

Fallo:

En la ciudad de Mendoza a los quince días del mes de febrero de dos mil dieciocho, reunidos en la Sala de Acuerdos de esta Excma. Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, los señores Jueces, trajeron a deliberación para resolver en definitiva los autos N°929/52.726, caratulados "S., M. G. y ots. C/ T, C. y ots. P/ D. Y P. (con excep. contr. alq.)", originarios del Tribunal de Gestión Judicial Asociada en lo Civil, Comercial y Minas N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia, venido al Tribunal en virtud del recurso de apelación planteado a fs. 475 por los actores en contra de la sentencia de fs. 465/473.

Practicado a fs. 502 el sorteo establecido por el art. 140 del Código Procesal Civil, se determinó el siguiente orden de votación: Ferrer, Ábalos y Leiva.

De conformidad con lo ordenado en el art. 160 de la Constitución Provincial, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:

Primera cuestión:

¿Debe modificarse la sentencia en recurso?

Segunda cuestión:

¿Costas?

Sobre la primera cuestión propuesta, el Sr. Juez de Cámara Dr. Claudio A. Ferrer dijo:

I-PLATAFORMA FÁCTICA:

A fs. 27/33 se presenta la Dra. Rosana Abbona, por M. G. S. e I. A. R., promueve acción por daños y perjuicios en contra de C. T. y de la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC) y solicita se los condene al pago de la suma de \$442.000 o lo que en más o en menos surja de las pruebas a rendirse y costas.

Relata que los actores estaban de novios y que fruto de esa relación la joven M. G. S. quedó embarazada, siendo atendida en los consultorios externos de OSECAC durante su evolución.

Señala que la ecografía realizada en la Clínica Santa Rosa, el 12/5/09, da como resultado un embarazo de seis semanas y media, normal, con una posible fecha de parto el 02/01/2010.

Expresa que las atenciones y estudios posteriores también fueron normales, hasta inicios de noviembre de 2009, cuando debió ser atendida en la Clínica Santa María por dolores y pérdidas sanguíneas, centro asistencial al que debió regresar una semana más tarde ante la reiteración de los dolores, momento en el cual una enfermera le comunica que en los análisis figuraba una infección que no había sido tratada por el Dr. T., medicándola a esos efectos.

Sostiene que el 9/11/2009 la actora tenía un turno de control con el Dr. T. a las 11:30hs., en los consultorios externos del CEC, adonde llega acompañada por terceros y comienza a tener fuertes dolores en su vientre, por lo que pide ser atendida, pero que ello no fue concedido por el Dr. T., que siguió con la atención de otros pacientes que no presentaban urgencia.

Explica que recién es atendida a las 12:10hs., cuando ya presentaba muchísima dilatación, considerada por el médico tratante como grado 9, por lo que es tendida en una camilla y pide a quienes la acompañaban que la trasladen a la Clínica Santa María, ya que allí no contaba con los elementos necesarios para atender un parto, aunque luego cambia de parecer y llama a una ambulancia, luego de lo cual la paciente rompe bolsa y es preparada para el parto en ese lugar.

Argumenta que luego de nacido el niño es envuelto en una toalla, comienza a ponerse de color morado y se agrava su situación por la falta de oxígeno, un respirador y un aspirador de mucosa

y líquido amniótico, recibiendo solo respiración boca a boca por parte de una asistente, luego de lo cual es trasladado a la Clínica Santa María en una ambulancia de SERPRISA que tampoco contaba con un tubo de oxígeno, ingresando al Servicio de Neonatología donde fallece, luego de padecer tres paros cardiorespiratorios, a las 21:00hs. del 09/11/2009.

Niegan que el bebe haya nacido con una "prematurez extrema", causa de muerte colocada en el certificado de defunción, ya que tenía 31 semanas de gestación, ni tampoco "hipoxia prenatal", por cuanto al nacer lloró y gritó, es decir, respiró.

Le asignan responsabilidad al Dr. T.y a OSECAC por la falta de tratamiento de un RCIU detectado en la ecografía que se le practicara a la actora el 22/09/2009 y de la infección urinaria que surge de los análisis clínicos que se le efectuaron en setiembre de 2009.

También resaltan la falta de autopsia al feto, lo cual abre camino a la incertidumbre acerca de las causas de la muerte.

Por último, señalan que la responsabilidad también se deriva de la omisión de tener un consultorio con oxígeno y condiciones adecuadas para atender un parto y la omisión de pedir una ambulancia con tubo de oxígeno y/o cardiorespirador para ayudar al recién nacido a respirar. Individualiza los daños por los que reclama indemnización, estimando sus montos.

Funda en derecho y ofrece pruebas.

A fs. 170, comparece el Sr. C. H. T. y cita en garantía a Triunfo Cooperativa de Seguros Limitada. A fs. 199/205, los Dres. Alberto J. Tomassone y Raúl José Isuani, por OSECAC, contestan la demanda entablada en su contra, solicitando su rechazo, con costas.

Expresan que la actora recibió en tiempo y forma todos los cuidados y atenciones que su estado y situación particular requerían y que los profesionales actuantes pusieron a su servicio todos sus conocimientos y medios que tenían a su alcance.

Aclaran que los consultorios externos, lejos están de tener el equipamiento e instrumental requerido para la asistencia idónea en un parto, tanto para la madre, como para el recién nacido, pero que igualmente el Dr. T.sobrellevó la situación con los elementos con los que contaba ante la descompensación y amenaza de parto inminente.

Indican que el bebé nació prematuro (con 33 semanas de gestación), sin llorar, ni gritar, como se dice en la demanda, sino deprimido grave-grave, a consecuencia de la presencia de una doble circular del cordón ajustada a cuello y un infarto y desprendimiento placentario, que provocaron una injuria hipóxica severa en el recién nacido pretérmino.

Impugnan los rubros y montos indemnizatorios reclamados.

Ofrecen pruebas.

A fs. 278/284, se presenta el Dr. Ezequiel Ibáñez, por Triunfo Cooperativa de Seguros Limitada, acepta la citación en garantía dentro de los límites del contrato de seguro y contesta demanda, solicitando su rechazo, con costas.

Reconoce que la Srta. M. S. consultó por primera vez con el Dr. C. T. el 07/09/2009, en los Consultorios Externos del Centro Empleados de Comercio (CEC), presentando un embarazo de 22 semanas.

Indica que de las fichas clínicas del consultorio surge que el primer control se efectuó a las 15 semanas de gestación, regresando a las 7 semanas, sin cumplir con las recomendaciones generales para todo embarazo que son su control precoz y mensual.

Expresa que el médico solicitó a la paciente todos los estudios de control, como ecografías y análisis de orina, siendo en todos los casos normales.

Refiere que el 01/11/2009, la Srta. S. se presentó ante la guardia de la Clínica Santa María, por presentar contracciones dolorosas, sintomatología asociada con la amenaza de parto pretermino, ya que cursaba 32 semanas de gestación, por lo que quedó internada y se le suministró isoxupirina (inhibidor indicado para detener las contracciones y evitar la continuidad del trabajo de parto) y betabloqueantes para la maduración pulmonar del feto, obteniendo el alta a las 48hs. por parte de su médico de cabecera que le explicó las pautas a seguir si aparecía nuevamente alguno de esos síntomas.

Resalta que no hay constancias en la historia clínica de pérdidas sanguíneas por genitales y que de los análisis de orina no surge la presencia de infecciones.

Refiere que el 09/11/2009 la actora concurre a los consultorios externos, constatando en ese momento el Dr. T. una dilatación de 9 cm., manifestando la paciente que había comenzado con contracciones hacía 12hs y pérdida de material mucoso (tapón mucoso) unas 2 hs antes, sin concurrir ante esos síntomas a la Clínica Santa María como le había sido indicado en la internación del 1/11/2009 al 3/11/2009.

Ante ello, se solicita una ambulancia al servicio de emergencia, de manera urgente; se comunica a Neonatología de la Clínica Santa María que ingresaría una paciente de 17 años con un parto pretermino y se le da aviso a la Dra. Cecilia Tamarit, médica pediatra que se encontraba atendiendo en los consultorios externos del CEC y a la enfermera que allí estaba, del posible parto.

Argumenta que cuando llega la ambulancia, a las 12:30hs, 10 minutos después de su llamado, el Dr. T. observó la rotura de bolsa con abundante pérdida de líquido por genitales y constató una dilatación de 10cm, con presentación fetal en segundo plano y coronación del bebé, por lo que decidió la atención del parto en ese lugar.

