En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Graciela Mercedes García Blanco y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"R., S. E. c/ P., J. C. s/ SUMARIO", expte. nro. 689/12**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 136/08), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 283), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 245/249? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Vienen las presentes actuaciones por haber sido apelada a fs. 250 por la parte actora la sentencia definitiva nro. 58 del 13/06/12 (fs. 245/249), habiéndose concedido a fs. 252 el recurso de apelación interpuesto libremente y en efecto suspensivo.

El fallo, en la parte que aquí se cuestiona, dispuso: ”2) Rechazando la demanda de daños y perjuicios por mala praxis interpuesta por la Sra. S. E. R. contra el Sr. J. C. P. y la aseguradora F. P. S. S.A. y 3) Imponiendo las costas del proceso a la parte

actora vencida…”.

I.A) A fs. 274/279vta. expresa agravios la parte apelante actora y, conforme el traslado conferido a fs. 280, los mismos no fueron contestados por la parte demandada.

Entendiendo que en la estructura de la sentencia los resultandos (aplicable aquí a los agravios) tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la pretensión y la relimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener “la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio (o de los agravios), siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso, a cuyo efecto basta una mera remisión (cf. crit. Morello - Sosa – Berizonce en “Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación”, T.II-C, pág. 64; Cám. Nac. Com., Sala C, 03/11/80, entre otros) y teniendo presente el principio procesal de concentración, he de realizar la transcripción de los mismos sin perjuicio de tener en cuenta cada línea de pensamiento expuesto en el desarrollo que en cada uno de sus agravios ha realizado la parte demandada apelante.

No está discutido en autos que el demandado Sr. J. C. P. atendió a la actora, Sra. S. E. R., en su calidad de médico tocoginecólogo durante su embarazo en el año 2002/2003, que en fecha 26/02/03 la accionante concurrió a consultarlo y en esa oportunidad advirtió que existía retardo de crecimiento intrauterino, motivo por el cual le prescribió la realización de una ecografía para confirmar el diagnóstico; que con fecha 03/03/03 la actora ingresa en el Hospital Alvear con

contracciones, por lo cual la Dra. Obstétrica A. N, al no poder determinar si los latidos que escuchaba correspondían a la madre o al hijo se comunica con el demandado, quien ante la situación planteada decide practicar cesárea, siendo el resultado de la misma la extracción de un feto muerto, que posterior a la aparición de infección de parte de la paciente le diagnosticó la existencia de una endometritis puerperal, prescribiéndole antibióticos y que a fin de proteger la vida de la paciente en dichas circunstancias se realiza una histerectomía, la cual provoca incapacidad total y absoluta de gestar (conforme los términos en que contestó la demanda (fs. 47 y 49/vta.).

I.B) El núcleo de la argumentación esgrimida en los agravios lo adelantó la propia recurrente en cuanto a que el *a quo* ha hecho una errónea e incorrecta valoración de la prueba, cuando no una omisión lisa y llana en su apreciación, y sin la menor lógica, apartándose de la prueba atendible de manera totalmente injustificada (fs. 276/279vta.).

He de principiar esta parte de mi voto expresando que es entendimiento de la suscripta, a partir de autos caratulados: "I., E. M. c/ E., J. C. y otro s/ Daños y Perjuicios", expte. No. 10.074/98, 10/02/99, registrada bajo el nro. 05 del año 1999 del libro de sentencias definitivas -siguiendo el criterio la Suprema Corte de Buenos Aires- que la responsabilidad profesional es aquella en la que incurre el que ejerce una profesión al faltar a los deberes especiales que esta le impone y requiere por lo tanto para su configuración, los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil.

Ello quiere decir que cuando el profesional omite

las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable (art. 512, C.C.).

Abundante es la jurisprudencia que precisa, que constituye parte especial de la responsabilidad profesional y al igual que esta se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general, siendo erróneo considerar que el médico solo debe responder en casos de falta notoria de pericia, grave negligencia o imprudencia, ignorancia inexcusable, grosera inadvertencia, graves errores de diagnóstico y tratamiento" (SCBA, Ac 31702 S 22 12 87, autos caratulados" Rivero y Hornos, Miguel y otra c/ Echde, Norberto y otros s/ Daños y perjuicios" (AyS 1987 V 355 DJBA t. 1988 135 p. 138; SCBA, Ac 38114 S 25 10 88, "Angemi, Sebastián c/ Sanatorio Valentín Alsina S.A. y otro s/ Daños y perjuicios"; AyS 1988 IV 79 DJBA t. 1988 135 p401;SCBA, Ac 45177 S 30 4 91, "Silvanto de AbelLeyro, María del Valle c/ Clínica Modelo "Los Cedros" de Horacio Hadad y ot. s/ Daños y perjuicios" AyS t. 1991 I 574; SCBA, Ac 46039 S 4 8 92, "Acosta, Ramón Teófilo y otro c/ Clínica Indarte S.A. y otro s/ Daños y perjuicios" JA t. 1993 IV p. 63; SCBA, Ac 50801 S 21 12 93," Gauna, Delmira c/ Clínica Privada Pilar y otra s/ Daños y perjuicios" DJBA t. 146 p. 156:SCBA, Ac 58840 S 5 9 95: "Caldarini, César c/ FEMEBA Salud y otros s/ Daños y perjuicios"; SCBA, Ac 55404 S 25 3 97: "Méndez Arévalo J. c/ Municipalidad de Salto y otros s/ Daños y perjuicios": DJBA t. 153 p. 7.).

Respecto al tema sobre a qué parte le recae la carga de la prueba de la culpa, resulta esclarecedor lo expresado por el Dr. Luis Lorenzetti, en su obra

"Responsabilidad Civil de los médicos", T.II, págs. 233/234, edit. Rubinzal - Culzoni, septiembre de 1997, quien después de citar las dos corrientes doctrinarias que se han suscitado en dicha temática, advierte: "Ello hace que, en definitiva, el médico deba tener una actitud activa frente a la prueba de la culpa y presentar la mayor explicación posible, de lo contrario, participe de una u otra tesis, el juez buscará la forma de presumir la culpa... Este dato experiencial del Derecho confirma que, desde el punto de vista de las expectativas jurídicas, una vez que el paciente probó la existencia del vínculo contractual o aquiliano, el daño, el nexo causal, el médico deberá intentar mostrar la falta de culpa".

En sentido análogo se ha expedido la Sala A de esta Cámara de Apelaciones cuando expresa: "La jurisprudencia se inclina por mantener, de acuerdo con la legislación vigente, los principios tradicionales en materia probatoria: salvo los casos expresamente previstos por la Ley, como el de los daños ocasionados con las cosas, quien alega la culpa o negligencia como fundamento de su pretensión, tiene la carga de probarla. Sin embargo, en los juicios por mala práctica, se ha atemperado el criterio riguroso mediante distintos argumentos, como el de conferir un elevado valor a las presunciones judiciales, teniendo en cuenta las dificultades probatorias que debe sortear con frecuencia el paciente: evidenciados por éste ciertos datos empíri-cos, el juez debe deducir la culpa médica no probada en forma directa; así corresponde considerar probada la culpa si el daño, según la experiencia común, no puede explicarse de otro modo que no sea por la culpa médica, a menos que el demandado

aporte prueba eficaz para liberarse de responsabilidad" (09-08-02, Sentencia Definitiva, Magistrados: Daniel Luis Caneo - Fernando Nahuelanca: ”M., S. C/ P., C. y Otros s/ Daños y Perjuicios”, tribunal de origen: Juzgado Civil y Comercial N° 3).

Ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos caratulados: ”Plá, Silvio Roberto c/ Clínica Bazterrica S.A y Otros” (sent. 04/09/01): ”En materia de mala praxis, donde se trata de situaciones complejas que no resultan ser de fácil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de “la carga dinámica de la prueba ” o “prueba compartida", que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva el deber de hacerlo”.

