------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los…01.. días del mes de julio del año dos mil veintiuno, se reúnen en Acuerdo los integrantes del Superior Tribunal de Justicia con la presidencia del Dr. Alejandro Javier Panizzi y con la asistencia de los Dres. Mario Luis Vivas y Heraldo Enrique Fiordelisi para dictar sentencia en los autos caratulados: «**U., D. L. c/ D. R. J. A. y otra s/ Daños y Perjuicios»** (Expte. N° 25209-2019), según el sorteo practicado a hoja 1386 y constancias de hojas 1387/1392. -----

------ Acto seguido se resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones. **PRIMERA**: ¿Es procedente el recurso de apelación interpuesto? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? ----------

----- A la primera cuestión el **Dr. Mario Luis Vivas** dijo: ----------

------ ***Antecedentes del caso*** ----------

------ **I.-** ***Trámites en las instancias previas. Sentencias de Primera y Segunda Instancia***. ----------

------ **I. a.-** La Sentencia de primera instancia (SD N° 27/2017) rechazó en todos sus términos la demanda de daños y perjuicios promovida por D. L. U. contra J. A. D. R., la Provincia del Chubut, y la citada en garantía, La E. C. S. A. de S. G.. Impuso las costas por su orden y reguló honorarios (fs. 1171/1178).-----

------ **I. b.-** La parte actora apeló la sentencia a fs. 1183 y el recurso le fue concedido a fs. 1184. La Provincia del Chubut, a fs. 1185 y la representación letrada de la Dra. D. R., a fs. 1186, apelaron la imposición de las costas en el orden causado, y esta última además, apeló por altos los honorarios regulados al letrado de la demandante y los establecidos a su favor. Estos recursos fueron concedidos a fs. 1188. Vencido el plazo legal para expresar agravios, los abogados I. M. y V., por la demandada, no hicieron uso de ese derecho (fs. 1221). ----------

------ **I. c.-** La Cámara de Apelaciones de Esquel, mediante Sentencia Definitiva N° 054/2019 de fecha 11 de noviembre de 2019, revocó íntegramente el fallo recurrido e hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por D. L. U. contra J. A. D. R. y la Provincia del Chubut, condenándolas a abonar la suma de pesos ochocientos quince mil ($815.000) con más los intereses a tasa activa que percibe el Banco del Chubut SA en sus operaciones de descuento de documentos a treinta días, a calcularse desde el momento del hecho dañoso (02/08/2003). La condena se hizo extensiva a la citada en garantía, La E. C. S. A. de S. G.. Readecuó los honorarios y costas de primera instancia, imponiéndolas a las partes vencidas; aplicó las costas de la Alzada a las perdidosas y reguló los honorarios por las tareas en segunda instancia (fs. 1318 /1332). ----------

II.- *Recurso ante esta instancia. Su trámite*. ----------

------ **II. a.-** Contra ésta última decisión, ambas codemandadas interpusieron recursos ordinarios de apelación ante este Superior Tribunal (fs. 1338/1339), los que fueron concedidos a fs. 1341/1342. A fs. 1349 se puso el expediente a disposición de los apelantes y expresaron sus agravios a fs. 1351/1362, la Dra. J. D. R.; y a fs. 1367/1370 vta., la codemandada Provincia del Chubut. ---------

------ **II. b.-** La Dra. Di R. criticó, puntualmente, cuatro argumentos centrales con los que la sentencia de cámara fundó su conclusión revocatoria. ----------0

------ En primer lugar se agravió de que la sentencia considerara su omisión de contestar la demanda como reconocimiento de la antijuridicidad y causalidad. Sostuvo que tal derivación argumental carece, en el caso, de virtualidad jurídico procesal, dado que se soslayó inexplicablemente que existe una actuación plural de partes demandadas, dado que por el mismo hecho la pretensión resarcitoria se dirigió tanto contra la médica como contra el Estado provincial, más la intervención consentida y firme de la tercera citada en garantía, dando lugar a un litisconsorcio pasivo facultativo. ----------

------ Señaló que si bien en un litisconsorcio pasivo facultativo, en principio, los actos de uno no aprovechan ni perjudican a los demás, lo cierto es que el hecho común en virtud del cual fueron emplazadas las partes demandadas debe ser examinado respecto de todos los litisconsortes, ya que no es posible que el convencimiento judicial acerca de la verdad de un hecho común se produzca solo con respecto a uno o a alguno de los litisconsortes. ----------

------ Sostuvo que en este proceso, tanto la Provincia codemandada como la tercera citada en garantía, contestaron la acción negando los hechos de manera expresa y categórica atribuidos a la Dra. D. R. y de manera particular, la responsabilidad civil que se le endilga a la profesional, dando cuenta además el litisconsorcio demandado su versión sobre el factor causal que produjo el desgarro de la actora en ocasión del parto, el que no fue provocado por conducta culposa alguna. Dijo que tampoco advirtió el juzgador que, en materia de prueba en los procesos plurales, la prueba de los litisconsortes importa la del hecho común en el que se sustenta la demanda dirigida contra ellos, donde la negativa de uno de los litisconsortes hace persistir la carga de la actora de acreditar su existencia, así como la producción de prueba -como actuación de interés común cumplidas por un litisconsorte- benefician a todos los demás. --

------ Afirmó que la omisión de contestar la demanda, no exime al juez de la necesidad de dictar una sentencia justa y aceptar irrestrictamente la falta de contestación de la demanda como una *ficta confessio* de la accionada, no solo soslaya la jurisprudencia y la doctrina que relativizan tal efecto en el caso de procesos plurales, sino que implica apartarse de la verdad objetiva al hacer prevalecer la ficción sobre la realidad. ----------

------ Por ello, la afirmación de la sentencia recurrida en cuanto a que se tuvieron por reconocidos los hechos invocados en la demanda como consecuencia de su falta de contestación, no constituye una derivación del derecho ni de las constancias de autos, y tal criterio no resulta aplicable porque se prescindió de la naturaleza litisconsorcial del proceso. ----------

------ El segundo aspecto por el que se agravió la recurrente fue el apartamiento del juzgador de la prueba pericial médica obrante en autos, y sustentar su argumento de rechazo en base a los informes remitidos por la Academia Nacional de Medicina (fs. 1309) y por la S. de Obstetricia y Ginecología de Buenos Aires (fs. 1311). ----------

------ Alegó que la cuestión planteada es central, pues mientras la sentencia de primera instancia sostuvo que no se había acreditado la intervención causal imputable a la médica, en base a la apreciación de la pericial médica producida; el fallo en recurso, por el contrario, confiere excluyente prevalencia a los aludidos informes por sobre la pericia médica, exclusión que constituye una omisión de prueba esencial y decisiva que contraviene la regla imperativa del art. 390 del CPCC, por surgir, justamente, del dictamen la determinación causal del desgarro sufrido por la actora en ocasión del parto. ----------

------ La recurrente explicó que la sentencia de cámara se expidió en sentido contrario al mecanismo causal del desgarro, atribuyéndoselo a una mala praxis profesional y para ello excluyó las conclusiones de la pericia médica, confiriendo relevancia probatoria a los informes de fs. 1309 y 1311. De este modo, agregó, que la antijuridicidad resultó de los antecedentes de la parturienta y la decisión individual de la Dra. D. R. de recurrir al uso de fórceps, quien debió sin dudas realizar la episiotomía que el caso requería, conforme el informe aportado por la Academia Nacional de Medicina (fs. 1309) y por la S. de Obstetricia y Ginecología (fs. 1311). ----------

---- Criticó la conclusión del juzgador basada en dichos informes por no establecer la mentada causalidad ni expedirse sobre el caso concreto como, expresamente, lo dejaron aclarado, incurriendo en una evidente degeneración interpretativa de la prueba y en un absurdo valorativo, haciendo que la sentencia revocatoria no solo se encuentre en notoria contradicción con la prueba pericial incorporada a la causa, sino que aparece como el producto de la voluntad individual del juzgador al prescindir irrazonablemente de las conclusiones periciales, arribando a una conclusión dogmática alejada de la realidad probada.

------ Afirmó como conclusión del agravio, que el fallo resulta viciado en su fundamentación y motivación porque para imputarle responsabilidad civil por mala praxis: **1)** excluyó como prueba esencial la pericia médica, cuando acredita que la causa de la lesión, en ocasión del parto, fue la laterocidencia de mano durante el período expulsivo; **2)** el perito no determinó el uso de fórceps y/o cualquier otra práctica médica; como origen causal de la lesión y **3)** los informes de las instituciones médicas de fs. 1309 y 1311, no establecen que haya causado el desgarro de la parturienta, el hecho de la recomendable episiotomía cuando se utilizan fórceps. ----------

------ El tercer aspecto por el que se critica al fallo, refiere a la consideración del segundo votante sobre la responsabilidad médica, que emplaza la obligación de la obstetra como obligación de resultado y su eximición del deber de responder mediante la prueba de un caso fortuito o de fuerza mayor que interrumpa el nexo causal. Afirmó que tal criterio no se compadece con el mayoritariamente aceptado que identifica este tipo de obligaciones como de medios, y que el votante, en su fundamentación, identificó confusamente el efecto deseado (nacimiento normal y en buen término) con el resultado mismo, aspecto distinto porque aquel no depende exclusivamente de la voluntad de la médica sino de otras circunstancias, elementos y factores ajenos a su voluntad, como justamente sucedió en este caso, cuando la laterocidencia de mano del bebé en el período expulsivo (situación no diagnosticable), generó el desgarro.

------ Insistió que la obligación médica es de medios y en lo que refiere a la prueba del incumplimiento prestacional, debe valorarse la diligencia, aptitud e idoneidad para llevar a cabo todo aquello que habitualmente conduce a un resultado, pero sin asegurar la obtención del mismo y cuyo incumplimiento genera siempre una responsabilidad subjetiva donde es necesario acreditar la culpabilidad del profesional, ya que esta no se presume. Y éste, a su vez, para eximirse de responsabilidad, le será suficiente demostrar haber obrado en forma diligente. Aseveró que no resulta necesario probar el caso fortuito o la fuerza mayor (que pueden existir en este tipo de obligaciones) como causa de exoneración de responsabilidad, como afirmó el sentenciante, sino que es

suficiente, la prueba de la diligencia debida del deudor, y sin perjuicio, de la carga de la actora de acreditar la negligencia del profesional. ----------

------ Luego de referirse en detalle a lo expuesto en la historia clínica 70614 y la pericia médica de fs. 1160/1163, la apelante afirmó que en el caso no hubo negligencia médica. Dijo que no surge de la prueba pericial que la causa del desgarro hubiera sido producido por una intervención o un acto médico impropio; todo lo contrario, se concluyó allí, que la causa fue la laterocidencia de mano y que el uso de fórceps fue adecuado e idóneo frente al alea no diagnosticable. Argumentó que la laterocidencia de mano y el desgarro sobreviniente, constituyó un factor ajeno que no dependió de la voluntad ni del obrar de la profesional, pues ante la falta de progresividad solo tuvo la opción médica de asistir el parto mediante el uso forcipital, que como señaló el perito, fue idóneo y adecuado a las circunstancias para evitar daños al bebé, y que el desgarro fue provocado por el ensanchamiento lógico de la vía de parto y del tejido vaginal al pasar la cabeza del niño y su mano, todo al mismo tiempo, contingencia que resultó imprevista pues la laterocidencia no es diagnosticable.

