

Epte. 42, Reg 60(S) del 15/9/2011

En la ciudad de Necochea, a los 15 días del mes de septiembre de dos mil once, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, en acuerdo ordinario a efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: "**O. DE A., I. E. y ot. c/Municipalidad de Necochea. s/Daños y Perjuicios**", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente: Señores Jueces Doctores Oscar Alfredo Capalbo, Humberto Armando Garate y Fabián Marcelo Loiza.

El tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1a. ¿Es justa la sentencia de fs. 529/537vta.?

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR CAPALBO DIJO:

I) Conforme surge de las constancias de autos, a fs. 529/537vta. el Sr. Juez de grado dicta sentencia en la que resuelve: I) Rechazar la excepción de prescripción opuesta a f. 117, con costas al vencido y rechazar la demanda de daños y perjuicios promovida por I. E. O. de A. y E. H. A. por sí y en representación de su hija L. M. contra L. B., M. C. E., G. G., con costas por su orden a los demandados; II) Hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por I. E. O. de A. y E. H. A. por sí y en representación de su hija L. M. contra la Municipalidad de Necochea, condenando a esta última a abonar a los actores la suma de PESOS CUARENTA Y CINCO MIL (\$ 45.000.-) con más la tasa pasiva, en el plazo de diez días bajo apercibimiento de ejecución, con costas al vencido.

Contra dicho pronunciamiento a f. 538 el letrado apoderado de los actores interpone recurso de apelación, obrando sus agravios a fs. 569/591.

A f. 547 apela la sentencia el letrado apoderado de la Municipalidad local, hallándose sus agravios glosados a fs. 593/596.

II) 1. Agravios de la parte actora:

1.1. En su primer agravio critica el recurrente la sentencia de grado en cuanto sostiene que la parálisis cerebral que sufre la hija de sus comitentes no es necesariamente atribuible a la demora en la atención del parto.

Expresa que en primer lugar debió considerarse si está probado en autos que haya existido sufrimiento fetal intra parto, y si la respuesta era positiva, evaluar si el sufrimiento fetal agudo que soportara L. al nacer, pudo causar las secuelas neurológicas incapacitantes que luego de nacer se le detectarían.

Sentado ello -añade el apelante- el análisis debió continuar sopesando la conducta de cada uno de los médicos que atendieran el parto de la actora, verificando si fue negligente, imperito, imprudente, y, determinada la culpabilidad de estos, observar si la mala atención médica guarda relación causal con los daños neurológicos.

Sostiene que el juez a quo equivocando el camino, analizó el nexos causal desde un ángulo de

mira físico, o si se quiere de la doctrina de la equivalencia de las condiciones, lo que lo llevó a conclusiones erradas y contrarias tanto al orden jurídico vigente, como a reiterados pronunciamientos de la S.C.B.A.

Destaca seguidamente que para exonerar de responsabilidad a los médicos intervinientes, el magistrado de grado alteró en perjuicio de la actora, a las reglas que rigen el onus probandi, relevando a éstos de probar los hechos extintivos, impeditivos o modificatorios que alegaran como defensa.

Señala asimismo que “el señor Juez de grado valoró arbitrariamente la prueba rendida, haciendo una lectura fragmentada de las pericias incorporadas a la causa y no apreció los defectos y omisiones en la confección de la historia clínica que son patentes.

2. Seguidamente sostiene que de las constancias de la causa, “está fuera de toda duda, tanto que L. haya padecido sufrimiento fetal, como que luego de nacer, se le diagnosticara parálisis cerebral, cuadro que a juicio de la Sociedad

Argentina de Neurología Infantil (S.A.N.I.), desgraciadamente será permanente y le genera a L. una incapacidad mayor al ochenta (80%) por ciento".

También -añade el recurrente- "son esclarecedores los testimonios e informes agregados en autos que dan cuenta del estado de salud de L. y su incapacidad motivada en la parálisis cerebral".

Manifiesta que "hubo de acreditarse en la causa que el sufrimiento fetal agudo fue intra parto, ya que hasta producirse el primer nacimiento no hay registros que indiquen sufrimiento fetal (v. punto 4 de la pericia pediátrica de f. 478). Lo que se corrobora con lo informado por la Federación Argentina de Sociedades de Ginecología y Obstetricia (F.A.S.G.O.); la que sostiene que hasta la decisión de realizar la cesárea no se consignan signos compatibles con sufrimiento fetal ni eliminación de meconio (puntos "h" y "t" del informe glosado en autos). Por otra parte, el último control de latidos fetales efectuado a las 19:20 hs. fue normal por lo que puede aseverarse sin hesitar que hasta esa hora, el sufrimiento fetal no había comenzado, y comenzó de

allí en más, o bien habría ocurrido luego de las 14:00 hs. en que se internó la paciente, y el mismo tampoco fue oportunamente detectado por la grave omisión de controles que apuntan los expertos".

Añade que "en cuanto el momento exacto en que comenzó el sufrimiento fetal es claro que no es posible determinarlo, por omisión de los controles de rutina que hacíamos referencia, lo que implica mala praxis médica, pero sí podemos asegurar que se trató de hipoxia fetal intra parto, ya que como vimos hasta las 19:20 hs. los muy escasos controles de frecuencia cardíaca arrojaban valores normales y no existen elementos de convicción incorporados en autos que señalen su ocurrencia antes de la internación con trabajo de parto el día 11/2/9 a las 14 hs.".

Manifiesta que "acreditada la hipoxia intra parto y las lesiones neurológicas queda por demostrar la relación causal entre la asfixia y las lesiones neurológicas que padece L.", destacando al respecto que la S.A.N.I. señala en su informe que "la causa de trastornos que padece L. probablemente sean una secuela del sufrimiento fetal agudo". Añade que los

expertos consultados explican que "las lesiones neurológicas pueden tener su origen en la etapa intrauterina durante la formación y maduración durante el trabajo de parto en la etapa neonatal".

Por lo que, a juicio del recurrente, "está probado que la parálisis cerebral que padece L. es una consecuencia del sufrimiento fetal agudo que registrara al momento del parto".

Destaca seguidamente que "si bien la doctrina especializada consultada, refiere que las nuevas investigaciones dan cuenta que los problemas neurológicos pueden tener su origen durante el proceso gestacional en cerca del 70 por ciento, éste no es el caso de autos, ya que no está acreditado que el daño neurológico haya estado presente en L. antes del parto".

Por esas consideraciones estima el recurrente que "no es ajustado a derecho, y mucho menos justo, que las omisiones y fallas del servicio médico hospitalario, pesen en contra de mis comitentes, sometiénolos a la diabólica carga de probar aquello que es imposible por culpa del actuar

médico". De este modo -arguye- "se está vulnerando los arts. 375 y 384 del CPC, ya que es a los demandados que alegan la eximente que les incumbe el deber de demostrar que el sufrimiento fetal se registró en la etapa gestacional o que la parálisis cerebral que sufre L. reconoce otra causa, demostrando ellos en su caso la misma".

Alega luego que es labor de los médicos tratantes que atendieron en el hospital demandado a la actora y realizaron sus controles prenatales haber diagnosticado y detectado a través de los estudios pertinentes la lesión neurológica en la etapa gestacional, si es como ellos afirman que la misma puede ocurrir también antes del parto en la etapa prenatal".

Destaca las conclusiones de los peritos especialistas en pediatría y ginecología y resalta que "no sostienen en lo más mínimo que la parálisis cerebral que aqueja a L. tenga un origen distinto (vg. gestacional) al sufrimiento fetal agudo padecido durante el parto"; con lo que -añade- "se torna insostenible la eximente que plantean los demandados

en base a la falta de causalidad entre la parálisis cerebral y la hipoxia intra parto que sufriera la niña".

Manifiesta que "del minucioso análisis de los medios probatorios reseñados, valorados en su conjunto surge que la parálisis cerebral que incapacita total y permanentemente a L. fue causada por la asfixia sufrida intra parto". Por todo ello considera "absurda la conclusión a la que parece arribar el magistrado de grado en el considerando III "c" por la que termina eximiendo de responsabilidad a los médicos demandados basándose en los estudios que sostienen que la asfixia intra parto sólo causa el 20 o 10 por ciento de los casos de parálisis cerebral" y que en autos "la parálisis de L. no encuentra otra causa que el sufrimiento fetal intra parto y en todo caso si los demandados pretenden eludir su responsabilidad son ellos quienes deben probar la causa ajena y es claro que no lo han hecho".