Precisando las consideraciones vertidas precedentemente entiendo que: a) en muchas hipótesis el demandado tiene el deber moral y jurídico de allegar a la causa los elementos que permitan definir lo justo concreto, pudiendo configurar su conducta omisiva un factor importante de valoración, al punto que la omisión del interesado puede llegar, por mandato de la Ley, a constituir una presunción en su contra; b) es innecesario efectuar un resumen del estado de la jurisprudencia -buena parte de la cual obra en los tratados sobre el tema-, porque en útil medida ya ha sido hecho por D. Myrian, C. Amilcar y G. A. Urrutia (cf. "La responsabilidad civil de los médicos", L.L. 22.7.91); c) en general, los fallos se han inclinado por exigir del médico la observancia de los principios y técnicas de su disciplina y el mayor celo profesional en la atención del enfermo (cf. L.L. 1979-C, p.23 y sus citas), siendo ya clásica la afirmación que el

ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales y d) la obligación del facultativo, en síntesis, finca en poner al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que el título acredita y prestarle la diligente asistencia profesional que su estado requiere.

En cuanto a la regulación de la profesión médica, la misma está determinada en la Ley nro. 17132 - Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las mismas (Buenos Aires, 24/01/1967, B.O.: 31 de Enero de 1967) siendo de interés en esta causa a decidir lo prescripto, atento a la interpretación que de la misma realiza el apelante codemandado, procedo a transcribir en forma completa los artículos que son de aplicación:

Título II - De los Médicos, Capítulo I- Generalidades

Artículo 19: Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a:

9) Fiscalizar y controlar el cumplimiento de las indicaciones que imparta a su personal auxiliar y asimismo, de que estos actúen estrictamente dentro de los límites de su autorización, siendo solidariamente responsables si por insuficiente o deficiente control de los actos por éstos ejecutados resultare un daño para terceras personas.

Asimismo, tengo presente que en nuestra Provincia rigen para el ejercicio de la medicina la Ley X - N° 3 –DJ- (antes Ley Pcial. nro. 989), estableciendo las pautas para la habilitación de Establecimientos y Publicidad Profesional para la rama de las Ciencias Médicas.

Del título I – Parte General- art. 2do. emerge que a los efectos de la presente Ley se considera ejercicio:

a) De la Medicina: anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto de uso en el diagnóstico, pronóstico o tratamiento de las enfermedades de las personas o de la recuperación, conservación y preservación de la salud de las mismas; el asesoramiento público o privado y las pericias que practiquen los profesionales comprendidos en el Artículo 14.

También considero necesario e imprescindible destacar que la historia clínica debe servir de base para el juicio acabado sobre la enfermedad o problema que presentaba la paciente al ser atendido, su evolución y resultado hasta el alta, con explicitación del tratamiento y su seguimiento. En autos el médico demandado no ha presentado la Historia Clínica con lo cual no ha acreditado si asentó en ella la atención del paciente, sustrayéndose a la norma que le impone obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902, Cód. Civil). De esta forma, por la propia abstención del médico tratante, se priva de los elementos necesarios para apreciar si la técnica aplicada fue correcta o no; es decir, no en cuanto al mérito de su elección, sino en su efectivo ejercicio al materializarse la práctica terapéutica.

Admitir esas falencias conllevaría a tolerar la impunidad, al tornar imposible la prueba de la mala praxis y del tratamiento sugerido ante los daños sufridos.

Tengo en cuenta también, atento a como se han producido los hechos, que una interpretación

sistemática de las exigencias profesionales indica que el deber de información tampoco se verá satisfecho si las circunstancias posteriores a la práctica médica pautada modifican o alteran el cuadro inicialmente previsto, planteando un cambio en las condiciones originales y determinando con ello un nuevo pronóstico, la necesidad de nuevos controles o tratamientos específicos, así como la posibilidad de recidivas u otras consecuencias previsibles y derivadas de dicho resultado quirúrgico. Si durante la operación quirúrgica esta se realizó de manera imperfecta o incorrecta, era para el galeno un deber de informar a la actora acerca de esta situación a fin de prevenirla y aconsejarle los controles, tratamientos o precauciones adecuadas para el caso dado en autos.

A la luz de los entendimientos doctrinarios, jurisprudenciales y Leyes aplicables, advierto del análisis de las pruebas obrantes en autos:

a) carácter presuncional surgida la prueba informativa prestada por C. d. V., Historia Clínica nro. ***** -planilla de internación de fecha 19/12/09- (fs. 125/134, operación quister ovario).

b) informativa prestada por el Hospital Alvear S.A., Historia Clínica (fs. 156/ 168 - fecha de ingreso de la actora el día 03/03/03 hasta el día 24/03/03).

c) conforme el incumplimiento de la intimación efectuada por cédula al demandado para que acompañe al expediente la historia clínica obrante en su poder (fs. 137/vta.)a fs. 176 el *a quo* hace efectivo el apercibimiento efectuado a fs. 93, esto es que su silencio o negativa a presentarlo constituirá presunción en su contra.

d) confesional prestada por el demandado a fs. 178

a la 4ta. posición donde reconoce que se realizar a la ecografía sin la mención de urgente (fs. 178).

e) testimonial prestada por la Dra. H. C. R. J. (fs. 179/182,- contestación a la 2da., 4ta. a 10ma., 11era. a 14ta., 18va.,19na, 20ma., 22da., 24ta., 32da. y razón de sus dichos).Dicha testimonial que fuera ofrecida también se declaró la caducidad de la misma a la citada en garantía (fs. 229).

f) A fs. 187 se la tuvo por desistida a la parte demandada de la prueba testimonial del Dr. C. V. ofrecida por ella fs. 50vta. (fs. 186/187).

g) A fs. 201 se declara la caducidad la prueba ofrecida a fs. 86 por la citada en garantía respecto de la testimonial del Dr. C. V.

h) A fs. 202 se declara la caducidad la prueba ofrecida a fs. 50vta. y 86vta. por el demandado y por la citada en garantía respecto de la testimonial del Dr. R. G.

i) A fs. 217 se declara la caducidad de la prueba testimonial del Dr. J. B. ofrecida por la demandada fs. 50vta.

j) A fs. 223, no habiendo tanto la parte demandada, como la citada en garantía, urgido en término la producción de la prueba pericial médica (ofrecida a fs. 50vta./51 y 86vta., respectivamente), se declara la negligencia de las mismas y en consecuencia la pérdida del derecho a producirla.

k) Por sentencia Interlocutoria nro. 97 del día 24/10/11 (fs. 232/233) se decide hacer lugar al acuse de negligencia articulado por la actora contra la tercera citada en garantía en la producción de la prueba confesional de la actora ofrecida por ella a fs. 86.

l) De las actuaciones efectuadas en el expte. penal nro. 5305/2003, caratulado: ”P., J. C. c/ Mala Praxis” -agregado por cuerda al principal-, a saber, testimonial prestada por la Dra. H. C. R. J. (fs. 86/87), Dr. J. B., médico infectólogo (fs. 88//89vta.), el informe prestado por el médico forense Dr. Calixto G. (fs. 97) y declaración testimonial de dicho médico forense (fs. 103/vta.). Sobre dicha prueba cabe aclara que el *a quo* si bien se refiere a ella a fs. 248, no ha tenido en cuenta que la relevancia de dicha prueba cuando es efectuada por el integrante del Cuerpo Médico Forense, atento a su naturaleza y reglamentación específica (cf. CS, Fallos 299:265 y reiterada jurisprudencia). Tan es así que se tiene decidido que la sana crítica aconseja, como principio, la aprobación del parecer del experto, conclusión que adquiere mayor firmeza cuando se trata del Cuerpo Médico Forense, es decir, de un cuerpo especialmente elegido y entrenado para colaborar con el magistrado en estos menesteres (cf. CNCiv., Sala F, 5/2/98, Jurisp. Cám. Civil, sum 0011367, etc.). Cierto es que las peritaciones médicas no son imperativas para el juez, pero el magistrado debe rastrear la verdad basado en lo que dicen los médicos. No interpreta los principios ni los criterios médicos, ni los discute bajo una óptica científica, pues ello sería muy peligroso, en estos casos el juez no ingresará en el campo de la ciencia médica para discutir lo que no sabe o no conoce, sino que ha de aplicar criterios de orden procesal o sustancial, obviamente de raigambre jurídica, que podrán conducirlo a admitir o desestimar la pretensión intentada por el paciente (cf. Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", ed. 1992, pág. 54, CNCiv., Sala