------ El último aspecto que la recurrente pone en crisis, es el relativo a la responsabilidad médica que se le atribuye sobre la base de la supuesta omisión del consentimiento informado en que habría incurrido por no informar a la actora respecto de las opciones entre parto natural y cesárea, ni de los peligros y ventajas de cada una de ellas, como lo imponía la ley 17.132. ----------

------ Sostuvo en primer lugar que el análisis de esta cuestión configura un tratamiento jurisdiccional contrario a derecho porque tal aspecto imputativo nunca fue introducido en la faz constitutiva del proceso, advirtiendo que si bien la actora lo aludió, de modo tangencial, en su memorial de agravios, nunca pudo ser atendido por la cámara ni tO.se en cuenta para fundar la responsabilidad civil por mala praxis profesional, lo que vulnera las disposiciones del art. 280 del CPCC. Afirmó que la cámara no solo abordó un extremo que, ciertamente, no fue puesto a consideración del tribunal de origen, sino que fue más allá, al

imputarle responsabilidad civil con este argumento, lo que vulnera el principio de congruencia. ----------

------ Desde otra óptica, la apelante se agravia también de que el fallo no advirtió que ella, no fue quien evaluó ni decidió que el parto de la actora fuera natural. Explicó que todo lo relacionado con la internación y la definición de la opción terapéutica de parto natural ya había sido establecido por la Dra. J. A. M., que recibió y asistió a la actora en el hospital en su turno de guardia, y decidieron la opción de esa vía, conforme surge del testimonio prestado por la médica a fs. 595/596. Precisó que sólo se limitó a llevar a cabo la práctica del parto natural que había sido evaluado como pertinente por la Dra. M. y decidido por la parturienta. ----------

------ Calificó de infundada y arbitraria la conclusión imputativa del Juzgador de atribuirle responsabilidad civil por no haber obtenido el consentimiento informado de la paciente, porque omitió valorar una prueba esencial como la testimonial de la Dra. M., de cuya lectura resulta haberse obtenido el consentimiento informado de la actora para que el parto fuese natural. Tal omisión probatoria hace que el fallo no constituya una derivación razonada de la prueba y del derecho vigente, tornándolo ilegítimo por vulnerar la obligación de analizar prueba decisiva y fundar -conforme a su contenido- debidamente la sentencia (arts. 390 y 165 inc. 5 y 6 del CPCC). ----------

---- Por último, hizo reserva del caso federal y solicitó revocar la sentencia en recurso.----------

------ **II. c.-** La Provincia del Chubut expresó su queja referida, enteramente, al punto que consideró central la alzada, esto es, la relevancia irrazonable que le otorgó a los informes agregados a fs. 1309 y 1311, emitidos por la Academia Nacional de Medicina y por la S. de Obstetricia y Ginecología de Buenos Aires, y a su errónea interpretación que culminó en una casi total exclusión de lo dictaminado por la pericia médica, que fue categórica respecto al origen de las lesiones sufridas por la actora en ocasión del parto al decir: *"...sin lugar a*

dudas por una laterocidencia de mano durante el período expulsivo (consta en la historia clínica), y que es la causa más frecuente de lesiones del esfínter anal y vaginal, como también provoca desgarros en el cuello uterino con mayor facilidad y gravedad…"; con la aclaración complementaria de que ello es una *"eventualidad no prevista y que no se diagnostica con antelación al período expulsivo por ningún método de diagnóstico…"*. ----------

------ Destacó además, que dichas afirmaciones del experto no fueron cuestionadas ni impugnadas por las partes en los planteos que se hicieron en relación a la pericia de fs. 1171 y 1189. ----------

------ Expresó que en los informes emitidos por las instituciones médicas, ante la misma pregunta que se les formulara de *"si es recomendable practicar una episiotomía en un parto en el que se van a utilizar fórceps"*, ambas respondieron como "recomendable" la práctica de la episiotomía (una lo señaló como "absolutamente recomendable"); sin embargo, los camaristas tO.on esas consideraciones como si los informes hubieran dicho que el procedimiento resultaba obligatorio, ineludible, absolutamente necesario o incluso, forzoso.---------- Consideró que una práctica pueda resultar "recomendable" no debiera significar que su no adopción u omisión por el profesional le pudiera acarrear una inmediata responsabilidad por mala praxis, máxime, como en el caso de autos, donde si bien se constató una lesión en la paciente, quedó debidamente acreditado que el daño no se debió a la utilización del fórceps sino a un evento no previsto ni diagnosticable en forma previa como fue la laterocidencia de mano del bebé. ----------

------ En definitiva, calificó de arbitrario e injustificado el apartamiento de los jueces de la prueba pericial. Explicitó que el informe pericial médico fue elaborado en forma concreta y específica para el caso que nos ocupa, tomando como referencia y base los hechos expuestos en la demanda y la documentación agregada (revisión médica de la actora, registros, historia clínica, etc.); mientras que los informes de fs. 1309 y 1311 fueron respuestas genéricas aplicables a una variedad amplia de cuadros fácticos pero no elaborados para el supuesto de

autos, como la propia S. de Obstetricia y Ginecología lo aclaró expresamente al final de su informe. ----------

------ **II. d.-** A fs. 1371 se corrió traslado de los memoriales de agravios a la parte contraria. ----------

------ **II. e.-** A fs. 1375/1378, la parte actora respondió los agravios de la codemandada D. R.. Entendió que la crítica al fallo no se ajusta a los parámetros establecidos por este Superior Tribunal en cuanto a su idoneidad, destacando que las argumentaciones vertidas, más allá de reiterarse y superponerse, pretenden erigir una conducta procesal que no se compadece con la actitud adoptada en el proceso al no contestar demanda, pretendiendo agraviarse de la sentencia cuando no brindó ninguna versión de los hechos. ----------

------ Afirmó que no existe una crítica de la recurrente sino que solo se limita a exhibir cuales han sido las posturas y una síntesis de los fundamentos de la sentencia de cámara, y que no resulta cierto que se haya revocado el fallo de primera instancia por no contestar la demanda, pues los magistrados realizaron un estudio concienzudo de los elementos de prueba y ponderaron que, además, no se había efectuado el responde. ----------

------ A fs. 1379/1380 vta. hizo lo propio con la queja de la Provincia del Chubut. Expresó que la codemandada invocó como agravio la errónea interpretación de la prueba novedosamente introducida al proceso, refiriéndose a los informes emitidos por las instituciones médicas a fs. 1309 y 1311, y que no se hizo cargo de explicar su calificación de irrazonable relevancia que se le diera a dichos informes. Indicó que esa prueba informativa es una facultad de los jueces, de lo cual se le dio el correspondiente traslado a las partes y finalmente se resolvió mediante SI N° 232/17. ----------

------ **II. f.-** A fs. 1382/1384 vta., el Sr. Procurador General emitió dictamen. Sostuvo que los planteos ensayados por los apelantes no logran desvirtuar los fundamentos de la sentencia que fundó adecuadamente el apartamiento parcial

de las conclusiones periciales. Dijo que de la manera en que ocurrieron los hechos según se relata en la historia clínica, cobra relevancia lo informado por las reconocidas organizaciones médicas que contestaron los informes en punto a la práctica de la episiotomía en forma previa al uso de los fórceps. Argumentó que si bien existió una lesión en la región anal y perianal que se produjo en ocasión del parto provocada por una laterocidencia de mano durante el período expulsivo, de acuerdo a una interpretación integral del plexo probatorio, tal como lleva adelante la sentencia, con los informes de fs. 1309 y 1311, cabe concluir la existencia de una pauta o regla de acción altamente recomendable para el profesional en estos casos, que es la práctica previa de la episiotomía, la cual fue omitida por la Dra. D. R. en su actuación. ----------

------ Agregó que si la episiotomía es la regla recomendable como práctica previa cuando es necesario el uso de fórceps en un parto natural, la distribución de las cargas probatorias dinámicas exigía a la médica acreditar cuáles fueron las razones que, en el caso concreto, la llevaron a no realizarla. ----------

------ Concluyó que en los agravios intentados no se desarrollaron razones y fundamentos que evidencien desvíos en el razonamiento sentencial, por lo que dictaminó por el rechazo de los recursos intentados y la confirmación de la sentencia de cámara. ----------

------ **III.- *Análisis.*** ----------

------ **1.-** En primer término, habré de referirme brevemente a las alegaciones vertidas por la parte actora al contestar los agravios de las codemandadas, relativas a la insuficiencia de embates y crítica de los recursos. ----------

------ En efecto, no comparto tales afirmaciones, pues de la lectura integral de ambos escritos recursivos encuentro argumentaciones suficientes para contener una adecuada impugnación. Es decir, respetan las consignas establecidas por la norma ritual; y permiten habilitar la instancia para su tratamiento (arts. 268 y 269 CPCC). Ello, además, en consonancia con el “principio de amplia

tolerancia para evaluar la suficiencia de la expresión de agravios, con el fin de amparar la garantía de defensa en juicio" (Fenochietto, Carlos E. *Código Procesal Civil y C. de la Nación*, T° 2, Astrea, Bs.As., 1999, pág. 102,). ----------

2.- Como lo expresara en los considerandos que anteceden, ambas codemandadas se alzaron contra la sentencia de cámara. La crítica de la accionada D. R. se enfocó en lo que considera fueron los cuatro argumentos centrales del fallo revocatorio, mientras que la Provincia centró su diatriba en un solo punto, el cual coincide con una de las quejas de su litisconsorte, relativa al apartamiento del dictamen médico y la irrazonable relevancia que se le otorgó a la prueba informativa proveniente de la Academia Nacional de Medicina (fs. 1309) y de la S. de Obstetricia y Ginecología de Buenos Aires (fs. 1311). ----------

3.- Por ello, en primer lugar abordaré por razones de lógica-jurídica los agravios que son propios de la Dra. D. R., para luego considerar -en caso de corresponder- las críticas que tiene en común con la codemandada, Provincia del Chubut. ----------

3.1.-*Agravios de la Dra. Di R.*. ----------

3.1.1.- La codemandada cuestiona que la sentencia revocatoria consideró su omisión procesal de contestar la demanda, como reconocimiento de la antijuridicidad y causalidad del hecho dañoso, derivación que estima jurídicamente incorrecta para el caso de autos, toda vez, que al mediar una actuación plural de partes demandadas se conformó un litisconsorcio pasivo facultativo a partir de un hecho común (art. 89 CPCC). Sostiene que el fallo no resulta fundado ni constituye una derivación razonada del derecho procesal vigente (art. 165 inc.5 del CPCC), en orden a tener por acreditada la responsabilidad civil de la demandada sobre la base del reconocimiento establecido en el art. 360 inc. 1 del CPCC. ----------

3.1.1.a.- En punto a ello, de la lectura detenida del primer voto, considero que se tuvo por acreditado el daño como la antijuridicidad en el hecho que se le imputa a la profesional -entre otros elementos probatorios- por los hechos

afirmados en la demanda y no contradichos, ante su falta de contestación. Es más, al referirse a la relación de causalidad, expresó, concretamente, que el apartamiento de las conclusiones del perito médico y la asignación de potencia acreditativa sólo parcial a la experticia, obedeció ***"a la ausencia de contestación de demanda por parte de Di R. -cuestión que a mi juicio hubiese resultado crucial para conocer la versión de la accionada-*** *y lo informado por…, en orden a la necesidad de realización de episitomía con casos como el de autos"* (sic) (fs. 1323, segundo párrafo) (los destacados me pertenecen). ---

