

## Responsabilidad De La Clinica Por El Accionar De Los Medicos Fallecimiento De Bebe Recien Nacido Incompatibilidad Sanguinea No Detectada

### JURISPRUDENCIA

### Responsabilidad de la clínica por el accionar de los médicos.

Fallecimiento de bebé recién nacido. Incompatibilidad sanguínea no detectada Se confirma la sentencia apelada en cuanto admitió la demanda entablada contra una Clínica por los daños derivados del fallecimiento del bebé de los accionantes, a los tres días de nacer, debido a la incompatibilidad sanguínea con la madre, que no fue advertida por los profesionales actuantes.

En la Ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los 05 días del mes de Junio de 2018, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, del Departamento Judicial de Morón, Doctores José Luis Gallo y Roberto Camilo Jordá, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: ?MOREYRA MARIANA CINTIA Y OTRO/AC/ CLINICA MODELO Y OTROS S/DAÑOS Y PERJ.RESP.PROFESIONAL (EXCLUIDO ESTADO)? MO-19976-2010, habiéndose practicado el sorteo pertinente -art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- resultó que debía observarse el siguiente orden: JORDÁ-GALLO, resolviéndose plantear y votar la siguiente CUESTION ¿Es justa la sentencia apelada de fs.1123/1129? VOTACION A LA CUESTION PROPUESTA EL SR. JUEZ DR. JORDA DIJO: Contra la sentencia definitiva de fs. 1123/1129 apela la actora a fs. 1134, la codemandada Cotta a fs. 1131 y la Clínica Modelo a fs. 1145, expresando agravios los actores a fs. 1178/79, la Dra. Cotta a fs. 1199/1223, la Clínica modelo a fs. 1244/1245, respondiendo los agravios los actores a fs. 1253/1254, de la Clínica Modelo y a fs. 1255/57 de la Dra. Cotta y finalmente la Dra. Cotta contesta el traslado de los actores a fs. 1261/64.- La sentencia de grado hace lugar a la demanda condenando a la Dra. Liliana Mabel García y Clínica Modelo de Morón a abonar la suma de \$ 462.000.- en concepto de reparación con intereses.- A) Los actores se agravan por los montos fijados para responder a los gastos médicos, farmacéuticos y traslado, para resarcir el daño y tratamiento psicológico y para compensar el daño moral.- B) La codemandada Dra. Cotta reprocha la adjudicación de responsabilidad y los elevados montos adjudicados a los gastos de farmacia, médicos y de traslado, dalo psicológico y tratamiento psicológico y daño moral.- C) La clínica Modelo se agravia porque considera que no existe relación causal entre el fallecimiento del bebé de la actora y la discordancia en el grupo sanguíneo de la Sra. Moreyra.- 1) Trataré en primer lugar el agravio de la Dra. Cotta.- Está probado que la Sra. Moreyra fue atendida por la Dra. Villamayor el día 7-11-2003 -ver historia clínica de fs. 26/128- hasta el día 10-1-04 conforme sellos obrantes a fs. 1 y 1 vta, constando en la primera página en el margen superior derecho su grupo sanguíneo A RH +, posteriormente a partir del día 3-2-04 recibe atención de la Dra. Cotta.- En su exhaustivo y meduloso informe de fs. 752/768 la Dra. Calvo Izquierdo, perito médica especialista en obstetricia, relata las constancias de la historia clínica desde la primera consulta con la Dra. Villamayor, donde se le detectan infecciones urinarias y vaginales hasta el fatal desenlace, manifiesta en su informe que los controles prenatales realizados por la Dra. Cotta fueron los correctos ajustándose a la normativa vigente, realizándosele estudios ecográficos y los compatibles con un profesional seguimiento de una parturienta. El parto por cesárea abdominal fue decidido porque el bebé se encontraba en posición transversa y bajo esas circunstancias el parto normal no es posible. De los informes de la historia clínica el menor presentó un cuadro de hipertensión pulmonar severa.- A fs. 770 la actora solicita explicaciones que son contestadas a fs. 778.- El Dr. Rocco perito neonatólogo a fs. 514 vta. manifiesta que ?Según Historia Clínica del recién nacido en la hoja de antecedentes maternos no se registra incompatibilidad materno fetal( RH ) Pues los datos de la madre según constancias, surge un grupo sanguíneo A factor RH \* y el bebe grupo O \*...? A fs. 525/527 la codemandada Clínica Modelo de Morón impugna la pericia y a fs. 529 la Dra. Cotta solicita aclaraciones, a fs. 529 el C.E.M.I.O por medio de su representante contesta el traslado de la pericia y el experto contesta las observaciones a fs. 541/542.