C, 22-9-94, LL 1995-C-623, etc.), expte. 35.929/2002 - "J. J. c/ F. H. s/ daños y perjuicios" – CNCIV – SALA H - 22/03/2010: elDial.com - AA6173). En forma congruente, ha adherido a la doctrina según la cual aun cuando las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, cuando el informe comporta -como en el caso- la apreciación específica en el campo del saber del perito -conocimiento este ajeno al hombre de derecho-, para desvirtuarlo es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiese hecho de sus conocimientos técnicos o científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado (cf., entre muchas otras, causas 21.064 del 15-8-86, 11.800 del 14-10-85, 32.091 del 18-12-87, 131.829 del 29-7-93 y 169.102 del 6-6-95).

No existen en autos observaciones formuladas por la parte demanda ni ha aportado al expediente probanzas de similar o mayor rigor técnico o científico que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en el peritaje (cf. arts. 386 y 477 del Cód. Procesal; Palacio, Derecho Procesal Civil, t. IV pág. 720; CNCiv. Sala "C" en L.L. 1992-A-425; Sala "H" en L.L. 1997-E-1009 n° 39.780-S). Por lo cual las secuelas fueron debidamente clarificados por dicho galeno en cuanto que el estado físico de la víctima se vio alterado como consecuencia en forma permanente.

En este orden de ideas se ha dispuesto: "Uno de los supuestos de omisión, configurativo de "mala praxis" médica, lo constituye no detectar temporariamente una patogenia, o no advertir una infección postoperatoria a tiempo, o no practicar una

reexploración quirúrgica frente a evidentes complicaciones post-operatorias que no ceden al tratamiento clínico” (cf. crit. SCBA, "Silva, Elvio c/ Sanatorio San José s/ Da-ños y perjuicios" - CC0002 - MO 26830 RSD-71-93 S - 30-3-1993; publicaciones: ED 165, 686) y: ”El hecho que la infección pueda producirse por ser una consecuencia posible dado la índole de la lesión, no diluye la obligación médica de efectuar las prácticas de adecuada previsión o de un actuar médico diligente, lo que es imputable al galeno demandado. La innegable desatención que sufrió la actora, en este caso, revela, desde el punto de vista jurídico, un obrar negligente e imprudente que encuadra en el artículo 512 del Código Civil, en tanto se verifica una inacción ante un deber legal que impone actuar y un obrar irreflexivo por subestimar las posibles consecuencias dañosas. La atención médica debe brindarse al paciente en el momento oportuno y con la diligencia que las circunstancias de las personas y lugar así lo determinen (Sala Civil y Comercial - Superior Tribunal de Justicia, 133144 S 23-10-2000: “L., R. N. c/ P., C. y Otro s/ Sumario”: elDial - AT2773).

En virtud de lo analizado considero que el Dr. J. C. P., no ha acercado a estos autos elemento probatorio de entidad suficiente que evidencie la interrupción del nexo de causalidad, que finalizó en la consecuencia que la actora no podrá quedar embarazada por vía natural debiendo recurrir a métodos científicos, siendo la posibilidad de éxito de un embarazo muy bajo, encontrándose el útero en anteverso – flexión, debiendo ser intervenida quirúrgicamente, para desbridar las sinequias uterinas y posteriormente intentar un

embarazo por vía natural; dichas sinequias uterinas impiden el paso de sustancia contraste con reflujo, planteando la posibilidad de desbridamiento bajo control histeroscópico por la posibilidad de Perforación Uterina; que la endometritis puede producirse como consecuencia de una intervención quirúrgica donde se efectuó una cesárea, circunstancias todas estas por las cuales arribo a la conclusión de que tal resultado ha sido producido por la sucesión de actos u omisiones conexos entre sí y dependientes de aquel que constituye la causa primera; el resultado se produce con arreglo al curso causal propio de la causa imputable al agente, -reitero- atento a la falta de acreditación de una condición preexistente, concomitante o superviviente apta para romper el nexo causal, a modo de hecho del perjudicado, caso fortuito o hecho del tercero.

Precisando lo precedentemente expuesto, entiendo que: a) en muchas hipótesis el demandado tiene el deber moral y jurídico de allegar a la causa los elementos que permitan definir lo justo concreto, pudiendo configurar su conducta omisiva un factor importante de valoración, al punto que la omisión del interesado puede llegar, por mandato de la ley, a constituir una presunción en su contra; b) es innecesario efectuar un resumen del estado de la jurisprudencia -buena parte de la cual obra en los tratados sobre el tema-, porque en útil medida ya ha sido hecho por D. M., C. A. y G. A. U. (cf. "La responsabilidad civil de los médicos", L.L. 22.7.91); c) en general, los fallos se han inclinado por exigir del médico la observancia de los principios y técnicas de su disciplina y el mayor celo profesional en la atención del enfermo (cf. L.L. 1979-C, p.23 y sus

citas), siendo ya clásica la afirmación de que el ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales y d) la obligación del facultativo, en síntesis, finca en poner al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que el título acredita y prestarle la diligente asistencia profesional que su estado requiere.

Es entendimiento de la suscripta que el hecho que la infección pueda producirse por ser una consecuencia posible dado la índole de la lesión, no diluye la obligación médica de efectuar las prácticas de adecuada previsión o de un actuar médico diligente, lo que es imputable al galeno demandado. La innegable desatención que sufrió la actora revela, desde el punto de vista jurídico, un obrar negligente e imprudente que encuadra en el artículo 512 del Código Civil, en tanto se verifica una inacción ante un deber legal que impone actuar y un obrar irreflexivo por subestimar las posibles consecuencias dañosas. La atención médica debe brindarse al paciente en el momento oportuno y con la diligencia que las circunstancias de las personas y lugar así lo determinen, tal como lo ha entendido el *a quo* en el considerando 14to. pto.d), ap. 4to.ii – fs. 1280vta.) y en el análisis de las pruebas periciales médicas (considerando 14to. ap. 6.1 a 6.3 – ap. 10mo. fs. ref. 1278/1279 y fs. 1284/1285vta.).

Por las consideraciones de hecho y de derecho expuestas arribo a la convicción de que debe hacerse lugar a los agravios expuestos por la parte actora a fs. 276/279vta. y revocar en forma total la sentencia de fs. 245/249, declarando la responsabilidad por mala praxis del Sr. J. C. P., debiendo hacerse cargo de los daños y perjuicios sufridos por la parte accionante

conjuntamente con la Citada en Garantía F. P. S. S.A., ésta última dentro del límite de cobertura, conforme, póliza nro *****.

I.C) Atento a lo resuelto en el considerando precedente, corresponde considerar los daños y perjuicios peticionados por la actora a fs. 17vta./19.

