--- En la ciudad de T., a los 23 días de agosto del año dos mil veintidós, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. M. Fernando Peral y la presencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Florencia Cordón Ferrando y la Sra. Jueza de Cámara Dra. Natalia Isabel Spoturno, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“G., J. R. y Otra c/ L. S., R. D. y Otros s/ Daños y Perjuicios” (Expte. Nro. 360- Año 2021 CAT)**, venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado en fecha 20/04/22. Las Magistradas y el Magistrado resolvieron plantear las siguientes cuestiones:

PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? S.: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

---I. La Magistrada de primera instancia rechazó la pretensión de daños y perjuicios por mala praxis médica entablada por J. R. G. y C. M. B. por su propio derecho y en representación de su hija R. E. G.. Impuso las costas a la parte actora vencida y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes. La Jueza afirmó en primer lugar que la responsabilidad civil de los médicos tiene los mismos presupuestos que la responsabilidad civil en general: 1) una acción antijurídica; 2) un daño; 3) la relación causal entre el hecho y el perjuicio y 4) el factor de atribución subjetivo u objetivo. Agregó que en el caso de la responsabilidad médica, el factor atributivo es el subjetivo por lo que solamente se responde por dolo o culpa (negligencia, imp. o impericia). Dijo también que para apreciar la culpa profesional se debe recurrir al modelo del “buen profesional de la especialidad” (art. 902 CC) y que la carga de la prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil recae sobre la accionante.

---Sentado lo anterior dijo que examinaría tres cuestiones que reseñaré brevemente:

---1) La primera cuestión se refiere al control del embarazo, para lo cual adelantó que analizaría si hubo un control del embarazo inadecuado, negligente o imprudente. En este punto valoró la declaración de la Sra. B. quien refirió haber cursado un embarazo normal y que consultó al Dr. L. S. cuando estaba cursando el quinto mes de embarazo y que fue en la primera consulta cuando tomó conocimiento de su estado. Agregó que conforme los dichos de la actora iba a la consulta médica cada 20 días o una vez por mes y que el Sr. G. corroboró lo expuesto por su esposa. Luego manifestó que los dichos de ambos actores eran falaces pues del informe del S. T. surge que la Sra. B. fue atendida de manera ambulatoria y que concurrió a realizarse dos ecografías de las cuales retiró los originales. Dijo que según el informe del S. T. las ecografías se realizaron por indicación de la Dra. S. L. los días 18/12/02 y 29/01/03 y que daban cuenta de una gestación única, con signos de buena vitalidad fetal con fecha probable de parto el 23/07/03. Dijo que luego el Dr. L. S., a quien recién consultaron en el quinto mes de embarazo, le ordenó una ecografía el día

11/03/03 y otra el día 15/05/03. Dice que de la ficha de la paciente surge que L. S. le hizo 8 controles durante el embarazo, así como también el seguimiento y control de la hipertensión de la Sra. B. y la medicación que se le suministró por ese motivo. Agregó que surge de la ficha en la anotación del 18 de marzo que el control de rutina fue sin particularidades. Dijo que aunque solamente fueron agregados dos informes ecográficos correspondientes a las fechas indicadas, surge de la ficha médica que, aparentemente, le habrían hecho otras ecografías. En punto a la mala práctica por no haber realizado una ecografía más cercana al parto dijo que no surge de las pericias la obligatoriedad en la cantidad de ecografías a efectuar. Dijo también que las pericias concluyen que el control del embarazo fue normal y que según la documental agregada la última ecografía se hizo el 15 de mayo y el nacimiento fue el 19 de junio, es decir apenas un mes antes del alumbramiento. Agregó que de las pericias surge que los controles fueron adecuados, que cada mes se midió la altura uterina, la presión arterial y el peso de la paciente. Dijo que las ecografías no mostraban ninguna patología y que la fecha de parto se mantiene en las cuatro (las dos del S. T. y las dos indicadas por L. S.). Concluyó que en este primer aspecto, control del embarazo, no se acreditó la existencia de mala práctica por parte del Dr. L. S.. ---2) La s. cuestión se refiere a las técnicas utilizadas durante el parto, especialmente la atención desde la interN. hasta el momento en que la paciente fue trasladada a la sala de partos. En este punto señaló que el Dr. T. afirmó que no podía aseverarse que durante el trabajo de parto haya habido signos de sufrimiento fetal agudo dada la falta de registro de alteración de latidos durante los controles o la existencia de líquido amniótico meconial. Agregó que según la declaración de C. F., cuando ella llegó a la C. la paciente ya estaba internada y había roto bolsa, que la primera evaluación la efectuó a las 11.30 hs. momento en que estaba en franco trabajo de parto con dilatación de 9 cm., que volvió a tener un control a las 12.30 hs. con parámetros normales, frecuencia cardíaca normal y luego a las 13.00 hs. con dilatación completa de 10 cm. Dijo que la Dra. M. en su declaración afirmó, teniendo a la vista la documental, que la presión arterial durante el embarazo había bajado y que durante el trabajo de parto fue normal. Afirmó en conclusión que la actora no logró acreditar que el control del trabajo de parto haya sido defectuoso o negligente más allá de su resultado. ---3) La tercera cuestión se refiere a la necesidad de hacer una cesárea programada ante un embarazo con un feto macrosómico como fue el caso de la Sra. B. y las técnicas utilizadas para el nacimiento. Para analizar esta cuestión en primer lugar señaló que la conducta del médico debe analizarse al momento de la prestación del servicio. Dijo que conforme lo dictaminado en las pericias médicas no se puede predecir con certeza la macrosomía fetal con los estudios o técnicas existentes al momento del embarazo (año 2003). Agregó a su razonamiento que conforme lo dictaminado por el perito T. los métodos ecográficos y clínicos tienen entre un 15 y un 20% y dicen algunos hasta 50% de

posibilidad de error. En resumen sostuvo, en punto a que debió haberse programado una cesárea por el tamaño del bebé, que no se ha acreditado que la macrosomía pudiera determinarse en forma previa al nacimiento. Agregó que si bien las ecografías pueden dar una idea del peso, lo cierto es que todos los galenos han dado la misma referencia que en tal sentido existe un error que va de un 15% a un 50%. Sostuvo que las 4 ecografía que fueron examinadas por los peritos daban cuenta de un desarrollo normal y que la última se efectuó en el mes de mayo, a poco más de un mes del nacimiento, que es lo aconsejado según expresa incluso la Dra. M. en su declaración. A ello sumó que según las pericias la obesidad de la madre impedía una estimación más certera del peso del bebe y que por el solo hecho de la obesidad no se debe programar una cesárea. En punto a la lesión de plexo braquial señaló que el perito T. dijo que del examen físico realizado sobre la paciente quedó demostrado que presentaba una pelvis ósea normal. Agregó que de la historia c. surge que desde las 11.30 y hasta las 13.00 el trabajo de parto fue normal, tal y como lo indican los peritos y la obstetra, y que luego de esa hora hasta la hora del nacimiento a las 13.30 se desarrolló el nacimiento propiamente dicho, en el que se desplegaron las manio.s que describe la obstetra para ayudar el nacimiento, resultando un parto espontaneo distócico y laborioso. Dijo también que de la documental acompañada no surge que se tratara de una paciente con diabetes gestacional y que igual constancia expone la Dra. H. S. en la historia c. al indicar que la bebe ingresa derivada de la C. S. M. producto de un parto vaginal distócico por macrosomía y sin antecedentes de DBG gestacional ni previa dando cuenta que la bebe ingresa eutérmica, quejido audible, lesión equimotica en brazo derecho. Señaló que si bien la Dra. M. en su declaración aludió a que asumen que se trataba de una mamá pre diabética o hipertensa, de las constancias de la causa no surge ninguno de estos dos estados. Agregó que de acuerdo a lo indicado por el Dr. T. la relación pélvica de la madre era adecuada para un parto vaginal normal. Señaló que según la documentación de la causa no existían antecedentes como diabetes, partos vaginales previos dificultosos o distocia de hombros, antecedentes de macrosomía que aconsejaran una cesárea, y aun con macrosomía detectada, este diagnóstico dicen los peritos no es indicación absoluta de cesárea, máxime que surge que la madre llegó al parto con la hipertensión controlada y los restantes exámenes normales, con el desarrollo de parto normal y ausencia de feto macrosómico según ecografía. En virtud de todo lo expuesto concluyó que tal como expusieron los peritos nada hacía aconsejable, mucho menos obligatoria, la realización de una cesárea y dijo que incluso los peritos fueron contestes en que en casos de exceso de peso la intervención quirúrgica puede tener mayor riego que el parto vaginal.

---Luego analizó la cuestión de si el demandado, presentada la distocia de hombros, actuó con la diligencia que exigía esa particular emergencia. En primer lugar aclaró que en la publicación efectuada por el Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema se explica que

la DH es un evento obstétrico que ocurre en el momento del parto y en el cual el diámetro biacromial del feto es excesivo con respecto a los diámetros de la pelvis materna y por consiguiente los hombros fetales no pueden atravesar el canal pelviano materno encontrándose detenidos por encima del pubis y al realizarse la elongación del cuello fetal se exterioriza la cabeza del niño por fuera de los genitales externos de la madre. Y que, según la misma publicación, es una situación que obliga a actuar con celeridad porque pasados los 3 minutos comienza el riesgo de que la anoxia produzca daños cerebrales al feto y pasados los 6 minutos casi es seguro que estos se producirán. Agregó que en el caso en examen quedó acreditado que hasta la extracción de la cabeza fetal el parto se desarrolló con total normalidad y que es en ese momento en que quedan trabados los hombros del bebe en el canal pelviano de la madre, de modo que es ante esta instancia que el médico se vio urgido de hacer las manio.s necesarias para extraer rápidamente al bebe. Señaló que en el caso se optó por la episiotomía, y las manio.s de K. y Mazzantti, y que merced a estas se logró la extracción completa del bebe. Añade que en relación a las manio.s que la obstetra dice se efectuaron luego de la extracción de la cabeza, tanto la Dra. M. como el Dr. T. y el informe de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de B.A. —que concuerda con los informes periciales de la causa—, coinciden que son varias las que pueden efectuarse, entre ellas K. y M., la que describe como específica para DH entre otras. Y refiere que explicó la Dra. M. que estas manio.s, aunque se realicen en forma adecuada, no aseguran la ausencia de lesión de plexo branquial. En síntesis, la Magistrada concluyó que de acuerdo a la historia c. y a las opiniones de los expertos no podía tenerse por acreditada una hipótesis de mala praxis derivada del modo en que el Dr. L. S. con la colaboración de C. F. llevó adelante las manio.s necesarias para superar la distocia de hombros y permitir el alumbramiento de R.. Y agregó que aunque lamentablemente el alumbramiento por parto vaginal trajo consecuencia indeseadas en la bebé no existe una relación de causalidad entre dicha consecuencia y la ausencia de una cesárea programada, o manio.s de parto erróneas. Sostuvo en conclusión que no se ha logrado acreditar un acto médico culpable del Dr. L. S. en tanto ha quedado acreditado en la causa que tuvo un actuar diligente y adecuado a la urgencia del caso concreto.