------ Cierto es, que de las constancias obrantes en autos, a fs. 85 se tuvo por no contestada la demanda por parte de la médica D. R.; y sabido es, que la falta de responde, conforme lo normado por el art. 360 inc.1 del CPCC, contempla la facultad -no el deber- de que el juez tenga por ciertos los hechos lícitos afirmados por la parte actora, estimación que debe realizar de acuerdo a la naturaleza del proceso y a los demás elementos de convicción aportados a la causa. ----------

------ Ahora bien, pese al planteo concreto que trae el agravio, no puedo prescindir en considerar -por ser relevante- que la temática en cuestión fue el primer aspecto que consideró el juez de origen (ver fs. 1172 vta./1173 vta., primer considerando); en línea con lo que la recurrente analiza; y la actora, conforme puedo cotejar del memorial de agravios que luce a fs. 1202/1210, no se alzó contra este tramo del pronunciamiento en su apelación ante la cámara. Es decir, que tratándose de una cuestión que adquirió firmeza en origen, la alzada no podía -como lo hizo- ingresar en su análisis, con la consiguiente afectación del principio de congruencia. ----------

------ En este sentido, y conforme lo señaló el sentenciante de primera instancia (fs. 1173, 3er. párrafo); quedó definido, en la limitada admisión tácita de los hechos lícitos alegados en demanda; el reconocimiento que la Dra. Di R. asistió a la actora en su parto de fecha 02/08/2003, que consideró que el parto sea de modo natural y que en su curso, se usaron fórceps. Extremos, lógicamente,

insuficientes para endilgar responsabilidad médica en el hecho que se le imputa a la profesional. ----------

------ **3.1.1.b.-** Amén de ello, y solo a título de mayor consideración, debo decir que la sola mención que hace la cámara de la "ausencia de contestación de demanda" o de "los hechos afirmados en la demanda y no contradichos" como argumentos -centrales- acreditativos de responsabilidad civil, aparecen desprovistos de un debido análisis y fundamentación que fije su correspondiente alcance. Ello porque previamente, la alzada no estableció, como debía, la incidencia ni las consecuencias de dicha omisión o silencio. Autorizada doctrina, enseña que: "…es el tribunal quien tiene el deber jurídico de fijar en la sentencia los alcances del silencio y demás figuras omisivas, vale decir, si la inconducta importa un reconocimiento de los hechos afirmados por el adversario y porqué…" (Fenochietto, Carlos E. *Código Procesal Civil y C. de la Nación*, T. 2, Ed. Astrea, Bs.As., 1999, pág. 406). ----------

------ En efecto, la falta de contestación de demanda no acarrea por sí misma, la consecuencia que fijó la sentencia, pues la referida omisión no importa, necesariamente, un reconocimiento automático del derecho de la parte actora a obtener lo reclamado, sino que la norma autoriza a computar dicha circunstancia como una presunción favorable a sus pretensiones, la que debe ser avalada por la prueba corroborante, o destruida por prueba contraria, análisis que no se evidencia en la porción del decisorio que se examina (Morello, Augusto M., Sosa, Gualberto L., Berizonce, Roberto; *Códigos Procesales en lo Civil y C. Prov. de Bs. As. y de la Nación*, T IV-B, Librería Editora Platense, Bs.As., 1990, pág. 532, n° 9). ----------

------ En este sentido, además, el fallo -como lo afirma la recurrente- soslaya en considerar una cuestión relevante del proceso, como es la actuación plural de partes demandadas. Así, la pretensión resarcitoria de autos se dirigió contra la Dra. Di R. y la Provincia del Chubut, como codemandadas; y contra la aseguraD., citada en garantía. En particular, el Estado provincial, en su responde, negó en forma pormenorizada los hechos expuestos, el reclamo

formulado y la documental acompañada; y aportó los medios de prueba en sustento de su posición. Igual postura asumió la citada en garantía (fs.188/216).

------ Es decir, hubo de la parte codemandada y de la citada en garantía, una clara oposición a la pretensión resarcitoria reclamada por la actora y una negativa categórica de los hechos imputados, cuestión que debió ser valorada y juzgada por el tribunal; para recién considerar al silencio de contestar demanda -si correspondiere- como una presunción en favor de la accionante. -

----- Sin duda, que la interpretación errónea de la norma procesal -al margen de las constancias obrantes en autos (contestación de demanda por la Provincia del Chubut -fs. 105/121 vta-, por la citada en garantía a requerimiento de la profesional -fs. 92 y vta. y 100, 2° párrafo; y 188/216-, sus efectos en relación al hecho común, prueba acompañada y producida y firmeza de la cuestión en origen) vició el razonamiento del juzgador. Por ello, considero que el agravio debe ser atendido. **Así lo voto.** ----------

------ **3.1.2.-** ***Responsabilidad médica. Obligación de medios vs. Obligación de resultado***. ----------

------ El siguiente agravio, que se focaliza en el voto del segundo magistrado (ap. 4., fs. 1357/1360), que en síntesis, refiere a las consideraciones relativas a la responsabilidad médica que emplaza en el área de las obligaciones de resultado (las obligaciones de hacer, siempre procuran un resultado); y en la inmediata derivación que tiene esta distinción en materia de eximentes de responsabilidad, en la medida, que la demandada debió probar -y no lo hizo- la existencia de un caso fortuito o de fuerza mayor que interrumpa el nexo causal.

------ En este acotado marco y sin perjuicio de las argumentaciones que la recurrente vierte *in extenso*, coincido con la actora, que este tramo del agravio, carece de virtualidad jurídica. Ello así, porque el sentenciante no hace más que aclarar -desde su propia mirada- el criterio de diferenciación entre ambas obligaciones -que cataloga de inconsistencia lógica e intrascendencia práctica-

para luego rematar que la distinción es solo aparente, y no hay entre ellas diferencias ontológicas (en las obligaciones de medio siempre es posible encontrar un resultado, que podría ser un mero hacer) (fs. 1326/1327). ---------

----- Por otra parte, de las constancias obrantes en autos, surge que el encuadramiento de la responsabilidad médica en el campo de las obligaciones de medio (o de actividad) y no de resultados (o de fines) y, por ende, su emplazamiento en el área de la responsabilidad subjetiva son aspectos que, también, llegan firmes ante esta instancia. Una vez más, no medió alzamiento alguno por parte de la actora al segundo considerando del fallo de origen que delimita la cuestión (ver fs. 1173 vta/1175); y fue consentido por la aquí recurrente, al expresar agravios ante esta Sede (fs. 1352, ap. V.1.1., 1er párrafo). ----------

------ Por ello, propongo desestimar este tramo del agravio, que involucra puntualmente, los argumentos que se desarrollaron en el punto 4, apartados 4.1 al 4.3. del memorial (fs. 1357/1358). Los restantes ítems que lo comprenden (aps 4.4./4.7) y que remiten a los aps. 3.4.1./3.5, los trataré más adelante, de manera conjunta, al evaluar la crítica principal que trajo la codemandada, Provincia del Chubut, por encontrarse íntimamente vinculados (mecanismo causal, pruebas producidas y su valoración). **Así lo voto**. ----------

------ **3.1.3**.- ***Consentimiento informado***. ----------

------ **3.1.3.a**.- En el ap. 5 del memorial (fs. 1360/1361 vta.), la profesional recurrente se agravia de la atribución de responsabilidad que le se atribuyó de manera autónoma, en base a una supuesta omisión del consentimiento informado respecto de las opciones entre parto natural o cesárea; y de sus peligros y ventajas; pese a tratarse de una obligación que la ley 17.132 impone a los galenos respecto de cada opción médica (*sic)*. ----------

------ Confronta esta definición alegando que se trata de un abordaje jurisdiccional contrario a derecho, dado que tal aspecto impugnativo nunca fue

introducido en la faz constitutiva del proceso. Advierte que si bien la actora alude a dicha cuestión en forma tangencial en su memorial de agravios de fs. 1206, nunca pudo ser atendida por la cámara en esa etapa recursiva. A criterio de la apelante, lo resuelto vulnera lo dispuesto por el art. 280 del CPCC, con una evidente lesión al principio de congruencia, por tratarse de un extremo no invocado en la demanda. ----------

------ Frente a ello, la actora en su responde, replica que el tema lo planteó al expresar agravios y que al tratarse de una cuestión de derecho, por imperio de la ley 17.132 debió cumplirse (fs. 1377 vta., último párrafo y fs. 1378, primer párrafo). ----------

----- Adelanto, que le asiste razón a la recurrente y propondré hacer lugar al agravio. ----------

------ Resulta cierto que el presupuesto fáctico de referencia, tal como se trae fundamento de la responsabilidad médica-, no fue introducido por la parte actora en la etapa postulatoria del proceso (demanda fs. 35/47 vta.) y, por lo tanto, al ser una cuestión que no fue sometida a conocimiento y decisión del magistrado de grado, resultó una materia vedada al tratamiento de la cámara. Por ello, la posterior mención que hace la actora sobre el punto, en su memorial de agravios, no fue idónea para habilitar su examen por el tribunal. Es que “la alzada, por ser un área de revisión, carece de poderes para decidir temas no sometidos al juez inferior, ya que su función prístina no es la de fallar en primer grado sino la de controlar la decisión de los magistrados de jerarquía inferior” (Hitters, J. C. *Técnica de los Recursos Ordinarios*, 2da Edición, Librería Editora Platense, 2004, pág. 424). ----------

------ Considero oportuno aquí abrir un paréntesis para ampliar la conclusión a la que he arribado. En efecto, la recurrente expresa con razón que la alzada no advierte que ella no fue quien evaluó ni decidió que el parto de la actora fuera natural. En realidad, la Dra. J. M. (médica de cabecera) fue quien la recibe y asiste en su turno de guardia del hospital de Esquel, y quien decide junto a la

Sra. U. la opción de parto natural, según puedo corroborar del testimonio obrante a fs. 595/596, que no mereció objeciones de las partes (en especial, respuestas a las preguntas 10,11, 15, 16, 29 y 41, fs. 594 vta./595). ----------

------ Lo dicho resulta concordante con lo que surge de la historia clínica que tengo a la vista: “Observaciones:...cesárea anterior, manifiesta a médica de guardia que desea parto natural. Se realiza rasurado y enema evacuante (+++)” (fs. 21 y vta., foliatura hospital de Esquel); y de la demanda, cuando la accionante precisa que, primero, fue atendida por su médica de cabecera, la Dra. A. M. D. C. (a las 6:00) que le manifestó que *se encontraba en buenas condiciones, con buen cuello y con cuatro de dilatación y que le aconsejó caminar;* y que al volver al hospital unas horas después, fue atendida por la profesional demandada, porque su médica se había retirado (cambio de guardia). En esta nueva consulta, hace su intervención la Dra. D. R. y le manifestó que la ayudaría a dilatar y que el parto sería natural (fs. 36, 2do párrafo). ----------