- Es indudable que la Dra. Cotta recibe a la paciente con una historia clínica ya elaborada donde consta el tipo de sangre y conforme esa historia clínica, de la cual no tiene motivo para dudar, atento haber sido confeccionada por profesionales de la salud de la misma clínica, se realizó el seguimiento del embarazo de la Sra. Moreyra.- La prueba por excelencia en conflictos de complejidad técnica es la pericial, y si bien su dictamen no obligan al juez, cuando comporta la necesidad de una apreciación específica del saber del perito, para desvirtuarla es imprescindible valorar elementos que permitan advertir el error o el insuficiente aprovechamiento de sus saberes. No observo en las pericias errores o deficiencias que conmuevan sus conclusiones, teniéndolas por veraces (art. 474 del CPCC).- Se afirma que la culpa es la omisión de la conducta debida, positiva o negativa, para prever o evitar un daño (Teoría Gral. De la Responsabilidad Civil, Bustamante Alsina 1992, pag.318) Es cierto que la diligencia exigible a un médico especialista es mayor que la que le corresponde a un médico clínico, pero la culpa profesional es la culpa común o corriente porque se hace sobre un modelo -la del médico diligente, prudente.- Los dos expertos desinsaculados son coincidentes en lo adecuado de la segunda

intervención y que los trabajos y tratamientos realizados por la Dra. Cotta fueron los necesarios y correspondientes indicados por la ciencia médica y el estado general de la paciente y el feto.- La actora no ha demostrado la responsabilidad de la Dra. Cotta en el aciago desenlace, ésta última logro acreditar, por medio de la historia clínica, haber realizado los actos médicos adecuados a las circunstancias de la persona, tiempo y lugar (art. 512 y 902 del C. Civil).- Deviene aplicable al presente, la doctrina sentada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en un caso sustancialmente análogo.- Dijo allí el Alto Tribunal: ?que la historia clínica, en cuanto relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales y familiares, como actuales, relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad actual (conf. Ac. 81.491, sent. del 16-VII-2003; C. 98.597, sent. del 07/04/2009) constituye -antes que una mera formalidad administrativa o aún de un medio de preconstitución de prueba frente a una eventual y futura controversia-, una herramienta indispensable para el adecuado y eficaz desarrollo de la prestación sanitaria. De allí que se haya puesto de relieve su inocultable relevancia para el diagnóstico, tratamiento, pronóstico y epidemiología, circunstancias que exigen que su confección refleje una información clara y precisa, completa y metódicamente realizada (C. 48.759, sent. del 03/11/1992). Y es que, como lo ha puesto de manifiesto la doctrina reparando en la dinámica de tracto sucesivo de la prestación médica, y admitido su carácter de continuidad-, este documento posee un indudable rol instrumental respecto de la prestación de asistencia médica. En lo inmediato, se ha dicho, ?su importancia viene dada porque asegura una adecuada prestación de servicios, sirviendo como guía a los profesionales intervinientes? (Vázquez Ferreyra, Roberto, ?La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica?, LA LEY 1996-B, 807). En esta línea de entendimiento se ha resuelto que las anotaciones que los profesionales médicos hacen en la historia clínica no son tareas administrativas sino de índole profesional que deben ser realizadas con rigor y precisión, pues de ello depende el correcto seguimiento de la evolución del paciente, que es atendido por diversos profesionales que adecuan su tarea a la evolución consignada (C.N.Civ., sala I, 19/02/1997, ?L. L., H. O. c. Municipalidad de Buenos Aires - Hospital Parmenio Piñero y otros?, LA LEY 1998-C, 36). Con lo que se quiere significar que el instrumento de marras sirve para el adecuado seguimiento del estado de salud del paciente por el propio equipo de salud, y constituye una guía para los profesionales que intervienen sucesivamente en la atención médica (conf. Gibrois, Luis M., ?Historia clínica manuscrita o informatizada?, en A.A.V.V., ?Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, Bioética, Jurídica: Civil y Penal?, Garay, Oscar E., -coord-, La Ley, Bs. As., 2002, p. 92). En íntima relación con lo que se viene desarrollando, la ley 26.529 sobre Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado (B.O. del 20/11/2009) al definir a la Historia Clínica exige que dicho documento ostente el carácter de ?completitud? (art. 12), lo que ha sido interpretado como que debe reunir la característica de autosuficiencia; es decir, debe satisfacer el requerimiento de índole médico que exige poder seguir la historia (el proceso) del estado de enfermedad del paciente (Garay, Oscar E.; Madies, Claudia V., ?La reglamentación de la ley 26.529 confirma paradigmas favorables a los pacientes?, DFyP, 2012 [septiembre], 01/09/2012, 180). Por su parte, la reciente ley provincial 14.494 que establece el ?Sistema de Historia Clínica Electrónica Única? (B.O. del 19-III-2013), consagra el principio de ?veracidad? mediante el cual se exige consignar todos los procedimientos, sean diagnósticos o terapéuticos, que se indiquen al paciente, debiendo incluir: la semiología realizada, la evolución del caso y todo otro dato referencial o gráfico que permita conocer la situación real del sujeto (arts. 5 inc. b y 7). Ambos instrumentos normativos -aún cuando no resulten de aplicación al sub lite- permiten confirmar el indiscutible carácter instrumental de este documento en el desarrollo de la actividad médica, y la indudable necesidad de garantizar la exactitud de su contenido; ello, insisto, pues más allá de su mera función registral constituye un verdadero tablero de comandos en la dinámica del desarrollo de la prestación de salud, pues exhibe al profesional los diferentes y complejos aspectos de la evolución del paciente informándole sobre los variados antecedentes en función de los cuales habrá de adoptar las acciones del caso. Y si bien no es predicable a su respecto un ciego acatamiento, también lo es que su ?completitud? y ?exactitud? constituyen presupuestos indispensables de su funcionalidad, desde que -salvo situaciones excepcionales que así lo sugieran- en principio ha de estarse a lo que surge del mismo, pues perdería su verdadera razón de ser si cada una de las constancias registradas requirieran de su renovada y continua comprobación por parte de los sucesivos intervinientes, lo que en la práctica importaría ello tanto como la conveniencia de prescindir de esos registros. Si, como aquí acontece, no existían indicios que pudieran conducir al demandado a sospechar de la exactitud de los datos consignados en la historia clínica (en el caso, si el factor sanguíneo señalado era el que verdaderamente correspondía a la madre, o bien, si la prueba de Coombs Directa había sido realmente efectuada como allí se consignó, y si el resultado fue negativo, como también se asentó), no puede reprochársele a título de culpa no haber previsto el yerro registral que se le endilga, por lo que juzgo absurda la conclusión de la alzada que así lo decidió (art. 289 inc. 1 del Cód. Proc. Civ. y Comercial)? (Sup. Corte Bs. As., 12/3/2004, ?B. , M. N. c. Municipalidad de Malvinas Argentinas y otro s/ daños y perjuicios?).- Consecuentemente, no puede cargarse sobre esta co demandada el yerro cometido por otro profesional, ni tampoco responsabilizársela por cuestiones que le son ajenas, ni mucho menos exigírsele que -en su atención- volviera a llevar a cabo todas las indagaciones y determinaciones que ya habían llevado a cabo sus

antecedentes.- Por ello, analizada la prueba en su integridad Y vinculando los elementos en ellas existentes unos con otros en forma armónica (art. 384 del CPCC) considero que debe hacerse lugar a la queja de la Dra. Cotta y revocarse este aspecto del pronunciamiento recurrido, rechazando la demanda a su respecto.- 2) Me abocaré al agravio de la co-demandada Clínica Modelo de Morón En su contestación de demanda, ver fs. 134 vta. la Clínica Modelo manifiesta que con fecha 09-12-03 la Dra. Martha García Villamayor obtiene el grupo sanguíneo de la actora de boca de esta, RH +.- Describe que el 07-11-03 cuando es atendida por la referida profesional la actora presentaba un cuadro de infecciones urinarias y flujo genital. La perito Dra. Calvo Izquierdo a la pregunta VI de los puntos de pericia de la actora a fs. 757 vta. responde ?el examen de grupo y factor se solicita cuando se inician los controles del embarazo, de preferencia durante el primer trimestre?.