Agrega que el bebé presentó una doble circular de cordón umbilical en el cuello, sin llanto espontáneo, que necesitó resucitación por parte de la Dra. Tamarit ante un paro cardiorespiratorio y traslado a la Clínica Santa María en la ambulancia antes mencionada.

Finaliza mencionando que el bebé sufrió, ya internado en Neonatología de la Clínica Santa María, otros dos paros cardiorespiratorios, sin respuesta a la resucitación cardiopulmonar y medicación colocada, por lo que se constata su fallecimiento a las 21:20hs.

Se refiere a la inexistencia de culpa y responsabilidad del médico demandado e impugna los rubros y montos indemnizatorios reclamados.

Funda en derecho y ofrece pruebas.

A fs. 285 el Dr. C. H. T. adhiere a la contestación de demanda efectuada por la citada en garantía.

II- LA SENTENCIA RECURRIDA:

El Sr. Juez sentenciante, luego de expresar que los actos cuestionados por los demandantes se habrían producido durante la atención del embarazo y parto de la actora, hechos que tuvieron lugar a partir del mes de setiembre de 2009, determina que la situación jurídica se consolidó en ese momento, por lo que cabe aplicar a su resolución lo normado por el Código Civil Velezano y no el actualmente vigente Código Civil y Comercial.

Aclara que los principios de derecho que se aplican a las responsabilidades pretendidas por los demandantes son los mismos que cuando la institución es un Hospital, una Clínica o un Sanatorio, ya que la responsabilidad de OSECAC, en su carácter de principal por los daños causados por sus dependientes (médico codemandado y demás auxiliares de los que se valió), en razón de una defectuosa atención médica, habrá de existir siempre que medie responsabilidad profesional de los facultativos, fundándose esta en la culpa en la que hayan incurrido aquellos en su accionar, debiendo tenerse en cuenta que la obligación que asumen es de medios y que no existen presunciones legales de responsabilidad, ni inversión de la carga de la prueba, es decir, que el actor tiene a su cargo probar la culpa en el accionar del profesional o de sus auxiliares, aun cuando se pueda aplicar el principio de las cargas probatorias dinámicas que impone que las pruebas deben ser aportadas por quien se encuentre en mejores condiciones para ello.

También aclara que se pretende endilgar responsabilidad a la Obra Social, de manera directa, no por la actuación de los profesionales que de ella dependen, sino por no haber provisto las condiciones adecuadas en el consultorio tocoginecológico donde concurrió la actora, tendientes a la atención de un eventual parto y de la ambulancia en la cual se efectuó el traslado.

Pasa luego a analizar la conducta del profesional demandado, en especial las constancias que emergen de la historia clínica (ecografías y análisis) y controles practicados a la actora durante su embarazo.

Explica que de esas pruebas surge que el Dr. T. comenzó la atención de la Srta. M. S. el 07/09/2009, cuando llevaba 22 semanas de gestación, con un embarazo absolutamente normal y que luego de ello existen dos estudios; un análisis de orina de fecha 14/09/2009 que muestra la existencia de una infección y una ecografía de fecha 22/09/2009, que indica la posibilidad de un incipiente RCIU, aspectos sobre los que versan el reproche subjetivo de los demandantes desde una doble perspectiva: a) no haber vigilado la infección urinaria; b) no realizar estudios ecográficos semanales o quincenales teniendo en cuenta el RCIU incipiente que mostraba la ecografía, entendiendo que tales incumplimientos son los que generaron el resultado dañoso, base sobre la cual se defendió el demandado.

Con posterioridad destaca la existencia de una internación de la actora, entre el 01/11/2009 y el 03/11/2009, en la Clínica Santa María, con un diagnóstico inicial de amenaza de parto pretérmino ante la existencia de contracciones dolorosas, pero sin pérdida sanguínea por genitales, como ella lo invoca, hecho grave que fue abordado por su médico tratante suministrándole isoxupirina (útero-inhibidor para detener las contracciones) y betametasona (para maduración pulmonar del feto), además de realizarse análisis de sangre y orina, cuyos resultados fueron normales.

Sostiene que las partes coinciden en que, luego de ello, la actora tenía turno de consulta con el Dr. T. para el 09/11/2009, a las 12:10hs., en los consultorios externos del CEC y que, a ese momento, aquella presentaba una evolución de contracciones o dinámica uterina de 6 a 7 días, lo cual era sabido por la paciente y el médico, por lo que, ante la menor oscilación debió concurrir a una guardia médica o al profesional que la atendía, inclinándose el juzgador por esta última alternativa, pero que lamentablemente ello no fue así.

Basado fundamentalmente en la pericia médica obstétrica y en las constancias de la historia clínica, refiere que las de esta última coinciden con el relato de la actora respecto a que tenía

turno con el Dr. T. a las 12:10hs y que en ese momento el médico constata 9 cm de dilatación, derivándola a la Clínica Santa María, de manera urgente, para lo cual a las 12:20hs llama a SERPRISA con código rojo, comunicándose al mismo tiempo con el servicio de neonatología de aquella Clínica para la recepción de un RN prematuro (32 semanas aproximadamente con maduración pulmonar completa 7 días antes); pero que en ese mismo momento detecta una gran pérdida de líquido claro por genitales, originado por la rotura de bolsa y el deseo de pujar de la paciente, quien le refiere haber comenzado con contracciones hace 12hs, las cuales fueron aumentando en su intensidad y que hace 2hs tuvo una pérdida de material mucoso sanguinolento, por lo que, ante su deseo de pujar, se prepara para la recepción del bebé con las medidas asépticas posibles y llama a la Dra. Tamarit, médica pediatra que se encontraba atendiendo en los consultorios externos, que fue la que le practicó resucitación cardiopulmonar básica.

Aclara que el RN recepcionado por la Dra. Tamarit fue diagnosticado por ésta como “deprimido grave-grave”, sin movimientos respiratorios espontáneos, por lo que debió realizarse RCP todo el tiempo, desde el nacimiento, hasta su llegada a la Clínica Santa María en la ambulancia de Serprisa y que según la historia clínica el bebé presentó en su nacimiento una doble circular de cordón ajustado al cuello, siendo la causa de la muerte según el certificado de defunción, “prematurez extrema” y, conforme al informe pericial médico, “prematuro grave al momento del parto, agravado por un ambiente no adecuado” e “hipoxia prenatal”, sin que ello se adjudique causalmente a las circulares de cordón umbilical, ni a la prematurez extrema o a los resultados anatomopatológicos de la placenta, membranas y cordón umbilical, que indican un infarto reciente, hematoma retroplacentario, membranas ovulares y cordón sin particularidades.

Concluye en que, basado en esas pruebas, está convencido que los actores no han logrado acreditar que los galenos y auxiliares de los que se valió la Obra Social demandada hayan incurrido en un irregular o deficiente prestación del servicio médico brindado a la Srta. S.y, menos aun, que pueda establecerse un vínculo causal adecuado entre el fallecimiento del RN y el accionar desplegado en la atención clínico-ostétrica-ginecológica de la demandante, ya que los achaques de culpa en los que centra su embate, esto es, no haber controlado la infección urinaria que surge del análisis del 14/09/2009, ni haber ordenado estudios ecográficos desde el 22/09/2009, que indicaban un RCIU incipiente, no presentan incidencia causal alguna en el resultado final, puesto que son normales los estudios de orina de fecha 01/11/2009 y ecografía del 02/11/2009, practicados cuando la actora estaba internada en la Clínica Santa María por una amenaza de parto.

En segundo lugar, analiza las imputaciones objetivas que se le efectúan a la Obra Social, por no tener un consultorio tocoginecológico con implementos adecuados para atender un parto en condiciones de urgencia, expresando que ningún ambulatorio está preparado para ello, sin que pueda endilgarse una obligación de garantía de seguridad por la simple razón de no contar con ese servicio que solo puede ser llevado a cabo en un hospital, clínica o sanatorio.

También descarta la crítica referida a la falta de oxígeno o inhaladores en la ambulancia de Serprisa que traslado al RN, ya que aun cuando tales omisiones pudieran ser severamente cuestionables desde el punto de vista formal, no existe prueba de la relación causal adecuada

que determine que la ausencia de esos elementos contribuyó a causar o concausar el resultado final, por lo que rechaza la demanda en su totalidad.

III- LA EXPRESION DE AGRAVIOS Y SU CONTESTACION:

En la expresión de agravios de fs. 482/490 la Dra. Rosana Abbona, por los actores M. S. e I. R., menciona que los agravios se centran en lo que se refiere al análisis de la responsabilidad que se le atribuye al facultativo, como a la Obra Social.