------ Es decir, que lejos estuvo la actora de introducir en la demanda, la no obtención del consentimiento informado por parte de la profesional codemandada como presupuesto directo de la responsabilidad que le atribuye en el hecho dañoso; por lo que devino improponible su incorporación -aunque de modo tangencial- en la expresión de agravios (fs. 1203); e impropio su tratamiento por la cámara como un argumento dirimente para la Litis; máxime que de los propios términos de la demanda, la negligencia que se imputa a la profesional pasa por la manipulación del fórceps (que le provocó, según afirma, los desgarros), sin hacer episiotomía. ----------

------ En este sentido, puedo citar -entre los antecedentes de la jurisprudencia nacional que constituyeron verdaderos *leading cases* en la materia- el caso “Pereyra, Miguel c. B.,J.M. s/ daños y perjuicios” de la Cámara Apelaciones Civil y C. de Rosario, Sala 2ª, 27/7/00. En este fallo, la cámara, confirmando el pronunciamiento de primera instancia señaló que el tema de la no obtención del consentimiento informado debe integrar la demanda si se pretende que sea

tratado en la sentencia. La parte actora, en su demanda nada había dicho al respecto, y a posteriori, en etapa de alegar, pretendió introducirlo (Vázquez Ferreyra, Roberto; *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina.* 2ª edición ampliada, colección Responsabilidad Civil, volumen 12, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2002, pág. 55). ----------

------ En igual línea argumentativa, tampoco soslayo que a la fecha del parto (02/08/2003) no se encontraba vigente la Ley Nº 26.529 (de orden público) denominada "Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e Instituciones de la Salud" (sancionada el 21/10/2009; y promulgada de hecho el 19/11/2009); y mucho menos, que el deber de información del médico al paciente se imponía como una creación pretoriana, con sus correspondientes matices, según la posición que se adoptara. ----------

------ Es más, siendo Juez de la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, me pronuncié, como primer votante, en algunos de los aspectos que involucra la temática en cuestión (falta de consentimiento informado o de información suficiente, efectos y su naturaleza jurídica), en la SD N° 1/2014 (hecho médico de fecha 06/09/2002); que luego ratifiqué, en la SD N° 13/2015 (hecho médico del 01/02/2008); y dije expresamente que: "...***la falta de información suficiente e inclusive de consentimiento no genera per se, en forma automática, la responsabilidad del médico***. *Entiendo que el consentimiento y la responsabilidad forman una relación bilateral compleja, donde la falta del primero hace presumir la segunda, pero sin comprometerla automáticamente, pues dicha presunción puede revertirse.* ***Así como el mero consentimiento informado no basta para legitimar toda intervención, siendo posible que el médico se torne responsable, aun contando con autorización del paciente, por lógica consecuencia, su falta tampoco compromete automáticamente o en forma inexorable la responsabilidad del médico […].*** *En cuanto a* ***la naturaleza del consentimiento informado*** *ha dicho E. A. Zannoni que se discute desde ese punto de vista, si el consentimiento informado, es una declaración de voluntad contractual, o tan solo un acto voluntario lícito en los términos del artículo 898 del Código Civil. No cabe duda que la relación*

médico-paciente se desarrolla habitualmente en el ámbito contractual. "Sin embargo, dice Zannoni, la cuestión que en este momento nos preocupa es el "consentimiento", -más bien asentimiento o autorización- para tratamientos determinados y aún más: el derecho de no consentir en ellos, lo que implica la facultad de optar por no continuarlos, sin perjuicio de la relación contractual preexistente. En otras palabras, ***el paciente no queda obligado en virtud del contrato con el médico a aceptar cualquier tipo de tratamientos o terapias, pues campea siempre un derecho personalísimo de quien pone en juego su propio cuerpo y su vida.*** *Debe diferenciarse el contrato, del cual surge la relación entre el médico y el paciente, del llamado consentimiento informado, "que nada tiene que ver con una relación contractual, sino que forma parte del derecho del paciente sobre su propio cuerpo, independientemente del momento en que haya dado conformidad, autorización o asentimiento para el acto médico que no es de carácter negocial" (Zannoni, E., "Reflexiones acerca de la responsabilidad médica, opción del paciente por no continuar un tratamiento, eutanasia, homicidio piadoso y suicidio asistido", trabajo publicado en "Revista de Daños", Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2003, tomo 2003-3, p. 17 y ss; Cornet, Manuel, "Consentimiento informado", Publicado el 17/04/2013, elDial.com - DC1A42*)…".----------

----- **3.1.3.b.-** A ello debo sumar, a mayor consideración, que se muestra inconsistente la persistencia de la actora en manifestar que a la fecha del hecho se encontraba vigente la ley 17.132 y que se trata de una cuestión de derecho. No aporta fundamento alguno; ni tampoco individualiza -al igual que el segundo voto del fallo en crisis- el o los artículos de esta norma que resultarían de aplicación; o en su caso, en cuál se reflejaría la obligación de requerir el consentimiento informado al paciente. ----------

------ No obstante, de un repaso del articulado de la ley (del 24/01/1967) puedo colegir que el art. 1°) determina el ámbito de su aplicación a la Capital Federal y al Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud; y en el art. 19, que individualiza las obligaciones de los profesionales de

la medicina, en el inciso 3°) alude a la exigencia de la conformidad por escrito del paciente sólo para las operaciones mutilantes. ----------

------ De ello, -siguiendo prestigiosa doctrina- sólo se infiere que esta ley forma parte de los antecedentes normativos en materia de consentimiento informado en nuestro país; al requerir en el art. 19 respeto por la voluntad negativa del paciente, lo cual importa la necesidad de solicitar su consentimiento previo al procedimiento (para las intervenciones mutilantes); pero todavía no aparece una mención concreta al deber de información, que a partir de la década del ’90 comienza a ocupar un lugar destacado en la doctrina y en la jurisprudencia y se va introduciendo en la legislación (Bueres, Alberto-Highton, Elena I; *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2ª reimpresión, Tomo 4ª, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2008, págs. 796/797 y 801). --

------ En definitiva, por todo lo dicho, la cámara al ingresar en el estudio de la temática en cuestión, a mi criterio, no hizo más que vulnerar el principio de congruencia y atentar flagrantemente contra el derecho de defensa en juicio (arts. 34, inc. 4°; 165, inc. 6° y 280 del CPCC y art. 18 de la CN); por lo que propicio hacer lugar al agravio. **Así lo voto**. ----------

------ **3.2.-** ***Agravios comunes de las codemandadas, Dra. D. R.*** *(que incluye los aps. 4.4/4.7 que remiten a los aps. 3.4.1./3.5*) y ***Provincia del Chubut*** *(relación de causalidad y valoración probatoria).* ----------

------ Las accionadas se agravian, concordantemente, en cuanto el fallo de la alzada se expidió en sentido contrario a la sentencia de grado respecto del mecanismo causal del desgarro producido en ocasión del parto, para imputarle a la profesional responsabilidad por mala praxis y de suyo, al Estado provincial.

------ Las posturas convergieron en que para poder sostener que el daño sufrido por la actora fue causado por culpa de la Dra. D. R., la cámara se apartó sin fundamento de las conclusiones de la prueba pericial médica, confiriéndole preeminencia probatoria a los informes (fs. 1309 y 1311) que no se expidieron

sobre el caso concreto, sino de manera genérica y abstracta en base a los puntos consignados; por lo que el pronunciamiento resulta viciado en su fundamentación y motivación, al excluir de manera irrazonable prueba esencial y decisiva para la solución de la causa (ver memorial, Dra. D. R., aps. 3.4.1/3.5; y 4.4./4.7; fs. 1355/1357 y fs. 1358/1360, respectivamente; y memorial del Estado provincial, ap. IV, fs. 1369/1370 vta.). ----------

----- Adelanto que el embate tendrá favorable acogida. ----------

---- No existen dudas respecto del daño que sufrió la actora en ocasión de dar a luz a su segunda hija, F. P., el día 02 de agosto del año 2003, en el Hospital Zonal de Esquel. ----------

------ La actora, en su escrito postulatorio, reveló que ante la necesidad de utilizar fórceps -dado que la criatura no salía- fue la manipulación de este instrumento por parte de la Dra. D. R., la que produjo las lesiones (desgarro en el útero, vagina y ano). Señaló además, como constitutivo del error o impericia médica, que ya había tenido un parto anterior por cesárea, siendo de conocimiento general que -en estos casos- resulta recomendable continuar con el mismo método dado que los médicos generalmente no aconsejan realizar partos naturales por la posible ruptura uterina en las contracciones del parto vaginal. ----------

------ **A).-** En primer término, considero necesario poner de relieve las mencionadas afirmaciones que concretan la pretensión de la actora porque -en definitiva- hacia allí debió enderezar su actividad probatoria para cumplir con el imperativo procesal, esto es, demostrar la culpa médica alegada. Ello así, porque en materia de responsabilidad médica no existen presunciones legales G. de culpa, prima la regla general, que la parte actora es a la que le corresponde cumplir con la carga de demostrar frente al daño, la culpa del galeno (art. 381 del CPCC), sin perjuicio de que el tribunal pueda hacer aplicación de la denominada teoría de las cargas probatorias dinámicas; que podría tener

operatividad, ante la orfandad probatoria en punto a los principios médicos a aplicar al caso concreto, en cuyo caso recurrirá a las presunciones judiciales o, excepcionalmente, poner la carga de la prueba en cabeza de una u otra parte (en este caso vendría a ser en cabeza del médico) sobre la base de la idea del *favor probationis -o de la teoría de las cargas probatorias dinámicas-*. (Bueres, Alberto-Highton, Elena I; en obra y tomo citado, p. 679). ----------

------ **B)-** Por lo tanto, atento a la índole de la responsabilidad médica, para que proceda el resarcimiento de los perjuicios sufridos, debe acreditarse no sólo que han existido, sino la relación de causalidad entre el obrar negligente de aquél a quien se imputa su producción y tales perjuicios (CSJN, Fallos: 315:2397; 325:798 y 330:748, entre otros). ----------

------ **C).-** Así pues, en todo proceso en que se cuestiona la "praxis médica", el dictamen pericial médico se constituye en prueba relevante, ya que ilustra al magistrado sobre temas que normalmente escapan a su formación profesional.

