

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Culpa De Los Profesionales Responsabilidad Del Sanatorio Y De La Obra Social

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Culpa de los profesionales.

Responsabilidad del sanatorio y de la obra social Se revoca el fallo recurrido, haciéndose lugar a la demanda de mala praxis médica, pues surge probado el tratamiento inadecuado brindado por los demandados, que produjo el fallecimiento del feto de la actora.

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 7 días del mes de junio de 2017, hallándose reunidos los Señores Vocales de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a fin de dictar sentencia en los autos "Alderete, María del Carmen y otro c/Sanatorio Franchin y otros s/ daños y perjuicios - Resp. Prof. Médicos y Aux.?" y habiendo acordado seguir en la deliberación y el orden de sorteo de estudio el Dr. Ameal dijo: I.- Vienen estos autos a este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de Primera Instancia dictada a fs. 798/810, expresando agravios la actora en la memoria de fs. 934/43. El pertinente traslado fue contestado a fs. 994/97, fs. 998/1001, fs. 1003/1007 y fs. 1008. II.- Antecedentes. María del Carmen Alderete y Secundino Alberto Cisneros, iniciaron la presente demanda contra Sanatorio Franchin, Administradora Sanatorial Metropolitana S.A., Obra Social del Personal de la Construcción "Construir Salud" (O.S.PE.CON.), Runwork S.A., la Dra. María Lorena Calda, la Dra. Carolina Arrojo, el Dr. Alberto Dionisio Correa, la Dra. María José Mattioli (desistida a fs.469), la Dra. Fernanda Faccipieri y A.S.M. Noble S.A., como consecuencia del error de diagnóstico y la deficiente atención médica que se le brindara a la Sra. Alderete durante su internación en el Sanatorio Franchin, que concluyera con la pérdida de su embarazo. Adujeron que la actora, a raíz de su estado, realizó controles médicos en los consultorios externos de la Obra Social del Personal de la Construcción "Construir Salud", en la sede sita en la Av. Belgrano. Destacaron que el 9/10/04, la Sra. Alderete comenzó a sufrir picazón en todo el cuerpo, siendo examinada por la Dra. Galar (encargada del control y seguimiento del embarazo) quien le ordenó realizar un hepatograma en el Sanatorio Franchin. Con el resultado de los estudios, el día 22/10 se presentaron a la consulta con la Dra. Melgarejo, quien de urgencia, ordenó un nuevo estudio a realizarse en el citado nosocomio, donde se le realizó un monitoreo fetal, encontrándose el bebé en perfecto estado. Se solicitó, asimismo, un nuevo hepatograma, quedando la actora internada. El sábado 23 se escucharon los latidos fetales y se confirmó que el embarazo continuaba en buen curso, realizándose la misma rutina el domingo 24. El día 25, en horas de la mañana, le extrajeron sangre para confirmar el tipo de hepatitis. Los controles de los latidos del bebé se efectuaron dos veces al día. Refiere que al mediodía del martes 26 sintió una pequeña contracción, empezó a perder líquido marrón y los médicos le dijeron que era normal por las contracciones. Por la tarde, con contracciones más fuertes y frecuentes, los médicos decidieron colocarle un suero con calmante para relajar al bebé. Que a partir de ese momento la actora experimentó una gran picazón en piernas, dolor y sensación que le faltaba al aire. A la noche, continuaba con contracciones, cada vez más dolorosas, y a las 2 o 3 de la madrugada del miércoles 27 se le colocó otro calmante. Por la mañana se controló al bebé (monitoreo fetal), informándose latidos normales. Al mediodía las contracciones eran más leves. Alrededor de las 20.30 hs., se le hizo un monitoreo pero no se escucharon los latidos, lo que se confirmó mediante ecografía, realizándose finalmente una cesárea para extraer al feto muerto. Sostuvieron que no hubo un diagnóstico correcto de la hepatopatía por falta de estudios complementarios o de experiencia de quienes la asistieron, teniendo en cuenta que la patología que presentaba la paciente era colestasis del embarazo, siendo un signo característico el prurito y la dermatitis en manos y pies, como la elevada fosfatasa alcalina (FAL). De tal manera, que el tratamiento médico que se realizó para prolongar el embarazo no fue el adecuado, por cuanto en la colestasis es preferible que se desencadene el parto. Manifestaron que hubo demora en el seguimiento obstétrico, en el requerimiento de hepatograma, en la interconsulta con hepatología, en la obtención del resultado de los estudios, en el control ginecológico al ingreso y en la falta de cuidado y atención del trabajo de parto y de la vitalidad fetal. Atribuyeron responsabilidad a la obra social demandada, como a sus dependientes por la falta de adecuada atención a una paciente embarazada. Obra Social del Personal de la Construcción, opuso falta de legitimación pasiva con fundamento que la demandada "Sanatorio Victorio Franchin" carece de personería jurídica para estar en juicio, haciéndose lugar a la excepción a fs.470. Por su parte, O.S.PE.CON negó los hechos esgrimidos, señalando que el fallecimiento del hijo de los actores se debió a causas no imputables a los médicos, sino a la patología de colestasis del embarazo que presentó la Sra. Alderete; dolencia que no tiene tratamiento curativo y solo se puede intentar atemperar el prurito hasta la determinación médica de extraer el feto. La única opción de tratamiento es esperar la madurez pulmonar fetal y/o determinar la misma por estudio líquido amniótico y luego finalizar el embarazo. Administradora Sanatorial Metropolitana S.A. negó los hechos sostenidos en la demanda, manifestando que no hubo error de diagnóstico toda vez que los profesionales se manejaron con datos presuntivos, y que la atención brindada fue acorde al cuadro que presentaba la