- Al responder la pregunta VI de la codemandada Dra. Cotta ?Si al momento del nacimiento, el neonato presentó signos de anemia hemolítica y/o hiperbilirrubinemia patológica compatible con un cuadro de incompatibilidad Rh? responde ?...en los exámenes de laboratorio del segundo día de vida consta el resultado de una prueba de Coombs Positiva que revela algún tipo de incompatibilidad?. El experto Dr. Rocco a fs. 515 vta, al contestar la pregunta VIII pone de resalto que uno de los estudios que debió realizarse entre varios es hemoterapia actualizados (grupo sanguíneo y RH). En su conclusión el especialista dice: ?Que si bien no surge de la historia clínica que el neonato tuviera un factor sanguíneo distinto a su madre (ambos tenían grupo ?A? la sintomatología y patología presentadas por el recién nacido que ha sido anteriormente descriptas, que no tornaron viable su sobrevida por más de tres días hacen inferir que hubo un error en considerar que la progenitora tenía Factor RH + cuando todo cuadro lleva a pensar que su factor RH - -? ?...se puede ver que tal fue la pregunta que efectuó el neonatólogo de la Clínica Modelo interviniente en la ocasión y despeja de cualquier duda la pericia hematológica obrante en el cuaderno de prueba actora que determina fehacientemente que el factor de la coactora Mariana Cintía Moreyra es RH -?.- A mayor abundamiento obra a fs. 479/80 el informe inmunohematológico que determina que la Sra. Moreyra pose factor RH A -.- Está claro que la Dra. Villamayor, tomo como cierto el grupo sanguíneo declarado por la actora, paciente de 22 años de edad, con diagnóstico de amenaza de parto prematuro, con anemia, infección vaginal por gardnerellas, cuando es de buena práctica médica chequear el factor RH y no quedarse con lo dicho por la parturienta, me remito a lo dicho por el Dr. Rocco a fs. 515vta, al contestar la pregunta VIII cuando habla de realizar una hemoterapia actualizada y a la respuesta de la Dra. Calvo izquierdo a fs. 757 vta, cuando a la pregunta VI de la parte actora responde ?El examen de grupo y factor se solicita cuando se inician los controles del embarazo de preferencia durante el primer trimestre?.- Al médico le es exigible el grado de diligencia y conocimiento común a los miembros de su profesión.- El descuido negligente e imprudente de la Dra. Villamayor, en su obligación de certificar el grupo sanguíneo de la Sra. Moreyra quedándose sólo con sus dichos, llevó posteriormente a los profesionales actuantes a no advertir la incompatibilidad sanguínea de la madre y el feto y actuar en consecuencia, teniendo como resultado la muerte del mismo a los tres días de nacer.- Es doctrina de este Tribunal que 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 la sustitución, ya que al acreedor no le interesa que el cumplimiento sea efectivizado por el propio deudor o por un tercero del cual este se valga para sus fines; y de la equivalencia de comportamiento del obligado y de sus sustitutos, que determina que el hecho de cualquiera de ellos se considere como si proviniese del propio deudor (conf. Ac. 43.518 del 16-7-91; Ac.5.585,sent. Del 15-11-94).- Se concluye de las doctrinas reseñadas que la prueba de la culpa del médico es indispensable para lograr la condena de la clínica. En concordancia con ello ha dicho esta Corte que si no media culpa en el médico actuante no cabe responsabilizar al establecimiento asistencial con base en su ?obligación de seguridad? porque la existencia de aquella (la culpa del médico) es la demostración de la violación de ese deber de seguridad (conf.Ac.43.518) (arts. 512,902,909,1109 del C. Civil).- Conforme lo expresado propicio confirmar este aspecto del pronunciamiento recurrido y desestimar la queja de la codemandada Clínica Modelo.- III) La parte actora se queja y refuta los montos otorgados en concepto de gastos médicos y farmacéuticos, daño psicológico y tratamiento psicológico y daño moral por insuficientes.- Me abocaré a dilucidar los mismos.- A).- Gastos médicos y farmacéuticos.- Este ítem resarcitorio encuentra apoyatura normativa en el artículo 1086 del Código Civil. Dicha norma expresamente alude al pago de todos los gastos de la curación y convalecencia. Por ende es incuestionable su condición de daño patrimonial indirecto, por cuanto y en los términos del artículo 1078 del mentado Código, constituye un verdadero perjuicio económico lesivo de los derechos del afectado.- En cuanto a los presupuestos que lo tornan viable y a los parámetros a adoptar para fijar su extensión dineraria, hay consenso jurisprudencial y doctrinario en cuanto a que la demostración del daño psicofísico permite presuponer dichos desembolsos, por cuanto variadas practicas y la obtención de muchos medicamentos, no son suministrados gratuitamente. Razón por la que sus costos, deben ser solventados por el paciente (conf. la Cám. civ. y com 2da. -sala 3era. de la Plata, Cám. civ. y com. de Morón, Sala I, causas 23.879- R.S.:65/90; 27710-R.S.:46/92,votos del Dr. Russo; Tanzi, Silvia Y. ?Rubros de la cuenta indemnizatoria de los daños a las personas?, Hammurabi S.R.L., Bs. As. 2005, págs. 431/33). En el caso de autos dada la gravedad del cuadro clínico durante y post considero