------ **C).1).-**En el particular caso de autos, la pericia médica la ofreció la actora y la codemandada, Provincia del Chubut y se produjo a fs. 1160/1163 (refoliado fs. 1071/1074), con su ampliación de fs. 1180 (refoliado fs. 1091). ----------

------ **C).2).-**De la entrevista y examen físico realizado a la actora, el perito médico determinó, en cuanto al daño propiamente dicho, que: ***"…Si bien se puede inferir que la lesión se ha producido durante el parto, puede afirmarse que el mecanismo de la lesión es producido sin lugar a dudas por la laterocidencia de mano durante el período expulsivo (consta en la historia clínica), y que es la causa más frecuente de lesiones del esfínter anal y vaginal, como también provoca desgarros en el cuello uterino con mayor facilidad y gravedad. Eventualidad no prevista y que no se diagnostica con antelación al período expulsivo por ningún método diagnóstico***" (sic). -------

------ Luego, en lo que respecta a la utilización del fórceps, explicó que: ***"…es sabido que el uso está indicado en el momento que se define como falta de***

progresión y descenso del trabajo de parto, tal como se menciona en la historia clínica, ya que el trabajo de parto prolongado trae complicaciones fetales de importancia y que la decisión de usar el fórceps es adecuada e idónea, (sin evidencias de lesiones fetales ni de trastornos neurológicos que son la complicación más común del uso de fórceps)" (sic). ----------

------ **C).3)-** Las conclusiones periciales no fueron cuestionadas ni merecieron objeciones de las partes. Y oportunamente fue ponderada por el juez de grado junto con otros medios probatorios, como el informe de la Academia Nacional de Medicina obrante a fs. 705/707, la testimonial de la Dra. J. M. (fs. 594/595 vta.) y la historia clínica de la actora, para concluir que no medió culpa (impericia u obrar negligente) en el cumplimiento de la prestación médica de la profesional demandada. ----------

------ **D)** Por otra parte, en la etapa de apelación, la Cámara de Apelaciones de Esquel, solicitó como medida para mejor proveer, un informe dirigido a la Academia Nacional de Medicina (fs. 1309) y otro, a la S. de Obstetricia y Ginecología de Buenos Aires (fs. 1311), a fin de que respondan tres interrogantes: **1)** *Si es recomendable practicar una episiotomía en un parto en el que se van a utilizar fórceps;* **2)** *en el caso de las cesáreas y en un entorno adecuado de control prenatal y asistencia médica: cuánto tiempo se aconseja esperar para la búsqueda de un nuevo embarazo, indicando expresamente si tal período de espera aconsejable refiere como final la búsqueda de un nuevo embarazo o el segundo alumbramiento; y* **3)** *si es recomendable el parto natural en paciente que registra una intervención cesárea 23 meses antes de su segundo alumbramiento*. ----------

------ En respuesta al punto **1**, la Academia Nacional de Medicina dijo que: "*es absolutamente recomendable practicar una episiotomía en un parto donde se utilizaran fórceps"* (fs. 1309), mientras que la S. de Obstetricia y Ginecología respondió que "*siempre que haya tiempo suficiente, es recomendable efectuar una episiotomía cuando se va a utilizar fórceps"*. De las respuestas dadas a los

puntos **2** y **3**, surge que resulta recomendable un parto natural pasados 23 meses de una intervención de cesárea, tal el caso de la actora. ----------

------ **E)-** Frente al dictamen pericial, contenido y alcance de los mencionados informes, y demás pruebas producidas en autos, la cámara dio preeminencia a los informes por sobre la prueba pericial médica para tener por acreditada en autos la antijuridicidad y la relación de causalidad, por no haber realizado la Dra. D. R. la episiotomía que el caso requería, tal como lo aconsejaron los referidos informes médicos (del voto del Dr. Früchtenicht). Dijo, también, en palabras del segundo votante, Dr. Flass, que habiendo indicado el perito médico que se utilizaron fórceps para el parto, no hay constancias de que se hubiera realizado la episiotomía que la Academia Nacional de Medicina y la S. de Obstetricia y Ginecología de Buenos Aires declaran altamente aconsejable en caso de uso de fórceps, y omitir la conducta aconsejada es, siguiendo lo explicado por tan prestigiosas instituciones, una mala praxis. ----------

------ **F)-** Confrontados el razonamiento de la cámara con el agravio en examen; y considerando que los magistrados no están obligados a atender respecto de la totalidad de las pruebas producidas en la causa sino solo aquellas que son atendibles o relevantes; no encuentro que se pueda desprender de los informes aludidos con tanta claridad, la definición que propugna la cámara y; menos, un fundamento y análisis crítico que justifique priorizar dicha prueba por sobre la pericial médica. ----------

------ El primer votante, manifiesta que su apartamiento de las conclusiones del perito y la asignación de potencia acreditativa solo parcial a la experticia, obedece a la ausencia de contestación de demanda por parte de la Dra. D. R. (respecto de lo que ya me expedí), y a lo informado por las instituciones a fs. 1309 y 1311, en orden a la necesidad de realización de episiotomía en casos como el de autos. El segundo votante, en base a una interpretación subjetiva, hipotética y parcial de la pericia, consideró que, la laterocidencia debió haber sido prevista como una hipótesis factible; y que omitir la conducta aconsejada

por las instituciones informantes es mala praxis médica y motivo de condena reparatoria. ----------

------ En rigor, a mi criterio, la información brindada por las instituciones médicas resulta lacónica, en tanto, poca luz echa sobre los hechos controvertidos y, en absoluto, emerge como dirimente de las cuestiones aquí debatidas. No encuentro que lo informado desvirtúe o genere alguna contradicción con las explicaciones detalladas por el perito médico en su dictamen, constituyendo solo una prueba más cuyo escueto contenido obliga a valorarse en forma conjunta con los demás pruebas, oportunamente, rendidas.-

----- En este aspecto, es acertada la apreciación de los recurrentes en cuanto a que los informes no se expidieron sobre el caso de autos dado que las entidades oficiadas no tuvieron conocimiento de las particularidades del caso y, así lo manifestaron, al final de sus respuestas, al consignar que los conceptos informados eran de carácter abstracto y ajenas al litigio en que se solicitaron. -

------ Considero, entonces, que la cámara equivoca el razonamiento, pues las respuestas obrantes en dichos informes médicos, no refieren a la "necesidad" de realizar la episiotomía, sino a la "recomendación" de realizarla, cuestión que se muestra disímil. Incluso, la S. de Obstetricia y Ginecología, respondió que *"…siempre que haya tiempo suficiente, es recomendable…*" (fs.1311). Tampoco se refirieron a un caso "como el de autos" (como lo sostiene el votante) sino, a una hipótesis genérica y abstracta, con fines académicos y para colaborar con la justicia (ver fs. 1309 y 1311, últimos párrafos); sin las particularidades de los hechos acaecidos en el parto de la Sra. U.. ----------

------ Es decir, que de la información brindada no se puede derivar, bajo ninguna circunstancia, la causalidad que se afirma en la sentencia apelada de atribuir el daño (desgarro de la actora) al incumplimiento profesional de practicar la episiotomía en ocasión del uso del fórceps, más si no se especifica que -en caso de omisión de tal práctica-, devienen consecuente e inevitablemente las lesiones, como las que la actora padeció. ----------

------ Por el contrario, ponderado todo el material probatorio, a la luz de las reglas de la sana crítica, no encuentro motivos serios para apartarme del dictamen médico que, siendo una de las pruebas más importantes en el campo de la responsabilidad médica, se muestra esencial para dirimir este conflicto. Sin duda, brinda fundamentos científicos bastantes, en base a los requerimientos de las partes; y establece -puntualmente y con suma claridad- que el mecanismo de la lesión se produjo, sin lugar a dudas, por una laterocidencia de mano del bebé durante el período expulsivo, y no por el hecho de haberse acudido al uso de fórceps; precisando, que se trata de una "eventualidad no prevista y que no se diagnostica con antelación al período expulsivo por ningún método diagnóstico", cuestión que consta también en la historia clínica de la actora. Es decir, no solo descarta que los desgarros sufridos por la actora estuvieran asociados al uso del mencionado instrumento, sino que, aporta otra dato relevante, al señalar que la decisión de usar fórceps fue adecuada e idónea, por estar indicado en el momento de falta de progresión y descenso del trabajo de parto (como se mencionó en la historia clínica de la paciente), en tanto, el trabajo de parto prolongado trae complicaciones fetales de importancia; y en el caso, no se evidenciaron lesiones fetales ni de trastornos neurológicos fetales que son la complicación más común del uso de fórceps (fs. 1072, refoliado). ----------

------ Por ello, considero que no ha mediado en el caso impericia en el obrar de la Dra. D. R., que infrinja la *lex artis;* ni por ende, un servicio irregular del Estado provincial, a través del hospital de Esquel; en la medida que, la culpa profesional supone un apartamiento del proceder adecuado, según el estado de la técnica o de la ciencia; o como sostiene la doctrina autorizada, cuando el profesional demandado no ha observado el estándar de práctica profesional de un facultativo promedio ante un caso similar; extremo que no se logró acreditar en el sublite (Carrillo Fabela, Reyna, *Tratado de responsabilidad médica*, Ed. Legis, p. 548). ----------

------ Es que, formar la convicción judicial, como lo hizo la cámara, dando preeminencia exclusivamente a los informes emitidos por las instituciones

médicas; prescindiendo de las reales conclusiones de la pericial médica (prueba común de la actora y la codemandada, Provincia del Chubut), que de manera categórica, precisa y concluyente desplaza la impericia que se le atribuye a la Dra. Di R., constituye un trabajo de valoración e interpretación sesgado, que contraría el principio de apreciación global e integrador de la prueba; transgrede el art. 390 del CPCC; y se aleja de la verdad jurídica objetiva que surge de autos. ----------

---- En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que: " aun cuando las conclusiones del dictamen pericial no obligan a los jueces en la ponderación de la prueba, para prescindir de ella se requiere, cuando menos, que se le opongan otros elementos no menos convincentes" (v.gr.: doctrina fallos 310:1697; 321:2118, entre otros), lo que no sucede en el caso que se examina, donde -insisto- se evidencia una interpretación desmembrada que desvirtúa su real sentido y alcance, pese a mostrarse complementaria y concordante con los informes incorporados a la causa y la restante prueba producida. ----------

------ En consecuencia, no habiéndose acreditado debidamente en autos, la relación de causalidad entre el daño padecido por la actora y la conducta debida y obrada por la Dra. Di R.; ni la concurrencia del factor de atribución que la involucra, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de Apelación Ordinaria interpuesto por las partes demandadas para revocar la SD N° 054/2019, de la Cámara de Apelaciones de Esquel; en lo que ha sido motivo de agravios y confirmar, en consecuencia, la sentencia de primera instancia. **Así lo voto**. ----

------ **4.-** ***Apelaciones contra el decisorio de grado, de fs. 1185 y fs. 1186, in fine.*** ----------

------ En razón a mi propuesta al acuerdo, corresponde que -en esta oportunidad- analice, el recurso de apelación deducido por la Provincia del Chubut, a fs. 1185, contra la imposición de costas en el orden causado, efectuada por el juez de primera instancia (fs. 1171/1178); la apelación del Dr.