paciente. Sostuvo, por otra parte, que reviste el carácter de gerenciadora de la Obra Social del Personal del Construcción (O.S.P.CON.). En tal carácter, a través del Sanatorio Franchín brinda prestaciones médicas a los afiliados a aquella entidad. Que la dirección médica del sanatorio es ejercida por la obra Social a través de los profesionales médicos que la misma determina, encontrándose a su cargo auditar y supervisar la gestión de su parte. Así, los controles médicos que realizó la actora en los consultorios externos de la obra social son ajenos a Administradora Sanatorial Metropolitana S.A. Señaló además, que a la fecha de los hechos que se mencionan en la demanda, el servicio de ginecología y obstetricia se encontraba concesionado en favor de la empresa Runwork S.A. (contrato verbal que se mantuvo hasta el 21 de diciembre de 2005), quien contrataba a los profesionales y les abonaba sus honorarios. Fernanda Faccipieri, negó los hechos expuestos por la actora. Adujo que en el año 2004 trabajaba para la empresa Runwork S.A., realizando guardias de tocoginecología en el Sanatorio Franchín. Que el martes 26/10, le tocó guardia de 8 hs. a 20 hs. En dicha oportunidad, constató el buen estado general de la Sra. Alderete, vitalidad fetal positiva, sin dinámica uterina ni pérdidas genitales. Que estando pendiente los resultados de serología para hepatitis se aisló a la paciente, solicitando interconsulta con clínica médica, siendo evaluada por la Dra. Gutiérrez quien, a su vez, pidió una interconsulta con un especialista en hepatología. Que a las 20 hs. finalizó su turno de guardia, continuando el Dr. Ares. Seguros Médicos S.A., reconoció la existencia de un seguro de responsabilidad civil respecto de la Dra. Fernanda Faccipieri, vigente a la fecha de los hechos. Noble S.A., Aseguradora de Responsabilidad Profesional, admitió que amparaba civilmente a Administradora Sanatorial Metropolitana S.A. en virtud de un contrato de seguros con una franquicia a su favor. Negó la versión expuesta en la demanda, manifestando que la atención brindada a la paciente fue la correcta de acuerdo a la lex artis y al cuadro que presentaba. En consecuencia, no cabe ningún reproche de tipo médico asistencial. Runwork S.A., opuso excepción de defecto legal, rechazada a fs. 470 y de falta de legitimación pasiva. Señaló que no existió culpa alguna por parte de los profesionales que asistieron a la Sra. Alderete, ni vínculo causal entre el daño alegado y la conducta desplegada por aquellos. Destacó que la pérdida del embarazo no es atribuible a la actuación médica que se le dispensara en la clínica Franchin y mucho menos de Runwork S.A., quien carece de relación jurídica con los actores. Carolina Arrojo sostuvo que no intervino en la fase de diagnóstico ni en el tratamiento de la enfermedad que motivó la internación de la accionante. Que durante el lapso que estuvo en contacto con la paciente, los resultados de serología no habían llegado, y que el diagnóstico presuntivo era una hepatitis aguda. Que recién fue requerida por enfermería a las 20 hs. para luego comprobar el óbito fetal. Marisa Lorena Caldas, debidamente notificada, no se presentó a estar a derecho, declarándose rebelde a fs. 389. Alberto Dionisio Correa destacó que se desempeña como médico de guardia en el Sanatorio Franchín. Que el día 22/10/04 controló a la actora a su ingreso, que no tenía criterios de interrupción del embarazo y que lo que se imponía era esperar el resultado de los estudios que se ordenaron. III.- La sentencia. El Sr. juez de grado, con fundamento en el análisis de la prueba producida (historia clínica y pericial médica), entendió que no se ha demostrado que la atención médica brindada a la actora fuera reprochable a título de culpa o negligencia de los facultativos intervinientes por mala praxis médica, en tanto conforme surge de los antecedentes de autos, el accionar de los médicos actuantes fue acorde al arte de curar. En consecuencia, rechazó la demanda incoada por María del Carmen Alderete y Secundino Alberto Cisneros, contra Sanatorio Franchin, Administradora Sanatorial Metropolitana S.A., Obra Social del Personal del Construcción Construir Salud (O.S.P.CON.), Runwork S.A.; María Lorena Calda, Carolina Arrojo, Alberto Dionisio Correa, Fernanda Faccipieri y Noble S.A., imponiendo las costas por su orden. IV.- Agravios. Contra dicha decisión se alza la actora, quien apela la desestimatoria de la demanda. Entiende que el a quo no da real dimensión al error de diagnóstico, desde que este estuvo precedido de un importante retraso en la atención médica y en el seguimiento de los laboratorios solicitados, teniendo una influencia decisiva la demora en la obtención del resultado de la serología para hepatitis que fue solicitada 14 días antes y que recién se conociera el 29/10/04, una vez producida la lamentable pérdida del embarazo y el deceso del hijo de los actores. A lo que cabe agregar que se demoró 5 días en la interconsulta con el especialista hepatólogo lo cual se llevó a cabo después de la cesárea, no habiéndose efectuado un examen ginecológico al ingreso al sanatorio. Sostienen que debe tenerse en cuenta que la colestasis ha sido descripta por el perito como una patología de alto riesgo para el embarazo y la sobrevida fetal. Por lo que se trató de un grave error médico, en tanto requería un mayor control de la salud fetal (ecografías, monitoreos, doppler, etc.). Sin embargo, desde las 11 hs. del día 27/10/04 y hasta las 20 hs. no hay registro de ningún control efectuado en ese lapso. Consideran que no se ha valorado correctamente las impugnaciones vertidas al dictamen pericial, en cuanto el experto contesta en forma vaga e imprecisa y evade aportar datos estadísticos y científicos que permitirían arrojar luz acerca de las decisiones y las conductas de los galenos durante la atención médica conforme la lex artis. Manifiestan que un feto de 35 semanas con un peso de más de 2.500 grs. es considerado como un feto ?ligeramente prematuro? con niveles de sobrevida similares a los de embarazos de 36/38 semanas. Una conducta correcta hubiera implicado el control estricto y continuo del embarazo y de la vitalidad fetal. Señalan que el perito indicó que en esta patología el riesgo de muerte fetal en comparación con el de la población en general, se encuentra aumentado. Que, en ese orden, no puede eludirse que ha quedado

acreditado que la causa de la muerte fetal fue anoxia intrauterina no traumática, como consecuencia de una colestasis gravídica. Concluyen que la actuación de los profesionales no fue acorde a la patología que presentaba la paciente, en tanto el diagnóstico de colestasis del embarazo no fue tenido en cuenta, conforme surge del dictamen pericial. En función de lo expuesto, solicitan se haga lugar a la demanda en todas sus partes.

V.- La valoración de la expresión de agravios, a los fines de determinar si reúne las exigencias necesarias para mantener el recurso interpuesto, no debe llevarse a cabo con injustificado rigor formal que afecte la defensa en juicio. Si así se actúa, cabe descalificar lo resuelto por haberse incurrido en arbitrariedad. De ahí que, en la sustanciación de dicho recurso, el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con amplitud, mediante una interpretación que los tenga por cumplidos aun frente a la eventual precariedad de la crítica del fallo apelado, directiva que tiende a la armonía en el cumplimiento de los requisitos legales y la aludida garantía de la defensa en juicio y a delimitar restrictivamente el ámbito de las sanciones que importan pérdida o caducidad de los derechos del apelante (conf. CNCiv., sala E, del 24/9/74, LL 1975-A-573; íd. Sala G, del 10/4/85, LL 1985-C-267; conf. CNEsp. Civ. y Com. Sala I, del 30/4/84, ED 111- 513). El criterio amplio que preside la materia tiende, así, a asegurar a las partes en litigio una mayor oportunidad para defender sus derechos y afianzar con ello la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional. En ese marco, y dado que la pieza cuestionada da cumplimiento con lo dispuesto por el art. 265 del Código Procesal, es que será desestimada la pretensión de declarar desierto el recurso mencionado.

VI.- Corresponde en consecuencia el tratamiento de los agravios vertidos. VII.- En primer lugar, cabe destacar, atento la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (Ley 26.994 y su modificatoria Ley 27.077), de conformidad a lo previsto en su art. 7 y teniendo en cuenta la fecha de producción de los hechos ventilados en autos, que resultan de aplicación al caso las normas del Código Civil de Vélez. En efecto, la norma citada, siguiendo el Código derogado, establece la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las que se constituyeron o se extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior no son alcanzadas por este efecto inmediato. La ley aplicable, entonces, es la vigente al momento de la constitución de la relación jurídica cuyas consecuencias se encuentran agotadas. Desde esta perspectiva, la responsabilidad de los médicos debe insertarse en las reglas del incumplimiento de las obligaciones y no en la de los hechos ilícitos, salvo la hipótesis de delito de derecho criminal (en el Código de Vélez, normativa aplicable al caso), como que se encuentra sometida a los principios generales de las obligaciones que enuncian el artículo 499 y siguientes y especialmente 512, 519, 520 y 521 del Código Civil -arts. 726, 1721, 1724, 1725 y 1738 del CCyC (Bueres, "Responsabilidad civil de los médicos", p. 74; Bustamante Alsina, "Teoría general de la responsabilidad civil", p. 394, N° 1370; Kemelmajer de Carlucci en Belluscio-Zannoni, "Código Civil comentado, anotado y concordado", t. 5, p. 369, N° 20; Mosset Iturraspe, "Responsabilidad civil del médico", p. 97, N° 2; Colombo, "En torno a la responsabilidad civil de los médicos?", en LL T° 36-p. 794; Alsina Atienza "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico- Obligaciones de medio y de resultado?" en JA 1958-III-p. 587; JA 74-p. 525; ED T° 39 p. 480; ED 74-p. 563_ JA 1965-III- p. 67; LL 115-p. 106; ED 43-p. 337; Alterini, O. Ameal, J.R. López Cabana, "Causa de obligaciones?" Bs. As. 1975 T° II- p. 491 N° 1862; JA T° 74-525 Cám. Civ. 2° Cap. Federal con nota de Arturo Acuña Anzorena; JA 1985-IV- p. 368, Cám. Nac. Civ. Sala G nota del Dr. Burniabran; JA 1983-II- p. 156 y sgtes., Cám. Nac. Civ. Sala C, voto del Dr. Cifuentes, con profusión de citas doctrinarias; JA 1988-II-p. 30 y sgts. Cám. 2° Civ. y Com. La Plata, Sala 1° con voto del Dr. Félix Trigo Represas; JA 1980-III-p. 524 y LL 1980-C-p. 294; LL 1976-C-p. 67; LL 1986-A-p. 469). La culpa debe apreciarse inicialmente en concreto, sobre la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar. Las condiciones personales del agente deben ser tenidas en cuenta a los efectos de estimar el mayor o el menor deber de previsión con arreglo a lo dispuesto por el art. 902 CC -art. 1725 del CCyC- y sin perjuicio de correlacionar esta norma con la recta interpretación que debe efectuarse en derredor del texto del art. 909 CC. (art. 1725 del CC). Con estos elementos concretos el Juez conformará un tipo abstracto de comparación, flexible, circunstancial, específico, que represente la conducta que debió obrar el agente en la emergencia. Y de la confrontación entre el actuar real y el actuar debido (idealmente supuesto) surgirá si hubo o no hubo culpa. (Bueres, Alberto J. comentario al art. 512, en Bueres, Alberto J. (dir) Highton, Elena (coord.), "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial?", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, T 2A, p. 151). Parte de la doctrina sostiene asimismo, que pesa sobre el actor la carga de la prueba de la culpa del médico con fundamento en que la obligación es en principio de medios y no de resultado, ya que salvo algunos supuestos excepcionales, el médico no está obligado al restablecimiento de la salud, sino solamente a procurarla, aplicando todos sus conocimientos y su diligencia (Conf. Llambías "Obligaciones?", T I, p.211, n° 171; Bustamante Alsina, "Teoría de la Responsabilidad Civil?"; p. 96, n° 1376 y su nota, LL, 1976-C-63 entre otros). He sostenido con anterioridad (precedente n° 4.145/01) que tal criterio se encuentra actualmente en crisis en razón de la vigencia de la teoría de la carga probatoria dinámica (hoy consagrada en el art. 1735 del CCyC) que impone la prueba a quien está en mejores condiciones de producirla, caso contrario puede originar una presunción en su contra. En el supuesto de la mala praxis médica indudablemente no es el damnificado, en la mayoría de los casos, quien ocupa tal posición ventajosa. En virtud de dicha teoría, se impone el deber de