---II. La parte actora interpuso recurso de apelación mediante ID 282263. R. E. G. se presentó por derecho propio por haber adquirido la mayoría de edad y ratificó el recurso de apelación interpuesto. La parte actora expresó agravios mediante ID 512857. Estos agravios fueron contestados por R. L. en representación de C. G. F., L. S. C. L. de S. G. (su a.) y la firma P. C. de S. G. S.A. (a. de la O. S. U. P. D. L. N.) mediante ID 526651 y por A. M. M., en representación de de la O. S. U. P. de la U. del P. C. de la N. mediante ID 532758.

---La parte actora expresó siete agravios contra la sentencia recurrida: 1) Violación doctrina CSJN – Omisión de tratamiento de prueba esencial y decisiva —falta de sustento de la sentencia – sana crítica— doctrina CSJN; 2) Testimonio de las Dras. M. y H. – Prevalencia del testigo técnico esencial; 3) Carencia de terapia intensiva infantil y médicos idóneos; 4) Historia Clínica defectuosa, borroneada y adulterada – ausencia de estudios pre-quirúrgicos; 5) Contradicciones entre L. S. y Obstetra; 6) Confesión ficta del médico demandado – contestación de demanda; 7) Falta de consideración impugnaciones de pretensas pericias médicas – concesión de valor probatorio a informes periciales.

---III. El derecho aplicable:

---Antes de dar tratamiento a los agravios expresados y dado el cambio normativo operado con la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial corresponde aclarar que, al ser el daño un presupuesto constitutivo de la responsabilidad (arts. 1716 y 1717, Código Civil y Comercial, y art. 1067, Código Civil), el que dio motivo a esta causa constituyó, en el mismo instante en que se produjo, la obligación jurídica de repararlo. En consecuencia, de acuerdo al sistema de derecho transitorio contenido en el art. 7, Código Civil y Comercial, habiendo ocurrido el hecho aquí analizado en el año 2003, esto es, antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, esta causa será juzgada —en sus elementos constitutivos y con excepción de sus consecuencias no agotadas— de acuerdo al sistema del Código Civil.

---IV. La responsabilidad médica:

---La responsabilidad médica es aquélla en la que se incurre al faltar a los deberes especiales que la actividad impone y, por lo tanto, para su configuración juegan los elementos comunes a la responsabilidad civil en general. Ello quiere decir que cuando el profesional omite las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación —ya sea por impericia, imp. o negligencia— falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable (art. 512, Código Civil; SCJBA: Ac. 62.097, sent. del 10-III1998; Ac. 65.802, sent. del 13-IV-1999; Ac. 71.581, sent. del 8-III-2000, entre otras).

---Asimismo, debe tenerse también presente que, en general, las obligaciones de los médicos son de las llamadas de “medios” o “de atención” u obligación “de actividad” (conf. LLAMBIAS, J.J., “Trat. D. Civil. Obligaciones”, T. I, págs. 207, 211; ALSINA ATIENZA, D., “La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y de resultado”, JA 1958-III-587; BUSTAMANTE ALSINA, J., “Teoría Gral. de la Responsabilidad Civil”, pág. 501; BUERES, A., “Responsabilidad Civil de los Médicos”, pág. 183; CNCiv., Sala C, LL 115-116; CNCiv., Sala D, 09/09/89, LL 1990-E415). En este sentido se ha dicho que “el médico no se obliga a llegar a un final feliz, a que el enfermo recupere la salud, supere la dolencia que le aflige, sea c. o quirúrgicamente. Se obliga a cumplir con un ‘paquete’ de deberes, principales y accesorios, dirigidos, precisamente, a

ese propósito o finalidad" (CC0201 LP 119108 RSD 04/16 S 02/02/2016, "B.J. c/ G.D. Y O. s/ daños y perj. resp. profesional (excluido estado)", JUBA Sumario B258110). En efecto, en las obligaciones de medios -sean contractuales o extracontractuales- al acreedor, para reclamar indemnización por el incumplimiento, no le basta demostrar el daño sufrido, sino que debe probar además la culpa del deudor en la falta del resultado, o sea que no puso en práctica los medios que normalmente conducen a la obtención del efecto perseguido, o que en el empleo de estos medios se ha incurrido en negligencia, imp., desidia, etcétera (esta Sala, SDC 4/2009 con cita de CAZEAUX – TRIGO REPRESAS, Derecho de las Obligaciones, cit., T. I, pp. 357/358, Nº 227).

---En este marco, y en relación a la cuestión que hoy nos ocupa, cabe destacar que los obstetras asumen obligaciones de medios y, por tanto, lejos de garantizar un resultado cumplen con su obligación comprometiendo toda su ciencia, p. y diligencia.

---Ahora bien, los daños se encuentran suficientemente acreditados en autos. Sin embargo, la prueba del daño no es suficiente a fin de determinar la existencia de responsabilidad en cabeza del profesional de la salud interviniente. Resulta necesario también demostrar el factor de atribución y la relación causal.

---Sentado lo anterior, y en este marco, trataré los agravios expresados por la parte actora.

---V. Tratamiento de los agravios:

---Dada la extensión de los agravios expresados y que no guardan relación con la estructura dada por la sentenciante al decidir, los trataré en el orden propuesto por la apelante.

---**Primer agravio**: Violación doctrina CSJN – Omisión de tratamiento de prueba esencial y decisiva —falta de sustento de la sentencia – sana crítica— doctrina CSJN. ---En este agravio la actora sostiene que la sentenciante se desentendió de algo trascendente y es que L. S. y F. tenían dos pacientes (la madre y la hija por nacer) lo que significa que debían velar por la vida de las dos. También se agravia porque la causa fue juzgada sin perspectiva de género. Dice que la sentencia se apartó de los lineamientos de la CSJN por no haber tratado argumentos esenciales para el dictado de una sentencia justa. A continuación formula numerosas preguntas y solicita que la sentencia sea revocada.

---En mi opinión este agravio debe declararse desierto por no contener crítica alguna contra la sentencia apelada. Se limita a exponer generalidades que nada tienen que ver con la causa (como la alusión a la perspectiva de género y a la falta de tratamiento de cuestiones esenciales sin mencionarlas) y a formular preguntas sin marcar el punto concreto del fallo que se ataca.

---Por lo expuesto propongo al Acuerdo declarar desierto el primer agravio expresado por la parte actora (arts. 268 y 269 CPCC).

---**Segundo agravio**: Testimonio de las Dras. M. y H. – Prevalencia del testigo técnico esencial.

---En su segundo agravio la actora transcribe los testimonios de las Dras. M. y H. y afirma que la verdad de lo acontecido afloró en esta audiencia. Se agravia porque, según afirma, la Jueza no se refirió ni consideró estos testimonios ni sus fundamentos técnicos. Sostiene que, según los dichos de estas dos testigos, L. S. pudo y debió realizar una cesárea, que el daño al plexo braquial era previsible y evitable y que la precariedad, improvisación y desarrollo de la práctica médica es la única causa de la lesión del plexo braquial derecho de R.. Refiere que la Dra. M. afirmó en dos oportunidades que la Historia C. había sido adulterada con agregados. Afirma que L. S. interrogó p.mente a las testigos y que nadie impugnó el testimonio ni la audiencia. Dice que la Dra. H. es concluyente al afirmar, sostener y fundamentar que las complicaciones cardíacas obedecieron al deficiente y anormal control del embarazo, que R. corrió riesgo de muerte, que el parto fue de altísimo riesgo por la desproporción pélvica y que la cesárea hubiese evitado el daño del plexo braquial. Se explaya sobre la importancia del testimonio técnico y considera que debe prevalecer sobre el dictamen pericial que, según afirma, carece de fundamentación.

---A fin de dar respuesta a este agravio aclaro que la jueza de la instancia anterior ordenó en la página 1770 que se efectuara el cotejo de la desgrabación de los testimonios de las Dras. M. y H.. En cumplimiento de lo dispuesto, la Secretaria del Juzgado, Dra. Nancy Arnaudo, efectuó el cotejo encomendado y agregó la transcripción en las páginas 1224/1239 reservando el CD original en la Caja de Seguridad de tribunal. ---Las Dras. H. y M. son médicas que estaban de guardia en la terapia intensiva infantil del S. T. cuando R. fue derivada luego de su nacimiento en la C. S. M.. Son las personas que la recibieron y atendieron en ese momento. Sus declaraciones son de gran importancia dado que por un lado exponen sobre hechos en los que intervinieron y, por el otro, porque son especialistas.

---Ahora bien, luego de un exhaustivo y profundo análisis de sus declaraciones adelanto que no comparto las conclusiones que extrae la parte actora de los dichos de estas profesionales. En efecto, en sus declaraciones en modo alguno afirman de manera categórica las circunstancias que la apelante señala en sus agravios. Por el contrario, si bien sus declaraciones son sólidas con relación a los aspectos sobre los que intervinieron de manera p. y directa, no son suficientes para desvirtuar las conclusiones de las pericias médicas.

---A fin de aclarar la conclusión antes expuesta haré algunas referencias a estos testimonios relacionándolos a su vez con las demás pruebas producidas en la causa.