Martin E. I. M., respecto a su propia regulación de honorarios (por altos), según constancia de fs. 1186, 1188, cuarto párrafo; la apelación de la codemandada Di R. (fs. 1186, 1188/1190) contra la regulación de honorarios efectuada al Dr. R. V.; no así, en lo que se refiere a la imposición de costas en origen, por no haber expresado agravios, según actuaciones de autos. ----------

----- **4.1.a.-** El juez *a quo* fundó la imposición de las costas en el orden causado porque la actora pudo creerse con derecho a demandar como lo hizo, ante las lesiones sufridas al momento del parto; y por ser la cuestión resuelta compleja en su aspecto fáctico ----------

------ Por su parte, la recurrente argumentó con extensas citas doctrinarias y jurisprudenciales, que el apartamiento del principio general de la condena en costas es de carácter restrictivo y excepcional, por lo que resulta procedente solo en circunstancias objetivas muy fundadas que tornen manifiestamente injusta su imposición al perdedor. Sin embargo -sostuvo- las circunstancias invocadas por el juzgador no resultan operativas en este caso. ----------

------ Afirmó que la alegada razón probable para litigar debe ser descartada, pues la actora pudo verificar, antes de demandar, que la atención médica recibida fue profesionalmente correcta y que el servicio público de asistencia hospitalaria tuvo un desempeño profesional y técnico inobjetable. ----------

------ A fs. 1238/1239 la parte actora contestó el traslado de los agravios de la Provincia. Negó la afirmación en cuanto a que su parte tuvo motivos suficientes para descartar la mala praxis médica, cuando solo tuvo certezas del daño sufrido luego del parto. Enfatizó que si la responsabilidad del establecimiento asistencial deriva del deber de seguridad, cómo puede negársele el derecho de reclamar cuando ingresó al HZE para dar a luz a su hija, y de allí salió con daños que le frustraron todo proyecto de vida. ----------

------ Tradicionalmente la jurisprudencia alude, como pauta genérica que autoriza la eximición de costas, a la existencia de “razón fundada para litigar”, fórmula provista de suficiente elasticidad que resulta aplicable cuando, por las particularidades del caso, cabe considerar que la parte vencida actuó sobre la

base de una convicción razonable acerca del derecho defendido en el pleito (Palacio, L., *Derecho Procesal Civil*, T° III, Ed. Lexis Nexis, 2004, pág. 373).-

------- En este caso, comparto el criterio -a mi juicio atinado del juez de primera instancia- de apartarse del principio general establecido en el art. 69 del CPCC, y eximir a la actora perdidosa de tal condena. ----------

------ Destaco que no se trata de avalar la simple idea de que la actora se haya creído con razón suficiente para litigar porque, por lo general, todo demandante cree tenerla; sino de sostener que, al momento de accionar, tenía una imposibilidad real de conocer, a ciencia cierta, el origen y causa de las lesiones padecidas con motivo de la labor de parto. ----------

------ Por ello, considero que, ante la complejidad de la cuestión que se dirime y el tipo de lesiones que sufriera la Sra. U. (corroboradas por el perito médico que se produjeron al momento del parto), la actora pudo creerse con legítima razón para litigar, en defensa de sus derechos. A lo que aduno, que una solución contraria podría importar un desaliento para el adecuado ejercicio del derecho de defensa. ----------

------ En consecuencia, propicio el rechazo del recurso de apelación; y confirmar la imposición de costas de primera instancia, en el orden causado (art. 69, 2do párr, CPCC). **Así lo voto.** ----------

------ **4.1.b.-** El Dr. I. M., en representación de la Dra. D. R. y, a su vez, por derecho propio, apeló por altos los honorarios fijados al Dr. V. y a su favor, en la sentencia de primera instancia. ----------

------ Evaluando la actividad desarrollada por los letrados en aquella instancia bajo las pautas mensurativas y regulatorias de los arts. 5, 6, 7, 9, 10 y 46 de la Ley XIII-4, apreciando en particular las tareas desempeñadas y efectuados los cálculos pertinentes sobre la base de la regulación que efectuara el Juez de origen, cabe concluir que los mismos lejos se encuentran de ser excesivos,

resultando, por el contrario, ajustados a la normativa arancelaria. En consecuencia, propongo desestimar ambas apelaciones y confirmar la regulación efectuada por el juez de grado. **Así lo voto.** ----------

----- **5.-** ***Costas y honorarios.*** ----------

------ **5.1.-** En razón a mi propuesta al acuerdo, en lo principal, corresponde por imperativo del art. 282 del CPCC, readecuar las costas de segunda instancia e imponer las generadas por las actuaciones ante este Tribunal, en el orden causado, conforme los fundamentos brindados en el apartado 4.1.a. (art. 69, 2° párrafo, del CPCC). **Así lo voto.** ----------

------ **5.2.-** Asimismo, se readecuarán los honorarios de segunda instancia por lo que en mérito a la calidad, eficacia y extensión de la labor profesional cumplida, y el resultado obtenido, propongo regular los honorarios del Dr. M. E. I. M., en su carácter de letrado apoderado de la codemandada J. A. Di R., en el 30 %; los del Dr. O. S. G., abogado apoderado de la parte actora en el 25 %; todos con más el IVA que correspondiere y a calcular sobre los que les fueran regulados en primera instancia (arts. 5, 7, 13, 46 y concs., Ley XIII N° 4), sin regular honorarios al Dr. J. M. M. R., letrado apoderado de la Provincia del Chubut, conforme a la imposición de costas que propicio y lo dispuesto por el art. 2 de la Ley XIII N° 4. **Así lo voto**. ----------

------ **5.3.-** En lo que respecta a los honorarios profesionales por la actuación en esta instancia, en mérito a la calidad, extensión y eficacia de la labor profesional cumplida, así como la complejidad del asunto y el resultado obtenido, corresponde regular los honorarios del Dr. M. E. I. M. en su carácter de letrado de la codemandada J. A. D. R., en el 35 % de los fijados a dicha representación legal por las labores en primera instancia; los del Dr. O. S. G., letrado apoderado de la parte actora en el 25 % de los fijados por su labor en primera instancia; ambas regulaciones con más el IVA que correspondiere (arts. 5, 13, 46 y concs., Ley XIII N° 4), sin regular honorarios a los Dres. D. E. F. y J. A. T., letrados apoderados de la Provincia del Chubut, conforme a la

imposición de costas que propongo y lo establecido en el art. 2 de la Ley XIII N° 4. **Así lo voto**. ----------

----- A la misma cuestión el Dr. **Alejandro Panizzi** dijo: ----------

------ **1.-** El Ministro preopinante narró en forma detallada los antecedentes del caso, por lo que considero innecesario realizar transcripciones o referencias repetitivas al respecto. Ingresaré directamente al examen de los agravios articulados. ----------

------ **2.-** Concuerdo con mi colega en cuanto a que los escritos recursivos de las partes apelantes contienen argumentaciones suficientes para considerar adecuadas las impugnaciones intentadas y habilitar su tratamiento. ----------

------ **3.-** La médica D. R. y la Provincia del Chubut apelaron la sentencia de cámara. Sus recursos se desplegaron atacando, en coincidencia, uno de los puntos medulares que consideran se apoya el fallo de Alzada. Por su parte, el memorial de la Dra. D. R., aborda una crítica más amplia hacia otros fundamentos que sustentan la resolución en crisis, por lo que, al igual que mi colega prevotante, analizaré éstos en primer término para luego abordar el agravio cuyo fundamento resulta concordante. ---------- -----

------ **4.-** El primer agravio de la médica apelante refiere a que la sentencia de cámara consideró su falta de contestación de demanda como reconocimiento de los presupuestos de la responsabilidad civil, precisamente, de la antijuridicidad, relación causal y factor de atribución, siendo ello una derivación jurídica incorrecta en el caso de autos, porque soslayó que se trata de un proceso que cuenta con una actuación plural de partes demandadas, dado que por el mismo hecho, la pretensión resarcitoria fue dirigida, tanto contra la Dra. Di R. como contra el Estado Provincial. ----------

------ Afirma que, como consecuencia de ello, la actividad y negativa de los hechos, expresada por uno de los litisconsortes obstó aquella estimación jurisdiccional. ----------

------ El fallo recurrido tuvo por acreditados el daño, la antijuridicidad, el factor de atribución y la relación de causalidad sólo con la mención de los medios probatorios que creyó hábiles para tal fin pero sin ningún tipo de argumentación fundada. Y en todos, salvo el factor de atribución, incluyó como justificación acreditativa de su configuración la no contestación de la demanda por parte de Di R., es decir, su silencio. ----------

------ De inicio, coincido con el Dr. Vivas en este punto. Ello así, porque la cuestión fue tratada en el primer considerando de la sentencia de grado y, posteriormente, no mereció objeciones por la actora en su apelación ante la cámara (hojas 1202/1210), lo que le confirió firmeza a esa porción del pronunciamiento. Por tal razón, la temática no pudo ser tratada por la cámara sin que se afectara el principio de congruencia y de defensa en juicio. ----------

------ Por otra parte, y amén de lo dicho, cierto es que el juzgador no dio los motivos ni explicó las razones que lo llevaron a efectuar el reconocimiento que derivó de la incontestación de la demanda, pues el incumplimiento de esa carga procesal solo crea una presunción en favor de las pretensiones del actor, pero no tiene de por sí el efecto de tornar sin más, procedente la demanda (v.gr.: SCBA, Ac. y Sent. 1977, v.II, pág. 852; DJBA, v. 123, pág. 258). Para ello, la cámara debió valorar la conducta de las partes y la totalidad de los elementos de convicción arrimados a la causa para tornar operativa la mentada presunción legal, cuestión que no surge del fallo apelado. ----------

------ Asimismo, y como lo expuso la apelante, la conclusión de la sentencia no resulta jurídicamente correcta porque no estimó la actuación plural de partes demandadas, ya que la Provincia del Chubut contestó la demanda, contradijo los hechos de la actora y aportó pruebas en apoyo de sus defensas y en contra

de la pretensión de la actora (hojas 105/121 vta.). De igual modo, lo hizo la citada en garantía (hojas 188/216). ----------

------ De allí que, al haberse producido en estos autos elementos probatorios que cuestionaron, y hasta desvirtuaron los hechos alegados en la demanda, la cámara debió expresar en su sentencia la valoración de las pruebas rendidas; al menos de las esenciales para poder otorgarle -o no- valor corroborante a la presunción derivada de la omisión procesal de contestar la demanda. ----------

------ Por todo lo expuesto, coincido en hacer lugar al agravio. **Así lo voto.** ---

------ **5.-** Desde otra perspectiva, la recurrente cuestiona el fallo de cámara, por considerar la obligación de la demandada como de resultado, por oposición a las obligaciones de medio, y su consecuencia de tener que acreditar el caso fortuito o de fuerza mayor como eximente de responsabilidad. ----------

------ Lo cierto es que de la lectura del segundo voto, que es el que contiene tal cuestión, y más allá de algunas consideraciones que el camarista formula a la distinción entre ambas obligaciones, resulta que concluye su análisis para atribuirle intrascendencia práctica, porque en definitiva, no habrían diferencias ontológicas entre ellas. ----------

------ Por ello, amén de los amplios fundamentos que la apelante expuso en su memorial sobre el punto (hojas 1357/1358 ptos. 4.1./4.2./4.3.), debo decir que el encuadre jurídico de las obligaciones asumidas por los prestadores del sistema de salud frente a los pacientes, que se trata principalmente de una obligación de “medios”, fue resuelta por el juez de grado (2do. considerando, hojas 1173 vta./1175), sin haber merecido, oportunamente, cuestionamientos por parte de la actora apelante, por lo que este segmento de la sentencia llegó firme a la cámara, y por ende deviene improponible ante esta instancia (art. 280 del CPCC y su doctrina). ----------

------ Como consecuencia de ello, es que propongo, en coincidencia con mi colega prevotante, desestimar este tramo del agravio. **Así lo voto**. ----------

------ **6.-** Otra queja contra el fallo en crisis responde a que la cámara fincó la conducta antijurídica de la médica en la supuesta falta de consentimiento informado, respecto de las opciones entre parto natural o cesárea, ni de los peligros y ventajas de cada una de ellas; y que la ley 17.132 imponía al galeno esta obligación respecto de cada opción médica. ----------