que debe incrementarse este rubro a la suma de \$ 10.000 (art. 165 del CPCC).- Por ello estimo pertinente hacer lugar a la queja.-

B) Daño psicológico La Lic. en psicología Capano a fs. 482/ 487 en su informe detalla los estudios realizados a la Sra. Moreyra: Test Gueustaltico Visomotor Bender, Test HTP, Test de una persona bajo la Lluvia, Test de Zulliger y Cuestionario Desiderativo.- De esa batería de estudios surge que la actora ?...resultó dañada psíquicamente ya que se produjeron modificaciones en distintas aéreas de su vida como emocional, familiar y de relación..? estableciendo una incapacidad parcial y permanente del 25% y aclara ? La alteración psíquica era inexistente en la vida del sujeto con anterioridad a los hechos de autos...? A mayor abundamiento recomienda tratamiento psicoterapéutico con el fin de evitar el agravamiento de su cuadro y le permita mitigar las secuelas psíquicas de los hechos recomendando una vez por semana durante un año.- Como lo vengo sosteniendo reiteradamente, por vía de principio la procedencia del rubro resarcitorio daño psicológico, no enerva la viabilidad de la pretensión orientada a indemnizar, las erogaciones que demanden los tratamientos que -científicamente- se evidencien como fácticamente idóneos para una potencial disminución o atenuación del detrimento, sufrido por la estructura psicológica de la víctima (arg. artículos 1068 y 1086 del Código Civil; conf. Zannoni, Eduardo, ?El Daño en la Responsabilidad Civil?, editorial Astrea, Bs. As. 2005, pg. 194). En tal sentido el Superior provincial viene afirmando consolidadamente ?...que debe recordarse que en materia de hechos ilícitos corresponde la reparación integral del perjuicio sufrido por la víctima y, dentro de tal orden de ideas, los desembolsos necesarios para /a rehabilitación terapéutica de los actores resultan consecuencias del hecho dañoso y son imputables al responsable del mismo a tenor de lo dispuesto por el art. 901 y siguientes del Código Civil. Acreditada la necesidad del tratamiento psicológico, carece de significación el resultado que pudiera arrojar el mismo porque éste obviamente opera para e/ futuro pero no borra la incapacidad existente...? (SCBA. Acuerdos 69.476, 92.681, entre otros fallos similares). Por ello propongo incrementar el daño psicológico en la suma de \$ 320.000 y el tratamiento correspondiente en \$ 24.000 (arts. 1078 del C. Civil y 165 del CPCC) haciendo lugar al agravio de los actores.- C) Daño Moral El daño moral se caracteriza como la lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales, el dolor, la angustia, la inquietud espiritual, que en este caso encuentra, una magnitud superior en la real secuela que en definitiva queda a los progenitores, es la ausencia del hijo, el vacío insondable que ello ocasiona, la pérdida de la ilusión de verlo crecer, transformarse en hombre. La pérdida de su respaldo al envejecer, desconsuelo que no tiene parangón con ningún otro. Por ello considero justo elevar el importe indemnizatorio a la suma de \$ 350.000.- para la Sra. Moreyra y \$ 200.000.- para el Sr. Garcia.- Conforme lo resuelto hago lugar al agravio de los accionantes.- Por lo expuesto y de compartirse mi criterio considero que debe revocarse la sentencia en cuanto hace lugar a la demanda contra la co demandada Cotta, rechazándose la misma, confirmándola en cuanto admite la demanda contra la Clínica y modificándola en cuanto a las sumas resarcitorias, elevándose el monto indemnizatorio a la suma total de \$ 904.000.- (pesos novecientos cuatro mil) discriminados de la siguiente manera 704.000.- para la Sra. Mariana Cintia Moreyra y \$ 200.000.