Concluye su agravio señalando que "el razonamiento del Juez a quo es absurdo e irrazonable desde que hace una lectura totalmente parcial,

fragmentada y aislada de las pericias incorporadas en autos e ignora prueba fundamental como son los informes emitidos por la F.A.S.G.O. y la S.A.N.I. y la historia clínica, violando así los arts. 375, 384 y 474 del CPC." Asimismo, "desinterpreta las reglas procesales que rigen la carga de la prueba y doctrina de la S.C.B.A. relevando a los demandados de probar la eximente que alegan, esto es que la parálisis cerebral que sufre L. reconozca una causa diferente a la hipoxia intra parto".

3. En su siguiente punto de queja expresa que "está probado en autos que la actora cursaba un embarazo de alto riesgo; que no concurrió al hospital demandado sólo para la atención del parto, sino que fue atendida en ese nosocomio a lo largo de todo el embarazo; recibiendo los últimos controles prenatales tres días antes del parto.

Que "surge de la historia clínica que la actora ingresa al Hospital el día 11/2/94 a las 14 hs. cursando un embarazo gemelar de 37/38 semanas, y luego de realizársele un chequeo de rutina se ordena

su internación por encontrarse en franco trabajo de parto”.

Hasta allí, aduce el recurrente, “debemos presumir que ambos fetos se encontraban en perfectas condiciones, puesto que la actora había realizado los controles prenatales indicados”; sin omitir realizar ninguno de los indicados por los profesionales.

Pone de resalto el apelante que “según las normas para la atención del embarazo múltiple elaboradas por el servicio de tocoginecología del Hospital Ferreyra acompañadas por la co-demandada G. (v. f. 124), el control prenatal en estos casos es más riguroso cada 15 días hasta la semana 28 y luego deben ser semanales. “Hasta el día del parto, sin perjuicio de que los controles prenatales no hayan sido los suficientes, ni con la frecuencia indicada por las normas de servicio, lo que de por sí demuestra una atención médica inadecuada, todo estaba normal, ya que no surge del historial clínico nada extraño y menos el remanido sufrimiento fetal gestacional que se alega como excusa”.

Señala que también quedó acreditado que la paciente fue en horas de la mañana del día 11/2/94 al Hospital por los fuertes dolores que tenía y no obstante ello, fue enviada a su casa; cuando según las normas de servicio la internación ha de efectuarse a las 36 semanas y la actora cursaba la semana 38.

Aduce que fue negligente y contraria al reglamento de la propia institución sanitaria la conducta de los prestadores del servicio de salud al no dejar a la paciente internada cuando asistió a la guardia esa mañana. Luego, agrega, "es imperito e imprudente el actuar de la Dra. G. cuando a las 14 hs. del día 11/2/94 al ordenar la internación de la actora por trabajo de parto, la deja en manos de una partera, la señora C. V., quien, como debía saber, no estaba habilitada por la ley para intervenir en un parto de alto riesgo como el que se presentaba, omitiendo atender ella, como médica de guardia en forma personal a la actora". Que "la doctora G. interviene a las 17,22 hs., es decir casi tres horas y media después que es internada la actora con

trabajo de parto, hasta allí había estado en manos de la obstétrica C. V., la que por otra parte también es patente que fue negligente en tomar una misión para la cual no estaba facultada ni capacitada y su actuar fue tan imprudente como el de la Doctora G. ya que tampoco controló a la paciente”.

Sostiene el apelante que “este actuar negligente de la partera V., por otra parte compromete también la responsabilidad de G., ya que su misión como médica de guardia en este caso era indelegable, principalmente por ser un parto patológico y además porque normativa específica que regula el ejercicio médico consagra la indelegabilidad de las funciones médicas en personal auxiliar. Y cuando como en el caso de autos, el actuar negligencia del auxiliar también ha sido causa del daño, la ley regulatoria del ejercicio profesional consagra la responsabilidad conjunta y solidaria del médico delegante, por defectuoso cumplimiento de sus deberes de fiscalización y control que sobre dicho personal auxiliar le imponen las normas en vigencia (art. 19 ley 17.132).

Expresa que a partir de las 17:00 hs. la Dra. G. toma a su cargo la atención de la paciente y en un lapso de dos horas no efectúa control alguno de la parturienta, cuando según indican los expertos, los latidos fetales deben verificarse cada 10 minutos; tampoco -añade-, realizó control de latidos alguno al segundo gemelar luego del nacimiento del primero.

Reproduce seguidamente el dictamen de los peritos especialistas en obstetricia y ginecología, de lo que concluye que "la niña L. por impericia de la Dra. G. estuvo librada a su suerte dentro del vientre materno y durante el trabajo de parto de su madre por más de una hora cuarenta minutos ya que el último control se le efectuó a las 19:20 y nació a las 21:00".

Aduce que "este actuar omisivo de la Dra. G. tornó imposible determinar el sufrimiento fetal agudo, que a la postre ocasionara la parálisis cerebral en la niña, ya que es justamente el control de los latidos fetales el modo en que puede diagnosticarse la hipoxia intrauterina".

Agrega que “la impericia de la Dra. G. encubrió el sufrimiento fetal de L. y la privó tanto de las terapéuticas expuestas como de la decisión más oportuna y pronta de practicarse la cesárea, ya que ésta como surge de autos de dispuso a las 19:55 por presentación transversa del segundo gemelar, pero bien pudo disponerse antes si es que se hubiera diagnosticado correcta y oportunamente el sufrimiento fetal al auscultarse los latidos fetales cada diez minutos como aconsejan los peritos”.

Sostiene que “también fue negligente la Dra. G. al no efectuar estudio del ph de sangre del cordón del 2do. gemelar que pueda indicar un valor que se correlaciones con hipoxia intraparto, lo que impide determinar si existió sufrimiento fetal intraparto”.

Es notorio -continúa diciendo el apelante- “que fue imprudente la conducta de la Dra. G. quien ante este embarazo gemelar y de alto riesgo, primero la puso en manos de una obstétrica, luego no realizó los controles que eran debidos y finalmente no previó la complicación que obligó la cesárea de urgencia,

llamando así tardíamente al anestesista que sabía estaba en guardia pasiva".

Destaca luego que "tal como lo reconoce el propio Dr. W. a f. 369 la doctora G. era médica general, estaba haciendo su experiencia, no había cantidad de especialistas en el hospital para cubrir todas las guardias".

Concluye su agravio el recurrente sosteniendo que "para exonerar de responsabilidad civil a la médica de guardia, el sentenciante hubo de valorar en forma absurda la prueba rendida, transgrediendo los arts. 375, 384, 456 y 474 del CPC y la doctrina del Superior Tribunal Provincial".

4. En el siguiente agravio se refiere el apelante al nexo de causalidad entre las conductas médicas culpables y el daño cerebral que padece L..

Expresa al respecto que "acreditado como está en autos que la parálisis cerebral proviene del sufrimiento fetal el análisis jurídico debió continuar determinando si las conductas culposas desarrolladas en el evento tanto por la doctora G.

como por la partera V., causaron jurídicamente los daños que padece L. y su madre”.

Señala que el análisis ha de partir “de la omisión de controles de los latidos fetales, ya que las alteraciones que pudieran habido registrarse en estos son el punto de partida para valorar si la conducta médica seguida fue correcta, principalmente la oportunidad de la cesárea”, ya que, añade, “es sabido y está probado ésta aparece como la vía adecuada para que el sufrimiento fetal no se prolongue o se profundice causando los consabidos daños neurológicos en el feto”.