cooperación que deben asumir los profesionales médicos cuando son enjuiciados. Ello por cuanto quien se encuentre con aptitud y comodidad para prestar su ayuda a esclarecer la verdad, debe hacerlo, destacándose asimismo el valor de las presunciones "hominis" que tienen un papel preponderante en vista a las dificultades probatorias con las que muchas veces se enfrenta el pretensor. Por otra parte, las I Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes 1981) señalaron que, en ciertas hipótesis de prestación médica, es exigible el buen resultado de la actividad. Cada obligación lleva consigo la obtención de un resultado. El distingo entre obligaciones de medios y resultados tiene trascendencia, siquiera como elemento ordenador conceptual, pero no constituye una summa divissio, ni que sea una varita de virtudes con poderes mágicos para resolver el universo de situaciones (Alterini, Ameal, López Cabana "Derecho de las Obligaciones", ap. 1217). Por otra parte la vinculación entre la obligación y la responsabilidad que atañe a las partes no siempre resulta claramente determinable. En este último sentido se ha dicho que "...no puede dejar de advertirse que tal distinción obligacional muestra aspectos híbridos en cuanto a la relación médico-paciente pues, si bien es cierto que excede las posibilidades humanas prometer la salud o la curación total, también lo es que el vínculo se acuerda en la inteligencia de un resultado-que puede o no darse- pero que se incluye en las previsiones precontractuales...(CNac.Civ., Sala B, 11/9/85 in re "O. de A. A. M. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", ED 116-281). Y ello por cuanto todo proceso de curación o intervención contiene medios y se dirige a un resultado. De allí que el medio y el resultado se entrelazan, sin que se pueda establecer entre ambos límites precisos (CNCiv. Sala H, 7/6/95, causa n° 151722). En definitiva, en materia de responsabilidad profesional son aplicables los principios para la distribución de la carga de la prueba y cuando la responsabilidad se sustenta en la culpa, en orden a las circunstancias del caso, alcance de la pretensión y defensas, situación privilegiada en materia técnica, etc., el profesional tiene la carga exclusiva o concurrente de acreditar su diligencia, lo que equivale a demostrar que no tuvo culpa ("Derecho de daños", Atilio Alterini, Roberto López Cabana, p. 279). El establecimiento asistencial asume, asimismo, frente al paciente, una responsabilidad de naturaleza contractual directa, como consecuencia del contrato celebrado entre la clínica (estipulante) y el médico (promitente) a favor del enfermo (beneficiario) -Art. 504 CC estipulación a favor de tercero- art. 1027 del CCyC (Buenos Aires "Responsabilidad civil de los médicos", p. 375/76), cuya obligación principal surge del contrato de prestación de servicios médicos y consiste en suministrar la debida atención a través de los profesionales idóneos y los medios materiales suficientes y adecuados al efecto; asumiendo además una obligación tácita de seguridad insita en el principio genérico de "buena fe" en el cumplimiento de las obligaciones del art. 1198, párr. 1° del Cód Civil y arts. 9, 729 y 961 del CCyC, de carácter accesorio a la anterior y en virtud de la cual el paciente no debe recibir daño alguno con motivo de la prestación de servicios médicos requeridos. Revelada la culpa del médico, dicha responsabilidad se torna inexcusable en tanto queda de manifiesto la violación del crédito a la seguridad y el establecimiento sanitario no puede probar su no culpa en la elección o en la vigilancia (Buenos Aires; Ob. Cit. p. 386/87). Destaco en este sentido el fallo dictado por la Excma. Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires in re "Brito de Lescano c/ Sjolita, Carlos y otros" (JA 1002-I-p. 315) donde se dijo: "Como los establecimientos asistenciales se valen de la actividad ajena de los médicos para el cumplimiento integral de su obligación, habrán de responder por la culpa en que incurran 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; y de la equivalencia de comportamientos del obligado y de sus sustitutos que determina que el hecho de cualquiera de ellos se considere como si proviniese del propio deudor?". Por su parte, la obra social o las empresas de medicina prepaga, responden, no solamente por omisión o insuficiencia en el suministro del servicio de salud a su cargo, sino también por las deficiencias de la prestación cumplida, atribuible a culpa o negligencia de los profesionales. Asumen, también, una obligación tácita de seguridad, insita en el principio genérico de "buena fe" en el cumplimiento de las obligaciones del art. 1198, párr. 1° del Cód Civil por la eficiencia del servicio de salud a su cargo, máxime teniendo en cuenta que la vida y la salud revisten indiscutible interés social, el que trasciende de lo meramente privado y se proyecta más allá hasta el ámbito del orden público ya que esta en juego el derecho a la vida y a poder seguir viviendo en la misma plenitud de que se gozaba hasta entonces (Buenos Aires, Responsabilidad de los médicos, 2° ed., T 1, p. 380 y ss. Y 472 y ss.; Félix Trigo Represas, "Reparación de daños por Mala Praxis Médica", p. 401 y ss.). VIII.- Bajo dicho marco normativo y doctrinario, analizaré la atención brindada a la actora a los fines de valorar la conducta seguida por los profesionales que la asistieron, en función del invocado error de diagnóstico y tratamiento inadecuado brindado por los demandados y que según sostienen los recurrentes produjo el fallecimiento del feto, y establecer así, la existencia o no de responsabilidad médica en los demandados. En ese orden y luego del estudio acabado de todas las pruebas agregadas al expediente, analizadas y valorarlas en conjunto con el prisma de la sana crítica (art. 386 y 477 del CPCC), puedo concluir que le asiste razón a los apelantes en su fundamentación recursiva, resultando los agravios idóneos y convincentes a fin de enervar el criterio sostenido por el a quo en el fallo de grado. En efecto, tales antecedentes demuestran no solo que se incurrió en un error de diagnóstico, sino también, que a raíz de ello el tratamiento que se le diera a la paciente no fue, precisamente, el adecuado a la patología que presentaba, y que ello se encuentra directamente relacionado