---La Dra. M. señaló que la parte más característica de R. fue la pre diabetes materna y aclaró que se califica de pre diabéticas a aquellas mamás que tienen fetos que superan la media normal y que pre diabetes y diabetes gestacional es lo mismo. Luego, en relación a la pre diabetes materna a la que hizo referencia en su declaración, dijo que "*la mamá tenía tratamiento de hipertensión, asumimos que era una pre diabetes por el peso del bebé*";

"*cuando viene un bebé de alto peso se considera que (desde el punto de vista de los neonatólogos) asumimos que hay una pre diabetes materna, que llevó a un feto macrosómico*"; "*ello no significa que la mamá era diabética, pre diabética en el sentido de que posiblemente hizo un mal uso de la insulina en el momento en que estaba teniendo la gestación del bebé y que eso la marca para nosotros (neonatólogos). No sé qué glucemia tenía la mamá en el embarazo porque no está especificado en esta historia*". Luego fue interrogada por L. S. quien le preguntó si el alto peso del bebé hace presumir una pre diabetes. La Dra. M. respondió que "*desde el punto de vista neonatológico presumimos una pre diabetes en las mamás que tienen fetos que superan el percentilo 97 de peso esperado para la edad gestacional*" y luego aclaró que *"es una presunción neonatal (...) Porque uno presupone la posibilidad que haya sido una pre diabetes"*. Esta testigo dijo también que las ecografías no dan el peso exacto del bebé y que *"por eso hacen una última ecografía sobre el séptimo mes (...) que creo que es la última para prever el peso del bebé"*. Luego, la Dra. H. señaló que "*desconocía que se tratara de una mamá diabética porque es lo primero que pensamos cuando estamos ante un bebé de tan alto peso que no es habitual*".

---En mi opinión, luego de analizar detenidamente las declaraciones y transcribir los pasajes que considero más relevantes, cuando estas profesionales hacen referencia a la diabetes gestacional lo hacen desde el lugar que les tocó ocupar, esto es, luego de ocurrido el nacimiento. Entonces, la Dra. M. aclara que dado el nacimiento de una beba de alto peso "asume" que su madre es pre diabética.

---Con relación a la posibilidad de diagnosticar a través de las ecografías el alto peso del bebé, la apelante pretende extraer de la declaración de M. que el médico sabía —o debía saber— que R. tenía un peso tal que era obligatorio recurrir a una cesárea y que, dado que no tomó esa decisión, es responsable por las consecuencias ocurridas. No comparto esta conclusión. Por el contrario, considero que ni de la declaración de M. ni de las demás constancias de la causa puede extraerse que, en el caso concreto, el médico supiera que R. iba a nacer pesando más de cinco kilos como ocurrió. Por otra parte, tampoco surge de la declaración testimonial, con la claridad que expone el apelante, que un alto peso en el bebé represente una necesaria indicación de cesárea. Por otra parte, con respecto a la presión arterial de B. la testigo señala que conforme surge de la historia c. a las 11,30, es decir dos horas antes del parto, era normal (10/70). Es por ello que considero que si bien las afirmaciones de la Dra. M. son razonables y sensatas, no son suficientes para responsabilizar al Dr. L. S. por no haber decidido hacer una cesárea. Lo mismo ocurre con la declaración de la Dra. H. quien, preguntada específicamente por la cesárea, dijo que *"no, no, no creo que una cesárea hubiese empeorado el pronóstico, no"*.

---En síntesis, tal como dije al comienzo del tratamiento del presente agravio, no encuentro en las declaraciones testimoniales de las Dras. M. y H. las conclusiones que la apelante califica de "categóricas". Ninguna de las dos médicas dijo que L. S. "debió realizar una cesárea" o que el daño al plexo braquial fuera previsible y evitable ni tampoco que "la precariedad, improvisación y desarrollo de la práctica médica es la única causa de la lesión del plexo braquial derecho de R." como afirma en los agravios. Por el contrario, las testigos fueron contundentes en la descripción del cuadro que presentaba R. cuando la recibieron en la terapia intensiva y también se explayaron con solvencia sobre el pronóstico y evolución del cuadro. Sin embargo, respecto de las causas o, mejor dicho, la responsabilidad que podría atribuirse al médico demandado poco y nada dijeron. Efectuaron hipótesis de lo que pudo haber ocurrido a partir del nacimiento de un bebé de alto peso que tuvo las consecuencias conocidas y no negadas pero sus declaraciones no pueden interpretarse del modo en que lo hace la recurrente. Es por ello que si bien estos testimonios no fueron impugnados, valorados a la luz de la sana crítica y en forma conjunta con las demás pruebas producidas en la causa, no son suficientes para atribuir responsabilidad al Dr. L. S.. Y no se trata de dejar de lado testimonios "técnicos" sino de valorarlos adecuadamente, atendiendo a los dichos y razones dadas al declarar.

---Por lo expuesto propongo al acuerdo el rechazo del presente agravio.

---**Tercer agravio**: Carencia de terapia intensiva infantil y médicos idóneos.

---En tercer lugar la recurrente se agravia porque en la sentencia no se consideraron las precarias condiciones que poseía la C. S. M. donde se atendía el parto, que esta c. no contaba con una unidad de terapia intensiva infantil, ni médicos idóneos terapistas capacitados, ni instalaciones específicas con los instrumentos adecuados para atender y resolver nacimientos complejos, cardiología infantil, motivo por el cual R. fue derivada de urgencia al S. T. que sí las tenía. Afirma que las complicaciones eran previsibles y que los demandados sabían que no podían resolverlas adecuadamente si acontecían. Sostiene que se violó una obligación de resultado, la garantía de atención adecuada. Y agrega que la inexistencia de terapia intensiva infantil adecuada, médicos terapistas especialistas, cirujano, anestesista y equipamiento adecuado e idóneo en instalaciones, conforman la violación de la obligación de resultado.

---Este agravio no puede tratarse por encontrarse vedado por lo dispuesto por el art. 280 del CPCC. En efecto, lo manifestado en este agravio no fue oportunamente introducido en la etapa postulatoria del proceso. Fue ese el motivo por el cual la jueza de primera instancia no lo consideró al decidir y también impide a este cuerpo tratarlo en esta instancia de apelación. La única mención que efectúa al respecto la actora en su demanda es la siguiente: (con relación a la actuación del médico) *"ni siquiera previó la eventualidad de realizar una cesárea ni la presencia de un anestesista para llevarla a cabo o realizar un*

cleidectomía (fractura de clavícula del bebé para permitir su expulsión o nacimiento sin desgarrarlo, a tal grado fue la precariedad del parto que debió ser llevado de urgencia a otro s., pues ni servicio de neonatología tenía". En mi opinión, esta mención al narrar los hechos no implicaron el concreto planteo de la violación a una obligación de resultado. Por el contrario, tal como surge del párrafo transcripto, la mención se enmarca en la negligencia atribuida al médico quien, según afirma al comienzo, *"ni siquiera previó la eventualidad…"*.

---La jueza debía expedir una "*decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio*" (art. 165 inc. 6° CPCC). Es por este motivo que no se le puede reprochar que no se pronunciara sobre la violación de una obligación de resultado en el marco del agravio antes reseñado. Es que, si la parte actora pretendía fundar su pretensión en esta violación, debió alegarlo de manera clara en su demanda (art. 333 inc. 4° CPCC) y no lo hizo. Superada esta oportunidad procesal, una vez notificada la demanda, la parte actora ya no puede hacer modificaciones a su postulación inicial. De igual manera hoy se ve impedida esta alzada de expedirse sobre dicha circunstancia por prohibirlo expresamente el art. 280 CPCC. En efecto, la expresión de agravios no brinda una oportunidad para modificar las cuestiones introducidas al demandar o contestar demanda y en este caso el agravio importó una inadmisible transformación de la demanda. Admitir esta alteración importaría un grave menoscabo del derecho de defensa en juicio al privar a la contraria de alegar y probar en contra de las nuevas circunstancias invocadas (arts. 18 de la Constitución Nacional y art. 18 inc. 9 de la Constitución Provincial). Por ello, sentenciar la causa sobre bases distintas a las planteadas con la demanda significaría violar el principio de congruencia (art. 34 inc. 4° y 165 inc. 6° del CPCC). En síntesis, así como la jueza de la instancia anterior, acatando el principio de congruencia, no pudo decidir la cuestión sobre bases fácticas que no integraron la *litis*, tampoco puede hacerlo la Cámara en virtud de lo dispuesto por el art. 280 del CPCC.

---Por lo expuesto propongo rechazar el presente agravio.

---<u>Cuarto agravio</u>: <u>Historia C. defectuosa, borroneada y adulterada – ausencia de estudios pre-quirúrgicos</u>.

---En cuarto lugar la recurrente se agravia porque se guardó silencio en la sentencia sobre la historia c. y el parto de C. y R.. Dice que la historia c. agregada en la página 210 es un manuscrito incompleto, borroso, adulterado e ilegible, con tachaduras y sobre anotaciones, indescifrables y falsa. Sostiene que las falencias en la confección de este instrumento cardinal implican una presunción contraria para el médico responsable de ella. Dice que así lo afirmó al demandar y lo reitera como agravio por tratarse de un fundamento trascendente que no fue merituado en la sentencia. Afirma que la historia c. no contiene los resultados de laboratorio, de ecografías, monitoreos e interconsultas de la paciente y

finalmente tampoco da cuenta acerca de la existencia de elementos que permitan establecer si el médico codemandado contaba con la referida información al momento del parto. Dice que de la lectura de la historia c. no puede interpretarse un actuar idóneo del profesional interviniente acarreándole la carga procesal —por aplicación de las pruebas dinámicas— de acreditar los hechos que lo liberen del grave daño ocasionado

---El presente agravio tampoco tendrá favorable acogida. El documento agregado en la página 210 es la "ficha c." que lleva el médico como control en su consultorio y la única crítica de la actora se centra en ese documento. No cuestiona las dos historias clínicas agregadas a la causa (la de la C. S. M. y la del S. T.) sino la "ficha c." confeccionada por el médico en su consultorio.

---Con relación a la historia c., hoy regulada por Ley 26.529, señala Gustavo Caramelo (con cita de PATITÓ, José A. (2000). Medicina Legal. Buenos Aires, Centro Norte) que la doctrina médica forense la ha definido como el documento o instrumento escrito en el que consta en forma metódica, ordenada y detallada la narración de todos los sucesos acaecidos y comprobaciones realizadas por el médico o el equipo médico, durante la asistencia de un paciente en un establecimiento público o privado desde su ingreso hasta el momento de su egreso por alta o por muerte (Caramelo, Gustavo, 2017. "Historia C.". Publicado en https://salud.gob.ar/dels/printpdf/93). Agrega asimismo que la historia c. es un documento de elaboración progresiva y de carácter complejo, integrado por los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las plantillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas o abandonadas, registradas mediante asientos efectuados con un breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante. Señala además que la historia c. tiene carácter único dentro de cada establecimiento asistencial público o privado y debe identificar al paciente por medio de una "clave uniforme", la que deberá serle comunicada (Caramelo, Gustavo, ob. cit.).