Aduce que “yerra y se confunde el Juez a quo cuando en lugar de analizar el nexo causal en base a la teoría de la causalidad adecuada (art. 901 del Cód. Civil) lo hacer por medio de un análisis físico, o aunque no lo diga, de la mano de la arcaica teoría de la equivalencia de las condiciones”. “Y ahonda el yerro, cuando pretende verificar si la parálisis que sufre L. se atribuye necesariamente a la tardanza de los médicos en actuar, o a la demora en su nacimiento, porque es obvio que para contemplar

si existió no demora, es preciso contar con un punto de partida fehaciente que en autos está ausente por las mismísimas omisiones en que incurrieran la médica obstetra y la obstétrica que la auxiliara el día 11/2/94 en el Hospital Ferreyra".

Alega que en autos "tanto la doctora G. como su ayudante la partera V. culposamente se encargaron de hacer muy difícil esa tarea, modificando la historia clínica y adelantando la hora del 2do- alumbramiento quisieron borrar algunas huellas y no haciendo los controles y estudios del caso pretendieron no dejar pisadas que las pudieran incriminar".

De allí que -a juicio del recurrente-, "se equivoque el sentenciante cuando exime de culpa a la médica tratante diciendo en todo caso que la demora y el atraso en el nacimiento del primer gemelar y el segundo obedeció a los problemas en la infraestructura sanitaria (2do. Párr. considerando IV) puesto que una cosa no quita la otra. Es cierto que el servicio de salud que en ese momento prestó a la actora el Hospital Municipal de Necochea fue

inadecuado y deficiente lo que puede explicar en parte la demora de más de una hora entre que se decide la cesárea y que efectivamente se realiza, motivada en las guardias pasivas del equipo médico necesario o que haya una médica como G. que estaba haciendo su experiencia y una partera sido la encargada de atender un parto de alto riesgo, pero todo ello no exime en lo más mínimo la culpa de esta médica.

En el siguiente acápite señala que “en el omitir de la médica encontramos la causa adecuada y eficiente, desde el punto de vista jurídico de la lamentable parálisis cerebral que como secuela del parto sufre L. Este resultado pudo y debió prevenirse, evitarse o neutralizarse con un seguimiento o control atento de la paciente internada”.

Se agravia seguidamente en cuanto el Juez a quo no ha atendido íntegramente el reclamo indemnizatorio, limitándolo al daño moral.

Expresa que la demanda debió progresar “contra la Municipalidad de Necochea en virtud del

deficiente y mal servicio de salud que prestó en la ocasión, sin cortapisa alguna, por lo que no existe óbice para acotar el resarcimiento al daño moral de la señora O., sino que debió tratarse en la instancia anterior todos y cada uno de los rubros indemnizatorios pretendidos en demanda, tanto correspondientes a la señora I. O. como a su hija L. A.”.

Manifiesta que “tal como surge de la prueba incorporada en autos, la menor L. A. como secuela de la mala praxis médica que motivara el presente, sufre parálisis cerebral la que le ocasiona una incapacidad total y permanente superior al 80 por ciento (v. informe de la S.A.N.I.) que hace necesaria la asistencia de un tercero para que la ayude de por vida tal como se le apuntara en demanda”.

Este severo cuadro –añade el recurrente– “que supone una invalidez total, no sólo la inhabilita totalmente a L. para el trabajo y le causa, como no puede ser de otro modo, un daño moral sin parangón, sino que además supone incontables

gastos médicos para la atención de la paciente, los que fueron reclamados y deben ser atendidos”.

Señala asimismo que “esta omisión del a quo conlleva una violación al principio de congruencia puesto que ha fallado infra petita, debiendo V.E., y así lo dejamos solicitado, tratar expresamente todos y cada uno de los rubros indemnizatorios requeridos en la postulación inicial utilizando para ello facultad que establece el art. 272 del CPC.”

Finalmente se queja en cuanto al magistrado de grado “violando el art. 1113 del Cód. Civil, no ha responsabilizado al Hospital por la culpa de sus sustitutos, auxiliares y colaboradores en la prestación del servicio de salud”.

Pretende que “se sustente también la responsabilidad del Hospital Municipal de Necochea en la culpa de la médica doctora G. y de la obstétrica V. y no solo en la obligación tácita de seguridad que tal como lo afirma el magistrado, el nosocomio incumpliera.

Formula reserva del caso federal.

Agravios de la Municipalidad de Necochea

Se queja la recurrente "en tanto la sentencia condena únicamente a la Municipalidad de Necochea por el supuesto incumplimiento de un deber de seguridad, que el a quo ha considerado en forma autónoma y desconectado por completo del hecho dañoso por el cual la actora ha reclamado".

Expresa que "cualquiera sea la órbita de la responsabilidad, contractual o extracontractual, directa o indirecta, nadie puede responder por un hecho que no ha causado el daño reclamado, y en el caso específico de autos, aún suponiendo que se haya prestado un servicio deficiente, lo cual hemos negado rotundamente y tampoco se ha acreditado, no es posible responder en forma autónoma por él, si dicho servicio, reitero supuestamente deficiente, no ha incidido en el hecho dañoso, es decir: establecido que no hubo causalidad entre el hecho y el daño, no resulta ajustado a derecho que mi parte responda por un servicio supuestamente deficiente, pero que, aún así, no ha incidido en el daño".

Alega que el a quo "no analiza los hechos específicos de la actuación 'deficiente e

improvisada', tampoco cuáles han sido las 'demoras injustificables'", por lo que -añade-, "suponiendo que la demora se refiera a la práctica de la cesárea, debe tenerse en cuenta que de la pericia adunada surge que la demora ha sido aceptable, en tanto debe prepararse el quirófano y esto es fundamental: aún habiendo guardias activa, la demora en preparar el quirófano es insoslayable, por lo que tampoco la existencia de guardias activas hubiese cambiado el curso de los acontecimientos".

Alega que "los problemas de infraestructura utilizados en el párrafo anterior para eximir de responsabilidad a la Dra. G., a párrafo siguiente son utilizados para fundar la responsabilidad de mi representada, lo cual aún dentro del marco de la responsabilidad directa del ente asistencial y el deber de seguridad autónomo planteada por el a quo, resulta errado en tanto no se ha tenido en cuenta que no sólo no se ha acreditado en autos causalidad entre el accionar médico y el daño, sino que tampoco se ha acreditado causalidad entre la supuesta infraestructura hospitalaria deficiente y el daño,

planteo éste que ni siquiera fue objeto de análisis de la demanda a lo fines de fundar la responsabilidad de mi representada".

Señala que "otro tanto cabe respecto de la 'deficiente prestación médica reflejada en la historia clínica'. Tampoco aquí se especifica que hechos engloba en la prestación médica, en tanto en la historia clínica se revelan los actos médicos propiamente dichos y también los paramédicos. Pero aquí también resulta errado el fallo, en tanto la prestación médica ha sido considerada adecuada en su conjunto, conforme surge de las pericias de autos y en base a ello el a quo eximió a los profesionales médicos".

Reitera que "en autos no ha sido probada causalidad alguna entre la conducta de mi representada y el hecho dañoso" y destaca que "aún situándonos en la mejor posición doctrinal en cuanto a la responsabilidad de mi representada, esto es la responsabilidad directa y no refleja, ya sea de los médicos o propia del ente asistencial, siempre estamos frente a la transgresión de un deber genérico

de seguridad que debe ser probado, y ello no ha sucedido en autos”.

Añade que “ni siquiera surge del escueto fallo respecto de mi representada un análisis sobre las conducta imputables a la Municipalidad por las cuales debe responder, pues evidentemente no podría ser por el acto de los médicos, en tanto los mismos han sido eximidos de responsabilidad, mas tampoco se desprende del fallo una distinción clara entre la responsabilidad de los médicos y de mi representada”.

En cuanto al daño moral reclamado, señala que debe tenerse presente su vinculación con el daño material, y que en el caso de autos han sido desechados los restantes rubros y únicamente receptado el daño moral, por lo que se cuestiona en base a qué parámetros se estima el daño moral acogido.

Solicita se revoque la sentencia de autos, eximiendo de responsabilidad a su representada, en tanto no ha sido probado en autos daño alguno imputable a la misma.

A f. 675 el letrado apoderado de los actores acompaña certificado de defunción mediante el que se acredita el fallecimiento de la menor L. M. A.; integrándose la litis con los progenitores de la misma en su carácter de herederos (v. f. 692/vta. y f. 694).