con el fatal desenlace, al existir un absoluto y total descuido en la atención, seguimiento y control brindado a la Sra. Alderete, fundamentalmente el día 27/04/04, fecha en la que se produjo el óbito fetal. Destaco en tal sentido el derecho elemental del juzgador de no seguir a las partes en todos y cada uno de las explicaciones que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos, limitándose a escoger entre aquellos que guardan relación directa con la litis y que revisten sustancial importancia para la justa solución del diferendo (Conf. Art. 386 del CPCCN; Fenochietto-Arazi, ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado?, Astrea, Buenos Aires, 1993, T. I, p. 620; Colombo, Carlos J. y Kiper, Claudio Marcelo, ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y Comentado?, Buenos Aires, La Ley, 2006, tomo II, P. 167; Corte Sup., ED 18-780; CNac. Civ., Sala D, ED20-B-1040; Sup. Corte de Bs. As., ED 105-173; esta Sala, Expte. 114.223/98 entre muchos otros). Que corresponde asimismo apreciar y valorar las pruebas en conjunto y no aisladamente de conformidad a los principios que inspiran la sana crítica, la que sintetiza en el examen lógico de los distintos medios, la naturaleza de la causa y las máximas de experiencia (Fenochietto-Arazi, ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado?, T II, p. 356). Ello por cuanto la certeza, no se obtiene con una evaluación aislada de los distintos elementos, sino en su totalidad, de tal modo que unidas eleven al ánimo del juez la convicción de la verdad de los hechos (cfr. Falcón, Enrique, Código Procesal, T.III, p. 190; Peyrano, J. W., Chiappini, J.O. ?Apreciación conjunta de la prueba en materia civil y comercial? J.A. 1984-III-799). La prueba pericial médica adquiere en tal sentido una gran relevancia, en tanto si bien el dictamen pericial no obliga al Juez, cuando éste está suficientemente fundado y es uniforme en sus conclusiones debe acordársele valor probatorio. La sana crítica aconseja seguir el dictamen pericial cuando no se oponen a ello argumentos científicos y técnicos, legalmente bien fundados, por lo que debe reconocerse plena validez a este tipo de prueba que recae sobre hechos controvertidos sustancialmente técnicos para cuya valoración se requieren conocimientos especiales, pudiendo sus conclusiones solo ser enervadas por fundadas razones científicas y no por la mera opinión discordante de profanos en la materia o sobre la base de meras divergencias subjetivas (conf. Expte. 37.715/04). Conforme surge de la HC acompañada en autos, el 8/10/2004, cursando la actora un embarazo de 32,1 semanas se le solicitó un hepatograma por presentar prurito (Dra. Melgarejo). El 22 de octubre se internó en el Sanatorio Franchin con un embarazo de 34,2 semanas y diagnóstico de hepatopatía derivada del CEMAP Belgrano, con prurito generalizado y hepatograma patológico con enzimas y fosfatasa alcalina aumentadas del 13/10/04. Se le solicitó rutina, hepatograma, serología para hepatitis, citomegalovirus, herpes, ecografía hepática y obstétrica. Se le realizó monitoreo fetal anteparto a las 18.30 con resultado reactivo (Dr. Alberto Correa, especialista en obstetricia y ginecología). El 23/10/2004 presentó movimientos fetales positivos, sin contracciones, sin pérdidas, pendiente laboratorio y ecografías En tratamiento con dieta hepatoprotectora, reposo y Benadryl (Dr. esteban Koltan). Ecografía obstétrica: peso 2.520 gr. El día 24 de octubre mostró buen estado general, con movimientos fetales positivos. Dinámica uterina negativa. Consta otro hepatograma con enzimas y fosfatasa alcalina en aumento, ésta última en 639. Pendiente serología para hepatitis, citomegalovirus y herpes (sin firma). Ese mismo día a las 12 hs. se indicó aislamiento por presunción de hepatitis viral (Dra. Maquieira). Consta que el 25/10/04 sigue en buen estado general y con movimientos fetales positivos y dinámica uterina negativa. Manifiesta prurito. Se solicita nuevo laboratorio que arroja FAL 650. El día 26 se verificó movimientos fetales positivos. Dinámica uterina aislada (Dr. Silva). Ese mismo día se indica interconsulta con clínica médica, donde la Dra. María José Gutiérrez, deja constancia que se encuentra pendiente serología para hepatitis. Dermatitis de pies y manos por prurito. Solicita nuevo laboratorio. Interconsulta con hepatología. El mismo día, la paciente refiere contracciones. El Dr. Ares le realiza un tacto y decide tratamiento Tocolisis. A partir de las 23 hs. la paciente manifiesta contracciones más seguidas por lo cual el obstetra indica indometacina que no se administra por estar faltante en el servicio. El 27/04 la Dra. Caldas decidió aumentar el goteo de Duvadilan; a las 11hs. de ese día se le realiza un control obstétrico que informa latidos fetales positivos (Dra. Silva). A las (20 hs.) la enfermera refiere que la paciente tiene contracciones, no se auscultan latidos fetales. 20.10 hs. latidos fetales negativos con monitor. Se solicita ecografía urgente, no hallándose latido cardíaco. A las 22 horas se realiza la cesárea, extrayéndose el feto muerto. Conforme indica el perito a fs. 630 vta., la causa de la muerte fue una anoxia intrauterina no traumática como consecuencia de una colestasis gravídica. Ello es confirmado a fs. 145 de la HC donde consta ?retrospectivamente, colestasis gravídica con la peor complicación fetal?, Diagnóstico que es, además, reconocido por los propios demandados en sus respectivas contestaciones de demanda. Mal puede sostenerse entonces que no se acredita cual fue la causa del deceso. Indica el galeno, que con una paciente que en la segunda mitad del embarazo presenta un cuadro de hepatopatía, se debería realizar un diagnóstico diferencial entre todas las patologías de origen hepático que pueden asociarse a la gestación: hepatitis viral, hepatitis autoinmune, síndrome HELLP, hígado graso agudo del embarazo, mononucleosis infecciosa, citomegalia, parvovirus B 19, prurigo gestacional y colestasis gravídica (fs. 623 vta y 624). Destaca luego, que de todas las patologías hepáticas descriptas, las únicas que se presentan con prurito como síntoma principal son el prurigo gestacional y la colestasis del embarazo. Agrega que, en la actualidad, el seguimiento de la enfermedad se hace en base al nivel sérico de ácidos biliares (ácidos cólico y ursodesoxicólico) que