---Por otra parte, cabe recordar que hasta la sanción de la ley 26.529 (año 2009) no existió en nuestro país una regulación integral y con alcance nacional de la historia c., aun cuando pueden señalarse como antecedentes normativos las disposiciones contenidas en el decreto-ley 6216/67, reglamentario de la ley 17.132, de Ejercicio de la Medicina en el ámbito nacional, y la Resolución 454/2008 del Ministerio de Salud de la N. (Caramelo, Gustavo, ob. cit.).

---Por los motivos expuestos, el documento agregado en la página 210 no puede considerar ni, mucho menos, valorarse como una historia c. en los términos de la Ley 26.529.

---Sin perjuicio de ello, cabe recordar que la Dra. M. señaló que *"por lo que puede leerse en la Historia C. del Consultorio del Dr. R. L. S., los controles de embarazo fueron adecuados. Cada mes se midió la altura uterina, se midió presión arterial, se pesó a la*

paciente. Fue tratada por una hipertensión inducida por el embarazo y por una infección urinaria. La paciente llegó al trabajo de parto con su presión arterial controlada"

---Por ello, y más allá de la terminología que se emplee para describir el instrumento cuestionado, lo cierto es que la perito médica lo consideró suficiente a los fines de acreditar un adecuado control del embarazo.

---Considero suficientes estos argumentos para rechazar el agravio.

---**Quinto agravio**: Contradicciones entre L. S. y Obstetra.

---En este punto la actora se agravia porque en la sentencia se omitió considerar que el Dr. L. S. afirmó, al contestar demanda, que la única causal de la ruptura del plexo braquial fue la omisión de internación 24 horas antes y el consiguiente impedimento de realizar todas las maniobras que a su juicio eran necesarias para evitar dañar a la menor durante el parto, sin probar estos extremos. Señala también que en la sentencia se omitió considerar la grave contradicción de C. F. al contestar demanda quien manifestó haber sido llamada de urgencia el 19.06.2003 cerca del mediodía para el control del trabajo de parto. Señala que C. F. contradice abiertamente en el escrito de contestación de demanda los fundamentos a que alude L. S. (fundamentos que transcribe) y se pregunta quién falta a la verdad. Luego agrega que es necesario cotejar estas afirmaciones con el otro hecho sostenido por L. S. relativo a su presunta orden de internación de 24 horas previas en una c.. Y dice que de la Historia Clínica surge que la solicitud de internación la realizó mínimamente después de las 11 del día 19.06.2003. Se agravia también porque en la sentencia no se consideró la confesión emergente de la posición N° 9 formulada por L. S. a C. B. en la que admite que le realizó un control el día anterior (18.06.03) a las 18. Y se pregunta si dio una orden de internación retroactiva. Reitera que tanto el médico como la obstétrica debieron prever y disponer una cesárea. Reitera que medió un comportamiento defectuoso e inapto que abarcó el control previo del embarazo y el parto y que no existió "imprevisto" ni situación "imprevisible". Sostiene que por su tamaño no podía nacer indemne sin cesárea. Agrega que el sobrepeso de 25 kilos con diabetes gestacional, calificaban al parto como de "alto riesgo" y los demandados afrontaron el parto sin contar con terapia intensiva infantil. Por último, dice que le "causa agravio que la sentencia eluda los fundamentos dados en la contestación de demanda, —hechos admitidos— y ronde y se apoye en hechos conjeturales o posibles de provocar un parto distócico (pericias)".

---Este agravio tampoco tendrá favorable acogida por los siguientes motivos:

---Si se encamina a tratar de demostrar la responsabilidad del Dr. L. S., no las trataré en este agravio dado que son reiteraciones de agravios y quejas vertidas en otros agravios.

---Y en cuanto a la responsabilidad que atribuye a la obstétrica C. F., coincido con lo expresado por su apoderado al contestar agravios dado que cuando en un parto intervienen un médico obstetra y una obstétrica (como ocurrió en este caso), las decisiones las toma el

médico. Es por ello que C. F. no podía tomar la decisión de realizar una cesárea y que la afirmación "debieron prever y disponer una cesárea" (en plural) es desacertada. Quien toma la decisión de realizar o no una cesárea es, exclusivamente, el médico obstetra debiendo la obstétrica asistirlo en todo aquello que le fuera requerido. No advierto en la demanda ni en los agravios motivos para atribuir responsabilidad a C. F.. La actora se refiere a ambos profesionales como si sus roles fueran equiparables, pero, en rigor, no lo son. La función de la obstétrica es la de colaborar con la medicina (art. 43 de la Ley X n° 3), aclarando el art. 46 que *"Las personas referidas en el Artículo 43 limitarán su actividad a la colaboración con el profesional responsable, sea en la asistencia o recuperación de enfermos, sea en la preservación de la salud de los sanos, y deberán ejercer su actividad dentro de los límites que en cada caso fije la presente Ley y su reglamentación"*. Y, además, debe limitar su actuación a la prescripción o indicación recibida (art. 48, inc. b) y tiene prohibido modificar las indicaciones médicas recibidas o asistir de manera distinta a la indicada por el profesional (art. 49, inc. b). Estas son las disposiciones legales g. correspondientes a quienes colaboran con los profesionales médicos, luego, el capítulo II se refiere específicamente a la "auxiliar obstétrica". En síntesis, tal como se desprende de la norma referenciada, la auxiliar obstétrica puede actuar colaborando con la medicina (como ocurrió en este caso) o asistiendo embarazos, partos y puerperios no patológicos (art. 51 de la ley, en sentido contrario). Cuando actúa en un rol que no es de colaboración con la medicina sino de asistencia directa, está obligada, ante cualquier síntoma anormal, a requerir la presencia de un médico, de preferencia especializado en obstetricia (art. 51). Por lo expuesto, la conducta de la obstétrica se debe juzgar considerando el rol que cumplió en el caso concreto. En este caso, las decisiones médicas eran, necesariamente, tomadas por el médico interviniente. Lógica consecuencia de ello es que no puede responsabilizársela por no haber decidido hacer una cesárea ni tampoco por el control del embarazo en el cual no intervino.

---Considero suficientes estos argumentos para rechazar el quinto agravio expresado por la actora.

---**Sexto agravio**: Confesión ficta.

---En sexto lugar se agravia porque en la sentencia no se consideró que L. S. no concurrió a absolver posiciones quedando en consecuencia confeso. Solicita que se tengan en cuenta los efectos legales de esta situación procesal y se aplique la doctrina del Plenario "Enriquez". Transcribe el pliego de posiciones y afirma que la confesión ficta de L. S. impacta sobre el proceso produciendo plena eficacia probatoria. Sostiene que en una causa de responsabilidad profesional médica, la confesión sella y define irreductiblemente el destino de la acción y se agravia porque la Jueza no mencionó en su sentencia esta circunstancia.

---Tampoco acompañaré a la actora en este agravio.

---Conforme doctrina de esta Sala, “la confesión ficta debe apreciarse en su correlación con el resto de las pruebas atendiendo a las circunstancias de la causa, pues de lo contrario se haría prevalecer la ficción sobre la realidad y la decisión podría alejarse de la verdad material” (esta Sala, SDC 2/2012 con cita de SCBA, 14/6/96, “U. y C. S.A. c/ V. S.R.L. s/ Cobro ordinario de pesos”, DJBA 151- 177; ídem, 2/3/99, “P. R., R. c/ Y., V. A. y otro s/ Daños y perjuicios”, AyS 1999-I- 373; ídem, 18/9/02, “V., M. E. c/ A., J. D. y Comp. de T.. 506 s/ Daños y perjuicios” e ídem, 24/3/04, “F., A. M. c/ P., R. y otro s/ Daños y perjuicios”, ambos en Juba sum. B23744).

---La confesión ficta produce los mismos efectos que la confesión expresa, en cuanto a la admisión de los hechos contenidos en la posición de que se trate; pero, a diferencia de aquélla, puede ser desvirtuada por prueba en contrario. Se trata, en definitiva, de una presunción que admite prueba en contrario y que, ante la duda, inclina la balanza en contra del absolvente confeso.

---Por lo antes expuesto, considero que la confesión ficta del demandado no define irreductiblemente el destino de la acción como afirma la recurrente, sino que, por el contrario, se trata de una situación procesal desfavorable que admite prueba en contrario.

---Por ello, propongo al acuerdo el rechazo del presente agravio.

---**Séptimo agravio**: Falta de consideración impugnaciones de pretensas pericias médicas – concesión de valor probatorio a informes periciales.

---En último lugar se agravia porque la Jueza en la sentencia culpó a la actora por la inacción del consultor técnico Dr. D. P. Z. y afirma que la inactividad de un consultor técnico no debe ser fundamento para rechazar una demanda.

---Dice que la Dra. M. reconoció por escrito que no tenía los conocimientos para realizar la pericia y que, consecuentemente, su pericia se descalifica por sí misma. Con relación a su informe pericial dice que fue extemporáneo dado que al presentarlo ya no revestía el cargo de perito. Refiere que los fundamentos científicos de esta pericia remiten a 4 links que no se encontraban activos. Reitera los términos de su impugnación e insiste con la falta de idoneidad de la perito. Concretamente se agravia porque la Jueza en su sentencia le dio valor técnico y científico a este informe.

---Con respecto al informe pericial del Dr. T. remite en los agravios a las impugnaciones formuladas en la instancia anterior y reitera que su informe fue formulado en abstracto sin examinar la actuación de L. S..

---Se agravia porque la Jueza concluyó que no se logró acreditar una mala práctica por parte del demandado en cuanto al control del embarazo cuando está demostrado que no se hizo una ecografía previa al nacimiento.

---Se agravia también porque la Jueza concluyó que la actora no logró demostrar que el control del parto fue deficiente demostrando con ello una total falta de consideración hacia los derechos que protegen y velan por una indemnización íntegra y justa. Se agravia porque la Jueza afirmó que la única manera de determinar la macrosomía de un feto es su pesaje al momento del nacimiento y que el resto es una presunción. Respecto de esta afirmación dice que después de todo el avance que ha tenido la ciencia, la medicina y la humanidad es desquiciado siquiera pensar esta afirmación.

---A fin de dar un correcto tratamiento a este agravio corresponde recordar en primer lugar la reciente doctrina de nuestro STJ que dijo: *"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"* (STJ, SD 23/2021). Traigo a colación esta referencia dado que a lo largo del recurso la actora pretende que se dejen de lado dictámenes periciales sin dar suficientes argumentos científicos para hacerlo.