En lo que se atañe a la responsabilidad del Dr.T., ubica su primer agravio en la falta de análisis del sentenciante respecto de los antecedentes que demostraban que estaba en presencia de un embarazo de riesgo, esto es el análisis de orina que acredita la existencia de infección y la ecografía que denota un incipiente RCIU, atribuyendo toda la responsabilidad a la paciente por haber concurrido a consulta con su médico en lugar de dirigirse a un centro asistencial, sin valorar que se trataba de una madre primeriza, joven de 17 años al momento de los hechos y con una pareja también joven como ella, empleado de comercio, sin los conocimientos necesarios y adecuados para tomar la elección que el sentenciante considera adecuada.

Luego refiere que M. S. acudió a la consulta con su médico a las 11:30hs y que en lugar de ser examinada inmediatamente y en su caso derivada, aun ante el conocimiento de sus antecedentes, se la hizo aguardar más de 40 minutos.

Plantea, como segundo agravio, que el juez valora la prueba con parcialidad e intencionalidad, dejando de lado el informe pericial médico legista y las testimoniales rendidas en autos, lo que convierte a la sentencia en arbitraria.

Ingresando en el análisis del marco probatorio, señala que de la pericia médica obstétrica surge que al momento del parto la actora cursaba una edad gestacional de 31 semanas, adecuados controles, primer ecografía el 12/05/2009, por lo que no puede alegarse que no se hizo asistir desde el comienzo de su embarazo, destacando la presencia de una infección urinaria anterior a la internación en la Clínica Santa María en el mes de noviembre de 2009, lo que no quita que pudo haber contribuido al adelanto del parto en ese mes y que, conforme al certificado de defunción, la muerte del bebé fue su prematuridad extrema e hipoxia perinatal, siendo esto último la disminución de oxígeno al feto, por lo que debe prestarse especial atención a la ecografía del 22/09/2009 que indicaba una tendencia a RCIU, sin que existan pruebas que avalen la presencia de circulares de cordón umbilical, ni de seguimiento del RCIU.

También refiere que la pericia médica obstétrica indica que se trató de un parto prematuro extremo y que hay ciertas variaciones entre el informe y el accionar profesional, por ejemplo, el Apgar que figura desconocido, la edad gestacional de 33 semanas, cuando era de 31 y 3 días y la falta de similitudes entre la historia clínica y el resultado de anatomía patológica.

Afirma que la conclusión de la sentencia respecto a que de esa pericia no puede derivarse cuál fue la causa de la muerte, es retorcida, ya que el mismo se expidió sobre la prematuridad grave y la falta de condiciones adecuadas en el parto, lo que avala las causas de muerte asentadas en el certificado de defunción.

Posteriormente analiza las conclusiones del perito médico legista, indicando que el juez ha optado por descartarlas en su totalidad, remarcando que este ha indicado cuáles son los factores de riesgo perinatal del RCIU y de una placenta grado II; que el bebé nació muy prematuro, por lo que requería de un soporte asistencial especial y que en el lugar donde nació se vio privado

de la asistencia necesaria que le diera chances de sobrevivida, como así también, que si bien se tomaron las medidas necesarias de maduración pulmonar y útero inhibición, no constan medidas relacionadas al seguimiento del RCIU y que la biopsia de placenta informa de la existencia de un infarto y hematoma retroplacentario, compatible con insuficiencia placentaria, es decir, similares conclusiones a las que arriba el informe del perito médico obstetra.

Critica, particularmente, que el sentenciante haya dejado de considerar la relación de causalidad que existe entre el fallecimiento del menor y la atención de urgencia, lo que fue resaltado por el perito médico legista, siguiendo al pie de la letra lo que el Dr. C. T. colocó, de manera unilateral para cubrirse del desastre acaecido, en la historia clínica de M.S.

También remarca la falta de análisis de las pruebas testimoniales, las que prueban que el bebé lloró al nacer, que no le aspiraron la mucosa y que una enfermera le realizó respiración boca a boca (Claudia Mansilla -fs.327-); que el bebé llegó grave a la Clínica Santa María y que en la ambulancia no había oxígeno (Vidolín Reales -fs. 318-) y la trascendencia que tuvo el caso para las autoridades del CEC (Pedro Sosa -fs. 349-).

Concluye en que la responsabilidad del Dr. C. T. aparece, en un primer momento, al desconocer los controles médicos que preanunciaban el RCIU y la insuficiencia placentaria, como así también la infección urinaria y todas las consecuencias e incidencia que respecto al parto pretermino marcaron los peritos y que fueron las que desencadenaron el parto y el infarto de placenta, lo que se traduce en la falta de oxígeno y alimento del bebé.

Agrega que la consecuencia de ello fue un recién nacido prematuro e hipóxico, con antecedentes que el médico demandado no podía desconocer a partir de la internación del 01/11/2009, sin que este haya aplicado las medidas necesarias respecto de los factores de riesgo detectados, debiéndose haber representado el desencadenamiento del parto dado el grado de placenta II que tenía la paciente y que, además, su responsabilidad surge de la atención demorada de la actora al llegar a su consultorio con dolores, pero que, en lugar de ello, como lo prueban los testimonios rendidos en autos, se dedicó a la manipulación de la historia clínica y a mantener una conducta evasiva en la Clínica al no dar la cara ante los familiares, lo cual merece el reproche y la reparación para las víctimas.

En segundo lugar, respecto de la responsabilidad de OSECAC, refiere que la sentencia causa agravio a sus representados al encadenar la de esa Obra Social a la del profesional actuante, haciendo depender la una de la otra.

Resalta que los actores no tuvieron otra alternativa que hacerse atender por esa Obra Social, la cual incumplió el deber de seguridad que le incumbe, ya que los consultorios obstétricos donde se produjo el parto debían contar con el equipamiento necesario para la atención de una urgencia como la que se presentó, no siendo descabellado pensar que cuando las parturientas están próximas a parir van a control médico y puede desencadenarse la dinámica del parto, es decir, se trata de vidas en juego o de muertes que pueden evitarse con un mínimo de prevención, siendo esa deficiente atención, como surge de las pericias médicas, la causa del fallecimiento de Thiago.

Finaliza remarcando que los consultorios del CEC/OSECAC no cuentan con instalaciones adecuadas, con instrumental preciso, ni un servicio de emergencias eficiente, pues ha quedado probado que la ambulancia carecía de oxígeno y que se demoró más de una hora en llegar,

solicitando, en definitiva, que se realice una mirada integral sobre los hechos, considerando las pruebas rendidas de modo coherente conforme a las reglas de la sana crítica y se atienda a los daños causados a los actores, revocando la sentencia y haciendo lugar a la demanda.

A fs. 493/497, el Dr. Ezequiel Ibáñez, por Triunfo Cooperativa de Seguros Limitada, contesta el traslado de la expresión de agravios, solicita se rechace el recurso de apelación por falta de fundamentación y, en subsidio, por su improcedencia sustancial, con costas, todo conforme a las razones que esboza a las que me remito en honor a la brevedad.

IV- TRATAMIENTO DEL RECURSO:

IV- a)- Rechazo “in limine” por falta de crítica.

La citada en garantía Triunfo Cooperativa de Seguros Limitada solicita que se rechace el recurso de apelación interpuesto por los actores al considerar que sus agravios no reúnen los requisitos que a esos efectos establece el art.137 del C.P.C.

Resulta necesario recordar, antes de ingresar al análisis de los agravios relacionados con la admisión de la responsabilidad de los demandados, que estos deben constituir una exposición jurídica completa y autosuficiente que contenga el análisis razonado y crítico de la resolución impugnada, caso contrario con sujeción al art. 137 del C.P.C. (Ley 2.269) de aplicación al presente caso en virtud de lo normado por el art. 374 del nuevo C.P.C. (Ley 9001), aun cuando, en esta materia se sigue con los mismos principios que aquella (art. 137, ap. III.-), debe declararse desierto el recurso de apelación y también que la mera repetición de argumentos invocados al demandar o al contestar la demanda, no cumple, en absoluto, con los requisitos que impone aquella norma ritual, para concluir en que, como dijera Colombo, la valoración de la expresión de agravios, “no es cuestión de extensión del escrito, ni de manifestaciones sonoras, ni de profusión de citas, ni tampoco de injurias más o menos veladas al juez, sino de efectividad en la demostración del eventual error in iudicando: la ilegalidad e injusticia del fallo” (COLOMBO, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, t. II, comentario arts. 265/266, p. 565; cfr. Bianchiman, Roberto Gabriel, Expresión de agravios: su valoración, DJ 1996-1 , 979, LL Online: AR/DOC/4348/2006).