- para el Sr. Ignacio Raúl Garcia. Costas de ambas instancias -incluidas las relativas al rechazo de la demanda contra la Dra. Cotta- a la accionada vencida (arts. 68 y 274 del CPCC); dejo aclarado que, respecto de las costas de ambas instancias vinculadas con el rechazo de la demanda contra la Dra. Cotta, al haber quedado acreditada la responsabilidad del nosocomio -como derivado del proceder de los primigenios médicos actuantes- estimo que adquiere el rol de fundamentalmente vencida en la litis y entonces debe cargar con la totalidad de las costas causídicas.- Voto, en consecuencia, **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA** A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GALLO DIJO Adhiero en su totalidad al voto que antecede, no sin efectuar alguna aclaración.- Partiendo de la base de que resulta aplicable el ordenamiento jurídico vigente al momento de acontecer los hechos debatidos en autos (art. 7 CCyCN) y de que todas las expresiones de agravios sortean los recaudos del art. 260 del CPCC, quisiera efectuar algunas aclaraciones en lo relativo a mi concepción respecto de las cuestiones en análisis.- Al respecto, y yendo hacia la naturaleza de la responsabilidad civil de los médicos en particular, y conforme lo he sostenido en numerosas causas antes de ahora tanto como Juez de 1ra. Instancia y en la presente Sala, vemos que en el derecho argentino es abrumadoramente mayoritaria la posición que cimienta la ?responsabilidad contractual?, y sin hesitar adhiero a la tesis que prohíja como regla general la adopción de la responsabilidad contractual para contemplar la especie (ver específico trabajo realizado por el Dr. Alberto J. Bueres en su obra: ?Responsabilidad Civil de los Médicos? con prólogo del Dr. Jorge Bustamante Alsina, pág. 41 y sgs., Ed. Abaco, Buenos Aires, 1979 y la abundante y copiosa cita allí efectuada de doctrina y jurisprudencia a la que me remito en homenaje a la brevedad). El Dr. Bustamante Alsina, con acierto, expresó que ubicar siempre la responsabilidad del médico en el ámbito extracontractual es totalmente equivocado puesto que ello importa introducir una confusión entre la causa fuente de la obligación y el contenido de la prestación asumida por el médico, en lo que hace a la efectiva concreción de los deberes a satisfacer por el mismo. Y por ello es antojadizo considerar por un lado que el facultativo tiene derecho a percibir sus honorarios en virtud del nexo convencional y sostener, por otra parte que asiste al enfermo el derecho de reclamar una indemnización por daños y perjuicios -derivados de la incorrecta ejecución del contrato- acudiendo a los principios jurídicos de una fuente distinta (conf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ?Teoría General de la Responsabilidad Civil?,

nros 1367, 1368, págs. 393/4, ed. A. Perrot, Bs.As., 1973; CHIRONI, G.P., ¿La culpa en el derecho civil moderno: culpa extracontractual?, Reus, Madrid, 1904, t I, pág. 146). Por otra parte, soy de opinión que en nuestro derecho no hay cabida para insertar la mentada ¿culpa profesional? puesto que al infringir los dictados de su ciencia o especialidad, el médico incurre en la culpa común que supone una noción singular, invariable y genérica acorde con el principio fluyente del art. 512 del Código Civil, y la circunstancia de que transgrede ciertos deberes especiales emanados del ejercicio profesional, no es óbice para que, al constituir esa falta una violación del contrato, la responsabilidad no siga siendo puramente contractual (ver Mazzeaud, H. y León y Tunc, A., ¿Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual?, Ejea, Bs. As., 1977, t I, Vol. I, nro. 206-2, pág. 290 y sgs.).- Asimismo, entendemos que el médico está compelido a satisfacer una obligación de ¿medios? -o de diligencia-, pues la mayor parte de las veces sólo promete observar una conducta diligente para la obtención de un ¿resultado?, con prescindencia de que éste se verifique. Y sólo por excepción, puede suceder que el profesional de la medicina garantice un resultado, asumiendo por ende una obligación de tal laya y obligación determinada (como por ejemplo los deberes específicos de los anatomopatólogos y biólogos, en relación con los análisis de laboratorios que no ofrecen riesgos en orden a la precisión científica, y a los de los cirujanos cuando sus labores consisten en intervenciones quirúrgicas de notoria simpleza o de cirugía estética). Ahora bien, cuando la obligación es de ¿medios?, el deudor está constreñido a prestar una conducta que razonablemente conducirá a un resultado (aunque éste es