---En efecto, si bien conforme reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la N. "*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*" (Fallos 310:1697; 321:2118, entre otros), lo cierto es que en este caso no advierto motivos serios, después de analizar todo el material probatorio, para dejar de lado los informes periciales. Considero que estas pruebas llevan a la inexorable conclusión a la que arribó la Jueza de la instancia anterior respecto de la falta de acreditación, en este caso, de mala praxis médica.

---Como dije antes, el dictamen médico es una de las pruebas más importantes en esta materia y resulta esencial para dirimir la cuestión. Por ello, en el marco de este agravio y también de los tratados anteriormente en cuanto se refieren a su cuestionamiento, los valoraré nuevamente en esta instancia.

---Para realizar la prueba pericial médica en primer lugar se designó a la Dra. M. cuyo informe pericial luce agregado en las páginas 1113/1123 -antes 604/614-. Este informe fue impugnado por la actora tanto por el informe en sí mismo como por la idoneidad de la perito y su condición de tal en autos. A raíz de esta impugnación se dictó la Sentencia Interlocutoria N° 112/16 (sentencia firme) mediante la cual se rechazó la solicitud de apartamiento de la perito, se ratificó su intervención y se designó al Dr. R. T. -dependiente del H. Z. de T.- como perito médico con especialidad en ginecología, en las mismas condiciones que la Dra. M. para que, teniendo a la vista la experticia de páginas 604/614 (actualmente 1113/1123) y demás constancias de la causa (Historia C., documental y estudios médicos agregados) así como también el informe médico obrante en las páginas 525/526 (actualmente 1034/1035), la ampliara a la luz de las observaciones efectuadas por

la actora en las páginas 619/625 (hoy 1128/1134) y los puntos periciales oportunamente ofrecidos por las partes. Se dispuso en esta sentencia interlocutoria que la pericia debía ser elaborada conforme su criterio, experiencia profesional y conocimientos académicos, sin sujetarse a lo anteriormente dictaminado por la Dra. M..

---El dictamen del Dr. R. T. se encuentra agregado en las páginas 1168/1181 (antes 658/671) y fue impugnado por la parte actora en las páginas 1192/1197 solicitando la aplicación del art. 480 CPCC. En la página 1204 la Academia Nacional de Medicina informó que sus integrantes no ofician como peritos médicos en cuestiones de carácter particular y que solamente puede opinar sobre cuestiones o doctrinas científicas de carácter general donde no estén en juego intereses particulares. En la página 1208 la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Buenos Aires señaló que uno de sus objetivos conforme su estatuto es emitir opinión a través de sus órganos institucionales sobre reclamos basados en mala praxis tocoginecológica pero que no tiene como función ni objetivo la práctica de pericias en ninguna jurisdicción. Luego, y frente a nuevo pedido de la Magistrada de la instancia anterior, en la página 1219 se expidió nuevamente la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Buenos Aires y dijo *"evaluando lo actuado coincidimos con lo expresado por los peritos intervinientes a fs. 604 a 608 idem con lo expresado a fs. 611 a 613 no pudiendo expedirnos en lo referente a la oportunidad de una cirugía reconstructiva precoz por estar este tópico fuera de nuestra área de incumbencia"*.

---Sentado todo lo anterior y luego de un exhaustivo análisis de las pericias médicas, así como también de las demás pruebas producidas, considero que no se encuentra probada la mala praxis del médico demandado. Para llegar a esta conclusión tengo especialmente en cuenta que, tal como señaló la Jueza de la instancia anterior, la actora invocó tres motivos de responsabilidad médica: 1) control del embarazo; 2) atención desde la internación hasta el traslado a la sala de partos y 3) necesidad de programar una cesárea y técnicas utilizadas durante el parto.

---<u>Control del embarazo</u>:

---En este punto resulta relevante considerar que la Sra. B. afirmó en la demanda que tuvo un embarazo normal y que concurría a control médico cada veinte días o un mes. Además, quedó demostrado que se le realizaron, al menos, cuatro ecografías durante el embarazo. Dos indicadas por la Dra. L. en el S. T. (18/12/2002 y 29/01/2003) y cuyos resultados fueron retirados p.mente por B. y dos por el Dr. L. S. (13/03/2003 y 16/05/2003). Por otra parte, no surge de las pericias la cantidad de ecografías que se deben efectuar durante el embarazo y que, considerando que ya se habían realizado dos en forma previa a la primera consulta con L. S. y que la última se efectuó un mes antes del nacimiento (ocurrido el 19/06/2003), los controles realizados lucen razonables. Respecto de los controles ecográficos, la Dra. M. señaló que *"las ecografías no mostraban ninguna patología, en las*

cuatro ecografías obrantes en la documental la fecha probable de parto se mantiene constante, con diferencia de solo una semana entre la primera a las 9 semanas y las tres restantes".

---Con relación a los demás controles la Dra. M. señaló que *"por lo que puede leerse en la Historia C. del Consultorio del Dr. R. L. S., los controles de embarazo fueron adecuados. Cada mes se midió la altura uterina, se midió presión arterial, se pesó a la paciente. Fue tratada por una hipertensión inducida por el embarazo y por una infección urinaria. La paciente llegó al trabajo de parto con su presión arterial controlada"*.

---En síntesis, y de acuerdo con las pericias médicas realizadas, el control del embarazo fue normal y de las ecografías realizadas no surge patología alguna. ---La atención desde la internación hasta el traslado a sala de partos:

---Tampoco surge de las pruebas producidas negligencia en el control durante el trabajo de parto.

---Necesidad de programar una cesárea y técnicas utilizadas durante el parto:

---Finalmente, tampoco surge de las pruebas producidas que fuera necesaria o estuviese médicamente indicada la programación de una cesárea. Por el contrario, la Dra. M. expresamente señaló que *"las embarazadas con fetos macrosómicos no tienen indicación absoluta de cesárea porque al no poder estimarse el tamaño fetal con certeza ni la posición que el feto va a adoptar durante el trabajo de parto no existe posibilidad de sospechar una DH y las cesáreas aumentan la morbimortalidad materna"*.

---Con relación a las precauciones que se deben tomar se encuentra la realización de un examen físico sobre la paciente que en el caso de B. demostró que presentaba una pelvis ósea normal (punto 10 de la pericia del Dr. T.). Respecto de la macrosomía, el perito T. señaló que conforme constancias de la historia c. la menor al momento del parto no podía ser considerada como macrosómica y que, además, la macrosomía fetal solo se puede diagnosticar pesando al recién nacido tras el parto (aunque señala que en la actualidad existen técnicas exploratorias que permiten detectar el trastorno antes del parto). Y la Dra. M. coincidió en que no se puede predecir con certeza la macrosomía fetal y agregó que luego del parto se puede confirmar que la niña fue macrosómica pero que antes del parto pudo no haber sido supuesto. Agregó que *"hay cuatro ecografías obstétricas, la última a las 31-32 semanas que muestran un crecimiento normal del feto. Por ecografía no se anticipaba el peso del mismo, y por ser obesa la embarazada, la palpación y la medición de la altura uterina se vuelven dudosas, porque se suma el panículo adiposo de la mujer a la altura uterina"*. ---Por otra parte, también surge de las pericias médicas que los métodos ecográficos y clínicos tienen entre un 15% y un 20% de posibilidad de error, llegando algunos estudios a elevar el margen de error hasta el 50%. En definitiva, la tecnología que se utilizaba en de aquel momento (año 2003) adolecía de errores porcentuales y los métodos

manuales, como es la medición de la altura uterina, era dificultosa por el panículo adiposo de la Sra. B..

---Finalmente, y con respecto a las técnicas utilizadas, las pericias señalan que son las habituales en los casos en que se presentan partos difíciles. La Dra. M. señaló que las maniobras de K. y M. son parte de una práctica habitual y de acuerdo a la lex artis y que se usan en muchos h.es.

---Con respecto al valor probatorio de las pericias médicas señalo que conforme doctrina de nuestro Superior Tribunal de Justicia 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 (STJ, SD 23-2021).

---Ahora bien, como he señalado al tratar cada uno de los agravios expresados y en particular este último agravio, no encuentro en las constancias de la causa argumento alguno para apartarme de las conclusiones expuestas por los peritos en sus dictámenes. En efecto, no alcanza con la manifestación de disconformidad con las conclusiones periciales sino que, cuando los datos brindados por el experto no son compartidos por alguna de las partes (en este caso, la actora), es a su cargo la prueba de la inexactitud de lo informado. No alcanza con disentir, es necesario probar, arrimar evidencias capaces de convencer al Magistrado de que las conclusiones del especialista son incorrectas o que los datos proporcionados son equivocados. Y en este punto pongo de resalto que las impugnaciones formuladas por la actora, en cada oportunidad en que lo hizo, incluyendo la pieza de agravios, no reúne las condiciones que señalé.

---VI. Conclusión:

---Reiteradamente se ha dicho que la obligación asumida por el médico no es de resultado, sino de medios. No se compromete a sanar al enfermo, sino solamente a atenderlo con p. y diligencia, a proporcionarle todos los cuidados que conforme a los conocimientos científicos que su título presume, son conducentes al logro de la curación, la que no puede asegurar (conf. TRIGO REPRESAS, F., *“Responsabilidad civil de los profesionales”*, pág. 81).

---Por ello es que, luego de valorar nuevamente en esta instancia todas las constancias de la causa, me encuentro en condiciones de proponer al Acuerdo confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fue materia de agravios dado que, en mi opinión, los demandados no incurrieron en impericia o mala praxis médica.

---Propongo imponer las costas generadas en esta instancia en el orden causado conforme criterio sentado por el STJ en la SD 23/2021 antes citada. En esta sentencia el Dr. Panizzi sostuvo que 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 Comercial de la N.*, 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). Por su parte, el Dr. Vivas señaló que tradicionalmente la jurisp. 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). Y agregó que en su opinión *"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*". Y agregó, en conclusión que comparto, que una solución contraria podría importar un desaliento para el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

---Pues bien, en mi opinión se da en este caso la circunstancia tenida en cuenta por el Superior Tribunal de Justicia en la sentencia mencionada y considero que, en este caso particular, corresponde eximir a la parte actora de la condena en costas a pesar del resultado del proceso. Me lleva a este convencimiento la complejidad de la cuestión resuelta y que, objetivamente, R. sufrió en el parto un daño de gran importancia. Todo ello me convence de que la actora actuó con una razonable convicción de defender sus derechos en el juicio y que, en consecuencia, la imposición de las costas de esta instancia en el orden causado es la solución más justa para el caso.