He realizado este introito porque considero que los agravios formulados por los accionantes, si bien en muchos casos ingresan innecesariamente en descalificaciones al juzgador a través de una profusión de frases grandilocuentes que, en absoluto, cumplen con el recaudo de plasmar una crítica completa y razonada de los fundamentos que avalan la resolución en crisis, igualmente cumplen, aun mínimamente, con una crítica razonada que se enmarca en los requisitos del art.137 del C.P.C., más allá de alguna salvedad parcial que efectuaré posteriormente, por lo que, participando del criterio amplio que entiende que la Alzada no debe autolimitarse en sus poderes de revisión al aferrarse a interpretaciones severas que terminen frustrando del derecho de defensa del recurrente, considero que no corresponde hacer lugar al pedido de deserción o rechazo “in limine” del recurso en cuestión.

IV- b)- Algunas aclaraciones preliminares.

En primer lugar es necesario advertir que este Tribunal no se encuentra obligado a analizar cada una de las cuestiones formuladas por los recurrentes, sino tan solo aquellas que resultan conducentes para decidir el caso y que bastan para dar sustento a un pronunciamiento válido (C.S. Fallos: 258:304; 262:222; 272:225; 278:271; 291:390), es decir, que solo serán analizados

aquellos aspectos que se vinculen estricta y directamente a los agravios incoados y también que la alzada se encuentra limitada a las cuestiones que han sido objeto de debate en la instancia precedente (Hitters, Juan Carlos, "Técnica de los recursos ordinarios", Bs. As. 1988, p. 403 y ss.), es decir, que este tribunal no está facultado para fallar sobre capítulos no propuestos a decisión del juez de primera instancia, ni puede dirimir otras cuestiones que aquellas que constituyen materia de agravio, ya que la segunda instancia no importa un nuevo juicio, sino un control de la legalidad de la sentencia de primera instancia (Podetti, J. Ramiro, Tratado de los recursos, Ediar, Bs. As., 1.958, págs. 146, 151, 196/97), lo cual impide considerar cualquier argumento novedoso o que altere el contenido de lo planteado ante el Juez en primera instancia, no existiendo ninguna duda acerca de que "el Tribunal de apelación se excedería en sus funciones, si se pronunciara sobre cuestiones no planteadas oportunamente o que no fueron sustanciadas." (Podetti; ob. cit., p. 151).

Siendo ello así, resulta lógico remarcar que, tal como lo indicó el sentenciante en los fundamentos de la sentencia apelada, la responsabilidad que se le atribuye al demandado Dr. C. T. en la muerte de T.N. R. S. y, en su caso a OSECAC, tanto en su carácter de principal por el hecho de su dependiente, como por deficiencias en el servicio de salud por ella prestado, se podrá determinar solo en el caso que esté suficientemente probada la relación causal entre la muerte del bebé y el hecho de no haber controlado, por parte del galeno demandado, la infección urinaria detectada en el análisis del 14/09/2009 y no realizar estudios y controles ecográficos semanales o quincenales teniendo en cuenta el RCIU incipiente que mostró la ecografía del 22/09/2009 y, además, a la Obra Social de manera objetiva, por una falta del servicio de salud derivada de la omisión de tener consultorios externos tocoginecológicos con implementos adecuados para atender un parto de urgencia y un servicio de traslado de emergencia con oxígeno e inhaladores.

IV- c)- Los principios generales de la responsabilidad por mala praxis médica y la de los prestadores de servicios de salud.

Se ha dicho reiteradamente que los establecimientos hospitalarios, asistenciales u obras sociales, se valen de la actividad de los médicos para el cumplimiento integral de la obligación por ellos asumida, por lo que habrán de responder por la culpa en que incurran aquellos.

Referido a si dicha responsabilidad es directa o refleja la doctrina moderna sostiene que el médico en el ejercicio de su actividad goza de independencia o autonomía técnica y científica, actuando -por tanto- en calidad de sustituto, auxiliar o copartícipe del deber asumido en forma directa por el ente. De tal manera que la víctima tiene ante sí a dos obligados: el médico y el ente, configurándose un supuesto de obligación indistinta o conexa, no encuadrando en los supuestos de obligaciones solidarias atento la diversidad de fuentes por el cual ambos responden.

En relación al factor de atribución, también existe consenso en punto a que el deber asumido por el hospital o establecimiento asistencial es el de seguridad, con fundamento en la buena fe probada (Art.1198, 1ra. parte, Cód. Civil) y/o en la estipulación a favor de tercero (Art. 504 Cód. Civil), normativas aplicables al caso conforme a lo previsto por el art. 7 del CCCN y la fecha en la que quedó consumada la situación jurídica que aquí debe resolverse, lo cual fue así puesto de manifiesto en la sentencia de grado, sin merecer crítica en los agravios.

Pero de la misma manera se ha explicado que deben diferenciarse aquellas situaciones en las que los establecimientos asistenciales asumen deberes de medio o de resultado, ya que, estos pueden prestar dos tipos de servicios, el ligado al desempeño médico que se materializa con la labor del facultativo, consistente en una prestación de diligencia apropiada para la curación y otros extraños a la conducta o acto médico o que el galeno no puede controlar o garantizar y en los cuales el ente asume una serie de deberes, como mantener la asepsia del lugar, proveer el instrumental adecuado para la práctica médica o que las cosas de que se vale para el cumplimiento de la prestación no causen daños al paciente.

En estos supuestos, el ente asistencial, al asumir el deber de seguridad, compromete una obligación de resultado, por tanto el factor de atribución será objetivo, no pudiendo eximirse con la acreditación de la diligencia debida, sino que solo podrá liberarse demostrando la fractura del nexo causal por el hecho de la víctima o de un tercero por el cual no deba responder o el caso fortuito ajeno o extraño a su esfera (Quirós, Pablo O., Algunas precisiones en torno a la responsabilidad civil del ente asistencial – LL Gran Cuyo 2009 (diciembre), pág.1046).

Pero si la responsabilidad que se les endilga está relacionada con el desempeño del acto médico, el establecimiento asistencial habrá de responder por la culpa en que incurrir sus sustitutos, auxiliares o copartícipes, en razón de la irrelevancia jurídica de tal sustitución, ya que al acreedor no le interesa que el cumplimiento sea efectivizado por el propio deudor o por un tercero del cual éste se valga para sus fines. La equivalencia de comportamientos del obligado y de sus sustitutos y asociados, determina que el hecho de cualquiera de ellos se considera como si proviniese del propio deudor (Bueres Alberto, Responsabilidad Civil de los Médicos, Ed Hammurabi, 1992, pag 386).

En definitiva, se puede concluir en que el establecimiento asistencial o, como ocurre en este caso, la obra social, tienen una fuente doble de responsabilidad, ya que son garantes del desempeño del médico y, además, dan garantía o seguridad por los servicios que el médico no está en condiciones de garantizar.

Siendo ello así, resulta claro que la obra social no sólo debe responder cuando ha existido mala praxis de los profesionales que llevan a cabo la atención médica por ella dispuesta, sino que dicha responsabilidad puede también originarse en la deficiente organización y funcionamiento de los distintos servicios que presta la entidad, resultando necesario, en todos los supuestos, acreditar la relación causal mediante la razonable comprobación de la atribución del daño al hecho, cuya demostración incumbe a la parte actora en todos los casos (Trigo Represas-López Mesa, Tratado de la responsabilidad civil, Bs. As., La Ley, 2004, t. I, pág. 627).