al momento del hecho de autos no se realizaban en forma habitual (ver fs. 625 vta.); destacando, no obstante, que el diagnóstico de Colestasis obstétrica se efectúa al momento del hecho mediante el cuadro clínico de la paciente, presencia de prurito sobre todo palmo plantar en un embarazo del tercer trimestre con elevación de enzimas hepáticas (hepatograma). Resalta que llama la atención que no se haga mención en la historia clínica del diagnóstico diferencial más probable (como primer diagnóstico): colestasis gravídica, dado el cuadro clínico de la paciente que tenía como síntoma principal el prurito con elevación de las enzimas hepáticas (fs. 625 vta. y fs. 628 vta. fs. 629). No puede perderse de vista, que la toxicidad de los ácidos biliares, aumentados en esta patología, hace que esté aumentado el riesgo de sufrimiento fetal aproximadamente en un 30% de los casos y el riesgo de muerte fetal en un 10% (fs. 626 vta.), siendo la muerte fetal intraútero en una colestasis gravídica la complicación más grave y temida. No cabe duda a tenor de lo manifestado por el perito, que los síntomas que presentaba la paciente, prurito con elevación de las enzimas hepáticas (fosfatasa alcalina en aumento de 482 a 650) daban cuenta, claramente, de un cuadro de colestasis, que no fue debidamente diagnosticado por los médicos que la trataron. Y si bien el error de diagnóstico no implica siempre negligencia de parte de los médicos, lo cierto es que en el caso, esa falta de diagnóstico correcto llevó a que el tratamiento llevado a cabo no fuera acorde a la patología que presentaba la paciente, desde el momento en que la colestasis del embarazo no fue tenida en cuenta (fs. 631). Destaca luego el experto, que el tratamiento para dicha afección consiste en la administración de ácido ursodesoxicólico, colestiramina o antihistamínicos, estando comprobado que atenúan los síntomas (prurito) principalmente con el primero, aunque no se ha podido probar su eficacia en mejorar el pronóstico perinatal. La conducta, en tanto se aguarda el resultado de los ácidos biliares, es expectante con control de vitalidad fetal y tratamiento sintomático del prurito. Esa conducta expectante se basa en establecer el momento óptimo para decidir la extracción fetal, que dependerá, precisamente, de la evolución del cuadro clínico y del laboratorio de la paciente, conjuntamente con la evaluación de la madurez y vitalidad fetal, siendo la terminación del embarazo el único tratamiento efectivo (fs. 625). Y si bien se trata de alcanzar, en general, la madurez fetal (36 a 37 semanas), ello, como señalara, depende de cada caso en particular (evolución clínica de la paciente y elevación de las enzimas hepáticas), pero siempre con control estricto de la vitalidad fetal (fs. 628 vta.), que es lo que entiendo no hubo en el caso. Es que, aun cuando el perito concluya en las consideraciones médico legales que la paciente fue correctamente internada, que el motivo de la internación fue hepatopatía que abarca a todos los procesos patológicos de origen hepático, presuntiva de hepatitis viral y que el tratamiento con útero-inhíbidores fue adecuado, dado que se trataba de una amenaza de parto pre término (embarazo de 34,6 semanas, contracciones uterinas y modificaciones cervicales), también señala que llama la atención que no se haya realizado control de salud fetal (monitoreo cardíaco fetal y/o ecografía). En este aspecto, debe resaltarse que no hay registro en la HC de ningún control efectuado el día 27/10/04 desde las 11 hs. hasta las 20 hs.; es decir, en las últimas nueve horas. También debe ponderarse, que si bien a fs. 630 vta. el experto señaló que los estudios e interconsultas realizadas durante la internación fueron correctos, dado el riesgo fetal presente en esta patología, los estudios de vitalidad fetal se deberían haber realizado con mayor frecuencia. Esa falta de atención, control y cuidado se observa también en la demora para obtener los resultados de laboratorio. En tal sentido, indica el galeno que el 28/12/04 se habló telefónicamente con el laboratorio quienes informaron el resultado negativo de la serología solicitada. Sin embargo, el protocolo del laboratorio con necrología negativas para hepatitis, citomegalovirus y herpes se encontraba fechado el 26/10/04. Destaca en este orden, que una excesiva demora en la obtención del resultado de laboratorio hace que el mismo pierda valor desde el punto de vista práctico, ya que puede retrasar en forma significativa la realización de un tratamiento efectivo, señalando a fs. 629 vta. que tal indicación debe hacerse en base a un diagnóstico previo de la patología a tratar (fs. 629 vta.). En cuanto al momento oportuno para haber realizado la cesárea y que el feto naciera vivo, indicó que cualquier respuesta estaría inducida por el resultado obtenido y que es sencillo ver las cosas una vez que se consumaron los hechos (fs. 627), agregando que hay que tener presente que a esa edad gestacional de 34.2 semanas, aun conociendo el diagnóstico se puede adoptar una conducta expectante y en esa espera el feto puede morir, dado que las medidas terapéuticas no mejoran el pronóstico fetal y los estudios para valorar la salud fetal no son lo suficientemente específicos y sensibles para predecir el deterioro del feto. Sin embargo, entiendo que tal consideración es contradictoria en tanto es el propio perito quien manifiesta que para tomar una determinación sobre el momento oportuno de finalizar un embarazo en forma prematura hay que tener en cuenta los antecedentes maternos, patologías asociadas al embarazo y estado evolutivo de la gestación: crecimiento fetal, edad gestacional, madurez y vitalidad fetal (fs. 627); admitiendo en la audiencia de fs. 721 que si se hubiese realizado una cesárea anticipada, el feto podría haber tenido una sobrevida mayor a la que tuvo. Y aun cuando indique que ello no implica que el procedimiento llevado a cabo fuera erróneo, destaca en reiteradas oportunidades que debió realizarse un control fetal más estricto. Conforme tales consideraciones, se puede concluir, que la conducta a seguir en esta patología, se basa en establecer el momento óptimo para decidir la extracción fetal, que dependerá de la evolución del cuadro clínico y del laboratorio de la paciente, conjuntamente con la evaluación de la madurez y vitalidad fetal, siendo la terminación del embarazo el único tratamiento efectivo; y si bien, en general, se

trata de alcanzar la madurez fetal (36 a 37 semanas), dependiendo de cada caso en particular (evolución clínica de la paciente y elevación de las enzimas hepáticas), debe haber control estricto de la vitalidad fetal, extremo éste último que no estuvo presente el día 27/10/04 entre las 11hs. y las 20 hs., período en el que se produce el óbito fetal. En este orden, debe tenerse en cuenta, que se trataba de una paciente de 38 años de edad, con un aborto espontáneo a los 37 años, operada de un fibroma uterino en el año 2000 con incisión fúndica ántero lateral. Si bien el experto descartó cualquier incidencia causal de las cicatrices, puesto que no hubo rotura uterina (fs. 626 vta.), tales antecedentes forman parte de las condiciones particulares de la paciente; lo que aunado a las contracciones pre termino que presentó la actora, y al cuadro de colestasis como patología asociada, imponía, ciertamente, una conducta oportuna y diligente a través de un estricto seguimiento y control; teniendo en cuenta, asimismo, que el feto pesaba 2.580 gr, encontrándose al momento del deceso en la semana 35 de gestación. Entiendo, en definitiva, que en el caso, la interrupción del embarazo de manera prematura, aun cuando no se presentara como sencilla, como sostiene el a quo, debió valorarse en el contexto de un control y seguimiento estricto de la vitalidad fetal que está probado que no se hizo. Ello trae aparejado, a mi criterio, la responsabilidad por mala praxis médica. No puede soslayarse que en los juicios en los que se debate la responsabilidad médica, la prueba debe versar no sólo sobre el resultado negativo del tratamiento, sino también sobre los actos u omisiones del profesional que demuestran una actividad negligente, imprudente o falta de pericia necesaria, pues aquella no queda comprometida si la conducta considerada reprochable no está probada suficientemente (CS, 1999/7/06, Schauman de Scaiola, Martha S.c/ Provincia de Santa Cruz y otro, p. 477). En tal sentido, se impone la necesidad de examinar la cuestión a través del prisma de la causalidad adecuada (art. 906 Cód. Civil). En efecto, el nexo de causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil, es un elemento fundamental tanto en el campo de la responsabilidad objetiva como en el de la responsabilidad subjetiva. Debe destacarse que la determinación del nexo causal entre el hecho y sus consecuencias depende de las circunstancias que acompañan a la producción del daño, es decir, de las particularidades del caso. La investigación sobre el nexo entre la conducta analizada y sus resultados es una cuestión de hecho, supeditada a la apreciación del juez y que se corresponde con sus peculiaridades. De este modo, debe establecerse en el plano jurídico si un suceso es causa de otro. Por consiguiente, es necesario realizar ex post facto un diagnóstico de probabilidad en abstracto, inquiriendo si la acción u omisión que se juzga era, de suyo, idónea para producir normalmente ese hecho, según el curso natural y ordinario de las cosas (Goldenberg Isidoro, Indemnización por daños y perjuicios, p. 222; Colombo, "Culpa Aquiliana, T° I, N° 56, p. L17; Borda, "Obligaciones" T° II, n°1317, p. 243). Sin embargo, aun cuando se requiere la prueba efectiva del nexo causal, en determinadas circunstancias resulta necesario flexibilizar la exigencia probatoria del nexo causal (en cabeza del paciente), a fin de que la responsabilidad médica no se torne ilusoria (Calvo Costa, Carlos A. ¿Responsabilidad médica. Causalidad adecuada y daño: una sentencia justa? comentario al fallo de la Sala E de la CNac.Civ., del 05/04/2006 ?P. de M., C. del C. c.? publicado en LA LEY 28/06/2006, 28/06/2006, 3 - LA LEY2006-D, 69 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 01/01/2007, 565). La relación de causalidad tiene que establecerse con un grado suficiente de certeza y verosimilitud. Señaló el citado autor que ?no podemos pasar por alto que a la parte demandante le resulta muy dificultoso en la mayoría de los casos poder probar que de haber existido diligencia en la conducta profesional, el daño (muerte o lesiones) no se hubiera producido o se hubiera retrasado (si hablamos de un fallecimiento). La prueba del nexo causal, entonces, deviene muy dificultosa, ya que la conducta omisiva del médico impedirá saber -en definitiva- qué habría ocurrido de haber actuado éste con diligencia. Por lo tanto cuando la experiencia indica que un hecho debió ser causa del daño, según el buen sentido del juzgador, estimamos que puede tenerse por probada la relación causal hominis, sin que ello implique soslayar su prueba. Claro está que para que el sentenciante pueda arribar a la conclusión de tener por probada la causalidad hominis, el reclamante deberá haber aportado suficientes elementos probatorios, cuyo análisis le permitirá al juez formar su convicción respecto de la responsabilidad del galeno, los cuales, si bien no logran acreditar fehacientemente el nexo causal, resultan reveladores de su existencia. En la formación del convencimiento del magistrado, sin duda alguna que contribuirán los peritajes médicos que se efectúen en la causa, en todos aquellos casos en los que el perito, si bien no se manifiesta de modo terminante, deja en claro que cierto acto "pudo haber" sido o causado el evento dañoso, indicando de tal modo una probabilidad pero no una certeza?. En dicha inteligencia, aun cuando el daño haya podido tener su origen en el ejercicio grupal de la medicina (tipificada cuando media una simple pluriparticipación de médicos que ejercen independientemente su profesión, prestando servicios autónomos y complementarios en la atención del paciente -sucesivos integrantes de las guardias, realización de interconsultas, etc.-) no obsta a que deban analizarse las responsabilidades individuales de cada médico en cuanto a su concreta vinculación con la producción del daño. Así, entiendo que dentro de los profesionales que atendieron a la actora, es la conducta desplegada por la Dra. Caldas la que no se ajustó a los principios científicos que le imponía el ejercicio de la actividad médica, actuando con la previsibilidad que prevén los artículos 512 y 902 del CC -arts. 726 y 1725 del CC y C. En efecto, la citada profesional, declarada rebelde con los alcances de los arts. 59,60 y 356, inc. 1° del C.P.C.C. y art. 919 del Código Civil, es quien atendió a la accionante el día 27/10/04, realizándose el último