---En cuanto a los honorarios correspondientes a las tareas cumplidas en esta instancia, atendiendo al mérito, extensión, eficacia y resultado arrojado por las labores profesionales cumplidas, propongo que los honorarios se regulen del siguiente modo: a los Dres. N. O. M., P. O. A. y M. O. M. S. (patrocinantes de R. E. G. y apoderados de J. R. G. y C. M. B.), en conjunto, el 3%; al Dr. A. M. M. (apoderado de la O. S. UPCN), el 3%; al Dr. R. L. (apoderado de C. G. F., La S. C. L. de S. G. y P. C. de S. G. S.A.) el 3,5% y al Dr. J. D. V. (apoderado de B. L. S.), el 3% del monto del proceso (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4).

---Me expido, en consecuencia, a la primera cuestión POR LA AFIRMATIVA.

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. M. Fernando Peral expresó:

--- I.- En el voto precedente la Dra. Spoturno reseñó el pronunciamiento apelado y detalló los agravios expresados por los actores y la contestación de las demandadas y la citada en garantía. Por tal motivo, por razones de economía procesal y para evitar innecesarias

reiteraciones, seguidamente ingresaré al tratamiento de las cuestiones planteadas en el mismo orden expuesto por mi colega de Sala.

--- II.- Derecho aplicable: Tal como señala la Dra. Spoturno en su voto, encontrándose en vigencia el anterior Código Civil a la fecha del evento dañoso, el caso debe juzgarse a la luz de dicho cuerpo normativo en lo que respecta a la responsabilidad civil que los actores imputan a los demandados y en caso que corresponda cuantificar el daño reclamado, se deben aplicar las pautas previstas en el nuevo Código (art. 7 Civil y Comercial de la N.).

--- III. Responsabilidad médica.

--- En forma previa a ingresar al tratamiento de los agravios destaco que, en virtud de lo establecido en la normativa del código civil aplicable, la responsabilidad de los profesionales de la medicina y de los establecimientos asistenciales es de naturaleza contractual y la misma, a la época de los hechos, estaba regida por los arts. 499, 512, 514, 519, 520, 521, 902 y ccdtes. del Código Civil.

--- Conforme a dichas normas, son presupuestos de la responsabilidad médica la existencia de daño, la relación de causalidad adecuada entre éste y la conducta imputada y el carácter antijurídico de tal conducta, consistente en un incumplimiento de las obligaciones asumidas a título de dolo o culpa (conf. Yungano-L.-Poggi-Bruno, Responsabilidad profesional de los médicos, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, pág. 135 y ss.; Cazeaux-Trigo Represas, Obligaciones, T. V, Librería Editora Platense, La Plata, 1996, pág. 560 y ss.).

--- La doctrina y jurisp. nacional mayoritaria, sostiene que la obligación asumida por los prestares del sistema de salud frente a los pacientes, se trata principalmente de una obligación de "medios", donde el deudor no se compromete a un resultado, sino que pone de su parte los medios conducentes para que el acreedor pueda obtener el resultado, el cual, sin embargo no fue asegurado por el deudor (conf. Llambías, J. J., Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, T. I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1967, pág. 194; Alsina Atienza, Dalmiro, "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y obligaciones de resultado", JA 1958-III-587; Bustamante Alsina, J., Teoría General de la Responsabilidad Civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, Novena Edición actualizada, pág. 510; Bueres, A., Responsabilidad Civil de los médicos, Hammurabi, 2006, 3° edición renovada, pág. 469; autos: "Espíndola, C. Viviana c. Asociación Civil de Estudios Superiores H. Austral y otros s/ daños y perjuicios", 08/08/2011, AR/JUR/50982/2011, "Castillo, R. A. y otro c. Z., M.y otros", 25/04/2012, La Ley Online, AR/JUR/13093/2012).

--- En otras palabras, el médico (y también el establecimiento asistencial) asume una deuda de atención hacia el paciente debiendo poner a su disposición todo cuidado, sapiencia y conocimiento para el logro del resultado esperado, en el caso el parto con hijo y madre sin lesiones (conf. P. de Leal, Responsabilidad Civil del Médico. Tendencias Clásicas y

Modernas, Ed. Universidad, 1995, pág. 68 y ss; Lorenzetti, R., Responsabilidad Civil de los Médicos, Tomo I, ed. Rubinzal-Culzoni, 1997, pág. 316; Félix Trigo Represas, Reparación de daños por mala praxis médica, Hammurabi, 1995, pág. 99).

--- En tal sentido, se ha dicho que “La obligación de los médicos y de las clínicas y hospitales consiste en arbitrar los medios adecuados para la atención del paciente y -en principio- queda a cargo de éste probar que al cumplir el acto médico se incurrió en imp., impericia o negligencia. Por ello, atañe al paciente la prueba de la culpa de quien brinda la asistencia médica (Conf. Bustamante Alsina, J., "Prueba de la culpa", LL 99-892, entre otros).

--- Por lo hasta aquí apuntado, en definitiva, quien alega la responsabilidad de un médico o de una institución asistencial, debe demostrar el incumplimiento de las obligaciones por estos asumida.

--- IV. Tratamiento de los agravios de los actores.

--- IV.a. Violación de la doctrina legal de la CSJN. Omisión de tratar prueba. Falta de sustento de la sentencia. Sana Crítica.

--- Los actores en su primer agravio, luego de realizar citas de fallos de la CSJN y de doctrina sobre el valor de la vida humana así como del sistema de la sana crítica, alegan que la Jueza de primera instancia no tuvo en consideración que el demandado L. S. y la Obstetra debían velar por el bienestar de la paciente embarazada y la del bebé en gestación y además sostienen que juzgó la causa sin perspectiva de género. En base a ello y a una serie de preguntas que formulan, requieren que la sentencia sea revocada.

--- Siendo esos básicamente los planteos del primer agravio, acompaño la propuesta de mi colega de sala en tanto postula declararlo desierto por no contener los cuestionamientos realizados una verdadera crítica concreta y razonada del fallo (art. 268 del CPCC). Ello así, dado que los actores alegan que la sentenciante omitió el tratamiento de cuestiones esenciales que no individualizan, que falló sin perspectiva de género y realizan varias preguntas, sin efectuar una crítica concreta y razonada a los fundamentos centrales de la sentencia.

--- Siendo ello así, es oportuno recordar que la expresión de agravios constituye para el apelante una carga procesal trascendente y que en cumplimiento de la misma deben precisarse, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones.

--- Por tal razón, para atacar adecuadamente una sentencia, no alcanza con realizar afirmaciones genéricas y dogmáticas, ni mucho menos puede considerarse fundado un

recurso por la simple formulación de preguntas, como las expresadas en el memorial de agravios bajo análisis.

--- Conforme lo indicado en presente apartado, como anticipé y coincidiendo con la Dra. Spoturno, propongo declarar desierto el primer agravio.

--- IV.b. Testimonio de las Dras. M. y H..

----- Los actores, en su segundo agravio, realizan una transcripción de la declaración testimonial de las Dras. M. y H. —médicas de guardia de la terapia intensiva infantil del S. de T.— y refieren que les causa agravio que la sentenciante no haya considerado aquellos testimonios ni sus fundamentos técnicos. Añaden que, de aquellos testimonios, surge con claridad que el demandado L. S. debió conocer la obligación de realizar una cesárea, por lo que el daño al plexo braquial resultaba previsible y evitable, siendo la precariedad, improvisación y desarrollo de la práctica médica la única causa de la lesión que padece R.. Asimismo, refieren que la Dra. H. fue concluyente en afirmar que las complicaciones cardíacas obedecieron al deficiente y anormal control del embarazo, que R. corrió riesgo de muerte, que el parto fue de altísimo riesgo debido a la desproporción pélvica y que el daño del plexo braquial pudo evitarse si se hubiera practicado una cesárea.

--- Afirman que aquellas testigos resultan ser profesionales expertas a las que el propio L. S. tuvo que recurrir de urgencia y que, a la vez que testimonian, realizan una verdadera pericia sobre el estado de salud de R. así como de los actos médicos llevados a cabo en su nacimiento, refiriendo ambas testigos cómo pudo evitarse tamaño daño.

--- En las páginas 1775/1796 o. la desgravación del acta de audiencia llevada a cabo el día 09/12/2009 donde se le tomó declaración testimonial a las Dras. M. y H., que fuera ordenada por la Magistrada de primera instancia (pág. 1770). Dichas profesionales fueron quienes recibieron a R. en la guardia de la terapia intensiva infantil del S. de T..

--- Concuerdo con mi colega de Sala en que, de la lectura minuciosa de las declaraciones de ambas testigos, no surge una conducta disvaliosa atribuible al demandado L. S. en relación a los controles efectuados a la Sra. B. durante el curso de su embarazo, ni tampoco que haya existido un obrar negligente por parte del nombrado ginecólogo ni de la obstétrica al momento del parto.

--- Si bien ambas médicas –que en autos prestaron declaración testimonial- describieron detalladamente el estado con el cual R. ingresó a la terapia intensiva así como su evolución, de sus dichos no puede extraerse, como afirman los recurrentes, que L. S. haya conocido el peso de R. con anterioridad a su nacimiento ni tampoco que, aún en el caso de conocer el peso de la bebé, hubiera sido estrictamente necesaria la realización de una cesárea.

--- En lo que respecta a la cesárea, la necesidad de su realización no surge de los dichos de la testigo H., como se pretende en el escrito de expresión de agravios, ya que la nombrada, al ser preguntada en relación a esta cuestión, se limitó a decir que no creía que una cesárea hubiese empeorado el pronóstico. De dicha lacónica respuesta, no es posible concluir que la médica en cuestión considera que dicha intervención era necesaria.

--- Cabe consignar también que, al ser consultada sobre la presión arterial de la Sra. B., M. refirió que de la historia clínica surge que dos horas antes del parto, es decir a las 11:30 hs., la presión arterial de la mamá era normal (10/7 o 100/70) y ello no permite inferir que se estuviera realizando un control y seguimiento inadecuados de la paciente, como sostiene los actores.

--- Como surge de lo indicado por la colega que me precedió en el voto, los dichos de las nombradas testigos son insuficientes para convalidar la responsabilidad que los recurrentes pretenden atribuir al médico ginecólogo demandado. Por tal razón, después de revisar las declaraciones cuestión y evaluar el resto de las pruebas producidas, en mi criterio, los testimonios referidos fueron debidamente valorados en la sentencia apelada.