Efectuadas estas aclaraciones previas, proseguiré mencionando que teniendo en cuenta que en la demanda la atribución de responsabilidad al Dr. T. y a OSECAC, se deriva, por una parte, del accionar del médico y, por la otra, de la deficiente organización y funcionamiento de los servicios prestados por la Obra Social en los Consultorios Externos del CEC donde fue atendida M. S. y se produjo el parto, el 09/11/2009, como así también por el deficiente equipamiento de la ambulancia en la que se trasladó a la madre y al bebé a la Clínica Santa María, resulta indispensable, para el progreso de la acción, en primer lugar, que se acredite la culpa médica como elemento determinante de los perjuicios invocados ya que, recién una vez revelada la mentada culpa, surgirá la responsabilidad de la OSECAC por el hecho de su dependiente, al quedar patente la

violación del deber de seguridad que le incumbe (Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de 1431 quater, novena edición, ed. Abeledo la Responsabilidad Civil", p. 539, N Perrot, y del mismo autor, "Responsabilidad de las Clínicas por mala praxis de su cuerpo médico", ED, 150-115; Bueres, Alberto J., "Responsabilidad Civil edición, 2006; Trigo Represas, ¿de los médicos", p. 304, ed. Hammurabi, 3 Félix A. y López Mesa, Marcelo J., "Tratado de la Responsabilidad Civil", t. II, p. 458 y sigtes., ed. La Ley, 2005; Calvo Costa, Carlos A., "Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial", p. 57 y sigtes., ed. Hammurabi, 2007; SCBA, del 4/8/1992, in re "B.G.D. c/ Asociación Médica Lomas de Zamora", ED, 150-116; CNCiv., Sala K, del 4/7/2003, en autos "Avila de Morselli, Celia H. c/ Hospital Alemán y otros", eDial-AE2027; CNCiv., Sala F, del 13/3/2003, in re "V. De R., M. y otro c. S.T., C. y otros", eDial-AA1655; CNCiv., Sala D, del 30/9/98, en autos "Abaca, Alicia c/ Castillo, Lorenzo", eDial-AADE; CNCiv., Sala C, del 8/2/2007, en autos "González Roberto O. c/ Fundación para la Lucha contra las Enfermedades Neurológicas de la Infancia y otros", JA, 2007-III, 11/7/2007, Fascículo 2, p.71), en segundo lugar, el incumplimiento que a OSECAC le atañe respecto del servicio de salud prestado, extraño a la conducta o acto médico, al momento del parto y del traslado a la Clínica Santa María y, en tercer lugar, la relación causal que esos hechos hayan tenido respecto de la muerte del RN.

Puesto a ponderar la conducta del galeno y la responsabilidad profesional que se le atribuye, debe tenerse presente que, como lo indica Trigo Represas (TRIGO REPRESAS, Félix; "Los distintos roles del abogado: apoderado, consultor, patrocinante. Deberes y responsabilidades en cada caso", Revista de Derecho de Daños, 2005-1 "Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)"; Rubinzal-Culzoni, p. 70; cit. Pandiella Molina, Juan Carlos; Mala praxis médica. ¿Qué se debe probar? y ¿quién tiene la obligación de hacerlo?; LLPatagonia 2015 (abril), 819), "la responsabilidad civil profesional es aquella en la que pueden incurrir quienes ejercen una determinada profesión, al faltar a los deberes específicos que la misma les impone, o sea, en suma, la que deriva de una infracción típica de ciertos deberes propios de la actividad profesional de que se trate ya que es obvio que quién se desempeña en una profesión debe poseer los correspondientes conocimientos teóricos y prácticos, debidamente actualizados, y obrar con ajuste a ellos y a las reglas y métodos pertinentes con la necesaria diligencia y previsión."

En cuanto al tipo de obligación a la que se comprometen los profesionales, especialmente en el caso de los médicos y las consecuencias que respecto a cargas probatorias que ello trae aparejado, no es nueva la discusión existente entre quienes sostienen que la naturaleza de la prestación profesional médica debe encuadrarse en una obligación de resultado y quienes sostienen, por el contrario, que es de medios, habiendo sido ello analizado y zanjado por la C.S.J.N. en el caso "Barral de Keller Sarmiento, Graciela Higinia", al sostenerse que "la obligación del profesional de la medicina en relación a su deber de prestación de hacer es de medios, o sea de prudencia y diligencia, proporcionando al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos y a la práctica del arte de curar son conducentes a su curación, aunque no puede ni debe asegurar este resultado, y al accionante le corresponde probar la existencia del daño cuya reparación reclama, así como la antijuridicidad de la conducta del deudor, o sea la infracción contractual que configura el incumplimiento, la relación causal adecuada entre el perjuicio y el incumplimiento y el factor de imputabilidad que consiste en la culpa del infractor."

(Fallo del 28/09/2004, T. 327, P., L.L. 09/02/2005; J.A. 27/04/2005 (supl.); cit. por Pandiella Molina, Juan Carlos, Mala praxis médica. ¿Qué se debe probar? y ¿quién tiene la obligación de hacerlo?, LLPatagonia 2015 (abril), 819, AR/DOC/987/2015).

Este es además el criterio receptado por la doctrina mayoritaria al expresar que, en general, la obligación que asume el profesional de la salud es de medios apropiados para lograr la curación poniendo toda su ciencia y prudencia en el tratamiento del enfermo (BORDA, "Tratado de Derecho Civil Argentino-Contratos", n° 1046; BUERES, "Responsabilidad Civil de los Médicos" p. 130; BUSTAMANTE ALSINA, "Prueba de la culpa médica", LA LEY, 1992-D, 579.) y en el caso específico de las prácticas obstétricas que: ".los obstetras asumen un deber de medios y no de resultados. De manera que no se encuentra entre sus obligaciones asegurar el restablecimiento o indemnidad de la salud del paciente" (URRUTIA, Amílcar, URRUTIA, Deborah, URRUTIA, César y URRUTIA, Gustavo, "Responsabilidad de los Médicos Obstetras", Revista de Derecho de Daños, 2003-3, Responsabilidad de los Profesionales de la Salud, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, p.247 y ss.).

Por ende, estando en pugna la acreditación de un incumplimiento a una obligación de medios, corre por cuenta del accionante probar la culpa del profesional médico, culpa que debe ser evaluada al igual que la común conforme lo ordenado por los arts. 512, 902 y 909 del C. Civ., es decir, que su comparación será con la conducta desarrollada por un profesional diligente, prudente, que corresponda a la categoría o clase en la cual quepa encuadrar la conducta del deudor en cada caso concreto, siendo ese el criterio de culpa profesional seguido por la jurisprudencia al aseverar que ".los médicos deben cumplir con los principios y técnicas de su disciplina y aplicar el mayor celo profesional en la atención del enfermo, pues el recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales." (Corte Sup., 6/7/1999 "Schauman de Scaiola, Martha S. c. Prov. de Santa Cruz y otro", "Responsabilidad Civil y Seguro" de La Ley, Año 2000, p. 477), aun cuando, como lo resalta Jorge Mosset Iturraspe ("De la casualidad a la causalidad en la responsabilidad médica (Lo desconocido y las causas subyacentes)", Revista de Derecho de Daños – Rubinzal-Culzoni Editores, p. 7 y ss.), igualmente le corresponde al médico demostrar, aportando los elementos de convicción a su alcance: 1) Que los actos médicos cumplidos por él fueron a satisfacción, en seguimiento de la "buena medicina" y del programa anticipado al paciente al requerir su asentimiento. Que no se limitó a medicar o a intervenir quirúrgicamente, sino que lo hizo de la manera debida. Que el antibiótico, por vía de ejemplo, era el correcto, atento a la situación del enfermo. 2) Que la frustración del "resultado próximo" prometido tiene causas o fundamentos que son ajenos a su gestión de salud, que no ha podido contrarrestar ni evitar y, por tanto, que pueden ser calificados como verdadera "imposibilidad".

Dicho con otras palabras, en relación a la carga probatoria, tratándose de una obligación de medios, incumbe a la parte actora probar la culpa del demandado, es decir, demostrar la culpa del facultativo al no observar la conducta apropiada a la ciencia y al arte de curar, pero, igualmente, el galeno y, en este caso, la obra social, deben contribuir o colaborar con el órgano judicial aportando los elementos que demuestren su falta de culpa o el caso fortuito, cobrando fundamental importancia el concepto de la "carga de las pruebas dinámicas" o "prueba compartida", que hace recaer el deber de probar en quien se halla en mejor situación de aportar

los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva por tener un conocimiento técnico y haber intervenido en forma directa con el hecho dañoso, lo cual ha tenido recepción legal positiva en el art. 1735 del CCCN.

IV- d)- La aplicación de esos principios al caso concreto.

El Sr. Juez de grado, en sentencia que adelantando opinión considero debe ser confirmada, analiza de manera pormenorizada y con sólidos argumentos la actuación profesional del Dr. T. y los antecedentes que surgen de la historia clínica y prueba documental acompañada por las partes a este proceso.

Un breve repaso de esos antecedentes permiten tener por acreditado, sin que ello sea una cuestión controvertida por las partes, que el primer estudio ecográfico (fs.20) que le fue realizado a la actora se produjo el 12/05/2009, el cual muestra un embarazo normal de seis semanas y media, con una fecha probable de parto para el 02/01/2010; el segundo estudio es el de fecha 22/06/2009 (fs.17), con una edad gestacional aproximada de 13 semanas y dos días y con fecha probable de parto el 26/12/2009, también con resultados normales en lo que se refiere al desarrollo del embrión; el tercer estudio, en este caso ordenado por el Dr. T., es el de fecha 22/09/2009 (fs.12) y es el que indica, basado en la amenorrea, una edad gestacional de 26 semanas y tres días, fecha probable de parto para el 26/12/2009 y un peso y desarrollo fetal en percentilo limítrofe, con un posible RCIU leve incipiente o una variante racial sin trascendencia, recomendándose su seguimiento, toma de medidas preventivas y control ecográfico evolutivo; por último, el cuarto estudio ecográfico, fue el practicado durante su internación en la Clínica Santa María (fs.69), de fecha 1/11/2009, en el que se indica que la placenta se ubica en cara anterior, normoinserata, no oclusiva, grado II, sin signos de desprendimiento, la edad gestacional del feto es de 32 semanas y no se realiza ninguna advertencia acerca de su peso o desarrollo que confirme o descarte el posible RCIU leve incipiente que se había puesto de manifiesto en la ecografía anterior.