III) 1) Por una cuestión de orden han de tratarse en primer término los agravios deducidos por el actor con relación a la responsabilidad de los demandados a raíz del daño neurológico que padece la menor, los que pueden sintetizarse de la siguiente manera: 1) que para exonerar de responsabilidad a los médicos el magistrado haya alterado en perjuicio de la actora las reglas que rigen el onus probandi, habiéndose valorado arbitrariamente la prueba rendida; 2) que el juez de grado sostenga que la parálisis cerebral de la menor no es necesariamente atribuible a la demora en la atención del parto; 3) que no haya habido negligencia al no haberse dejado internada a la actora cuando asistió al Hospital la mañana del parto; 4) que concluya que no haya quedado acreditado en autos que la parálisis cerebral fue

causada por la asfixia intra parto; 5) que el juez de grado no tenga por cierto que la omisión en los controles del feto y la madre fue lo que impidió determinar el hecho del sufrimiento fetal agudo que padeciera la niña; 6) que no hubiera asumido que la Dra. G. en su condición de médica general no estaba en condiciones profesionales de llevar adelante el parto; 7) que no tuviera por probado el nexo de causalidad entre las conductas médicas culpables y el daño cerebral que padece L.; 8) que a consecuencia de ello no haya atendido íntegramente el reclamo indemnizatorio, limitándolo al daño moral; 9) que no haya responsabilizado al Hospital por la culpa de sus sustitutos, auxiliares y colaboradores en la prestación del servicio de salud.

Queda claro que la pretensión contenida en la demanda por el daño concerniente a la histerectomía que se practicara a la actora luego del parto, que no fuera acogida en la instancia, no fue actualizada en esta instancia por lo que no ha de ser tratado.

2. Ello sentado, y como es doctrina recibida, para que se configure la responsabilidad civil han de concurrir los siguientes presupuestos: 1) antijuricidad; 2) daño; 3) relación de causalidad entre el daño y el hecho y 4) factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad.

Al respecto, y no reglamentada en nuestra legislación la responsabilidad médica en forma autónoma o diferenciada de la culpa común, le son aplicables, para la ocurrencia de la misma, el cumplimiento de los requisitos necesarios para la demostración de su existencia, es decir: 1) el hecho antijurídico del agente o del ente estipulante y del profesional promitente pudiendo ser positivo o de acción o negativo o de omisión; 2) daño; 3) nexo causal entre daño y consecuencia; 4) los factores de imputación o atribución legal de responsabilidad (conf. Garay, Oscar Ernesto; "Responsabilidad Profesional de los Médicos", pág. 740; La Ley, 2003).

Amén de ello, y como luego se reiterará, ha de resaltarse que si bien de lo que se trata en el presente es de dar respuesta a la pretensión deducida

mediante una fundada motivación jurídica, estructurada por distintos principios y reglas que los que gobiernan la ciencia médica, en cuyo relato se resaltan pluralidad de hechos que se encuentran interconectados, hechos que, por su propia esencia, son ajenos al arte del juzgador y que dan lugar a interpretaciones científicas no concluyentes, lo cual impone, por un lado, prestar una particular atención a las conclusiones que aportan los expertos, en la medida que ellas se aprecien como derivadas de su ciencia; y por otro, a efectuar una ponderación en justicia del conflicto, que se atenga a los principios de la lógica y a ser fiel a aquello que el legislador ha tenido en mientes al atribuir responsabilidad indemnizatoria.

Al respecto como señala Bueres ("Responsabilidad Civil de los médicos, T. 1, pág. 49 y sgtes., Hammurabi, 1992), luego de prevenir que la peritación médica de ninguna manera puede ser imperativa para el juez y que en muchos casos el perito avanza sobre cuestiones jurídicas (v. en igual sentido Lorenzetti, Ricardo L., "Responsabilidad

Civil de los médicos, T II, págs. 255/256, Rubinzal-Culzoni, 1997; y Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por Daños", T. VIII, Responsabilidad de los profesionales, págs. 401 y 407 n. 18, Rubinzal Culzoni editores, 2001), "...también es de toda justicia destacar que los abogados y los jueces no pueden cometer la majadería de imaginar, siquiera, que están capacitados para discutir sobre cuestiones médicas, de alta o de no alta especialización... El juez ha de rastrear la verdad basado en lo que dicen los médicos; ...Es verdad que si hay orfandad probatoria en punto a los principios médicos a aplicar al caso concreto, el magistrado podrá recurrir a las presunciones judiciales o, excepcionalmente, poner la carga de la prueba en cabeza de una u otra parte a base de la idea del favor probationis -o de la teoría de las cargas probatorias dinámicas-. Pero en estos casos el juez no ingresará en el campo de la ciencia médica para discutir sobre lo que no sabe o para argumentar con elementos que no domina o que no conoce, sino que ha de aplicar criterios de orden procesal o sustancial,

obviamente de raigambre jurídica, que podrán conducirlo a admitir o a desestimar la pretensión intentada por el paciente contra el médico.” (págs. 53/57).

Así entonces, los fundamentos del presente buscarán tener un razonable anclaje en las respuestas y conclusiones que dieran los dictámenes e informes agregados en la causa que, por lo demás, lucen serios, exhaustivos en la respuesta a los puntos de pericia propuestos por las partes y debidamente motivados, aunque con la prevención de evitar que éstos “invadan” las cuestiones jurídicas a analizar.

En dicho análisis se otorgará preeminencia a las pericias por sobre los informes, para así dar respuesta a los principios de la sana crítica (arg. arts. 384 y 474 CPC; conf. Garay, ob. cit. pág. 961/962).

3. En orden a los antedichos presupuestos, endilga el actor la conducta antijurídica de los demandados en los siguientes aspectos: 1) la negligencia incurrida por la Dra. G. al no haber internado a la progenitora cuando concurre al

Hospital en la mañana del día del parto; 2) la negligencia de ésta respecto a que no se haya procedido a practicar la cesárea de manera programada; 3) al Dr. B. por la demora en aplicar la anestesia una vez que se decidió la cesárea; 4) por la falta de controles del feto y de la madre por parte de la Dra. G. y sus colaboradores, en particular la Dra. E., durante el trabajo de parto; 5) la inexperiencia y falta de especialización de la Dra. G. para enfrentar la situación; 6) la negligente atención de la actora por parte de la Dra. E. durante el segundo parto; 7) el incumplimiento de la obligación tácita de seguridad por parte del Hospital Municipal.

4. 1) Respecto del primer punto consignado, debe anticiparse que no quedó acreditado en autos que la conducta de la profesional fuera contraria a las reglas del arte de curar.

En efecto, el dictamen pericial obrante a fs. 461/468, haciendo especial referencia al caso de autos y considerando que se trataba de un parto de alto riesgo afirma que "si todos los parámetros son

normales, las contracciones son irregulares y espaciadas, y no hay trabajo de parto, no se requiere internación"; lo cual resulta concluyente respecto de que no había indicación científica que aconsejara la internación de la parturienta (arg. art. 1071 primer párr. Cód. Civ.)

El dictamen no fue impugnado, como tampoco las explicaciones brindadas a fs. 494/vta. a pedido de la actora, en las que se expresa que "La opinión vertida en el informe pericial anterior, encuentra su basamento en la ausencia de trabajo de parto en el momento de la consulta en horas de mañana, en un embarazo gemelar, con tres partos anteriores normales, hipertensión arterial gestacional controlada y medicada".

2) Así entonces a idéntica conclusión ha de arribarse respecto de la decisión de aguardar el parto vaginal y no disponer la realización del mismo por cesárea.

Al respecto, en la pericia ya citada los expertos señalan: "La conducta médica de la espera por su vía natural en un embarazo gemelar, con ambos

fetos en presentación podálica, fue la adecuada, pudiendo modificarse de acuerdo a la evolución del mismo" (v. pto. e). Asimismo en el punto f) expresan: "La paciente había tenido tres partos anteriores por vía vaginal, e independientemente del tiempo transcurrido entre el último y el actual, no puede ser considerada 'primeriza'. De ello se desprende que inicialmente no fue errónea la espera del parto por su vía natural, habida cuenta de que ingresó en un franco trabajo de parto con 5-6 cm. de dilatación".

