tarea de los profesionales intervinientes en el derrotero de los presentes. Entiéndaseme bien. Todo lo contrario. A la noble e incansable labor abogadil, en aras de encontrar justicia, mi más profundo y admirable respeto. Pero en casos como en este, apelo a su enorme dignidad y sensibilidad humana, con basamento en un andamiaje normativo y jurisprudencial, de carácter imperativo. Por tanto y en razón del plafón normativo supranacional, convencional imperante, advierto que amerita apartarme de las tradicionales reglas objetivas de vencimiento que establece la ley ritual y, atendiendo las particularidades de la causa, me obligan a imponer que las mismas lo sean por su orden causado (art. 250 CPCCSF).

Es que las convenciones y pactos internacionales que realizan una traza de protección integral hacia los consumidores y principalmente hacia la mujer, estimo, humildemente, que nos hablan un poco de esto. De no desentendernos de las implicancias y de las decisiones judiciales, si ellas derivan hacia un injusto. Pues pensar lo contrario, sería hacer caer en saco roto la innumerable materia legislativa que en nuestro país se ha adoptado, en pos de proteger a los más vulnerables, en este caso, a los padres en su conjunto - como consumidores- y en especial a la mujer, puesto que no debe haber un dolor más grande, entre otros, que la pérdida de un hijo, para sumar ahora un nuevo traspié, como son las costas judiciales.

Por lo expuesto,



Poder Judicial

RESUELVO: I.- No hacer lugar a la demanda; II.- Imponer las costas por su orden causado (art. 250 CPCCSF); III.- Honorarios, oportunamente. Insértese, dése nota y hágase saber.