En cuanto a los análisis clínicos de sangre y orina, se encuentra acreditada la realización de los llevados a cabo el 24-06-2009 (fs. 22/23), con resultados normales; los del 14/09/2009 (fs. 8/10) que indican la presencia de una infección urinaria y los del 01/11/2009 (fs. 66), en este caso, con resultados normales.

En definitiva, se puede concluir en que, en relación a la existencia de una infección urinaria detectada por análisis de fecha 14/09/2009, aun cuando no existan constancias de cuál fue su tratamiento, la misma ya no estaba presente en los posteriores que se practicaron durante la internación en la Clínica Santa María (fs. 65/66) y, respecto del seguimiento del RCIU leve incipiente, que en la ecografía del 22/09/2009 (fs.12) se informa como probable, al expresarse: "CRECIMIENTO FETAL: En el límite de lo normal. El peso fetal está en un percentilo limítrofe (ver curva). Podría ser un RCIU leve incipiente o una variante racial sin trascendencia. Se recomienda medidas preventivas y control ecográfico evolutivo. Gestación en observación.", ese diagnóstico tampoco se deja asentado en el control ecográfico realizado el 1/11/2009 (fs. 69), sin que resulte posible establecer, por ende, su relación causal con el fallecimiento del bebé.

Esta conclusión no se encuentra dissociada con lo afirmado en los informes periciales médicos obstétrico y legista, los cuales deben ser valorados de manera global e integradora con los restantes elementos probatorios aportados al proceso, siempre basado en las reglas de la sana

crítica (art. 207 del C.P.C.) que no son otras que las del correcto entendimiento humano, unidas a las de la lógica y el conocimiento o la experiencia del juez.

Como acertadamente lo expone el sentenciante, esta Cámara participa del criterio (autos N° 34.209/171.029, caratulados “PEREYRA, RODRIGO LUIS LEONEL Y OTS. C/GODOY, EVA ANDREA Y OTS. P/D. Y P. (ACCIDENTE DE TRANSITO)”, sentencia del 06/12/2012) que impone que: “Debiendo valorarse dos pericias sobre la misma materia y divergentes entre ellas, es razonable preferir la opinión del auxiliar de la justicia que exhibe mejor título, en razón, precisamente, de la solvencia técnica que se desprende de su profesión.” (Fallo del 25/06/1985, Expte. 15.745 – Viñolo José c/Jesús Bustos p/Daños y Perjuicios – LS 107:172; Fallo del 15/5/2009. Expte. N° 31.533/31.597 “Angélico María Ester c/O.S.E.P. p/D. y P.”, LS 207:176, y Fallo del 14/12/2010. Expte. No. 32.713, caratulados “Juárez Noemí del Valle por su hija menor Nadya Mansilla c/Dirección General de Escuelas p/D.y P.”. LS 217:294)”, aunque, en este caso, entiendo que aun cuando existan algunos puntos de los informes en los que puede aparecer alguna divergencia, en general, se complementan y resultan suficientes para enervar la acreditación de una relación de causalidad entre los hechos imputados en la demanda, tanto al Dr. T., por su conducta profesional al no haber controlado la infección urinaria que surgió en el análisis clínico del 14/09/2009 y realizado un seguimiento del RCIU probable, leve e incipiente detectado en la ecografía del 22/09/2009, como a OSECAC, por la responsabilidad que se desprende de esos actos médicos y de la deficiente prestación del servicio de salud en los Consultorios Externos del CEC y el traslado del RN en ambulancia desde allí a la Clínica Santa María.

En lo que respecta a la pericia médica obstétrica, presentada por el Dr. Omar Saada (fs. 342/343), observaciones de la citada en garantía (fs.351) y respuestas a la misma (fs. 359), surge que la primer consulta de control de embarazo fue el 10/07/2009, con una edad gestacional de 15 semanas con el Dr. Raúl Sozzi y con el Dr. T. el 07/09/2009, con una edad gestacional de 22 semanas, aun cuando antes consta una ecografía del 15/5/2009, ordenada por la Dra. García, con un embarazo de 6 semanas y tres días; que conforme a las constancias de la historia clínica los controles en OSECAC fueron cinco y adecuados en tiempo y forma; que para el tercer trimestre de 2009 la actora cursaba un embarazo de 31 semanas, debiendo aclarar, por mi parte, que conforme a la última ecografía (fs.69) al 01/11/2009, es decir, una semana antes del parto (09/11/2009) era de aproximadamente 32 semanas; que para la fecha en la que concurrió a los Consultorios Externos del CEC para ser atendida por el Dr.T., presentaba una dinámica y dilatación uterina positiva, es decir, trabajo de parto, con una edad gestacional de 31 semanas, lo cual se contradice con la ecografía antes mencionada y se condice con la edad gestacional colocada en la historia de clínica de 33 semanas al momento del parto (fs. 128); que fue atendida durante el embarazo, no está contr overtido que lo fue a partir del 07/09/2009 y en el parto efectuado en los Consultorios Externos del CEC, por el Dr. T.; que no hay constancias del APGAR; que el pronóstico de morbilidad que tiene un RN pretérmino deprimido, con calificación grave-grave, es severo; que el tratamiento de un RN en esas circunstancias resulta condenable o despreciable (significado de ominoso) cuando es realizado fuera de un centro asistencial con los elementos necesarios; que en la historia clínica se describe la existencia, al nacimiento, de una doble circular del cordón umbilical ajustada al cuello, pero que ello no consta

en el certificado de nacido vivo, ni en el defunción; que en el informe anatomopatológico se menciona la presencia de un infarto materno reciente, hematoma retroplacentario, membranas ovulares y cordón umbilical sin particularidades; que las circulares de cordón son causa de asfixia y depresión perinatal; que no se practicó una biopsia fetal que permita indicar las causas de la asfixia perinatal, sino solo la anatomía patológica de la placenta, membranas y cordón umbilical; que el análisis clínico que determina la existencia de una infección urinaria fue practicado 14/09/2009 y no durante la internación en la Clínica Santa María del 01/11/2009 al 03/11/2009, en donde fue medicada con antibióticos y analgésicos por puerperea y no por una infección urinaria (fs.359); que en el certificado de defunción del bebé figura que su muerte se produjo como consecuencia de una prematuridad extrema e hipoxia perinatal, término que implica una disminución de oxígeno al feto; que en la ecografía del 22/09/2009 figura unatendencia a feto pequeño, probable RCIU (retardo de crecimiento intrauterino incipiente); que los riesgos de padecer una infección urinaria durante el embarazo son los de amenaza de aborto y parto pretérmino, debiendo tomarse como recaudos el reposo absoluto, ecografías, cultivo, antibiograma de orina y antibiótico terapia; que los riesgos en casos de pérdida de sangre (metrorragias) son el aborto o parto pretérmino, debiendo indicarse un reposo absoluto; que en el caso concreto ante la amenaza de parto producida el 01/11/2009 se ordenó el reposo, la útero inhibición, ecografías y maduración fetal con corticoides, sin que existan constancias de un seguimiento del RCIU que puede tener variadas causas; que el bebé nació con una condición de prematuro grave, en un ambiente que no era propicio para el parto; que existen ciertas variaciones entre lo asentado en la historia clínica y el accionar profesional, tanto en el Apgar, como en la edad gestacional del RN; que el llanto del RN no es compatible con una hipoxia grave-grave y, por último, que los controles prenatales específicos y la atención y lugar adecuado al momento del parto, aumenta las posibilidades de sobrevivida.