control a las 11hs., cuando la Dra. Caldas debió procurar un seguimiento y control adecuado, oportuno y estricto del estado de la paciente y de la salud fetal, y/o, en su caso, dejar instrucciones precisas para que los cuidados indicados se llevaran a cabo. Sin embargo, no hay registro en la HC de ningún control efectuado ese día desde las 11 hs. hasta las 20 hs. Entiendo, sin embargo, que no ha tenido incidencia causal la conducta desplegada por los Dres. Arrojo, Faccipieri y Correa, en tanto que pese a que existió un error de diagnóstico, la practicas llevadas a cabo por éstos en cuanto al control materno y fetal resultaron apropiadas, arrojando todas ellas resultados positivos. Destaca en ese orden el experto, que el diagnostico y la demora en los resultados para serología hepática, no es atribuible a la Dra. Arrojo, quien tampoco indicó la aplicación de uteroinhibidor, en tanto la resolución tomada por la citada profesional para comprobar el óbito fetal fue correcto: auscultación negativa y confirmación con la ecografía. Su conducta fue adecuada de acuerdo a forma, lugar y modo (fs. 627/28). Señala, en igual sentido, que no surge de la pericial médica que hubiera tenido alguna incidencia la conducta de la Dra. Faccipieri, por cuanto ninguna de las evoluciones que figuran en la HC correspondientes al 27/10/04 están firmadas por dicha profesional. En cuanto al Dr. Correa sólo atendió a la actora el 22/10/04 al ingreso al sanatorio, siendo su conducta conforme indica el experto, adecuada (fs. 632). Se le realizó un monitoreo fetal, le informaron que el bebé se encontraba en perfecto estado, le hicieron un hepatograma y la dejaron internada ante la sospecha de estar en presencia de una hepatitis (ver fs. 621 y vta.). En cambio, ha habido, asimismo, incumplimiento del deber de indemnidad (art. 1198, primer párrafo del CC; arts. 9, 729 y 961 del CCyC y 5 de la ley de Defensa del Consumidor) que compromete la responsabilidad de las restantes codemandadas: Administradora Sanatorial Metropolitana S.A., en su carácter de gerenciera de la Obra Social del Personal de la Construcción "Construir Salud" (O.S.PE.CON.), como de ésta última, en tanto asumen una obligación de seguridad al garantizar al paciente que no sufrirá daños por la deficiente prestación médico asistencial. Con igual alcance, la demanda se hace extensiva a Runwork S.A., desestimándose la excepción de falta de legitimación pasiva alegada oportunamente. Ello, desde que lo expuesto por la Administradora Sanatorial Metropolitana S.A. en cuanto a que al tiempo de los hechos relatados en la demanda el servicio de ginecología y obstetricia se encontraba concesionado en favor de la empresa RunworkS.A., quien contrataba a los profesionales y les abonaba sus honorarios, se encuentra corroborado por la Dra. Faccipieri quien manifestó que en el año 2004, mientras trabajó para el Sanatorio Franchin, facturaba sus servicios y percibía los honorarios de la empresa Runwork S.A. (fs. 256 y fs. 542 vta.) En función de los argumentos expuesto, propongo al Acuerdo, revocar la sentencia apelada, haciéndose lugar a la demanda deducida por María del Carmen Alderete y Secundino Alberto Cisneros contra Administradora Sanatorial Metropolitana S.A., Obra Social del Personal de la Construcción "Construir Salud" (O.S.PE.CON.), Runwork S.A., la Dra. María Lorena Calda y A.S.M. Noble S.A., ésta última en los términos del art. 118 de la ley 17.418; confirmándola en cuanto rechaza la demanda incoada contra Carolina Arrojo, Alberto Dionisio Correa y Fernanda Faccipieri. VIII.- Corresponde, en consecuencia, el tratamiento de los rubros que integran la cuenta indemnizatoria de autos, debiendo destacarse que los actores reclamaron lo que en más o en menos resultare de la prueba a producirse en el proceso. IX.- Valor vida-pérdida de chance. Reclamaron por este ítem, la cantidad de \$150.000. En primer lugar señalaré, que adhiero a la doctrina y jurisprudencia que considera que la vida humana no tiene un valor económico "per se", sino en relación al perjuicio económico que la muerte produce en el patrimonio de los herederos y/o terceros directa o indirectamente afectados. Según esta posición lo que se indemniza no es el hecho de la muerte en sí misma, sino el perjuicio económico concreto que dicha muerte causa en el patrimonio de los causa-habientes porque ese detrimento es el que configura el daño resarcible a la luz de lo dispuesto en los art. 1068, 1069, 1077, 1083 y ccs. del Código Civil. No se mensura la vida sino los intereses frustrados con la muerte. En tal sentido, se consideró en las I Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín 1984) que, en caso de muerte, son indemnizables "las consecuencias patrimoniales o afectivas que el deceso ha originado a terceros", esto es el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial y no la "vida perdida". Las VI Jornadas Rioplatenses de Derecho llevadas a cabo en Punta del Este, Uruguay en 1991, a su vez, reiteraron que "la pérdida de la vida humana no origina per se daño resarcible alguno en cabeza del occiso que es trasmisible mortis causa?". Entiendo, asimismo, que debe reconocerse personalidad humana del ser concebido aún nonato. La muerte del "nasciturus" atribuible a un hecho desencadenante de responsabilidad civil, constituye un daño tanto material como moral resarcible para sus progenitores. Se ha señalado que, nuestro ordenamiento, al otorgar capacidad de derecho al hombre antes de su nacimiento, está reconociendo que la existencia misma ha comenzado con la gestación. El derecho reconoce como principio jurídico un hecho natural -la existencia humana desde la concepción- lo que debe proyectarse a todo el derecho, incluido el derecho de daños ("Daños derivados de la muerte del hijo concebido" por Matilde Zabala de González, Jurisprudencia Argentina, 1989, T.3, p. 834; INFOJUS: DACA890282). La misma autora resalta que la muerte antes del nacimiento determina que el ser concebido sea considerado "como si no hubiera existido" sólo en el ámbito de los derechos antes adquiridos por dicha persona, que se resuelven si no nace con vida. Por el contrario, la ficción de considerar como inexistente lo que sí existió no alcanza a los derechos o intereses de otras personas, lesionados por la extinción de esa vida que innegablemente había surgido. Si la vida humana