prescindente), y por lo tanto, la omisión de esa conducta constituye la ¿culpa?, es decir que en este último tipo de deberes (los de medios) al acreedor incumbe la prueba de la culpa pues ésta consiste en el incumplimiento (conf. BUERES, Alberto J., ob. cit., pág. 189; fallo del Dr. Jorge H. ALTERINI como Juez de 1ra. Instancia, publicado en L.L., 1976-C, nro. 73.338 del 6/8/75, pág. 207). En relación a nuestro ordenamiento positivo es dable acotar que la teoría de la prestación de la culpa fue abandonada, pues el art. 512 del Código Civil consagra una regla general que faculta al juez para evaluar la conducta del agente sin atención a tipos o moldes apriorísticamente fijados. De acuerdo con ello, entonces, la culpa se debe apreciar en concreto, sobre la base de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar, y las condiciones personales del agente sólo se computarán a los efectos de estimar el mayor deber de previsión impuesto por el art. 902, o cuando se trate de relaciones contractuales creadoras de deberes ¿intuitu personae? (conf. art. 909 del cód. cit.). Y con dichos elementos concretos, el Juzgador formará un tipo de comparación, circunstancial y específica que sea representativo -axiológicamente- de la conducta que debió observar el sujeto en la emergencia, y entre la confrontación del actuar real y el debido (idealmente supuesto) obtendrá la conclusión buscada (conf. Bustamante Alsina, ob. cit. nro. 812, págs. 250/251). En consecuencia, de todo lo expresado, el Juez se atenderá (en el sistema genérico del art. 512), ¿in principium?, a la naturaleza de la obligación o del hecho y a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, considerando las condiciones personales del agente, al único efecto de hacer mérito a la mayor o menor previsibilidad del daño impuesto en el caso, y con el resultado de dicha apreciación, el magistrado elaborará si el sujeto actuó en la emergencia ajustándose a la conducta debida.- Sentado ello, y en cuanto al material probatorio, sabemos que en este tipo de procesos, cuando existen cuestiones médicas en juego, el medio probatorio pericial se torna fundamental (arts. 384 y 457 del CPCC).- En efecto: el magistrado desconoce las reglas de la ciencia médica y, por ello, cuando alguien reclama en base a una potencial infracción a las mismas, es que se convocan al proceso profesionales idóneos en la materia para que aporten su conocimiento.- Es entonces momento de recordar, en cuanto a la eficacia probatoria de los dictámenes periciales, que he compartido la opinión vertida antes de ahora en ésta Sala en expte. ¿Sandoval, Felipe y otra c/ Alemany, Juan y otro?, publicado en la Rev. L.L., 1987-C, págs. 98/113, del 18/12/869 (y conf. entre otros: Hernán Devis Echandía? en su ¿Compendio de la prueba judicial?, anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso), que señala en su t.II, pág. 132, como uno de los requisitos para la existencia jurídica del dictamen pericial, ¿...Que el dictamen esté debidamente fundamentado. Así como el testimonio debe contener la llamada ¿razón de la ciencia del dicho?, en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a las conclusiones, el dictamen carecería de eficacia probatoria y lo misma será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a adoptarlo como prueba, si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable; en ese caso debe ordenar un nuevo dictamen? ¿...El juez es libre para valorarlo mediante una sana crítica. Lo ideal es dejar la valoración del dictamen al libre criterio del juez, basado en sus conocimiento personales, en las normas generales de la experiencia, en el análisis lógico y comparativo de los fundamentos y de las conclusiones del dictamen, como se acepta en los modernos códigos de procedimientos y en todos los procesos nuestros. Es absurdo ordenarle al juez que acepte ciegamente las conclusiones de los peritos sea que lo convenzan o que le parezcan absurda o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquél y se constituiría a éstos en jueces de la causa. Si la función del perito se limita a ilustrar el criterio del juez y a llevarle al conocimiento sobre hechos como actividad probatoria, debe ser éste quien decida si acoge o no sus conclusiones?; así también la jurisprudencia ha dicho que ¿...los jueces pueden apartarse de las conclusiones periciales, dando los fundamentos de su convicción contraria (conf.