------ Su queja se apoya en que el tratamiento de dicha cuestión configuró un abordaje jurisdiccional contrario a derecho porque dicho aspecto imputativo nunca fue introducido en la faz constitutiva del proceso. Aunque fue aludida tangencialmente por la actora en su memorial de agravios de h. 1206, jamás pudo ser atendido por la cámara de apelaciones ni pudo haber sido tomado en cuenta en esta etapa recursiva para ahincar sobre el mismo la mala praxis profesional, pues con ello se vulnera lo dispuesto en el art. 280 del CPCC, abordando el tribunal un extremo que ciertamente no fue planteado a la consideración del juez de grado. ----------

------ La apreciación de la recurrente y su queja son acertadas. Del cotejo de las actuaciones de autos, puedo constatar que el camarista, en soledad, abordó el tema cuestionado, entre otros argumentos dirimentes de su voto, pese a no haber sido un hecho alegado por la parte actora como fundamento de su pretensión, en el escrito inicial del proceso; sino más bien, mencionado indebidamente, al expresar agravios. ----------

----- Así, la actora, con claridad meridiana, en la demanda imputa a la profesional demandada impericia por el uso inadecuado del fórceps y no por falta de consentimiento informado. Es más, puedo leer que en la narración de los hechos se dijo que: "…es atendida por la Dra. A. J. D. R.… y le manifiesta que la ayudaría a dilatar e inició actividades a tal fin, **haciéndole saber que el parto sería natural**…" (el resaltado pertenece a la actora, h. 36); lo que incluso resulta corroborado con la testimonial de la Dra. J. M. (profesional médica que

la asistió antes de llegar a la guardia de la Dra. Di R.) (hojas 594 vta./595) y la historia clínica que tengo a la vista.----------

------ Por otra parte, y compartiendo las consideraciones del Dr. Vivas en el tema, quiero precisar que al tiempo del hecho dañoso, el consentimiento informado en el ejercicio profesional de la medicina -como uno de los aspectos a considerar en los juicios de responsabilidad médica frente a su planteo en la demanda- se imponía, por creación pretoriana en el ámbito jurisdiccional; resultando la Ley N° 17.132 (24/01/1967) -en el ámbito de su aplicación- uno de los antecedentes legislativos precursores del tema, en tanto, lo exigía de manera explícita para el caso de las operaciones mutilantes (art. 19, inc. 3°). Es recién, la Ley N° 26.529; de los "Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud" (prom. 19/11/2009) y su decreto reglamentario N° 1089/2012 (B.O. 06/07/2012), la que regula el tema en su plenitud. ----------

------ Por todo lo dicho, debo concluir, que la cámara no debió incorporar la falta del consentimiento informado como parte del razonamiento sentencial, por tratarse de una cuestión, que no fue debidamente puesta a consideración y decisión del tribunal de primera instancia. De esta manera, quebrantó -una vez más- lo dispuesto por el art. 280 del CPCC y con ello, los principios procesales de congruencia y defensa en juicio. En consecuencia, coincido en acoger favorablemente el agravio. **Así lo voto**. ----------

------ **7.-** *Agravio común*. Las codemandadas apelantes señalan como agravio, en forma concordante, la inmotivada valoración de la prueba de informes que se hizo para dictar el fallo revocatorio y el irrazonable apartamiento de la prueba pericial médica que constituyó una prueba esencial y decisiva para excluir la mala praxis médica imputada. ----------

------ Sostienen que para tener por acreditada la antijuridicidad y causalidad, el juzgador se apoyó en los informes remitidos por la Academia Nacional de Medicina (h. 1309) y la S. de Obstetricia y Ginecología de Buenos Aires (h.

1311), apartándose infundadamente de las conclusiones periciales obrantes a hojas 1160/1163 (refoliado hojas 1071/1074). Aducen que la cuestión planteada es central, porque mientras la sentencia de primera instancia resolvió que no se había acreditado la intervención causal imputable a la médica -conclusión a la que se arribara merituando dicha prueba pericial y demás constancias-, el fallo en recurso deriva todo lo contrario, imputándole responsabilidad por mala praxis. Para ello, la cámara confirió excluyente prevalencia a los aludidos informes, por sobre la experticia médica, lo que constituye una omisión de prueba esencial que contraviene además, la regla imperativa del art. 390 del CPCC. ----------

------ Acompañaré el razonamiento expuesto por las apelantes. ----------

------- Tanto la parte actora como la codemandada Provincia del Chubut ofrecieron y produjeron en este proceso, la prueba que resultaba fundamental y esencial en casos de responsabilidad civil médica, donde se requiere de conocimientos especiales: la pericia médica, cuyas conclusiones sobre los puntos propuestos por las partes, como mencioné más arriba, obran a hojas 1160/1163 (refoliado hojas 1071/1074). ----------

------ El perito en su dictamen, luego de evaluar y examinar a la Sra. U., determinó en cuanto a las lesiones: **a)** que se puede inferir que la lesión se produjo durante el parto; **b)** que puede afirmarse que el mecanismo de la lesión se produjo “sin lugar a dudas” por una laterocidencia de mano durante el período expulsivo (consta en la historia clínica) (el encomillado me pertenece); **c)** que dicha laterocidencia de mano es la causa más frecuente de lesiones del esfínter anal y vaginal, como también provoca desgarros en el cuello uterino con mayor facilidad y gravedad; **d)** que ello resulta una eventualidad no prevista y que no se diagnostica con antelación al período expulsivo por ningún método diagnóstico. En relación al uso de fórceps, expuso: **e)** que es sabido que su uso está indicado en el momento que se define como falta de progresión y descenso del trabajo de parto, tal como se menciona en la historia clínica, ya que el trabajo de parto prolongado trae complicaciones fetales de importancia;

f) que la decisión de usar el fórceps es adecuada e idónea, (sin evidencias de lesiones fetales ni de trastornos neurológicos que son la complicación más común del uso de fórceps); **g)** luego del nacimiento se indicó la presencia de desgarro vaginal hasta la región anal (esfínter anal), y que se procedió a la sutura del mismo en tiempo y forma. ----------

------ Como lo puso de resalto el Dr. Vivas en su voto inicial, dichas conclusiones periciales no fueron observadas ni cuestionadas por las partes. --

------ Tal experticia, junto con los demás medios de prueba producidos (documental, testimonial de hojas 594/595 vta., informativa de hojas 705/707), llevaron al juez de primera instancia a excluir la mala praxis alegada por la actora, ante la imposibilidad de imputarle un obrar negligente a la demandada.

------ En el trámite de la apelación ante la Cámara, y previo a resolver, el tribunal solicitó dos informes a la Academia Nacional de Medicina y a la S. de Obstetricia y Ginecología de Buenos Aires, a las que se le consultó lo siguiente: **1)** si es recomendable practicar una episiotomía en un parto en el que se van a utilizar fórceps; **2)** en el caso de las cesáreas y en un entorno adecuado de control prenatal y asistencia médica: cuánto tiempo se aconseja esperar para la búsqueda de un nuevo embarazo, indicando expresamente si tal período de espera aconsejable refiere como final la búsqueda de un nuevo embarazo o el segundo alumbramiento; y **3)** si es recomendable el parto natural en paciente que registra una intervención cesárea 23 meses antes de su segundo alumbramiento. ----------

------ Las respuestas, obrantes a hojas 1309 y 1311, fueron muy similares: a la pregunta N° 1, la Academia Nacional de Medicina respondió: "*es absolutamente recomendable practicar una episiotomía en un parto donde se utilizaran fórceps"*, y la S. de Obstetricia y Ginecología dijo: "*siempre que haya tiempo suficiente, es recomendable efectuar una episiotomía cuando se va a utilizar fórceps"*. A la pregunta N° 2 respondieron: que habiendo una cesárea anterior, se debe esperar entre 3 o 4 meses para la búsqueda de un nuevo

embarazo y que el tiempo no sea menor a 18 meses para un nuevo embarazo, y a la pregunta N° 3, coincidieron en que es recomendable un parto natural pasados 23 meses de una intervención de cesárea. ----------

------ La información suministrada por las entidades médicas sirvió a la cámara para tener por acreditada en autos la antijuridicidad del obrar médico y la relación de causalidad del daño con ese obrar. En forma muy sintética, el primer votante Dr. Früchtenicht se refirió a esos dos presupuestos de la responsabilidad civil, afirmando que los encontró acreditados, particularmente, por la omisión de realizar la episiotomía que el caso requería, conforme lo informaron las instituciones aludidas. ----------

------ Sobre el tópico, el segundo votante Dr. Flass, expresó que tanto la Academia Nacional de Medicina y la S. de Obstetricia y Ginecología de Buenos Aires fueron claras y contestes en afirmar que cuando se utilizan fórceps, es altamente recomendable efectuar una episiotomía y que en el caso de autos, la pericia indicó que se usaron fórceps en el parto y no hay constancias de que se hubiera realizado la episiotomía, por lo que omitir la conducta aconsejada, siguiendo lo explicado por esas prestigiosas instituciones, resulta una mala praxis, lo que es motivo para condenar a la demandada. ----------

------ Evidentemente, el tribunal le dio suma preeminencia a los informes enviados por las entidades médicas; y sobre ellos cabe hacer las siguientes consideraciones: **a)** la información enviada, conforme también lo destacan las recurrentes, resulta ser de carácter abstracto y ajenas a las particularidades del presente litigio, cuestión que reconocen las mismas entidades al final de los informes; **b)** allí se informa que es “recomendable” practicar la episiotomía en un parto donde se van a usar fórceps; (una dice que es absolutamente recomendable, y la otra, siempre que haya tiempo suficiente, es recomendable); **c)** la información fue brindada sin tener datos de la paciente, su historia clínica y mucho menos, un examen personal; y **d)** es una información sumamente escueta, acotada y enmarcada a una pregunta puntual.----------

------ A mi criterio, de tales informes no se puede derivar la relación causal, como lo hace la cámara, de atribuir el daño sufrido por la actora a la utilización del fórceps en el parto ni a la omisión de efectuar la episiotomía "recomendada". Los informes no "aseguraron" que en caso de omisión de tal práctica, se generan indefectiblemente lesiones en la parturienta. ----------

------ Desde otra óptica, si bien es cierto que los jueces al sentenciar son soberanos en la apreciación de los hechos y pueden apartarse del dictamen pericial, para hacerlo se deben dar justas y suficientes razones para evitar que ese apartamiento resulte irracional y represente un ejercicio de su sola voluntad, y ello no ocurrió en este caso. ----------

------ De allí que aparecen flacas e insuficientes las razones esbozadas por el primer camarista para justificar su apartamiento de las conclusiones periciales, aludiendo a la falta de contestación de demanda por parte de la Dra. D. R. y lo informado por la Academia Nacional de Medicina y la S. de Obstetricia y Ginecología de Buenos Aires; cuando pese a lo primero, la prueba pericial se produjo en autos, fue consentida por las partes; y ciertamente resulta contundente para dirimir el pleito; mientras que los informes se muestran concordantes y complementarios a ésta, según sus alcances. ----------

------ Igualmente, carece de fundamentación debida el segundo voto ya que en base a un análisis deficiente de la pericia, (descontextualizada y parcial), atribuyó responsabilidad médica a la demandada según la información brindada por las instituciones oficiadas, como lo señalé párrafos arriba. ----------