Posteriormente (v. pto. i) expresan: "Lo indicado por los médicos tratantes fue la mejor opción. Embarazo gemelar, en una paciente multípara, con ambos fetos en presentación podálica: la espera del parto vaginal. Siempre y en la medida de lo posible poder lograr un parto por su vía natural traerá aparejado menor morbimortalidad materno-fetal".

"El embarazo gemelar de por sí no es indicación de cesárea electiva. Dependerá de la evolución del mismo y las posiciones en que los fetos se presenten. La paciente no es primeriza, se

reitera, pues presentaba 3 partos anteriores normales por vía vagina. Inicialmente entonces no existió ninguna indicación absoluta de realización de una cesárea programada" (v. pto. j).

Finalmente, al responder los puntos de pericia propuestos por la codemandada G. refieren: "Indicar una cesárea por embarazo gemelar no es de ninguna manera una conducta médica ni absoluta ni obligatoria." (v. pto. 2).

Por su parte, la Federación Argentina de Sociedades de Ginecología y Obstetricia (F.A.S.G.O.), al contestar el oficio obrante a fs. 433/435 expresan: "De la historia clínica adjuntada no surge la indicación de cesárea programada" (v. pto. f), f. 511).

Asimismo, en el punto 1), al requerir que se responda si "Según la técnica y conocimientos médicos actuales, diga si ante un cuadro como el de la paciente de autos (hipertensa, con un embarazo gemelar, primeriza y de 41 años de edad, etc.) debió prepararse y realizarse la operación cesárea programada", se refiere: "No surge de la documental

médica adjuntada la presencia de hipertensión arterial. Tampoco la paciente es primigesta. La edad mayor de 40 años puede ser un factor de riesgo relativo. El embarazo gemelar es un factor de mayor riesgo. La operación cesárea es una intervención que aumenta la morbilidad materna" (v. f. 511).

No cabe entonces afirmar, contrariamente a lo que sostiene el recurrente, que esa conducta haya resultado antijurídica respecto de la Dra. G., ni menos aún en lo que concierne a la Dra. E. en tanto ésta, como médico ayudante, y estando de guardia pasiva, no tuvo participación en el diagnóstico previo y si bien puede dar su opinión acerca de la situación clínica-quirúrgica planteada (en este caso la cesárea), la resolución final es tomada por el médico cirujano de cabecera (v. ptos. 2 y 3 propuestos por la codemandada E. en el dictamen pericial citado).

Cabe resaltar nuevamente que el dictamen y el informe no fueron cuestionados en los aspectos mencionados (arts. 474 CPC; 512, 1109 Cód. Civ).

3) Respecto a la demora en la aplicación de la anestesia para la realización de la cesárea que se le imputa al Dr. B., resulta esclarecedora la respuesta que al respecto brindan los citados expertos: "Una vez indicada la cesárea y teniendo en cuenta que la Institución no contaba con médico anestesista e instrumentista de guardia activas, el tiempo transcurrido es el aceptable" (v. pto. i).

Sostienen luego que "el tiempo transcurrido entre la decisión de la cesárea y la realización de la misma que osciló, de acuerdo a los horarios vertidos en la historia clínica, entre 50 y 65 minutos, dependerán de la infraestructura médica que la Institución posea. Es decir, la presencia de guardias activas o pasivas de anestesista, laboratorio, cardiología, instrumentista. Existiendo guardias pasivas, los tiempos son lógicamente más prolongados" (v. pto. d).

En síntesis, tal demora no conlleva responsabilidad personal alguna del galeno, sin perjuicio de otras consideraciones, que más abajo se agregarán (arts. 512, 901 y concs. Cód. Civ.).

4) Lo que sí ha quedado acreditado en autos mediante la historia clínica y el aludido dictamen pericial es que no se consignaron los controles del feto y de la madre durante el trabajo de parto y en ese sentido ha de presumirse que no se realizaron pese a la negativa obrante al absolver posiciones a f. 364.

Como sostiene Falcón, "Si bien ambas partes deben llevar a la presunción del juzgador de la verdad de sus dichos, en mayor grado ello correspondía a quien contaba con más elementos materiales. De la misma manera, la omisión de la historia clínica o su imperfecta redacción privan al paciente de un crucial elemento de juicio para determinar la culpa imputable al médico, quebrantándose el deber de colaboración que debe existir por parte del accionado para facilitar la prueba, por lo que -ante su ausencia- la carga ha de considerarse invertida (Tratado de la prueba, T. I, pág. 270, ed. Astrea, 2003).

Ello sentado, en el punto a) de los puntos de pericia planteados por la actora, se consigna:

“Con relación a la historia clínica elaborada durante la internación del día 11-02-94, la frecuencia de los controles durante el trabajo de parto, resultan insuficientes, habida cuenta que los mismos deberían haberse realizado cada aproximadamente 15 y 30 minutos”.

En el punto b) se especifican los parámetros que han de evaluarse durante el control del trabajo de parto (latidos cardíofetales -antes, durante y post-contracción; actividad uterina: contracciones; exámenes ginecológicos: que serán realizados cada 1 a 2 horas, según la etapa del trabajo de parto en que se encuentre y la evolución del mismo; controles de signos vitales maternos horarios), reiterándose que los mismos, de acuerdo a los registros de la historia clínica de internación, han sido insuficientes.

En el punto f) se expresa: “Se ignora en realidad cuál era la condición de la salud del segundo gemelar, pues desde la decisión de la cesárea hasta la efectivización de la misma, no hay registros de parámetros de controles”.

Asimismo, en el informe evacuado por F.A.S.G.O., específicamente al responder el punto s) ("diga si un control óptimo del trabajo de parto, es común que no se controlen los latidos, en el lapso que va desde que se tiene dilatación completa a las 19:20 hs. a 19:55 hs.") se expresa que: "No es lo recomendado" (v. f. 512).

Dicha omisión, entonces es imputable a los participantes del acto médico, lo que incluye al nosocomio dada su calidad de garante de la calidad del mismo.

5) Respecto de la especialidad médica necesaria para la atención del parto ha quedado demostrado que se requiere la asistencia de un médico con especialización en Obstetricia -v. pto. c) dictamen pericial citado- y que la Dra. G. "era médica general que estaba haciendo su experiencia", que "hacía tres o cuatro años que estaba en el Hospital, estaba preparada, no había suficiente cantidad de especialistas para cubrir todas las guardias" (v. declaración testimonial Dr. W.,

respuestas a las preguntas décimo sexta y décimo séptima, f. 372vta.).

Amén de ello ha de enfatizarse que conforme surge de los dictámenes producidos que el parto era de alto riesgo por lo que se imponía la intervención de un médico especialista en obstetricia conforme las pautas ahora asumidas por el Ministerio de Salud de la Nación (v. resolución 348/2003 Ministerio de Salud).

Al respecto, cabría calificar como imprudente la conducta de la médica de afrontar el parto sin la debida preparación, aunque es del caso merituar también la llamada adaptación patológica a la falta de recursos (“Responsabilidad Profesional de los Médicos, Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal”, Oscar E. Garay (coordinador), La Ley, 2003; pág. 212).

6) Con lo expuesto en los puntos 4) y 5) queda acreditada también la conducta antijurídica del Hospital Municipal en tanto ha de imputársele la primera de manera refleja, y la segunda de manera

directa por su negligente elección en los profesionales a cargo del servicio.

No así respecto del actuar del Dr. B. en consonancia con lo dicho y en tanto al ente municipal se le enrostra una responsabilidad indirecta por un actuar que, como se dijo, no resultó antijurídico, lo que lleva de por sí a rechazar el reclamo a su respecto (arts. 1109, 1113 1066, 1109, 512, 901, 902 y concs. Cód. Civ.).