En lo atinente a la indemnización por daño moral, es verdad que existe jurisprudencia que ha establecido que no cualquier molestia genera un daño moral que merezca ser indemnizado, sino que para ello se requiere que posea cierta entidad. Es que, tal como se señalara, no todo disgusto, desagrado, contrariedad o aflicción encuadra dentro del concepto jurídico de agravio moral, sino que es menester que presente cierta envergadura, que tenga alguna prolongación en el tiempo y que lesione sentimientos espirituales (cf. L.L. 1979-B-472 y en causas 148.917 del 3-8-94 y 109.375 del 16-6-92, entre otras), pero también lo es que en dichos precedentes las afecciones de este tipo eran mínimas, contrariamente a lo que sucede en la especie, donde las lesiones y sus secuelas revistieron gravedad. Por otra parte, no cabe olvidar que es criterio uniforme aquel que ha establecido que estando en presencia de un supuesto de responsabilidad extracontractual -como lo es el caso de autos-, no cabe requerir la prueba específica de su existencia, debiendo tenérselo por configurado por el solo hecho de la acción antijurídica (cf. Orgaz, "El daño resarcible (actos ilícitos)", 3a. ed., pág. 216 n° 66; CNCiv. Sala A en E.D. 67-353; Sala D en E.D. 75-306; Sala "F" en E.D. 92-365; esta Sala, causas 285.983 del 9-5-83, 5.219 del 3-5-84 y 90.799 del 17-6-91).

Para graduar su cuantía diversos precedentes han

señalado que deben ponderarse diversos factores, entre los que merecen ser citados, a modo de ejemplo, la gravedad de la culpa del autor del hecho, la existencia y cuantía de los perjuicios materiales, las condiciones personales de aquel y las de la víctima, etc., factores todos que quedan librados al prudente arbitrio judicial (cf. CNCiv. Sala "B" en E.D. 57-455; Sala "D" en E.D. 43-740; esta Sala, causas 19.073 del 13-3-86 y 124.140 del 16-11-94).

En razón de las vicisitudes que debió atravesar la madre de la criatura, con la esperanza truncada de ver crecer a su hijo con motivo de la actuación médica alejada de la *lex artis*, justo y razonable resulta que el precio de su dolor sea cuantificado (en sentido análogo, expte. 35.929/2002 - "J. J. c/F. H. s/ daños y perjuicios" – CNCiv. – Sala H- - 22/03/2010 elDial.com - AA6173).

A la luz de tales principios, en atención a la entidad de las lesiones y sus secuelas, condiciones personales de la damnificada (cf. informe de la Defensa Pública a fs. 55/56 del expte. nro. 137/08, caratulado: "R., S. E. c/ P., J. C. s/ Beneficio de Litigar sin gastos)" y demás antecedentes de autos, estimo como monto equitativo y adecuado la suma de pesos treinta mil ($30.000), con más los intereses a la tasa activa utilizada por el Banco de la Nación argentina para las operaciones de descuento a terceros desde el momento 03/03/03 –fecha de la cesárea donde nace muerto el bebe de la actora– hasta su efectivo pago. (art. 167 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ).

Respecto del concepto por pérdida de chance se ha sostenido que la omisión de atención adecuada y diligente por parte del médico al paciente puede

significar la disminución de posibilidades de sobrevivir o sanar. Resulta indudable que una situación de esa naturaleza configura una pérdida de chance, daño cierto y actual que requiere causalidad probada entre el hecho del profesional y un perjuicio que no es el daño integral, sino la oportunidad de éxito remanente que tenía el paciente (Tanzi, Silvia, "La reparabilidad de la pérdida de la chance", en "La responsabilidad. Homenaje a Isidoro Goldenberg", pág. 333 - L. 379050 - "B., R. C. c/ N., N. R. s/daños y perjuicios" - CNCIV - SALA B - 19/11/2004 elDial.com - AA2674)

Tengo en cuenta también que la negligencia del demandado privó a la actora de la posibilidad de sobrevivencia de su bebe, de manera que el daño consistió en la pérdida de esa chance de supervivencia; y por la frustración de tal chance y de la dificultades sobrevinientes para poder ser madre otra vez siendo ella una mujer tan joven, son valoraciones y entendimientos por los cuales el demandado y la citada en garantía deben responder (arg. arts. 512 y 902, Código Civil)".

A mayor abundamiento he de expresar que un embarazo de riesgo siempre está presente la posibilidad de un desenlace fatal y es por eso que un mejor control prenatal y una actuación más rápida hubieran tenido otros resultados. Esto no equivale, desde luego, a afirmar que de haber existido ese mejor control y esa actuación más rápida no se hubiera producido igualmente el fallecimiento de la bebé, pues la deficiente atención por parte de las demandadas solo aumentó el riesgo de un embarazo que, por las condiciones de la madre, era de por sí altamente riesgoso".

En pocas palabras, no previno las consecuencias y

esa incorrección en su obrar merece ser sancionado, pues privó a la criatura de la posibilidad de sobrevivir y a su madre y demás familiares de criarlo y disfrutarlo (cf. art. 512, 902, y cc. Código civil)".

Por lo considerado en los párrafos precedentes estimo como monto equitativo y adecuado la suma de pesos cincuenta mil ($50.000) en concepto de pérdida de chance con más los intereses a la tasa activa utilizada por el Banco de la Nación argentina para las operaciones de descuento a terceros desde el momento 03/03/03 –fecha de la cesárea donde nace muerto el bebe de la actora– hasta su efectivo pago (art. 167 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ).

I.D) En virtud de lo decidido en el presente voto, se hace de aplicación lo prescripto por el art. 282 la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" –Digesto Jurídico-) y teniendo en cuenta lo prescripto por el art. 69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" –Digesto Jurídico-, tanto las costas de primera como de segunda instancia se imponen al demandado y a la citada en garantía vencidas. Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, tanto de primera como de segunda instancia para el momento del acuerdo, donde serán regulados los mismos teniendo en cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro 4 –Digesto Jurídico-.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria para el caso de coincidencia la siguiente:

1) Hacer lugar a los agravios expuestos por la

parte actora a fs. 276/279vta. y revocar en forma total la sentencia de fs. 245/249. En consecuencia, condenar al Sr. J. C. P. y a la Citada en Garantía F. P. S. S.A., esta última dentro del límite de cobertura, conforme, póliza nro. *****, a abonar a la Sra. S. E. R., dentro del término de diez (10) días de quedar firme o consentida la presente, a abonar la suma de pesos ochenta mil ($80.000) por indemnización en concepto de daño moral y pérdida de chance, con más los intereses a la tasa activa utilizada por el Banco de la Nación argentina para las operaciones de descuento a terceros desde el día 03/03/03 hasta su efectivo pago.

2) Imponer las costas de primera y de segunda instancia al demandado y a la citada en garantía vencidas (art. 282 y 69 la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" – Digesto Jurídico -). Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, tanto de primera como de segunda instancia para el momento del acuerdo. (arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro. 4 –Digesto Jurídico-).

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

La sentencia definitiva nro. 58/2012 del Juzgado Civil nro. 2 de la jurisdicción, venida en crisis por apelación de la parte actora, rechazó la demanda de daños y perjuicios por mala praxis interpuesta por la Sra. S. E. R. contra el Sr. J. C. P. y la aseguradora F. P. d. S. SA. Impuso las costas a la vencida y reguló los honorarios de los letrados actuantes (fs. 245/249, fs250).

A fs. 274/79vta. se agregó el memorial de agravios de la actora apelante.

Se queja de la valoración de la prueba y la

omisión de considerar la prueba no rendida por la demandada. No se ponderó el certificado médico de la Dra. G. cuya copia obra en la causa penal "P., J. C. s/ mala praxis", expte. 5305/03 y tampoco la falta de prueba documental en poder de la demandada intimada bajo apercibimiento fs. 93.

La inexistencia de una amplia pericia no menoscaba la prueba testimonial del médico forense y el reconocimiento del demandado en ausencia de historia clínica. Hace referencia a la aplicación de la carga probatoria dinámica y la influencia determinante de la prueba omitida.

Análisis.