----- Por ello, coincido con mi par, en que no existe motivo para restarle valor probatorio a la pericia médica como lo hizo la cámara, al punto de casi prescindir de sus verosímiles y precisos términos. El dictamen estableció en forma técnica y fundada que el mecanismo de la lesión se produjo por una laterocidencia de mano del feto durante el período expulsivo, cuestión que también consta en la historia clínica perteneciente a la actora, y descartó como causa de la lesión, el uso del fórceps. Es decir, descartó expresamente que los

desgarros sufridos por la actora estuvieran vinculados a la manipulación del fórceps, habiendo expresado el perito, además, que su uso resultaba indicado en los momentos de falta de progresión y descenso del trabajo de parto, calificando la decisión de su utilización como adecuada e idónea. ----------

------ En mérito de las razones hasta aquí expuestas y las conclusiones de la pericia médica, concuerdo en que la Dra. D. R. no incurrió en impericia o mala praxis médica, conforme se le atribuyó en el escrito postulatorio; ni mucho menos, una prestación deficiente del servicio por parte del Hospital de Esquel, por lo que propicio hacer lugar al agravio central que alegaron las demandadas recurrentes para revocar la sentencia de cámara y confirmar la de grado. **Así lo voto**. ----------

------ **8.-** *Apelaciones contra la sentencia de primera instancia*. Conforme se resuelve la cuestión, corresponde que considere los recursos que fueron oportunamente planteados contra la sentencia de grado y que la cámara no trató. En primer lugar, la apelación deducida por la Provincia del Chubut contra la imposición de costas en el orden causado (h. 1185), que fijara el juez *a quo* (hojas 1171/1178); y los recursos de apelación del Dr. M. E. I. M., por un lado como apoderado de la Dra. D. L. D. R. (h. 1186 pto. 1), en contra de los honorarios regulados al Dr. R. A. V. por considerarlos altos; y a su vez, por su propio derecho (h. 1186, Otro sí digo), contra la regulación de honorarios a su favor, también por altos. ----------

------ **8.1.-** Las excepciones al principio general en materia de costas, fundadas en el hecho objetivo de la derrota (art. 69, 1er. párr. CPCC), remiten al arbitrio judicial (Palacio Lino Enrique, Alvarado Velloso, Adolfo, *Código Procesal Civil y C. de la Nación*, Tomo III, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, 1989, p. 94), razón por la que debe ejercerse en forma restrictiva y sobre la base de circunstancias cuya existencia, en cada caso, torne manifiestamente injusta la aplicación del principio general (SD N° 3/SRE/2011). ----------

------ Considero que en el caso se da esta última circunstancia, por lo que coincido con la solución que propone el magistrado prevotante, en línea con el criterio asumido por el juez de grado, que, en el caso particular, corresponde eximir a la parte actora de la condena en costas, pese al resultado del proceso.-

------ Es que, dada la complejidad de la cuestión ventilada en autos y que, objetivamente, quedó comprobado que el daño que sufrió la accionante, cuyo origen y causa, se produjo con motivo de un parto en un hospital público, resultan éstas, circunstancias por las que debe considerarse que la perdidosa actuó sobre la base de una convicción razonable de defender sus derechos en un litigio. ----------

------ De allí que, comparto la solución adelantada por mi colega en su voto y concurriré con mi decisión para rechazar el recurso y mantener el criterio respecto a la imposición de costas de primera instancia, por su orden (art. 69, 2do párr, CPCC). **Así lo voto**. ----------

------ **8.2.-** Por derecho propio, el Dr. M. I. M., apeló por altos su regulación de honorarios, y a su vez, como representante de la médica D. R., recurrió también por altos los honorarios regulados al Dr. V., en la sentencia de primera instancia. ----------

------ Coincido también en esta ocasión con las consideraciones efectuadas al respecto por mi colega prevotante, que, evaluando las tareas desarrolladas por los profesionales en la instancia de grado, y teniendo en cuenta las reglas mensurativas y regulatorias de los arts. 5, 6, 7, 9, 10 y 46 de la Ley XIII-4, no se advierte que los montos dispuestos por el Juez de grado resulten desatinados, exorbitantes o desproporcionados, sino que se ajustan a las disposiciones de la ley de aranceles, por lo que concuerdo en rechazar los recursos de apelación analizados y confirmar la regulación efectuada en la sentencia de primera instancia. **Así lo voto**. ----------

------ **9.-** *Costas y honorarios*. Conforme el resultado propuesto, y en línea con las ideas expuestas en el punto anterior y las disposiciones del art. 282 del CPCC, convengo en readecuar las costas de segunda instancia e imponer las generadas ante este Tribunal, en el orden causado (art. 69, segundo párrafo del CPCC). **Así lo voto**. ----------

------ **9.1.-** Corresponde también, readecuar los honorarios de segunda instancia. Teniendo en cuenta la calidad, eficacia y extensión de los trabajos profesionales y resultados obtenidos, acuerdo en regular los honorarios del Dr. M. E. I. M., en su carácter de letrado apoderado de la codemandada J. A. Di R., en el 30 %; los del Dr. O. S. G., abogado apoderado de la parte actora en el 25 %; todos con más el IVA que correspondiere y a calcular sobre los que les fueran regulados en primera instancia (arts. 5, 7, 13, 46 y concs., Ley XIII N° 4), sin regular honorarios al Dr. J. M. M. R., letrado apoderado de la Provincia del Chubut, atento a la imposición de costas propuesta y lo normado por el art. 2 de la Ley XIII N° 4. **Así lo voto**. ----------

------ **9.2.-** Relativo a los honorarios profesionales por la actuación en esta instancia, conforme la solución propuesta y merituando la calidad, extensión y eficacia de las tareas profesionales cumplidas, la complejidad del asunto y el resultado obtenido, corresponde regular los honorarios del Dr. M. E. I. M. en su carácter de letrado de la codemandada J. A. D. R., en el 35 % de los fijados a dicha representación legal por las labores en primera instancia; los del Dr. O. S. G., letrado apoderado de la parte actora en el 25 % de los fijados por su labor en primera instancia; ambas regulaciones con más el IVA que correspondiere (arts. 5, 7,13, 46 y concs., Ley XIII N° 4), sin regular honorarios a los Dres. D. E. F. y J. A. T., letrados apoderados de la Provincia del Chubut, atento a la imposición de costas propuesta y lo normado por el art. 2 de la Ley XIII N° 4. **Así lo voto**. ----------

----- A la segunda cuestión **el Dr. Mario Luis Vivas** dijo: ----------

----- Tal como voté la primera cuestión propongo al Acuerdo: **1°)** Hacer lugar al recurso de Apelación Ordinaria interpuesto por las partes demandadas, J. A. Di R. y Provincia del Chubut, contra la Sentencia Definitiva N° 054/2019 CANO, dictada por la Cámara de Apelaciones de Esquel, para revocarla en todo cuanto fue materia de agravios y confirmar la Sentencia Definitiva de grado N° 27/2017; **2°)** Confirmar la imposición de costas de primera instancia y los honorarios regulados a los Dres. R. A. V. y M. E. I. M. por sus labores en la instancia de origen; **3°)** Readecuar las costas de segunda instancia, las que se impondrán en el orden causado (art. 69, 2do párr. del CPCC**)**; **4°)** Readecuar los honorarios regulados al Dr. M. E. I. M., en su carácter de letrado apoderado de la codemandada J. A. D. R., en un 30 %; los del Dr. O. S. G., abogado apoderado de la parte actora en un 25 %; todos con más el IVA que correspondiere y a calcular sobre los que les fueran regulados en primera instancia (arts. 5, 7, 13, 46 y concs., Ley XIII N° 4), sin regular honorarios al Dr. J. M. M. R., letrado apoderado de la Provincia del Chubut, conforme a la imposición de costas que propicio y lo dispuesto por el art. 2 de la Ley XIII N° 4; **5°)** Imponer las costas de esta instancia en el orden causado (art. 69, 2do párr. del CPCC**) 6°)** Regular los honorarios del Dr. M. E. I. M. en su carácter de letrado de la codemandada J. A. D. R., en el 35 % de los fijados a dicha representación legal por las labores en primera instancia; los del Dr. O. S. G., letrado apoderado de la parte actora en el 25 % de los fijados por su labor en primera instancia; ambas regulaciones con más el IVA que correspondiere (arts. 5, 7, 13, 46 y concs., Ley XIII N° 4), sin regular honorarios a los Dres. D. E. F. y J. A. T., letrados apoderados de la Provincia del Chubut, conforme a la imposición de costas que propicio y lo dispuesto por el art. 2 de la Ley XIII N° 4. **Así lo voto**. ----------

------A esa misma cuestión el **Dr. Alejandro Panizzi** dijo: ----------

------ En orden a lo expuesto, acuerdo con la solución que propicia el Dr. Vivas.

------- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros de este Superior Tribunal por haberse

logrado la mayoría (art. 16 de la Ley V N° 174 en conc. con los arts. 274 y 275 del CPCC), por lo que corresponde dictar la siguiente: ----------

---------- **S E N T E N C I A** ----------

------ **1°) HACER LUGAR** al recurso de Apelación Ordinaria interpuesto por las partes demandadas, J. A. D. R. y Provincia del Chubut, contra la Sentencia Definitiva N° 054/2019 CANO, dictada por de la Cámara de Apelaciones de Esquel para revocarla en todo cuanto fue materia de agravios y confirmar la Sentencia Definitiva de grado N° 27/2017. ----------

------ **2°) CONFIRMAR** la imposición de costas de primera instancia y los honorarios regulados a los Dres. R. A. V. y M. E. I. M. por sus labores en la instancia de origen. ----------

------ **3°) READECUAR** las costas de segunda instancia, las que se impondrán en el orden causado (art. 69, 2do párr. del CPCC**)**. ----------

------ **4°) READECUAR** los honorarios regulados al Dr. M. E. I. M., en su carácter de letrado apoderado de la codemandada J. A. D. R., en un 30 %; los del Dr. O. S. G., abogado apoderado de la parte actora en un 25 %; todos con más el IVA que correspondiere y a calcular sobre los que les fueran regulados en primera instancia (arts. 5, 7, 13, 46 y concs., Ley XIII N° 4), sin regular honorarios al Dr. J. M. M. R., letrado apoderado de la Provincia del Chubut, conforme a la imposición de costas dispuesta y lo establecido por el art. 2 de la Ley XIII N° 4. ----------

------ **5°) IMPONER** las costas de esta instancia en el orden causado (art. 69, 2do párr. del CPCC**)**. ----------

------ **6°) REGULAR** los honorarios del Dr. M. E. I. M. en su carácter de letrado de la codemandada J. A. D. R., en un 35 % de los fijados a dicha representación legal por las labores en primera instancia; los del Dr. O. S. G.,

letrado apoderado de la parte actora en un 25 % de los fijados por su labor en primera instancia; ambas regulaciones con más el IVA que correspondiere (arts. 5, 7, 13, 46 y concs., Ley XIII N° 4), sin regular honorarios a los Dres. D. E. F. y J. A. T., letrados apoderados de la Provincia del Chubut, conforme a la imposición de costas impuesta y lo establecido por el art. 2 de la Ley XIII N° 4. ----------

------ **7°) REGÍSTRESE**, notifíquese y oportunamente, devuélvase. ----------
Fdo. Dres. Mario L. Vivas y Alejandro J. Panizzi.-
Secretaria: Claudia tejada.-

Registrada el 02/7/2021 bajo el N° /2021. CONSTE.