A ello no empece los efectos del art. 415 del CPC, conforme pliego de fs. 359 cuyo sobre se abre en este acto, en tanto como tiene resuelto este tribunal, esos efectos sólo han de imputarse en caso de mediar otros elementos probatorios corroborantes, por tratarse de una presunción iuris tantum y puesto que lo contrario haría prevalecer la ficción sobre la realidad. (este tribunal, reg. 15 (S), del 2/3/2010).

5) Ingresando al presupuesto del daño en que se funda el reclamo, habiendo quedado admitido en autos que la menor presenta una parálisis cerebral a forma tetraparesia, paratodistímica con compromiso global significativo (v. f. 29), corresponde a esta

altura determinar si existe relación de causalidad entre la conducta antijurídica que se tiene por acreditada y esa patología.

6) Con relación a este presupuesto y partiendo de que la misma debe consistir en una relación causal adecuada, esto es idónea desde el punto de vista jurídico, lo que significa constatar que tenga aptitud para generar el resultado, según las reglas normales de la experiencia, cabe acudir para ello y en el caso, al análisis de la carga probatoria.

Con ello, ya se anticipa que la prueba ha resultado insuficiente.

En palabras de Palacio "Las reglas sobre la carga de la prueba, en síntesis, sólo revisten importancia práctica ante la ausencia o insuficiencia de elementos probatorios susceptibles de fundar la convicción judicial en un caso concreto, indicando por un lado al juez cuál debe ser el contenido de la sentencia cuando concurre aquella circunstancia y previniendo por otro lado a las partes acerca del riesgo al que se exponen en el supuesto de omitir el

cumplimiento de la respectiva carga" (Derecho Procesal Civil, T. IV., pág. 363).

Al respecto, resulta profusa la doctrina y la jurisprudencia en torno a la carga de la prueba en los juicios de mala praxis (v. entre muchos otros Highton, Elena I, "Prueba del Daño por mala praxis médica" en "Responsabilidad Profesional de los Médicos", págs. 935/949, La Ley, 2003; Vázquez Ferrerya, Roberto-Tallone, Federico, "Derecho Médico y Mala praxis", págs. 299/319, edit. Juris, 2000; Rabinovich-Berkman, Ricardo D. "Responsabilidad del médico", pág. 236/239; Bueres, Alberto J., "Responsabilidad de los médicos", págs. 82/90, ed. Hammurabi, 1992; Calvo Costa, Carlos A., "Daños ocasionados por la prestación médico asistencial", págs. 153/187, Hammurabi, 2007).

A las posturas extremas de poner en cabeza del actor o del demandado dicha carga, se ha sumado una tendencia que plantea un esquema de 'colaboración' entre las partes en lo atinente a las probanzas, de manera que ninguna de ellas puede

limitarse a permanecer expectante (conf. Rabinovich-Berkman, Ricardo D., ob. cit., pág. 236/239).

Compartiendo tal criterio, estimo que en la mayoría de las situaciones serán los profesionales y la institución médica quienes estarán en mejores condiciones de aportar las pruebas que verifiquen los hechos ocurridos, mas tal criterio ha de aplicarse teniendo en cuenta las particulares circunstancias de cada causa concreta, pues no es del caso atenerse a un principio absoluto, carente de toda razonabilidad y que pueda implicar la exigencia de hacer cargar a una de las partes algo que se encuentra fuera de sus posibilidades materiales.

Como sostiene Rabinovich-Berkman, nuestra doctrina y jurisprudencia en general se han mostrado reacios, y con razón, en aplicar el principio que de la misma existencia del daño se sigue la relación causal (*res ipsa loquitur*); aunque ello se ha esbozado en algún precedente, en un caso no análogo al presente (ver voto en disidencia de los Dres. Fayt y Vázquez in re Rozenblat, Alberto v. Porcella, Hugo y otros, 10/5/199, J.A. 199 IV, págs. 580/585).

Reitero que lo razonable resulta analizar en cada caso puntual si se ha cumplido el deber de colaboración esperable, tanto en lo atinente a aquellas pruebas que pueden justificar cabalmente los procedimientos, diagnósticos y conductas terapéuticas empleadas por el galeno, así como en el ofrecimiento y producción de las demás pruebas que permitan arribar de manera óptima a una verdad jurídica objetiva.

En síntesis, el nudo gordiano a cortar resulta entonces si se prueba la relación de causalidad adecuada entre el daño neurológico de la menor y el accionar médico, y en caso de no quedar acreditado, sobre quién pesaba la carga probatoria.

Ahora bien, como se anticipara, en los casos de mala praxis la prueba pericial es un elemento de juicio de vital importancia, en tanto el experto asesora al magistrado sobre temas que normalmente escapan a su formación profesional (Highton, Elena I, ob. cit. pág. 959). Es, como sostienen Rabinovich-Berkman en la obra citada, la probatio probatissima (pág. 239).

Dicha prueba ha sido ofrecida por todos los agonistas y los puntos de pericia propuestos intentaron agotar, a mi criterio del modo más acabado posible, la causa de la patología que padecía la niña L..

La misma fue efectuada por dos profesionales integrantes de la Asesoría Pericial del Departamento Judicial de La Plata, Dres. Fernández y Maffei, especialistas en Obstetricia y Ginecología respectivamente (v. fs. 461/478) y por el especialista en Pediatría, Dr. de Souza e Sa a fs. 479/481vta.).

Obran asimismo los informes de la Federación Argentina de Sociedades de Ginecología y Obstetricia (F.A.S.G.O.) (v. fs. 510/512) y de la Sociedad Argentina de Neurología Infantil (S.A.N.I.) v. fs. 451/453).

De dichos informes y dictámenes surge, como ya se dijera, que la frecuencia de los controles durante el trabajo de parto resultaron insuficientes y que no se realizaron controles del segundo gemelar entre el tiempo transcurrido entre que se tomó la

decisión de la cesárea y su realización efectiva (v. ptos. a),b), f), g) de la pericia obrante a fs. 461/478).

En la historia clínica (fs. 13/vta.) se asienta que el neonato padeció sufrimiento fetal agudo y se encontraba deprimido grave.

La cuestión a verificar es si tales patologías fueron el resultado del actuar culposo según el curso ordinario y natural de las cosas (art. 901 Cód. Civ.) y teniendo presente que cuanto mayor sea el deber de actuar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos (art. 902 Cód. Civ.).

Tenemos entonces por un lado que de haberse efectuado tales controles razonablemente podría llegar a descartarse la relación de causalidad (conforme Garay, ob. cit., pág. 84) y que, dicha omisión concurre a eximir al actor de la carga de dicha prueba, imponiendo al responsable del acto médico y al nosocomio acreditar que ella no existió; ya sea porque no tuvo entidad jurídica adecuada para

provocar el resultado o porque en el caso operó una causa ajena a su obrar culposo (conf. Tobías, José W., Estudios de la Parte General del Derecho Civil, pág. 196; ed. La Ley, 2006, autor al que seguiremos en sus apreciaciones).

Como señala este autor, "...i) la circunstancia de que se tenga por probada la culpa médica no autoriza a tener por presumida la relación causal pues se trata de dos elementos de la responsabilidad distintos, sin que exista razón lógica alguna que posibilite entender que, probada la existencia de uno de ellos, ha de tenerse por revelada (sic) la prueba del otro; ii) resulta impreciso aludir a un peligro inherente a una culpa médica (creación culposa de un estado de peligro) para ensanchar la valoración de un nexo causal generando -también- una fusión errónea entre causalidad y culpabilidad; iii) la sola probabilidad estadística (el standard del *more likely than not*) no puede constituir base suficiente para tener por establecida la conexión causal porque pesa sobre ese procedimiento toda la relatividad propia de verdades

científicas sujetas a discrepancias y por ello mismo en constante evolución..." Ello con todas las vicisitudes propias de una ciencia no exacta en donde rige el principio de la relatividad (págs. 197 y 194).

Señala el mismo autor que parece haberse consolidado en la doctrina argentina un criterio que postula que la prueba de la culpa médica le incumbe al paciente sin perjuicio de la aplicación de las presunciones hominis y de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, cuyo funcionamiento es de excepción (aunque en el caso, como dijimos, ello ha de ponderarse de modo más estricto dada la conducta omisiva apuntada).