--- En consecuencia, también propondré al acuerdo el rechazo de este segundo agravio.

--- IV c. Carencia de terapia intensiva infantil y médicos idóneos.

--- En su tercer agravio los recurrentes afirman que en la sentencia no se consideraron las condiciones que poseía la C. S. M. donde se atendía el parto, que no contaba con una unidad de terapia intensiva infantil, médicos idóneos, terapistas capacitados, cardiología infantil, ni instalaciones específicas con instrumentos adecuados para atender y resolver nacimientos complejos, circunstancias que motivaron que R. tuviera que ser derivada de urgencia al S. T. que sí contaba con tales condiciones.

--- Señalan que la negligencia, imp. e impericia cubren la conducta de los demandados quienes violaron la garantía de atención adecuada que constituía una obligación de resultado.

--- Dichos planteos son inatendibles por este Tribunal, por no haber sido oportunamente introducidos por los actores en las etapas postulatorias del proceso, lo que impide que sean evaluados en esta instancia recursiva. Al respecto es preciso recordar que por imperio del art. 280 del CPCC este Tribunal no puede fallar sobre cuestiones no postuladas ni sometidas a la decisión del Juez de Primera Instancia.

--- Cabe recordar que como el recurso de apelación no abre un nuevo juicio, sino que solo permite la revisión de la sentencia impugnada, en principio el tribunal de alzada está limitado a pronunciarse sobre los capítulos propuestos a decisión del juez de primera instancia (art. 280 CPCC).

--- De la lectura del escrito de demanda no surge que los actores hayan alegado la responsabilidad de la C. S. M. por no contar, a su criterio, con las instalaciones adecuadas y necesarias para hacer frente a las complicaciones ocurridas durante el nacimiento de R.. En aquel escrito los actores tan solo afirmaron, al valorar la actuación del médico, que este último no previó la eventualidad de realizar una cesárea ni la presencia de un anestesista o realizar una cleidectomía, señalando que por la precariedad del parto el bebé debió ser llevado de urgencia a otro s.. De esas afirmaciones, no puede interpretarse que los accionantes hayan invocado los hechos que ahora alegan para insinuar la violación de una obligación de resultado.

---Por lo apuntado y ante la ausencia de alegación oportuna, como anticipé, el planteo no puede ser siquiera analizado.

----- Los artículos 274 y 280 del CPCC consagran el principio de congruencia o correspondencia en relación a la s. instancia, limitando en este caso en forma doble el poder decisorio del Tribunal de alzada, tanto en relación a las cuestiones no sometidas al juez de primera instancia como a cuestiones ajenas vertidas en los agravios contra la sentencia y sus contestaciones.

---Como lo destaca Palacio, la regla general que consagra la norma (art. 280 CPCC) es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, que no configura un nuevo juicio en el que sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a las que fueran objeto de debate en la instancia precedente (Loutayf Ranea, R. G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1989, vol. 1, págs.. 76,115 y 165/166). Conforme lo tiene dicho la jurisp., quedan incluso fuera de la decisión del tribunal de alzada los temas extraños a los escritos de constitución del proceso, aunque se lo introdujere bajo la apariencia de meros argumentos de derecho (CNCIv.; sala B, julio 2975, ED 64-514; idem, Sala F, junio 22-983, E.D 105-357).

--- Con idéntico criterio, en fallos de esta Cámara se estableció que la apelación permite al justiciable llevar a conocimiento de un tribunal superior la resolución que estima injusta, para que la modifique o revoque. Pero de ningún modo puede consistir en una mera discrepancia con los argumentos expuestos por el juez de la primera instancia y menos aún en la introducción de nuevas cuestiones o argumentos no expuestos en la oportunidad procesal oportuna. La expresión de agravios no puede contener nuevas pretensiones o nuevas argumentaciones, dado que la alzada no puede apartarse de los términos de la relación procesal (esta Sala SDC 20/2014).

---Por lo hasta aquí apuntado, toda vez que los planteos referidos a la supuesta precariedad de las instalaciones de la C. S. M. invocados por los actores al expresar agravios no fueron oportunamente planteados, los agravios en cuestión deben rechazarse (art. 280 del CPCC), lo que así propongo al acuerdo.

---IV d. Historia c. defectuosa o borroneada. Falta de estudios pre-quirúrgicos.

---En su cuarto agravio, los actores afirman que la sentencia guardó total silencio sobre la historia c., siendo esta una prueba decisiva para valorar la conducta del médico demandado y explican que la historia clínica constituye una prueba de gran trascendencia ya que refleja todo lo relativo a la enfermedad del paciente.

---Luego de esas y otras alegaciones, en concreto refieren que la documental agregada en pagina 210, que califican como historia c., resulta ser un manuscrito incompleto, borroso, adulterado e ilegible con tachaduras y sobre anotaciones y plantean que por la importancia de la historia c. sus imprecisiones u omisiones no pueden sino perjudicar a quienes tienen el deber de confeccionarla.

--- En base a ello, básicamente sostienen que las falencias que señalan en la confección de ese instrumento generan una presunción en contra del demandado por ser el médico responsable de su confección.

--- Si bien, como destacan los actores, la historia c. resulta ser una documentación trascendente en la relación médico-paciente y también de importante valor probatorio, lo cierto es que el instrumento agregado en pagina 210 no puede ser considerado una historia c. ni mucho menos se puede pretender que el mismo debió ser realizado cumpliendo los requisitos previstos en la ley 26.529, ya que ésta fue sancionada con posterioridad a los hechos que nos ocupan.

--- De la simple compulsa de dicho documento se aprecia que es sólo una ficha médica confeccionada por el demandado en su consultorio, con anotaciones de datos que en su oportunidad consideró relevantes.

--- Ese tipo de documento, es claro que no puede ni debe ser considerado ni evaluado como una historia c. en los términos previstos en la Ley 26.529, máxime cuando esta norma fue dictada años después de su confección.

--- Al respecto, cabe puntualizar que la documentación e información médica que de cada paciente deben llevar bajo determinados requisitos los hospitales, clínicas, sanatorios y demás instituciones que brindan prestaciones vinculadas al sistema de salud, que comúnmente se denomina “historia clínicas” no se encontraba regida ni regulada por leyes especificas en nuestro país hasta la promulgación de la Ley 26.529 el 19 de noviembre del año 2009.

--- Siendo ello así, los requisitos y formalidades que establece dicha ley no pueden ser requeridos de las anotaciones realizadas por el médico demandado con anterioridad a dicha fecha en la ficha que luce a fs. 210.

--- Por lo expuesto, también propongo al acuerdo que se rechace este agravio.

--- IV. e. Contradicciones entre L. S. y la Obstetra.

--- En quinto lugar, los actores sostienen que en la sentencia se omitió considerar que L. S. afirmó en su contestación de demanda que la única causal de la ruptura del plexo braquial fue la omisión de internación de 24 hs. previas y que ello impidió realizar las maniobras necesarias para evitar el daño a la menor, sin probar tales extremos. A su vez, también sostienen que tampoco consideró la magistrada de grado que C. F., al contestar demanda, afirmó que fue llamada de urgencia el 19.06.2003 cerca del mediodía para el control del trabajo de parto, lo que, según expresan los recurrentes, se contradice con lo manifestado por el nombrado L. S., preguntándose cuál de los profesionales falta a la verdad.

---También señalan que resulta necesario dilucidar el hecho sostenido por L. S. en torno a la supuesta orden de internación de 24 hs. previas en una clínica, lo que a su entender resulta falso toda vez que de la historia clínica surge que dicha solicitud fue realizada mínimamente después de las 11hs. del día 19/06/2003.

--- Por otro lado los recurrentes cuestionan que no se haya considerado en la sentencia que en la posición N° 9 formulada por L. S. a C. M. B. el nombrado que admite que le realizó un control el día 18/06/2003 a las 18 hs., es decir un día anterior al parte y se preguntan si dio una orden de internación retroactiva.

--- En párrafos siguientes, vuelven a reiterar que tanto el médico como la obstétrica debieron realizar una cesárea y que no efectuaron ningún control del embarazo ni del parto, ni tuvieron en consideración que el sobrepeso de B. y la diabetes gestacional calificaban al parto como de “alto riesgo”.

--- Adelanto que tampoco pueden ser receptados los planteos articulados en el agravio. Ello, en primer lugar, por ser reiteraciones de los agravios anteriores sobre la responsabilidad que los accionantes pretenden que se atribuya a L. S..

--- Por otra parte, en lo que respecta a la responsabilidad atribuida por los actores a la codemandada C. F., por no tener ésta facultades de decisión respecto de las acciones realizadas durante el parto.

--- Al respecto, corresponde puntualizar que la actividad de la auxiliar obstétrica se encuentra regulada en el orden nacional en el art. 49 y sgtes. de Ley 17132 y en el ámbito provincial, en los arts. 50 y sgtes. la Ley X N° 3 (ex ley 989) y que ambas normas disponen expresamente que “Las obstétricas o parteras no podrán prestar asistencia a la mujer en estado de embarazo, parto o puerperio patológicos, debiendo limitar su actuación a lo que específicamente se reglamente y ante la comprobación de cualquier síntoma anormal en el transcurso del embarazo, parto y/o puerperio deberán requerir la presencia de un médico, de preferencia especializado en obstetricia” (art. 51 Ley X N° 3 y art. 50 Ley 17132).

--- La regulación nacional y la provincial disponen que la actividad es de colaboración de la medicina (art. 42 inc. a de la Ley 17132 y art. 43 inc. a Ley X N° 3), y precisan que la intervención de las obstétricas que l. a las indicaciones del profesional médico responsable (arts. 46 y 49 inc. b Ley X N° 3 y arts. 45 y 48 inc. b Ley 17132).

--- En base a ello, ninguna responsabilidad se puede imputar a la codemandada C. F., ya que su actuación debió limitarse a asistir al Dr. L. S., siendo éste quien debió tomar todas decisiones médicas en el parto de R..

--- Por lo expresado y analizado en otros apartados la cuestión relativa a la necesidad de realización de una cesárea, como anticipé, corresponde rechazar el agravio.

--- IV. f. Confesión ficta.

--- --Los actores en su escrito de expresión de agravios, también sostienen que en la sentencia no se consideró la confesión ficta derivada de la incomparecencia del codemandado L. a la audiencia de absolución de posiciones. Citan el plenario "Enríquez" que, según afirman, estableció que la rebeldía en la prueba de posiciones resulta suficiente por sí sola para tener por ciertos los hechos aducidos y no desvirtuados por la demandada. Realizan una transcripción del pliego de posiciones oportunamente presentado y refieren que la confesión ficta del codemandado impacta sobre el proceso, produciendo plena eficacia probatoria.