Por su parte, la perito médico legista, Dra. María Hilda Cardozo, en su informe de fs. 400/404 y respuesta a las observaciones de la citada en garantía (fs.409), efectuadas a fs.412, detalla que la actora presentó conforme a la ecografía del 22/09/2009 un retardo en crecimiento intra-uterino incipiente, lo que se identifica con un riesgo perinatal, del cual no consta seguimiento específico y toma de medidas preventivas y en la del 1/11/09 una placenta grado II, que también se identifica con ese tipo de riesgo; que los riesgos de un parto pretérmino por infecciones urinarias durante el embarazo es una cuestión científicamente discutida y los de pérdida de sangre durante el tercer trimestre dependen de sus causas; que en la internación del 01/11/2009 fue asistida por su médico de cabecera y que se le siguió el protocolo para amenaza de parto pretérmino; que cuando fue a la consulta en los Consultorios Externos del CEC estaba con trabajo de parto espontáneo, una edad de gestación de 32 semanas (muy prematuro) y que fue trasladado en ambulancia a Neonatología donde fallece a las horas; que el parto pretérmino es el que se produce antes de las 37 semanas de gestación y que en el mismo pueden presentarse complicaciones significativas que hacen peligrar la supervivencia del neonato, siendo las causas de ese nacimiento pretérmino multifactoriales; que la supervivencia de Thiago, quien pesó al nacer 1.800grs (el cual considera normal para el tiempo gestacional de 32 semanas), requería un soporte asistencial especial y atención continua desde el período neonatal inmediato; que el lugar en el que se desarrolló el parto y el tiempo de demora para ingresar a un lugar con la

complejidad indicada por su prematurez, en una ambulancia sin instrumental médico adecuado, hizo que fuera privado de la asistencia necesaria que le permitiera una chance de sobrevivida; que la biopsia de placenta informa infarto y hematoma retroplacentario, lo cual es compatible con la insuficiencia placentaria y que el llanto de los RN con hipoxia es de corta duración, arrítmico y con características de bifonación.

Es sabido que los dictámenes periciales carecen de valor vinculante para el órgano judicial, aunque siempre debe tenerse en cuenta que el apartamiento de las conclusiones establecidas en aquellos debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o de que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", t. IV, pág. 720), lo cual permite afirmar que "el juez no puede ser un funcionario pasivo ante el dictamen pericial, pues por el contrario en su interpretación debe asumir siempre un rol dinámico para determinar si la investigación efectuada por el perito corresponde a la realidad objetiva que fuera sometida a su estudio, y al mismo tiempo si éste formuló las deducciones sobre la base del conocimiento científico" (Salvador F. Scimé – "Valor Jurídico del Peritaje y Legalidad del Trastorno Mental No Permanente" – LA LEY, 1990-E, 53), debiendo ese rol dinámico ser ejercido en forma lógica y coherente, no de manera aislada, como lo destaca Morello al mencionar la opinión de Julián Marías, cuando expresa que: "El pensamiento -también el que se anuda en el fallo judicial- consiste en no tomar las cosas aisladamente y sin que tengan que ver unas con otras, sino en buscar sus conexiones, sus nexos que las juntan en una realidad coherente. Unas se apoyan en otras, se iluminan recíprocamente, permiten así comprenderlas. Solamente así puede brotar esa luz que ilumina las cosas, las descubre y pone de manifiesto, y que llamamos verdad" (Morello, Augusto M., "La prueba-tendencias modernas", p. 111, Ed. Librería Editora Platense S. R. L., Abeledo Perrot S. A. e I., La Plata, Buenos Aires, 1991).

En este mismo sentido debe tenerse presente que ".en los casos de mala praxis médica es de suma importancia el dictamen médico pericial por estarse ante cuestiones eminentemente técnica o científicas, informe que en principio se debe aceptar, existiendo la posibilidad de que el juez pueda apartarse de las conclusiones, siempre que lo haga de manera razonable y fundada. Así, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha dicho que "en los juicios de mala praxis médica, cuando el peritaje aparece fundado y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja aceptar el dictamen, pues el perito actúa como auxiliar de la justicia y contribuye con su saber, ciencia y conciencia a esclarecer aquellos puntos que requieren conocimientos especiales". (SCJM, Sala I, expediente N° 77.825, "Cereda, Olga Ester en J° 142.598/35.030 Cereda, Olga c/Provincia de Mendoza p/D. Y P. S/Inc. Cas.", 16-03-2005, LS 348 – 119); (1° C.C.M.; Expte. 38371 – SABARIEGO AMANCHEKI, JUAN ANGEL C/ PROVINCIA ART Y OTS P/DAÑOS Y PERJUICIOS; 02-02-2007; LS168-134).

Es que, en materia de mala praxis médica, la prueba de una importancia prácticamente decisiva, es el dictamen pericial médico, en tanto asesora sobre temas que normalmente escapan a la formación profesional del juez (Highton, Elena, "Prueba del daño por la mala praxis médica", en "Revista de Derecho de Daños", n. 5, p. 63).

Los mínimos agravios vertidos por la parte actora apelante respecto a la valoración efectuada por el sentenciante en relación, no solo a la prueba científica rendida en este proceso, se centran, en su mayoría, en argumentos carentes de respaldo probatorio, como el tiempo de espera que tuvo M. S. desde que llegó a los Consultorios Externos del CEC el 09/11/2009, que indica fue a las 11:30hs, hasta que fue atendida por el Dr.T., lo cual no está controvertido fue a las 12:10hs; o novedosos, que no pueden ser tratados en la Alzada sin violar el principio de congruencia, como la detección de una placenta grado II en la ecografía del 01/11/2009, cuestión que, además, más allá de lo explicado por la perito médico legista, solo denota su grado de madurez y no representa una anomalía conforme al tiempo de gestación que detalla ese informe ecográfico. Otro de los argumentos novedosos que esgrimen los aquí apelantes y que, como lo vengo sosteniendo, no resultan admisibles por esa sola circunstancia, son las alteraciones o incongruencias que presenta la historia clínica.

Más allá de la extemporaneidad del planteo parece oportuno aclarar que sin desconocer la importancia que tiene ese instrumento a la hora de juzgar sobre la responsabilidad por los daños causados a un paciente y la obligación que en su confección surge para el galeno con el objeto de cumplir con el deber de informar, asentando los datos relevantes del diagnóstico, la terapia y la enfermedad del paciente (conf. Lorenzetti, Ricardo L., "Responsabilidad civil de los médicos", p. 243), en este caso no puedo dejar de tener en cuenta la extrema urgencia que se le presentó al Dr. T.al momento del parto, en un lugar no preparado para ello, lo cual explica algunas discordancias entre lo allí asentado y otros estudios como el informe anatomopatológico de la placenta, membrana y cordón umbilical), especialmente en lo que concierne a la doble circular ajustada al cuello que no ha podido ser corroborada por otros antecedentes o la falta de anotación del Apgar (primer examen que se le realiza a los RN), pero que, igualmente, no implican un incumplimiento a las reglas del arte médico, ni se vinculan causalmente o tienen gravitación con el resultado final que fue la muerte del bebé.

En realidad la doble circular de cordón umbilical ajustada al cuello, de estar corroborada, habría servido para acreditar una causa probable de la hipoxia prenatal con la que nació el bebé, pero ello, como también surge de la pericia médica legista, puede haber sido consecuencia del infarto de placenta y hematoma retroplacentario, que surgen del informe anatomopatológico (fs.4).

Por lo demás, en lo que atañe a los hechos concretos por los que se le imputaron responsabilidad profesional al Dr. T.en la atención de la actora., tanto durante el desarrollo de su embarazo, como al momento del parto, no encuentro que las pericias médicas sean divergentes, ni mucho menos que de sus conclusiones pueda extraerse una relación causal entre su conducta y la muerte del RN.

Me explico, es que si bien no existen discrepancias acerca de la detección de un posible RCIU leve incipiente en la ecografía del 22/09/2009, el mismo no fue asentado en la practicada el 01/11/2009 y, además, es la propia perito médica legista la que destaca en su informe que el peso del RN era el normal para su edad gestacional, lo que, por una parte, permite descartar que aquella posibilidad de un RCIU leve incipiente se hubiera plasmado y, en cualquier caso, que ello hubiera sido una causa del nacimiento pretérmino, situación que también resulta aplicable al caso de la infección urinaria detectada en el análisis clínico de fecha 14/09/2009 y que no se constató en el de fecha 01/11/2009.