Y agrega que esos principios resultan también aplicables en materia de prueba de la relación causal, mas se requiere que los hechos sean precisos -no meras suposiciones- y que permitan concluir con la necesaria dosis de certeza que medió relación causal entre el hecho culposo y el daño.

Luego de descartar la aplicación de la teoría de la causalidad virtual e insistir sobre la

necesidad de acreditar la causa adecuada, despeja lo concerniente a la aplicación de la llamada pérdida de la probabilidad de sobrevivencia o curación (chance frustrada) a la que ubica en el elemento daño y no en el elemento causa.

Como claramente expone, son radicalmente diversas, en efecto, estas dos afirmaciones: "El acto médico pudo probablemente causar el daño (la muerte, la agravación de la enfermedad) y en base ello corresponde conceder una indemnización parcial" o "el acto médico causó la pérdida de la posibilidad de sobrevivir o recuperar la salud y en concordancia con ello procede resarcir la chance frustrada" (constitutiva de un daño cierto).

Esta última afirmación podrá dar lugar a lo que llama un perjuicio intermedio pero supone tener por cierta la relación causal; en cambio la primera, que considera errónea, se apoya en una causa sólo probable para conceder una indemnización parcial.

En síntesis, lo que ha de abordarse no es la probabilidad de un resultado dañoso que tuvo por causa una actuación negligente, sino la certeza o una

razonable probabilidad de que los hechos culposos, esto es la falta de controles del feto y de la madre durante el trabajo de parto y la inexperiencia de la profesional a cargo, fueron los que determinaron el acaecimiento del daño en este caso puntual, por no haberse seguido el procedimiento que da cuenta la pericia de fs. 461/478, pto. g).

Del análisis de la referida pericia y restantes constancias de autos resulta dudoso tener por establecida la relación de causalidad.

Con relación a la inexperiencia de la profesional, y a la eventual práctica de un método alternativo a la cesárea (versión interna) responden: "...Una de las conductas obstétricas que pueden aplicarse en los casos del segundo gemelar en situación transversa es la versión interna, que intenta tomar al feto por uno de sus miembros inferiores y lograr el nacimiento como si fuese una presentación podálica. Esta decisión es pura y exclusivamente del médico obstetra interviniente y de su seguridad y experiencia en el tema. De lo

contrario, la cesárea será la indicación más segura" (pto. ñ, f.478vta./479).

En idéntico sentido el informe de la Sociedad Argentina de Sociedades de Ginecología y Obstetricia (F.A.S.G.O.) señala: "La versión interna es una maniobra con alto riesgo de morbilidad fetal y/o rotura uterina, y requiere para su práctica la realización de anestesia general. La cesárea se realiza por situación transversa" (f. 512 pto. p).

Y aunque ello no haya sido traído como agravio tampoco puede afirmarse que dicha conducta haya operado como condicionante de la relación causal.

Y en lo que toca a la falta de controles, resulta esclarecedor al respecto y por una parte, la respuesta consignada en el punto "h": "La lesión neurológica sufrida por el feto podría tener su origen en la etapa intrauterina (durante la etapa de formación y maduración), durante el trabajo de parto o en la etapa neonatal inmediata. Como fuera explicado en puntos anteriores, cerca del 70 a 80% de los casos, son ocasionados durante la gestación. Que

el recién nacido haya presentado una depresión al nacer no es patognomónico de hipoxia intrauterina (sufrimiento fetal agudo). Los mecanismos adaptativos luego del nacimiento hacen que existan cambios circulatorios marcados, modificaciones de presiones vasculares, expansión de ambos pulmones, etc. que un niño previamente sano los pondrá en marcha sin dificultades. Ahora bien, esos niños que ya presentan alteraciones previas, no logran poner en marcha dichos mecanismos adaptativos inmediatamente, presentando trastornos respiratorios, del tono muscular, de la coloración, neurológicos precoces (convulsiones); etc., motivo por el cual el Apgar al nacimiento suele ser bajo. No existió líquido amniótico meconial, los registros de latidos fetales hasta el nacimiento del 1er. gemelar fueron normales, no existiendo posteriormente otros, no hay estudio del ph de sangre del cordón del segundo gemelar que nos pueda indicar un valor que se correlacione con hipoxia intraparto. Todos estos datos impiden poder determinar si existió o no sufrimiento fetal intraparto".

Por otra parte, en el punto r) de la pericia citada los profesionales señalan: "De haber existido monitoreo fetal electrónico en el Scio. en la época en que se produjo la internación hubiese sido de utilidad para el seguimiento del trabajo de parto, detectando el registro continuo de la frecuencia cardíaca fetal de ambos y las contracciones uterinas. Lo que no es posible asegurar es que el hecho de la monitorización hubiese evitado el nacimiento de un niño con daño neurológico".

Por su lado, el informe de fs. 452/453 a la pregunta de "Cómo se originaron las lesiones que halle y cómo podrían haberse evitado" (f. 432) se responde enfáticamente "No suelen ser evitables".

7) Y con ello tenemos un nuevo elemento de análisis que se suma a la incertidumbre en torno a la existencia de la relación causal adecuada: en el caso, la probable inevitabilidad de lo acaecido y la consiguiente fractura del nexo causal (conf. Lorenzetti, ob. cit., pág. 161).

Es decir que, aún dando por cierto que según el curso natural y ordinario de las cosas, la

realización de los controles podría haber advertido un cuadro de insaturación de oxígeno luego de producido el primer parto (conf. pericia obrante a fs. 479/481vta., pto. 4) omitiéndose el procedimiento de rigor que da cuenta el punto g) de tal dictamen, lo que vienen a decir los expertos es que aún así es improbable que se hubiera evitado la lesión.

En otros términos, no encontramos presente los requisitos de normalidad y tipicidad que se corresponden al concepto de causalidad adecuada, sino por el contrario una fractura de la misma, ya que la etiología, como se abundara precedentemente, ha de encontrarse razonablemente en un elemento ajeno a dicho acto médico.

Así entonces, ha de concluirse que no surge de ningún elemento de prueba que la causa probable del daño se derive de no haber cumplido con un procedimiento del que no hay prueba de que debía ser el indicado, y que aún de haberse seguido, lo probable es que el resultado hubiera sido el mismo.

En ese sentido, la Federación Argentina de Sociedades de Ginecología y Obstetricia (F.A.S.G.O.)

al responder si la falta de controles de latidos fetales entre la decisión de realizar la cesárea 19:55 horas y la realización de la misma 21:00, puede haber encubierto la causa del resultado en el recién nacido, expresa que se trata de una hipótesis (v. pto. q) f. 512). Y una hipótesis, en este terreno, no es suficiente para dar por cumplida la prueba de la relación causal.

Aún resta un elemento que no trae el apelante y que surge del dictamen últimamente citado (f. 481vta.): "Tampoco se poseen elementos que nos permitan establecer la existencia de alteraciones previas, en su etapa intrauterina, ya que si bien se realizó eco cerebral, ésta se concretó a los doce días del nacimiento, donde se mezclarían lesiones previas y posteriores, pues la presencia de alteraciones anatómicas en los primeros tres a siete días, podrían sugerir su origen en la etapa intrauterina.". Sin embargo, esta circunstancia no aleja la incertidumbre ni permite inferir presunción alguna, siendo que concierne a un tramo de los hechos posterior al parto, que no involucra a ninguno de los

profesionales demandados, como tampoco al nosocomio en razón del modo como ha sido propuesta la pretensión, y a lo cual más adelante se aludirá.

Ni aún por vía presuncional cabe afirmar lo contrario ya que como edicta el art. 163 del CPC las presunciones no establecidas por la ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados, y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Así, el actor reprochó en demanda una serie de circunstancias concatenadas que quedaron en su mayoría desvirtuadas: 1) no haber dejado internada a la progenitora cuando concurriera la mañana del parto; 2) no haber programado entonces la cesárea; 3) haber demorado en su práctica y 4) la omisión de controles desde que alumbrara el primer gemelar. De ellas, como ya se viera, sólo se acreditó la última, la que si bien se sostiene como crucial, resulta insuficiente para tener por acreditado que haya sido determinante del resultado.