Centra la actora la crítica al fallo en la valoración de la prueba por parte del *a quo*. En su memorial dice que corresponde la aplicación en la especie de la teoría de la carga probatoria dinámica, sin perjuicio de mi opinión, algunos doctrinarios sostienen: "que la carga probatoria es por propia definición dinámica, derivada del principio de responsabilidad del sujeto que obra en su propio interés. No imaginamos una carga de la prueba estática, pues ella consiste en la necesidad de realizar determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio personal (Goldschmit, "Teoría General de Proceso", pág.84). Trasladar el tema de la carga de la prueba a las circunstancias del caso concreto importa volver a etapas superadas de casuismo jurisprudencial y desconocer el principio de legalidad del art. 377 Cód. Proc. (actual 381 CPCCCh). La tesitura en examen no ofrece ninguna regla de juicio útil al tribunal para fundar el decisorio, propiciando sentencias fundadas en la equidad al transformar la cuestión de derecho por

otra de hecho, cual es la ambigua expresión “las circunstancias del caso”.

Pero el mayor riesgo de las expresiones “la carga probatoria dinámica”, o bien “las mejores condiciones de probar” consiste en llegar a constituirse en una moda jurídica y en frases hechas y, como tales, carentes de contenido” (Fenochietto, Carlos, “Códigos Procesales...”, T.2, págs. 477/8, ed. Astrea-999; cita también en idéntico sentido a Falcón, Enrique, “Código Procesal… Procedimiento laboral”, pág. 305).

En efecto, ha puntualizado parte de la doctrina y jurisprudencia que la regla general en materia de prueba de la responsabilidad civil de los médicos es que el paciente debe acreditar la existencia de la relación causal, el factor subjetivo de la misma -culpa o dolo- que involucren al acto o hecho galénico con el daño ocasionado.

Remarcándose en análoga tesitura que: "en materia de responsabilidad médica, y a consecuencia de que el deber jurídico central asumido por el facultativo es por lo general de actividad, en principio incumbe al paciente (pretensor) la carga de demostrar la culpa de aquel (demandado). Cuando la responsabilidad profesional se funda en la culpa, esta debe ser en principio probada por el actor la teoría de las cargas probatorias dinámicas es una regla residual, de excepción, cuya utilización prudente por parte de los tribunales debe tener lugar en aquellos casos en que surge en forma evidente que determinada prueba puede ser aportada muy fácilmente por una de las partes del litigio, mientras que a la adversaria le resulta una prueba de difícil o imposible producción. Es por ello que el instituto debe utilizarse *in extremis*.

Revisadas las presentes actuaciones, advierto que la historia clínicas de la Sra. S. R. fue incorporada a fs. 199 y tenía por presentada por el juez de grado, que las pruebas de la demandada no se sustanciaron por caducidad o negligencia. Ahora bien en cuanto a la pericial médica (tocoginecológica) la parte actora mantuvo el interés haciéndolo saber fs. 205 y fs. 210 existió una designación de la Dra. A. propuesta por la accionante (fs. 207) con intentos frustrados de citación en domicilio denunciados (fs. 214vta./fs. 215vta.). La parte actora peticiona se declare la negligencia de la prueba pericial que no ha instado el demandado, y con relación a lo que incumbe a derecho y a su parte, dice haber agotado la lista de profesionales peritos únicos de oficio, expresamente desistió de dicha prueba fs. 213vta. y 214. No advierto la circunstancias apuntada en el párrafo precedente para la modificación de las reglas de valoración.

La finalidad de la actividad probatoria es crear la convicción del órgano jurisdiccional sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes en su correspondiente oportunidad procesal, que son motivo de discusión y que no están exentos de prueba. La carga de la prueba señala a quien corresponde evitar que le falte la prueba de cierto hecho para no sufrir sus efectos perjudiciales. La carga no significa obligación de probar, sino que implica estar a las consecuencias que la prueba se produzca o no, ya que en virtud del principio de comunidad procesal, el material probatorio incorporado surte todos sus efectos quienquiera que los haya suministrados (Devis Echandía, “Teoría de la prueba judicial”, t.I, pág. 426, Bs. As., 70, Sentis Melendo,

Santiago "Teoría y práctica del proceso", t.III, pág. 200, Bs.As.).

En consecuencia, la actividad probatoria no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada parte. Es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no acredita los hechos que invoca como fundamento de su derecho, pierde el pleito (Couture, Eduardo, "Fundamentos del derecho procesal Civil", pág. 42).

Lo importante es que ambas partes asuman una actitud de cooperación activa frente a la prueba, acercando al proceso los elementos convictitos esenciales que justifiquen y fundamenten la estrategia procesal de cada parte. Así el actor debió demostrar la concurrencia de daño, culpa, nexo causal, el médico argumentar y acreditar que el hecho dañoso invocado no configuró la clásica tipificación de mala praxis.

La regla en materia de prueba de la responsabilidad civil de los médicos es que el paciente debe acreditar la existencia de la relación causal, el factor subjetivo de la misma –culpa, dolo- que involucren al acto o hecho galénico con el daño ocasionado (cf. Fumarola, L., "Eximentes de la responsabilidad médica", en Bueres-Highton, "Cód.Civil…", T.4 B, pág. 215, ed. Hammurabi-2003).

En este aspecto entiendo que el peritaje médico legal, desde que el mismo se erige como un elemento de ponderación inexcusable y de casi decisiva receptación habida cuenta no solo la peculiar entidad de los sucesos sometidos a juzgamiento, sino también la no apropiada formación de jueces y abogados para entender, en su cabal dimensión, la razón de ser de una concreta actuación médica. En esta línea, ha sostenido

autorizada doctrina: "…un dictamen pericial es un elemento valiosísimo de orientación judicial que, en principio, si es coherente y fundado, no existe razón para apartarse de él y esto no implica sometimiento; muy por el contrario, implica una conducta responsable del magistrado, por el respeto, en la especialidad del conocimiento científico…" (GHERSI, C., "Responsabilidad Médica, La trascendencia de la pericia médica. El tratamiento científico adecuado. La omisión, como causa del daño. La aplicación del art. 1625 del Proyecto de unificación Civil y Comercial por la Suprema Corte de Buenos Aires", en JA, del 17 de junio de 1992, N° 5781).

En este contexto y en la consideración que la quejosa denuncia falta de fundamentación lógica y legal, ningún sustento argumental vierte para justificar su censura, que como señalara en párrafos precedentes, no instó la pericial médica, sino que desistió, cuál es el yerro formal que se enrostra a la sentencia, cuando en su memorial discrepa con citas doctrinarias y jurisprudenciales.

Existen dos pruebas que son de relevancia y que siguiendo los argumentos del quejoso podrían evaluarse en este estadio de revisión en cuanto a la valoración efectuada por el *a quo*. El informe en la causa penal a fs. 58, del médico forense y en la misma causa la declaración de dicho profesional como testigo a fs. 103. En el primero de ellos dice que fue mal diagnosticada la endometritis puerperal posterior a la cesárea, y en la declaración testimonial se amplía el concepto al decir que el médico testigo que la cesárea la puede producir se refiere a la infección (fs. 103 pregunta 6ta. sin numerar) y seguidamente al ser

interrogado sobre el cumplimiento de normas de asepsia al efectuarse la cesárea dijo que sí. No obstante, las observaciones que merece dicha pieza obrante en la causa penal por cuanto las preguntas que siguieron a la consecuencia de la lesión de la Srta. R., desembocan en una afirmación de un embarazo de 6 meses y un noviazgo, que aun haciendo un esfuerzo de interpretación del error, no alcanzo a precisar a qué se esta refiriendo. El certificado de fs. 133 también de la causa penal, al que hace referencia el recurrente (de la Dra. G.) solo dice las consecuencias de la enfermedad, nada aporta a su origen ni imputan a causa alguna. Más aún, no emerge de ninguna pieza acompañada en el curso del pleito que la conducta médica no ha sido negligente ni imprudente.

"Coincidentemente con la hermenéutica plasmada en el fallo, autorizada doctrina, analizando la regla del art. 512 CC, ha sostenido: "...en nuestro medio no es dable distinguir en la responsabilidad civil de los médicos la culpa profesional de la culpa común. En consecuencia, los principios generales relativos a la individualización de la culpa (art. 512) son aplicables *in integrum* a la actividad de los profesionales de la medicina todo ello bajo el prisma del art. 902" (elDial.com - AA3FC4).