se protege antes del nacimiento no pueden dejar de protegerse también las expectativas que los progenitores arraigaban en esa existencia, calculadas por la muerte del hijo. ¿La pérdida de la vida del feto antes o durante el nacimiento no afecta la personalidad de que se gozó en el pasado aunque, por supuesto, la extingue para el futuro. Negar la ¿personalidad del nasciturus, volviéndola a la nada al afirmar su naturaleza ¿condicional? supone negar un hecho real, pasado e irrefutable? (Bertoldi de Fourcade-Bergoglio, en Lecciones de derecho civil, p. 64 con cita de la opinión de Cifuentes). Así, la muerte del hijo concebido -al igual que la del nacido y de corta edad- es indemnizable por el responsable del fallecimiento, dentro del concepto de daño material y como frustración de la ¿chance? de ayuda futura que los padres lógicamente podrían esperar. Y dicha probabilidad no es hipotética o conjetural, dado que resulta verosímil en el curso ordinario de las cosas y la normal estrechez de las relaciones familiares. Así, en doctrina, se ha reconocido el derecho de los padres a ser indemnizados por la pérdida de dicha chance, advirtiendo que la distinción entre hijo concebido y nacido es de grado y no de esencia: cuanto más próximo esté el hijo de llegar a la edad que le permitirá cooperar económicamente con sus progenitores, mayor será la probabilidad de que así habría ocurrido de no haber fallecido (conf. Zavala de González, Daños a las personas - Pérdida de la vida humana, t. 2b, ps. 285 y ss., cap. VIII). En lo que se refiere a la determinación del quantum los magistrados no están obligados a ceñirse a fórmulas matemáticas, teniendo al respecto el prudente arbitrio judicial un amplio margen y a tales fines el criterio del juzgador debe ajustarse no sólo a las posibilidades de acrecentar sus ganancias durante el tiempo probable de vida sino también debe tener en cuenta las circunstancias personales, sexo, grado de cultura, posición socio-económica, estado familiar, etc., debiendo tenerse presente que aunque en la especie el detrimento patrimonial de los padres es un daño cierto, la proyección futura de dicha colaboración debe ser apreciada con prudencia. Teniendo en cuenta lo expuesto, la situación personal de los reclamantes: ambos 38 años de edad a la fecha de los hechos de autos, siendo que la Sra. Alderete trabajaba como empleada doméstica, y el Sr. Cisneros, realizando trabajos de refacción de casas, pinturas, etc., es que entiendo que el presente resarcimiento debe prosperar por la suma de \$100.000 a favor de cada uno de ellos (art. 165 del CPCC).

X.- Daño psíquico y gastos de tratamiento psicológico. Solicitan los actores por los conceptos indicados la suma de \$150.000. De la pericial obrante a fs. 560/599 surge que la Sra. Alderete presenta un cuadro de duelo patológico de tipo severo que ha alterado su equilibrio psicológico produciéndose elevados sentimientos depresivos con regresión de sus intereses, dificultándole el contacto interpersonal con los otros y a su vez, su acceso a la actividad laboral. Tales secuelas importan un 35% de incapacidad. En cuanto al Sr. Cisneros indica la experta que padece un duelo patológico leve con un 10% de incapacidad. Sugiere, en relación a la Sra. Alderete, la realización de un tratamiento psicoterapéutico de 18 meses de duración y con la evaluación de un psiquiatra para determinar la prescripción de psicofármacos antidepresivos a razón de una sesión psicológica semanal y una psiquiátrica mensual. Respecto de Sr. Cisneros aconseja un tratamiento psicoterapéutico de tres meses de duración, con un valor de \$80 la sesión y una frecuencia semanal. Ya me he referido al alcance y valor probatorio del dictamen pericial. A tales consideraciones me remito en honor a la brevedad. En orden a ello, cabe destacar que el daño psíquico supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente. Comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros, pero ya sea como situación estable, o accidental y transitoria, implica en todo caso una faceta morbosa, que perturba la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual y de relación. (conf. Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de daños" Tº 2a., pág. 187 y ss). No debe por lo demás ser restringido al que proviene de una lesión anatómica, toda vez que hay importantes perturbaciones de la personalidad que tienen su etiología en la pura repercusión anímica del agente traumático, aunque el desequilibrio acarree eventuales manifestaciones somáticas. Lo psíquico de la persona humana, su modo de estar o su alteración por obra de terceros, no es indiferente al derecho; puesto que de no tenerse en cuenta se parcializaría la contemplación y el resguardo de quien es el centro del ordenamiento jurídico: el derecho es para el hombre y no el hombre para el derecho (Mosset Iturraspe en "Responsabilidad por daños" TI 4, PS. 35-36). Es así, que el daño físico y el psíquico deben ser considerados en forma autónoma, pues si bien representan ambos un menoscabo a la salud integral del individuo, su distinta naturaleza permite diferenciarlos, como asimismo del daño moral que trasunta y afecta el ámbito espiritual del sujeto. Asimismo cabe destacar que al igual que en el caso de heridas u ofensas físicas (art. 1086 del Cód. civil) en las lesiones psíquicas la víctima tiene derecho a ser indemnizada ¿de todos los gastos de curación y convalecencia?. Ello implica la recurrencia a tratamiento psiquiátrico o terapia psicológica y a la medicación que fuese necesaria. El detrimento patrimonial que supone un tratamiento psiquiátrico indispensable para reparar lesiones en la salud suficientemente comprobadas y además económicamente mensurable, configura un daño cierto aunque las erogaciones respectivas puedan o deban tener lugar en todo o en parte, en tiempo ulterior. En función de lo expuesto, propongo conceder por ambos conceptos (daño psíquico y gastos de tratamiento) la suma de \$300.000 a favor de la Sra. Alderete y \$120.000 a favor del S. Cisneros (art. 165 del CPCC).