En definitiva, no puede dudarse que el nacimiento pretérmino de un bebé que presentó graves y severas complicaciones respiratorias al nacer (hipoxia prenatal), por causas que no han podido ser científicamente determinadas de manera clara, indubitable y contundente, aun cuando las mismas parecen estar emparentadas a esa prematuridad, más allá de la maduración pulmonar que se le había efectuado en la internación del 01/11/2009 y a la existencia de un infarto materno placentario, lo cual produce una reducción y/o supresión del oxígeno al feto (www.reproduccionasistida.org/muerte-fetal-por-problemas-en-la-placenta/), no puede serle imputada al médico tratante Dr.T., que ante la emergencia que se le presentó en la atención de su paciente el 09/11/2009, en los Consultorios Externos del CEC, cuando, además, hecho que tampoco está controvertido, aquella le manifestó que tenía un trabajo de parto de aproximadamente 12hs y pérdida de tapón mucoso de 2hs, ante la dilatación que constató (9 cm en un primer momento y 10 cm minutos más tarde), la coronación del bebé y los deseos de pujar de la madre, aun cuando ya había pedido los servicios de una ambulancia para su traslado a la Clínica Santa María, procedió a realizar su atención en ese lugar, entregando al RN a la Dra. Tamarit, quien le efectuó RCP desde su nacimiento hasta el arribo al servicio de Neonatología del mencionado nosocomio (fs. 128).

Ante esa emergencia, no se vislumbra la posibilidad de otra conducta que la asumida por el galeno, por lo que no cabe efectuar reproche culposo alguno en ese sentido y, por ende, tampoco puede serle imputado a su principal OSECAC.

Descartada la mala praxis profesional, resta referirme a la falta en la prestación del servicio de salud, diferente al acto médico, que se le imputa de manera directa y objetiva a la obra social. Considero que, en este aspecto, tampoco resulta posible tener como una obligación incumplida o un obrar antijurídico, el no contar, en los Consultorios Externos del CEC, que evidentemente no se encuentran preparados, ni mucho menos afectados a la atención de partos, con elementos y materiales médico asistenciales que en los casos de hospitales, clínicas o sanatorios, sí lo son (ej:oxígeno, respiradores, salas de terapia intensiva, servicio de neonatología, etc.), ya que no es esa la función de un consultorio externo y, aun cuando pudiera ser más cuestionable, tampoco entiendo que, en el caso concreto, lo sea que la ambulancia en la que se trasladó al RN no contara con alguno de esos elementos, cuestión que además de no estar fehacientemente comprobada, ya que solo surgiría de lo que le escuchó el testigo Andrés Vidolín (fs. 318) decir a una enfermera, tampoco está acreditado haya tenido relación causal con su muerte, máxime si se tiene en cuenta que durante el traslado, conforme a los hechos relatados en la historia clínica que no han sido cuestionados, el RN sufrió un paro cardiorespiratorio y cuando ya era asistido en Neonatología de la Clínica Santa María, contando con esos servicios, aparatología y medicación adecuada, otros dos, pudiendo ser revertidos los dos primeros y causándole la muerte el último.

Como corolario, mencionaré que si bien estoy de acuerdo con los apelantes en relación a que la muerte de su hijo no puede serle imputada a su decisión de concurrir el 09/11/2009 a los Consultorios Externos del CEC, en lugar de ir directamente al servicio de guardia de la Clínica Santa María, donde M. S. había permanecido internada desde el 01/11 al 03/11/2009, por presentar signos de una amenaza de parto pretérmino, aun cuando llevara un trabajo de parto de aproximadamente 12hs. y pérdida de tapón mucoso de 2hs., ya que no son ellos quienes

están capacitados para la toma de esa decisión, más cuando ya tenían asignado un turno para consulta con su médico tratante ese día, no puedo acordar que esa responsabilidad pueda serle asignada o trasladada al Dr. C. T. o a OSECAC cuando, como se dijo en la sentencia apelada y aquí ha sido reiterado, no se encuentra acreditada la relación causal entre el parto pretérmino, el nacimiento de T. N. R.S. con un cuadro grave de hipoxia prenatal y la presencia de una infección urinaria detectada el 14/09/2009 e inexistente el 01/11/2009 o un antecedente de posible RCIU por estudio ecográfico del 22/09/2009 que no aparece en el posterior del 01/11/2009, ni tampoco a la obra social, de manera directa y objetiva, por una deficiente prestación del servicio de salud en relación con el instrumental médico asistencial con que contaba los mencionados consultorios externos o el servicio de ambulancia, conforme a lo ya expresado en el párrafo anterior.

Es que, aun cuando en la mayoría de los casos, tratándose de un parto normal, no deberían existir complicaciones que pongan en peligro la vida y salud de la madre y del bebé y también que, como lo destacan los apelantes en sus agravios, hasta los producidos en la vía pública con la asistencia de personas inexpertas o personal de seguridad, pueden tener, y de la hecho la tienen, esa resolución favorable, existen algunos otros en los que, como ocurrió en éste, de manera repentina, se desencadenan una serie de factores que no eran posibles prever conforme a los antecedentes clínicos y ecográficos y que terminan ocasionando la muerte del RN, sin que pueda reprocharse una conducta indebida al médico que la asistió o a la obra social.

No discuto que, como lo resalta la perito médico legista, de haberse producido el parto en un lugar con condiciones adecuadas y haber tenido el RN una asistencia con la aparatología necesaria para poder revertir la hiponoxia prenatal con la que nació, se habrían incrementado sus chances de sobrevivida, pero sí disiento con que ello sea una cuestión imputable a los demandados o, dicho en otros términos, causalmente relacionada con su accionar y obligaciones asumidas, sino que fueron las desgraciadas circunstancias en las que se presentó la emergencia (parto pretérmino en un consultorio y no en un centro asistencial, con el agravante de un RN con una severa complicación respiratoria), las que generaron una consecuencia tan lamentable como la muerte del bebé.

Ninguna de estas circunstancias logran ser revertidas por los testimonios de Andrés Vidolin (fs. 318); Marcos Bibolian (fs. 326) o Claudia Mansilla (fs. 327), que si bien dan cuenta de algunos aspectos de la atención recibida por M. S. el día del parto, en absoluto sirven para alterar las conclusiones antes mencionadas respecto a cuestiones de índole científica que emergen de pruebas específicas en ese sentido y que han sido aquí analizadas.

En definitiva, el análisis lógico, coherente e integral de todas las pruebas reunidas en el proceso (historia clínica; informes periciales médicos y testimoniales), permite arribar a la misma conclusión a la que llegara el juez de grado en la sentencia, es decir, descartar una mala praxis por parte del Dr. C. T. en la atención del embarazo y parto de M. G. S. y también de OSECAC, tanto por la que podría haber surgido por el hecho de su galeno dependiente, como por la directa y objetiva derivada de un incumplimiento del deber de seguridad, extraño al acto médico y relacionada con la prestación del servicio de salud en la atención del parto de emergencia que se produjo en los consultorios externos del CEC el 09/11/2009 y su traslado en ambulancia a la Clínica Santa María, lo que lleva a confirmar el rechazo de la demanda.

Las consideraciones precedentes llevan a concluir que la apelación debe ser desestimada, confirmándose la sentencia de grado. ASI VOTO.

Sobre la misma y primera cuestión propuesta la Sra. Juez de Cámara, Dra. María Silvina Ábalos y el Sr. Juez de Cámara, Dr. Claudio F. Leiva, dijeron:

Que por lo expuesto precedentemente por el miembro preopinante, adhieren al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión propuesta el Sr. Juez de Cámara, Dr. Claudio A. Ferrer, dijo:

Atento como se resuelve la primera cuestión, las costas de Alzada deben ser soportadas por la parte actora apelante que resulta vencida en esta instancia impugnativa (arts.35 y 36 del C.P.C.).
ASI VOTO.

Sobre la misma y segunda cuestión propuesta la Sra. Juez de Cámara, Dra. María Silvina Ábalos y el Sr. Juez de Cámara, Dr. Claudio F. Leiva, dijeron:

Que por las mismas razones adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar sentencia definitiva, la que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Mendoza, 15 de febrero del 2018.

Y VISTOS:

Por las razones expuestas, el Tribunal RESUELVE:

1º) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por los actores M. G. S. e I. A. R. a fs. 475 contra la sentencia de fs. 465/473, la que se confirma en todos sus términos.

2º) Imponer las costas de Alzada a los actores apelantes vencidos (arts. 35 y 36 del C.P.C.).

3º) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en esta vía impugnativa de la siguiente manera: a los Dres. Ezequiel Ibañez en la suma de Pesos.(\$.), María del Pilar Varas en la suma de Pesos.(\$.), Rosana Abbona en la suma de Pesos.(\$.) y Manuel Montalto en la suma de Pesos.(\$.) (Art. 15 y 31 L.A.). Dejando expresamente establecido que al momento de practicarse liquidación deberá adicionarse el Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.) a los profesionales que acrediten la calidad de responsables inscriptos.

Cópiese, regístrese, notifíquese y bajen.- CFL/EG/6489

Claudio A. Ferrer

Juez de Cámara

María Silvina Ábalos

Juez de Cámara

Claudio F. Leiva

Juez de Cámara

Andrea Llanos

Secretaria de Cámara