--- Sobre la cuestión anticipo que no comparto el criterio rígido esbozado en el planteo de los actores. La confesión ficta constituye una prueba eficaz respecto de los hechos p.es del absolvente afirmados en el pliego, cuando éstos se corresponden con las circunstancias de la causa y no son desvirtuados por las restantes pruebas producidas. En otras palabras, la confesión ficta debe ser apreciada en función de todos los elementos de juicio, estando librada su valoración al criterio del juez, según las circunstancias de cada caso (Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial, Sala V, "Calabrese, José y otro c. Sánchez, Oscar", 26/11/1984, TR LALEY AR/JUR/2276/1984; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A "Rodríguez de Salonia, Alicia c. Avenia, Angela", 09/06/1987 ,LA LEY 1988-B , 609 AR/JUR/1048/1987; y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, "Guzzini Bianchi, Blanca y otro c. Fiorentino de Grasso, Josefa y otros",26/06/1991, LA LEY 1992-A,12 DJ 1992-1 ,363 AR/JUR/982/1991, entre otros).

--- Por lo expresado, la confesión ficta no puede ser considerada una prueba determinante y excluyente de las conclusiones que surgen del resto de la prueba producida, como pretenden los recurrentes. En razón de ello, coincido con mi colega de Sala en rechazar el presente agravio.

--- IV. g. Falta de consideración de las impugnaciones de las pericias médicas.

--- Finalmente, los actores en su último agravio refieren que la Jueza en su sentencia culpó a su parte de la inacción del consultor técnico, Dr. D. P. Z. y afirman que ello no constituye fundamento para el rechazo de su demanda.

--- Por otra parte, también expresan que la perito médica, Dra. M., confesó a la Jueza que carecía de conocimientos para realizar la tarea encomendada y presentó un cuasi informe pericial que no debió ser tenido en cuenta en la sentencia y respecto al informe del otro perito médico designado, Dr. T., señalan que omitió merituar el acto médico de L. S. y afirman que por tal razón carece de objetividad.

--- Reiteran también lo expresado al alegar mala práctica del demandado al momento de efectuar el control del embarazo y puntualmente plantean que les causa agravio que la sentenciante concluyera que no se logró demostrar el control deficiente del parto y que la única forma de determinar macrosomía del feto es recién con su pesaje al momento del nacimiento.

---A los fines de abordar el tratamiento de las críticas reseñadas y de evaluar la valoración de las conclusiones de los informes periciales realizada en la sentencia recurrida, analizaré al igual que la Dra. Spoturno los tres argumentos expuestos en la demanda a los fines de atribuir la responsabilidad médica de L. S..----------

----- Control del embarazo: De las pericias realizadas por la Dra. M. y el Dr. T. no surge cual es la cantidad de ecografías que deben efectuarse durante todo el embarazo. No obstante ello, de la presente causa surge que la Sra. B. se realizó cuatro ecografías, dos indicadas por la Dra. L. en el S. T. (en fechas 18/12/2002 y 29/01/2003), los que fueron retirados p.mente por la paciente y dos realizadas por el demandado (13/03/2003 y 16/05/2003), siendo la última de ellas realizada un mes antes del nacimiento.

--- Esos controles, no pueden ser considerados incorrectos o insuficientes cuando en la pericia de hojas 1113/1123 se refiere que las ecografías no mostraron patologías y que la fecha probable de parto se mantuvo constante y cuando la Dra. M. en su informe señaló que de la Historia Clínica surge que los controles fueron adecuados y precisó que cada mes se midió la altura uterina, se pesó a la paciente y se controló la presión arterial, la que se encontraba estable al momento del trabajo de parto.

--- Por lo apuntado y por no encontrar elementos que desvirtúen las conclusiones periciales, no es posible afirmar que el control del embarazo fue inadecuado o incorrecto.

--- Atención de la paciente desde la internación hasta el traslado a la sala de partos. Coincido con mi colega de Sala en que ninguna prueba de la causa acredita que el trabajo de parto haya sido realizado en forma negligente y ello no puede ser presumido.

--- Necesidad de realizar una cesárea. Técnicas utilizadas en el parto.

--- Sobre esta cuestión ambos peritos fueron coincidentes en que a la época del parto no resultaba posible determinar de antemano la macrosomía fetal.

--- En tal sentido, el Dr. T. señaló que, si bien a la fecha de la presentación de la pericia (12/09/2016) existen técnicas exploratorias que permiten detectar el trastorno antes del parto, lo cierto es que la macrosomía fetal sólo se puede diagnosticar realmente pesando al recién nacido tras el parto. Efectuada esa aclaración general, respecto a la situación particular de la Sra. B. y de R., refirió que de las constancias de la historia c. no surgía que la menor haya podido ser considerada como macrosómica.

--- La misma conclusión expresó la perito M., quien señaló que no resulta posible predecir con certeza la macrosomía fetal y que, en el caso de R., ello no pudo haber sido supuesto con anterioridad al parto, agregando que de las cuatro ecografías obstétricas realizadas no podía anticiparse el peso del feto, que su crecimiento era normal y que, por el sobrepeso de la embarazada, la palpación y medición de la altura uterina se vuelven dudosas, por sumarse a aquello el panículo adiposo de la mujer.

--- Además de esas consideraciones, la perito indicó que las embarazadas con fetos macrosómicos no tienen indicación absoluta de cesárea, en tanto al no poder estimarse con certeza el tamaño fetal ni la posición que el feto adoptará durante el trabajo de parto, no resulta posible de sospecha una DH y añadió que las cesáreas aumentan la morbo mortalidad materna.

---También fueron coincidentes ambos peritos en afirmar que los métodos ecográficos y clínicos poseen un margen de error que oscila entre el 15% y el 20%, llegando en algunos casos hasta un 50%. Ante dichas afirmaciones de los expertos y teniendo en consideración la época en que la Sra. B. se realizó tales estudios (año 2003), es posible considerar que las ecografías realizadas no arrojaron resultados certeros.

---Finalmente, es importante señalar que ambos profesionales indicaron que las maniobras de K. y M. resultan habituales en la práctica al momento de realizar partos difíciles y también afirmaron que las mismas son utilizadas en muchos h.es.

--- No existiendo en autos elemento algún de carácter médico o científico que permita restar valor a las afirmaciones y conclusiones de los peritos y que desautorice la valoración de la prueba realizada en la sentencia, los argumentos y alegaciones de los actores deben ser consideradas una mera disconformidad con el pronunciamiento que carece de efectos impugnativos y en consecuencia el agravio no puede ser receptado.

--- Al respecto --cabe recordar que en los procesos de daños y perjuicios por mala praxis médica la pericia médica siempre es una prueba sumamente relevante de cuyas conclusiones no es posible apartarse, salvo razones muy fundadas de entidad suficiente que desvirtuar la labor profesional, lo que el caso no se verifica. Ello, no implica sometimiento

al perito, por el contrario, importa una conducta responsable del magistrado, por el respeto a la especialidad del conocimiento científico (doct. art. 481del CPCC). Esta norma indica que el juez no puede eludir la apreciación de la prueba pericial, constituyendo una excepción al principio consagrado en el art. 390 del mismo código, que exime al magistrado del deber de expresar en su sentencia la valoración de la totalidad de la prueba producida (esta Sala en SDC 10/2018).

---V. Por todo lo expresado en los considerandos precedentes, en definitiva acompaño la propuesta de la Dra. Spoturno de confirmar la sentencia de grado en todo lo que fuera materia de agravio.

--- Pese al resultado del recurso, dado que los actores pudieron creerse con derecho a demandar como lo hicieron ante la existencia de lesiones sufridas por su hija al momento del parto y por ser la cuestión resuelta compleja en sus aspectos jurídicos y fácticos, comparto la propuesta de que las costas del juicio sean soportadas por su orden (arts. 69 2do. párrafo del CPCC).

--- Respecto de los honorarios por los trabajos de alzada, también concuerdo con la propuesta de la colega preopinante, en tanto la misma refleja adecuadamente las labores desempeñadas, su extensión y calidad.

---Por todo lo expresado, a la primera cuestión me expido POR LA AFIRMATIVA.

---**A LA S. CUESTIÓN** la Dra. Natalia Isabel Spoturno expresó:

---Visto el Acuerdo alcanzado corresponde:

--- CONFIRMAR la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios.

--- IMPONER las costas en el orden causado.

--- REGULAR, por las tareas cumplidas en esta instancia, los honorarios del siguiente modo: a los Dres. N. O. M., P. O. A. y M. O. M. S. (patrocinantes de R. E.a G. y apoderados de J. R. G. y C. M. B.), en conjunto, el 3,5%; al Dr. A. M. M. (apoderado de la O. S. UPCN), el 3%; al Dr. R. L. (apoderado de C. G. F., La S. C. L. de S. G. y P. C. de S. G. S.A.) el 3,5% y al Dr. J. D. V. (apoderado de B. L. S.), el 3% del monto del proceso (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4).

--- Tal mi voto.

---**A LA S. CUESTIÓN**, el Dr. M. Fernando Peral expuso:

---El pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por la Dra. Spoturno, en tanto refleja fielmente el Acuerdo logrado.

---Así lo voto.

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 274 del C.P.C.C.).

--- T., 23 de agosto de 2022.

---En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de T.; pronuncia la siguiente:

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

-- CONFIRMAR la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios.

--- IMPONER las costas en el orden causado.

--- REGULAR, por las tareas cumplidas en esta instancia, los honorarios del siguiente modo: a los Dres. N. O. M., P. O. A. y M. O. M. S. (patrocinantes de R. E.a G. y apoderados de J. R. G. y C. M. B.), en conjunto, el 3,5%; al Dr. A. M. M. (apoderado de la O. S. UPCN), el 3%; al Dr. R. L. (apoderado de C. G. F., La S. C. L. de S. G. y P. C. de S. G. S.A.) el 3,5% y al Dr. J. D. V. (apoderado de B. L. S.), el 3% del monto del proceso (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4).

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.

NATALIA ISABEL SPOTURNO
JUEZA DE CÁMARA

M. FERNANDO PERAL
PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL Nº 13 DE 2022 – SDC.- Conste.

R. FABIAN GRIFFITHS
SECRETARIO DE CAMARA