XI. Daño moral. Requieren los reclamantes por el perjuicio moral padecido, la suma de \$150.000. Cabe aplicar al supuesto de autos, lo establecido por el art. 522 del Código Civil, que además de los requisitos generales atinentes a la existencia del daño moral resarcible, presupone como

específicos que haya preexistencia de una obligación válida y la inejecución de la misma, ésta para que genere consecuencia jurídicas resarcitorias, deberá ser imputable al deudor por algún factor de atribución. Me remito a las consideraciones que vertiera en el precedente ?Quevedo c/ Chacras s/ rescisión de contrato ? de fecha 16/5/06, respecto a la interpretación armónica que cabe efectuar de los arts. 522 y 1078 del Cód Civil, debiendo complementarse recíprocamente, lo que determina la aplicación de criterios comunes a aspectos atinentes a: la legitimación para accionar; la forma de efectuar la reparación; los criterios probatorios: la transmisibilidad de la acción: la cuantificación del daño, etc. Ello es así porque conceptualmente tanto en la órbita contractual como en la extracontractual, al tratarse el daño moral se aborda una temática idéntica. En uno y otro supuesto el menoscabo de orden espiritual genera la obligación de indemnizar mereciendo idéntica reacción del ordenamiento jurídico. La ilicitud que justifica la reparación del daño, tiene vigencia como requisito del responder en todo tipo de incumplimiento ya sea que ocurra en el campo de la decisión privada lícita o en el ámbito aquiliano. El daño en sentido amplio motiva la lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial, mientras que estrictamente, al considerarlo como presupuesto del responder civil, implica una consecuencia perjudicial o menoscabo que deriva de aquél siendo siempre susceptible de apreciación pecuniaria (art. 1068 y 1069 y concs del Cód. Civil). Aplicando tal criterio al daño moral encontramos que puede conceptualizarse como una modificación disvaliosa del espíritu derivado de una lesión a un interés extrapatrimonial. El daño moral importa así ?una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, o, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (Pizarro, Daño Moral, pág. 47). La indemnización tiene como finalidad la satisfacción de la víctima por el victimario, a través de una prestación de índole patrimonial que se le impone a este último a favor de aquella, aunque no siempre el rol de tal indemnización es estrictamente resarcitorio sino que puede ser satisfactorio como ocurre en el daño moral. En esa instancia juega la prudente discrecionalidad del juzgador, quien si bien es cierto encuentra obstáculos en la valuación, como también ocurre con ciertos daños de índole material, debe llevarla a cabo analizando las circunstancias fácticas que enmarcaron el hecho dañoso o el incumpliendo contractual, así como las consecuencias de tipo individual o social que originaron. Tal valoración debe efectuarse teniendo en cuenta la entidad del daño moral en función de la gravedad objetiva del menoscabo (conf. Bueres, Ponencia presentada en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil con la adhesión de los Dres. Banchio, Pizarro, Vallespinos, Zavala de González, entre otros). En tal sentido, señala Ramón Daniel Pizarro en la obra citada (pág. 240) que ?El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc. son solo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido. Pero todo ello debe ser valorado prudencialmente por el juez, tomando en cuenta las circunstancias objetivas del caso concreto?. En lo atinente a la prueba, si bien es cierto que el daño moral por aplicación de las reglas que rigen la carga probatoria debe ser acreditado por quien pretende su reparación, es prácticamente imposible utilizar para ello una prueba directa por la índole espiritual y subjetiva del menoscabo. En cambio, es apropiado el sistema de la prueba presuncional indiciaria como idóneo a fin de evidenciar el daño moral. La prueba de indicios o presunciones hominis se efectúa a partir de la acreditación por vía directa de un hecho del cual se induce indirectamente otro desconocido, en virtud de una valoración hecha por el Juzgador basada en la sana crítica (art. 163 del ritual). Por lo tanto es necesario probar indefectiblemente la existencia del hecho que origina el daño debiendo darse entre aquel y este último una relación de causalidad que ?conforme el curso normal y ordinario? permite en virtud de presunciones hominis evidenciar el perjuicio. Asimismo es conveniente producir la prueba respecto de las circunstancias que rodean al damnificado y al evento generador del perjuicio, lo que permite deducir su envergadura. Con este alcance, teniendo en cuenta las condiciones personales de los reclamantes, la situación disvaliosa vivida por la expectativa frustrada a raíz del acontecimiento de autos que ocasiona un indudable atentado a las afecciones legítimas de sus progenitores, indemnizable a título de daño moral, como las demás particularidades que muestra la causa, es que considero procedente el resarcimiento en examen por la suma de \$300.000 para la coactora Alderete y \$250.000 para el Sr. Cisneros (art. 165 del CCPC).

XII.- Gastos y tratamientos futuros (medicamentos, tratamientos, sepelio, entierro, viáticos y otros rubros menores). Demandan por este ítem la cantidad de \$30.000. El resarcimiento pretendido resulta procedente, considerando las particulares circunstancias de la causa, los gastos en que pudieran haber incurrido los accionantes como consecuencia de los hechos de autos, los que cabe presumir aun cuando la paciente hubiese sido atendida a través de su obra social; como, asimismo, los que debieron haber abonado como gastos de sepelio, al tratarse de expendios que necesariamente debieron efectuarse. Por tales razones, y teniendo en cuenta las constancias de autos, entiendo prudente conceder la cantidad de \$ 10.000 (art. 165 del CPCC).

XIII.- Intereses. Las sumas por las que prospera la cuenta indemnizatoria de autos habrá de devengar intereses a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con cómputo desde el inicio de la mora (27/10/2004) hasta el cumplimiento de la sentencia (conforme doctrina del acuerdo plenario de fecha 20 de abril de 2009 en autos ?Samudio de Martínez,

Ladislao c. Transportes Doscientos Setenta S.A. sobre daños y perjuicios? de fecha 20/4/09). XIV.- Por las consideraciones expuestas, expido mi voto porque se revoque la sentencia recurrida, haciéndose lugar a la demanda entablada por María del Carmen Alderete y Secundino Alberto Cisneros contra Administradora Sanatorial Metropolitana S.A., Obra Social del Personal del Construcción Construir Salud (O.S.P.CON.), Runwork S.A. y María Lorena Calda y Noble S.A. Aseguradora de Responsabilidad Profesional, esta última en los términos del art. 118 de la ley 17.418, quienes deberán abonar a los actores de manera concurrente y dentro de los diez días de quedar firme la presente la suma de pesos setecientos mil (\$700.000) a favor de la Sra. Alderete; la de pesos cuatrocientos setenta mil (\$470.000) a favor del Sr. Cisneros y la de pesos diez mil (\$10.000) para ambos, con más intereses a devengarse conforme pautas establecidas en el considerando pertinente, con costas de ambas instancias a cargo de los demandados (art. 68 del CPCC). Se confirma en cuanto al rechazo de la demanda incoada contra Carolina Arrojo, Alberto Dionisio Correa y Fernanda Faccipieri, como la imposición de costas de primera instancia derivadas de tales desestimatorias. Los Dres. Hernández y Álvarez por las consideraciones y razones aducidas por el Dr. Ameal, votan en igual sentido a la cuestión propuesta.

OSCAR J. AMEAL LIDIA B. HERNANDEZ OSVALDO O. ALVAREZ JAVIER SANTAMARIA- (SEC.)

Buenos Aires, 7 de junio de 2017. Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcrito precedentemente, por unanimidad de votos, el Tribunal decide: I) revocar la sentencia recurrida, haciéndose lugar a la demanda entablada por María del Carmen Alderete y Secundino Alberto Cisneros contra Administradora Sanatorial Metropolitana S.A., Obra Social del Personal del Construcción Construir Salud (O.S.P.CON.), Runwork S.A. y María Lorena Calda y Noble S.A. Aseguradora de Responsabilidad Profesional, esta última en los términos del art. 118 de la ley 17.418, quienes deberán abonar a los actores de manera concurrente y dentro de los diez días de quedar firme la presente la suma de pesos setecientos mil (\$700.000) a favor de la Sra. Alderete; la de pesos cuatrocientos setenta mil (\$470.000) a favor del Sr. Cisneros y la de pesos diez mil (\$10.000) para ambos, con más intereses a devengarse conforme pautas establecidas en el considerando pertinente, con costas de ambas instancias a cargo de los demandados (art. 68 del CPCC); II) confirmarla en cuanto al rechazo de la demanda incoada contra Carolina Arrojo, Alberto Dionisio Correa y Fernanda Faccipieri, como la imposición de costas de primera instancia derivadas de tales desestimatorias y III) diferir la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos la liquidación definitiva (art. 279 del CPCC). Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1º de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN. Se deja constancia que la difusión de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. Regístrese, notifíquese por Secretaría y devuélvase.

Fecha de firma: 07/06/2017 Firmado por: OSCAR JOSE AMEAL, JUEZ DE CAMARA Firmado por: LIDIA BEATRIZ HERNANDEZ, JUEZ DE CAMARA Firmado por: OSVALDO ONOFRE ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

017938E