Estas apreciaciones me inducen a confirmar el fallo venido en crisis.

Las costas de la Alzada las impongo a la apelante vencida, difiriendo la regulación de los honorarios de los letrados actuantes al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo

1) Rechazar los agravios de la actora y confirmar el fallo venido en crisis.

2) Costas de la Alzada a la recurrente vencida. Diferir la regulación de honorarios profesionales al momento del acuerdo.

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

I. El Sr. juez de la instancia de grado rechazó la demanda de daños y perjuicios por mala praxis interpuesta por la Sra. S. E. R. contra el Sr. J. C. P. y la aseguradora F. P. S. SA.

Impuso las costas del proceso a la actora vencida, y reguló los honorarios.

II. Decisión que es apelada por la actora.

Concedido el recurso cumple el quejoso con la carga procesal, artículos 262 y 263 del CPCCCh.

Luego de referirse a los antecedentes, a los fundamentos de la sentencia se agravia por entender que se ha omitido valorar prueba rendida, así como la de aportar por parte del demandado prueba documental. Así no se ponderó el certificado médico emitido por la Dra. G., la documental en poder de la parte demandada que no fue acercada y sobre la que el Sr. Juez hizo efectivo el apercibimiento y consignó que lo tendría presente para el momento de dictar sentencia, la declaración de la Dra. H. y del Dr. B. Señala con estupor que el Sr. Juez se haya apartado de lo sostenido por el Dr. C. G.

Destaca que la inexistencia de una amplia pericia no menoscaba la prueba testimonial del médico forense, el reconocimiento del demandado y sobre todo la ausencia de la Historia Clínica requerida. Advierte que la falta de aporte fue artero y fue quien la asistió durante ocho meses y medio de gestación, vacío que fue justificado por S.S. mediante una solución parcial con clara ausencia de sana crítica racional.

En el punto V, se refiere a la selección discrecional de medios de prueba. Y si bien reconoce las facultades discrecionales del judicante en cuanto a la valoración de la prueba, no desconocen que tales atribuciones no resultan ejercitables omitiendo valorar prueba fundamental. Cita doctrina y jurisprudencia.

Alude luego a la carga probatoria dinámica y profundiza la influencia determinante de la prueba omitida.

III. No cuestionada por mis colegas la expresión de agravios, he de abocarme a resolver la cuestión.

De los términos de la demanda y del capítulo responsabilidad por mala praxis médica surge incuestionable lo que se le reprocha al Dr. P. se basa en el erróneo diagnóstico dado luego de la primera intervención quirúrgica por entender que se incurrió en una omisión culposa al no diagnosticar a la paciente el tratamiento específico para la patología que presentaba, con los resultados que surgen de la causa.

Corrido el traslado, el demandado luego de una negativa general, narra los hechos anteriores a la situación que se da origen a los presentes.

Coincide con la actora en cuanto a la fecha de alta y al regreso de la paciente a las 48 h posteriores, diagnosticándole en ese momento endometritis puerperal.

Detalla lo que significa endometritis, y señala el procedimiento médico a realizar y que es el que efectuó.

Contesta y niega la F. P. S. S.A.

El Sr. juez de la instancia de grado rechazó la demanda con fundamento en que la única prueba que aborda en forma específica la cuestión controvertida es

la rendida por el médico forense, prueba que desestima, ya que no manifestó cuál era el diagnóstico correspondiente ni indicó si el error fue cometido por el profesional médico puede llegar a considerarse entendible o común, o bien si resultaba un error inexcusable, grosero o que sea consecuencia de la impericia, imprudencia o negligencia demostrada por el médico, cita de jurisprudencia y que las restantes tocan tangencialmente la situación en sí.

Ante tales endebles fundamentos, y por entender que las pruebas agregadas historia clínica del Hospital Alvear y declaraciones de la Dra. H. y del Dr. B. ponen luz a la controversia, he de merituar el material probatorio que el quejoso entiende ha sido erróneo.

Y considero junto con la Dra. Melero que la cuestión debe resolverse a través de una prueba esencial como resulta ser la del médico forense.

A fs. 58 con fecha 22 de octubre de 2003, el médico forense Dr. Calixto González dictaminó en cuanto interesa, que la paciente, Sra. S. R. de 18 años de edad, luego de la correcta intervención quirúrgica del día 3 de marzo, "presentó una complicación (colección de líquido en espacio vesico-uterino) que fue incorrectamente diagnosticada como endometritis puerperal, y por ende no se realizó el tratamiento específico, el Dr. B. sí realizó el tratamiento con antibióticos específicos y aún así debió ser intervenida nuevamente el día 12 para drenar el absceso vesico-uterino y la dehiscencia de histerotomía, por no evolucionar favorablemente el día 17 es reintervenida quirúrgicamente por presentar líquido sero-hemático en cavidad".

Y tal dictamen no solo no fue cuestionado por las

partes, ni el Sr. Juez advirtió en su momento lo que ahora esgrime para rechazar el dictamen, teniendo la facultades que le otorga los artículos 34, inc. 5, y 36, inc. 2°.

No encuentro motivo para apartarme del mismo.

Más si a ello se agregan las declaraciones del Dr. B., quien manifestó que sugirió un tratamiento estrecho, ya que luego de una cirugía sucia en la que se han dejado drenajes la chance de reoperación es alta, agregando que las causas son múltiples, y de la Dra. H. a la respuesta N° 5 que la paciente estaba con fiebre y visualizó que por causa de la infección se veía la sutura del útero y que encontró que la sutura se había abierto a causa de la infección, que la operación se llevó a cabo para controlar la infección, ya que si el útero estaba abierto había que limpiar y volver a suturar, a la N° 10 contestó que tenía un absceso bloqueado por el peritoneo visceral y estaba abierta la sutura por eso drenaba por la vagina, indicando lo efectuado y que se volvió a suturar (histerorrafia), indicó que los síntomas de la paciente se llaman endometritis puerperal purulenta con dehiscencia de la sutura, que se debe a la infección.

Ahora bien si las causas pueden ser varias, si se trataba de una paciente que ingresó a las 15 h y a las 1,20 h decidió operar efectuándose a las 16:15 operación cesárea incisión transversal de… nace RMMMQ 2,550 kg. Alumbramiento …Se cierra pared …, y a las 16:15 se recepcionó feto muerto, notificándose al médico y a los padres, lo que indica que se trató de una cirugía de urgencia, debió tomarse precauciones extremas, ante la posibilidad cierta de una infección en la Sra. madre, más surge de fs. 154 que la paciente

se retira del hospital sin medicación (4-3-03, ”Resto se suspende”).

Advierto que el Dr. B. señaló: “en general es mayor la chance de infección cuando mayor es el tiempo de retención de un feto muerto interútero, existen signos ecográficos que dan cuenta del deterioro de los tejidos fetales y de la posible asociación con una infección”, no constando en la HC que se hubiese efectuado ecografía alguna posterior.

Se consignó en la HC, alumbramiento, ante ello el Dr. B. fue consultado si se puede hablar de parto y alumbramiento, declarando que “parto por vía vaginal es la salida del bebé, y el alumbramiento es la salida de la placenta, en el caso de la cesárea tanto el feto como la placenta son extraídas por el cirujano al realizar la incisión y apertura del útero”.

“La operación o sección cesárea consiste en la extracción del feto, placenta y membranas ovulares. Se ejecuta a través de una incisión en la pared abdominal y otra en la pared uterina” (cf. “Diccionario terminológico de Ciencias Médicas”, 13a. Edición, Barcelona, 1992, p. 227 [voz cesárea]). Implica, en rigor, una operación de cirugía mayor y, por ello, un aumento del riesgo y las complicaciones con relación al parto vaginal (cf. Benson, R. y Pernoll, M. I., “Manual de obstetricia y ginecología”, 9na. edición, México, 1994, p. 475).