Por el contrario, las presunciones están a favor de la inevitabilidad conforme lo reseñado precedentemente; así se consideró que el tiempo que transcurrió entre la decisión de la cesárea y su alumbramiento no resultó demasiado extenso -f. 468 pto. k)-; se encontró el líquido amniótico claro en el segundo parto, es decir sin meconio (v. f. 466vta. pto. h), lo cual según los expertos es indicativo de buena salud fetal (v. f. 477 pto. 6) y aún más, ante la pregunta simple y directa de "Si puede demostrarse que existe nexo de causalidad entre el cuadro neurológico presentado por el menor y la actuación profesional de la suscripta" (f. 476vta.), la respuesta es: "No es posible determinar la existencia del nexo de causalidad entre el cuadro neurológico presentado por la menor y la actuación de la profesional.", lo que no fue impugnado.

Y aún cuando pueda considerarse que la respuesta se refiere a la causa médica y no a la que cabe indagar de conformidad con lo prescripto en el art. 901 del Código Civil ya citado, lo cierto es que el juego armónico de todos los elementos probatorios

y la sana crítica aplicada a los mismos, no permite apartarse de esa afirmación, lo que se fortalece por la calidad de los peritos oficiales intervinientes, expertos en el tema, que así se expidieran.

Por su parte, al responder al punto d) de la pericia (f. 464) el mismo dictamen señala: "El embarazo gemelar de por sí, es considerado de alto riesgo de morbilidad perinatal, pues se pueden asociar con hipertensión arterial, diabetes gestacional, restricciones en el crecimiento intrauterino, prematuridad, malformaciones fetales, hidramnios, entre otras."

Indudablemente y como luego se ampliará, en el parto ha habido negligencias médicas, y aún una precaria atención del nosocomio que se extendió antes y después del parto, sin embargo, el derecho y su búsqueda de la verdad tienen sus límites y el empeñamiento en la búsqueda de esa verdad tiene también un límite. Tal vez pudo el galeno asumir otra conducta, también es cierto que el Hospital debió contar con un servicio más acorde a las circunstancias, pero también es cierto que la prueba

arrimada aún dentro de una razonable aplicación de la carga del onus probandi no permite, a mi juicio, sostener una condena que siempre debe estar asentada en una razonable certeza de responsabilidad (art. 18 de la Const. Nac. y 15 Const. Pcial.).

Ha poco la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, con fecha 3/3/2011 en los autos "F.R., C. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y ots." (La Ley, 6/4/2011, 7) con un enjundioso voto del Dr. Zannoni, tuvo oportunidad de pronunciarse en un caso que guarda relación con el presente por tratarse de un feto que sufrió una asfixia intrauterina que le provocó un cuadro irreversible de encefalopatía crónica no evolutiva con parálisis cerebral y en el que se condenó al Gobierno de la Ciudad en un parto atendido en un Hospital público y a los profesionales actuantes, teniendo por acreditado que existió un sufrimiento fetal agudo detectable mediante un control de sus latidos fetales, que fue pasado por alto por haberse desatendido el control de sus parámetros clínicos y obstétricos.

Sin embargo, la no similitud con el caso de autos estriba en la prueba que se trajera y que acredita la probable inevitabilidad. Ello, a la postre, viene a corroborarse con la fotografía traída a f. 685, dando nuevo sustento a la defensa insinuada a f. 146 último párrafo, contenida en la contestación de demanda correspondiente a la Dra. G.

Con ello volvemos al agravio actoral. Es cierto que no puede encontrarse en mejores condiciones quien omitió los controles que quien los realizó y constató una bradicardia. Sin embargo, y éste es el elemento crítico motivante de la decisión en este caso concreto, debe tenerse por razonablemente acreditada la fractura causal ya referida.

Al principiar el voto se hizo referencia a los principios de la lógica. El primero de ellos asienta el axioma de la no contradicción. Una cosa no puede ser y no ser simultáneamente y bajo el mismo respecto. El meollo aquí resulta ser "el mismo respecto" vinculado con la unidad de la ciencia. Quiere decir que la distinción entre los distintos

ámbitos del saber será sólo distinción y no contradicción. Si para la ciencia médica, al menos en su estadio actual, daños como el presente “suelen ser inevitables”, el derecho ha de rendirse ante esa conclusión.

En síntesis, ha de rechazarse la demanda contra el resto de los profesionales demandados (arts. 512, 901 y ss.; 1066, 1067, 1107 y 1109 a contrario sensu Código Civil; arts. 164, 330, 338, 375, 385, 398, 402, 415, 456, 474, 475 del CPC).

8) A idéntica conclusión se arriba respecto de la comuna y con ello nos introducimos en los agravios vertidos por ésta juntamente con los que trae el actor.

Concretamente la crítica de la comuna se dirige a cuestionar la sentencia en tanto condena a su parte cuando no ha sido acreditado el hecho ilícito.

Para ello debemos indagar si la causa de la pretensión abarcó un sector de la realidad que pueda deslindarse de los presupuestos ya tratados. Esto es, si en función del incumplimiento del deber de

seguridad se han provocado daños que tengan por causa hechos distintos a los ya considerados.

No cabe duda que el nosocomio incumplió, dicho genéricamente, con los deberes a su cargo. Ello como se dijera, tanto durante el embarazo, como durante el parto, como con posterioridad a él. Todo ello es cierto y debió haber provocado una serie de padecimientos que en teoría podrían ser indemnizados.

Pero nuevamente aquí nos encontramos con un límite, y son los límites de la pretensión.

De una lectura atenta de la demanda se desprende que todos los daños reclamados han sido referenciados a la histerectomía practicada a la progenitora y al daño cerebral que padece la menor.

No habiéndose actualizado ante esta alzada lo referente a la primera y no comprobada la relación causal respecto a lo segundo, no cabe sino desestimar la pretensión instaurada contra la comuna, debiendo entonces revocarse en este aspecto la decisión, ello por así imponerlo el principio de congruencia (art. 34 inc. 4 CPC).

En tal sentido, como se ha expedido el Procurador General de la Nación -en una causa en la que si bien el Superior Tribunal decidió declarar el recurso inadmisible- afirmando que no es razonable la condena a modo de sanción ejemplar para la clínica codemandada -en ese caso por no cumplir adecuadamente con su deber de custodia de la historia clínica- si tanto para el juzgador inferior como para el tribunal de alzada, no existió relación causal entre el hecho médico y el daño producido (Fallos 325;2356: JA 2003-I 763).

9) En cuanto a las costas, no encontrando mérito suficiente para apartarse del principio de la derrota (art. 68 CPC) corresponde imponerlas a los actores vencidos en ambas instancias.

Por las consideraciones expuestas, a la cuestión planteada voto por la **NEGATIVA**.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Garate votó en igual sentido por análogos fundamentos.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Loiza votó en igual sentido por análogos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR CAPALBO DIJO:

Corresponde revocar la sentencia de fs. 529/537vta., rechazándose en consecuencia la demanda instaurada por I. E. O. de A. y E. H. A. contra L. B., M. C. E., G. G. y Municipalidad de Necochea (arts. cits. 512, 901 y ss.; 1066, 1067, 1107 y 1109 a contrario sensu Código Civil; arts. 34 inc. 4; 68, 164, 330, 338, 375, 385, 398, 402, 415, 456, 474, 475 del CPC); con costas a los actores vencidos (art. 68 CPC); difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 dec. Ley 8904).

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Garate votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Loiza votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Necochea, 15 de septiembre de 2011.

VISTOS Y CONSIDERANDO: Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se revoca la sentencia de fs. 529/537vta., y se rechaza en consecuencia la demanda instaurada por Irma Ester O. de A. y E. H. A. contra L. B., M. C. E., G. G. y Municipalidad de Necochea; con costas a los actores vencidos (art. 68 CPC). Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 dec. Ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 CPC). Devuélvase.

Dr. Oscar A. Capalbo
Juez de Cámara

Dr. Fabián M. Loiza
Juez de Cámara

Dr. Humberto A. Garate

Juez de Cámara

Dra. Daniela M. Pierresteguy

Secretaria