De lo anterior se infiere que un acto quirúrgico de sección cesárea, por los inherentes riesgos y complicaciones, reclama un grado de atención diligente e idónea de la paciente por parte del médico que la asiste, conforme a las reglas del arte de curar y a las pautas científicas de la disciplina médica y de la

especialidad de que se trata. En efecto, las características del cuidado profesional traducen, por regla y en el prisma jurídico del supuesto concreto, una tarea de seguimiento desde (a) los actos preparatorios de la intervención -con los estudios previos sobre el estado y condiciones de la persona en estado de parto- (b) durante la intervención y, desde luego, en (c) el período de post-partum o puerperio hasta el alta definitiva, con debido registro en la historia clínica. Una conducta profesional distinta, total o parcialmente, se encuentra en pugna con el deber médico de cuidado hacia el enfermo (cf. Código Internacional de Ética Médica adoptado por la Asociación Médica en la Asamblea de Londres [1949] y en la de Sidney [1968]) y en contra las normas jurídicas positivas que prescriben las directivas, "(...) para apreciar la diligencia debida y la obligación de superior rango axiológico de obrar con prudencia y pleno conocimiento" (cf. CSJN, *in re* "González Orono de Leguizamón", Fallos 306:178, cons.4°).

Ante lo probado y las transcripciones efectuadas, corresponde determinar si se dan los presupuestos exigidos para responsabilizar al demandado; y advierto que la obligación del profesional deriva, en el caso, de contrato de prestación médica que se calificado de libre o no formal (cf. Bueres, A. J., op. cit., 2da. edición, 1992, tomo I, 1992, p. 162; es decir que la mentada responsabilidad es la ordinaria que corresponde a cualquier deudor por el cumplimiento de la obligación que ha previamente asumido (cf. Llambías, J. J., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, Segunda Edición, Bs. As., 1992, Tomo IV-B, p. 132).

Sin olvidar que la regla general en los casos como

el presente es de una relación contractual, y que esta relación entre médicos y pacientes es de medios, es decir el brindar "una atención diligente e idónea al enfermo sobre la base de las reglas del arte de la medicina y su evolución, conforme a los principios científicos que el título presupone, en procura de una curación, pero sin asegurar que dicho resultado perseguido se va a lograr, tal es así que a los facultativos les está legalmente prohibido anunciar o prometer la curación fijando plazos, o la conservación de la salud, o anunciar agentes terapéuticos de efecto infalible (art. 20 incs. 1, 22 y 5 de la Ley 17132) y siguiendo tal lineamiento la jurisprudencia se ha dicho que el médico no se compromete a curar al paciente, sino solo a proceder con la diligencia común, conforme las reglas y métodos de su profesión (Félix Represas en "Responsabilidad Civil de los médicos", LL1 981-B-762, págs. 73/83, "Responsabilidad médica- legal de los traumatólogos", Amílcar Urrutia-Débora Urrutia-César Urrutia- Gustavo Urrutia.

Ante ello, el simple hecho de no obtener el resultado esperado, no prometido, no implica la responsabilidad del médico, sino que es preciso que se acerquen pruebas que demuestren tal aserto y que la desmesura, la falta de diligencia o comportamientos defectuosos, produjeron el resultado dañoso. Y entiendo, ante el material analizado, que esto último se produjo, ya que el obrar antijurídico se consumó por la omisión del médico asistente a consecuencia de ordenar anticipadamente el alta de internación sin control post-operatorio. Es decir, una decisión que, por el riesgo inherente a la cesárea, y a la extracción del feto, exigía un deber mayor de cuidado de acuerdo a

la ética de la profesión, a las pautas del arte de curar y de la ciencia médica. “Obviamente, una conducta reflejada en la prudencia y "el pleno conocimiento de las cosas", para no derivar en una mayor obligación resultante "de las consecuencias posibles de los hechos" (art. 902, Cód. civil), como los ocurridos el día posterior al alta con los signos clínicos de "puerperio patológico" (cf., Schwarcz, R. L., Duverges, C. A., Díaz, A. G., y Fescina, R.H., “Obstetricia”, Quinta Edición [Segunda reimpresión], Bs. As., El Ateneo, 1996, p. 556) o "endometritis puerperal", tal como surge de la HC y las declaraciones de los testigos, así como el reconocimiento del demandado.

Por otra parte el daño está demostrado a través de la testimonial de la Dra. H., respuestas N° 18, 19, 20 y 32, quien manifestó que la Sra. R. no era posible que quedara embarazada, que con posterioridad atendió nuevamente a la actora y que la operó perdiendo trompas y parte de un ovario, agregando que es lógico que cuando hubo una, dos cirugías con una infección ginecológica, las trompas quedan lesionadas y la sinequia del útero, el pegote de la cavidad si fue seguro consecuencia de las otras dos operaciones y que con la primera infección endometritis puerperal, todo esto afecta la anatomía de todo el útero (fs. 179/182), lo que indica que la actuación del profesional demandado, se produjo un daño a la persona arts. 519 y 1068 del CC.

No se interrumpe el nexo de causalidad, decía el Dr. R. en SD N°17/1999 en los autos caratulados "G., A. c/ Sistema Provincial de Salud s/ Cobro de pesos" (expte N° 16.381-G-1998), cuando el daño es producido por la sucesión de actos u omisiones conexos entre sí y

dependientes de aquel que constituye la causa primera; el resultado se produce con arreglo al curso causal propio de la causa imputable al agente, al menos que se pueda acreditar una condición preexistente, concomitante o superviviente apta para romper el nexo causal, a modo de hecho del perjudicado, caso fortuito o hecho del tercero (cf. Jorge Mosset Iturraspe, "Responsabilidad por daños", To. I, ed. Rubinzal Culzoni, año 1998, pág. 232).

"La culpa médica puede darse a través de distintas formas, impericia, imprudencia, negligencia, inobservancia de los reglamentos, error. La negligencia es sinónimo de descuido, de omisión. Desde el punto vista del derecho y como elemento o forma de la culpa es la falta de diligencia debida o del cuidado necesario en un acto jurídico o en un hecho humano. Puede configurar un defecto en la realización del acto o bien en una omisión".

En los presentes la falta de diligencia por parte del profesional actuante trae aparejado las consecuencias probadas.

"El médico demandado por una acción de daños y perjuicios puede argumentar y demostrar para eximirse de responsabilidad que el hecho invocado no configura uno de aquellos que puedan ser tipificados como falta médica, o bien que no existe relación causa-efecto entre la falta y el daño causado y en tal sentido deberá orientar su defensa en el sentido de acreditar la existencia de una causa por la cual no debe responder, o sea extraña al proceder del profesional, entre ellas el error excusable, caso fortuito, conducta del enfermo, fracaso del tratamiento etc." (L.L. 104, pág. 281).

Lo cierto, lo concreto, es que la negligencia, la conducta omisiva, la falta de adopción de las medidas precautorias necesarias en la atención de la actora en el período comprendido entre la cesárea y las horas posteriores al mismo frente a su cuadro de infección, imputación acreditada en autos en base a las pruebas colectadas, revela la culpa del personal médico en los términos del art. 512 del Código Civil y justifica su obligación de reparar el daño causado "Y es que no se ha podido demostrar una causa apta para interrumpir el nexo causal entre la no atención médica oportuna, presta y hasta decisiva para el caso, y el estado infeccioso que presentaba la paciente y que a la postre provocó su infertilidad".

Y terminaba diciendo el Dr. R. y es de aplicación en autos "Hay inmediatez suficiente, adecuada en los términos de los arts. 512 y 903 del Código Civil sin que nada medie entre la omisión de cuidado suficiente descripta y… resultado final".

En la literatura médica nacional e internacional existe "consenso casi absoluto" de que el alta de internación de una paciente en curso de un puerperio normal de un parto normal puede ordenarse, aproximadamente, a las 48 horas (v. médico forense, fs. 799); en cambio, según la misma fuente pericial, en la paciente que cursa un puerperio absolutamente normal de un parto por cesárea, el alta "(...) se acepta dentro de los 4 o 5 días de internación en el postoperatorio y Control por Consultorio Externo". Y se agrega en autos "C., M. F. c/ M. R., H. y otros s/ Daños y perjuicios" – Cámara Federal de Apelaciones de la Plata, Sala III - 26/11/2006, a los que sigo a fin de transcribir doctrina apropiada al caso el "alta precoz",

imposibilitó el tratamiento oportuno de los síndromes infecciosos, o (cf., Uranga Imaz, F. A. y Uranga Imaz, F. A [h], "Obstetricia Práctica", 4ta. edición, Bs. As., Interamericana, 1977, p. 568), que, en la actora, precisamente, degeneró en la patología denominada "endometritis puerperal" (fs. 399 vta., 400).

"Es más, la literatura obstétrica, al tratar la sintomatología de la endometritis puerperal destaca similares detalles: "(...) Entre el tercer y quinto día del parto, rara vez antes, hay elevación de la temperatura por encima de los 38° C; aumenta la frecuencia de pulso... escalofríos, dolor del útero a la palpación..." (cf. Chiani de Murad, M., "Obstetricia de pregrado", 1era. edición, La Plata, 1989, p. 570; *Secunho, G., Neves, A. y Oshiro, O., "Infecçoes cirúrgicas pós alta hospitalar/ Surgical infections following hospital discharge", Brasil, HFA, juldez*, 1990, pp. 7 y ss.).

"En este contexto, admitido el riesgo y las complicaciones inherentes a la sección cesárea y, además, las acotaciones anteriores sobre dicho aspecto, resulta objetivamente injustificada la conducta médica que omitió prever la razonable posibilidad de un cuadro séptico y dar el alta a la actora antes del tiempo acorde al consenso generalizado que traslucen las obras de la especialidad, es decir, según las pautas científicas objetivas y que rebasan el margen de discrecionalidad profesional o las cuestiones opinables".

La infección fue detectada tardíamente a juzgar por los hechos ocurridos y, la culpa de ello, no puede imputarse a la actora, según desliza y pretende el médico demandado a fs. 48 que la Sra. R. aceptó el alta

otorgada y no formuló objeción, toda vez que se supone que es el médico el que sabe y la relación jurídica médico-paciente supone "una confianza especial" de suerte que, por la ventaja científica y técnica del profesional, corresponde estimar el "grado de responsabilidad" de consuno a la "condición especial" de éste (art. 909, Cód. civil), ausente en el enfermo para exigirle decisiones y prácticas normalmente desconocidas por él y propias del obrar médico".

El consignar en la HC "herida OK". Alta, y de manera poco legible lo acontecido en los días 3 (16, 15), 4 y 5 no constituye forma clara, completa, precisa e inteligible, como requiere la buena práctica, ya que sabido es la importancia decisiva que adquiere la HC en situaciones como la presente, ya que "la confección parcial e incompleta de la historia clínica -ausencia de seguimiento detallado de todos los actos importantes, desde el ingreso hasta el alta médica y precisa indicación del estado, exámenes clínicos y terapéutica del enfermo- aunada a otros datos ya mencionados, crea una fuerte presunción desfavorable a las excusas de responsabilidad (cf. Vázquez Ferreyra R. A., op. cit., p. 809 y nota; Urrutia, Déborah M., César A y Gustavo A., La responsabilidad civil de los médicos [Síntesis jurisprudencial del último decenio], Rev. La Ley 1991-D, pp. 606-607)".

Sin poder dejar de ponderar de manera desfavorable, el incumplimiento por parte del médico de lo requerido a fs. 93: "Intimo al Dr. J. C. P. para que en el plazo de cinco días acompañe al expediente la historia clínica obrante en su poder de la Sra. S. E. R. O indique el protocolo o archivo donde se encuentra, bajo apercibimiento de que su silencio o negativa a

presentarlo constituirá presunción en su contra” lo que fuera notificado el 2 de julio de 2010 y habiéndose hecho efectivo el apercibimiento a fs. 176.

En punto al reclamo por daño moral y pérdida de chance.

Ambos rubros han de prosperar.

“El daño moral ha sido definido como aquel perjuicio que se manifiesta a través de los padecimientos, molestias y angustias que lesionan las afecciones legítimas de la víctima, lo que demuestra el intento de resarcir aspectos propios de la órbita extrapatrimonial del damnificado. En tal sentido es oportuno señalar que en el caso de lesiones, para su procedencia la Ley no requiere prueba de su existencia, ya que se presume ante el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del derecho en cabeza del reclamante. Para establecer la cuantía del daño, el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante para luego establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido: por lo que más que cualquier otro rubro queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a una recta ponderación de las diversas características que emanan del proceso (cf. exptes. n° 48.819, 57.104, 59.158, 59.316.)”. Así también, la determinación del monto no depende de la existencia o extensión de los perjuicios patrimoniales, pues no media interdependencia entre tales rubros, ya que cada uno tiene su propia configuración, pues se trata de daños que afectan a esferas distintas (Llambías, "Obligaciones", T° I, pág. 229). Sala "L" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en los

autos caratulados: "A., A. V. c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior- y otros s/ daños y perjuicios").

Con fundamento en tales principios, a los padecimientos de la actora ante el error de diagnóstico previo al alta, que llevaron a posteriores intervenciones quirúrgicas que culminaron con la imposibilidad de quedar embarazada (fs. 180vta.), la suma que acordara la Dra. Melero resultan adecuadas, no solo respecto del daño moral, sino también de la pérdida de chance.

Para arribar a tal decisión por la pérdida de chance, tendré en cuenta los parámetros que valorara la Sra. Juez con la que hago coincidencia, condiciones personales de la víctima al momento del evento dañoso, como ser su corta edad, 18 años, su estado civil y condición económica que surge del beneficio de litigar sin gastos encordelado, la situación por la que deberá atravesar para un probable embarazo un tratamiento de esterilidad sin resultados seguros.

Las costas de la instancia de grado y los honorarios deben adecuarse.

Las costas de ambas instancias por el principio objetivo de la derrota estarán a cargo del demandado.

A fin de regular los honorarios de los profesionales que difiero para el momento del acuerdo, valoraré la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad de que las pretensiones prosperen el resultado obtenido, las etapas cumplidas y demás pautas de los artículos 5, 6, 8 y 13 de la Ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo que hace suya la fórmula decisoria de la Dra. Nélida Susana Melero.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia de la Dra. García Blanco, la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar a los agravios expuestos por la parte actora a fs. 276/279vta. y revocar en forma total la sentencia de fs. 245/249, en consecuencia, condenar al Sr. J. C. P. y a la Citada en Garantía F. P. S. S.A., esta última dentro del límite de cobertura, conforme, póliza nro. *****, a abonar a la Sra. S. E. R., dentro del término de diez (10) días de quedar firme o consentida la presente, a abonar la suma de pesos ochenta mil ($80.000) por indemnización en concepto de daño moral y pérdida de chance, con más los intereses a la tasa activa utilizada por el Banco de la Nación argentina para las operaciones de descuento a terceros desde el día 03/03/03 hasta su efectivo pago.

2) Imponer las costas de primera y de segunda instancia al demandado y a la citada en garantía vencidas.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. G. I., C. L. I. y M. F., conjuntamente, en el dieciocho por ciento (18%), a los Dres. M. A. P. y N. J. M. en el quince por ciento (15%) y al Dr. D. A. T. en el quince por ciento (15%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. G. I. en el treinta y cinco por ciento (35%), porcentaje a calcular sobre lo regulado a su parte por la labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2013
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"