entre otros: S.C.B.A., DJBA, t. 16, pág. 221; Rev. L.L., t. 42, p. 122); ?...es que el dictamen de los peritos es sólo un elemento informativo sujeto a la aceptación y apreciación del juez? (S.C.B.A., A. y S., 1957-IV, p. 54; DJBA, t. 64, p. 153); ?...las conclusiones a que arriba el perito no atan al juzgador de forma de sustituirse en sus facultades decisorias privativas? (Jofre-Halperín, ?Manual?, t. III,396, nro. 28; Morello ?Códigos...?, t. V, p. 586; y causas de esta Sala nro. 31.320, R.S. 227/85 y 36.432, R.S. 522/96).- Esta Sala ha señalado que ?las conclusiones a que arriba el perito no atan al Juzgador de forma de sustituirse en sus facultades decisorias privativas y es por ello que puede apartarse de las mismas, pero dando los fundamentos de su convicción contraria y tratándose de una cuestión fáctica de orden técnico o científico es prudente atenerse al dictamen del perito, si no resulta contradicho por otras probanzas, máxime cuando no existe duda razonable de su eficacia probatoria? (causa nro. 31.794 R.S. 18/95; en igual línea de pensamiento véase esta Sala en causa nro. 35.173, R.S. 114/96, entre otras).- Dicho todo esto, y sobre tales premisas, coincido totalmente con el análisis que efectúa el Dr. Jorda en cuanto a la actuación profesional de la Dra. Cotta y comparto sus fundamentos, como así también la propuesta que formula, en cuanto a la desestimación de la demanda a su respecto.- Queda por aludir al recurso de la Clínica.- Y al respecto quisiera memorar que en cuanto a la responsabilidad de los entes Hospitalarios, Sanatoriales y/o a empresas que se dedican a la prestación médica, por la indebida atención médica por los profesionales que laboran para tales establecimientos o empresas especializadas en tales labores, también antes de ahora he opinado que no existe uniformidad de criterios, aún cuando todos arriban al mismo resultado, en el sentido que dicha responsabilidad existe en todos los casos en que hay responsabilidad médica.- Así encontramos una opinión que computa por un lado la autonomía científica que tiene el médico respecto de las autoridades del establecimiento, y por otro, la verdadera raíz de las declaraciones voluntarias vinculantes, y se concluye que entre la clínica -estipulante-, y el médico -promitente-, se celebra un contrato a favor del enfermo -beneficiario- y que de tal juego de relaciones, surge que las responsabilidades del galeno y del ente asistencial frente al paciente son directas y de naturaleza contractual; que el ejecutor material del último tramo del programa o plan de prestación por encargo del solvens es un auxiliar o dependiente del mismo y que cuando los poderes de contralor, dirección y otros se diluyen hasta un punto en que ni siquiera acudiéndose a una ficción puede concebirse en su existencia, el deber de responder reflejo -o indirecto-, la garantía por el actuar ajeno dejar de ser tal, y da paso, o se transforma en un deber jurídico calificado tácito de seguridad, que funciona con carácter accesorio de la prestación principal, y cuya transgresión engendra una responsabilidad directa del deudor; que lo real es que la entidad sanatorial lucra y se beneficia con el suministro del servicio profesional, y de ahí que cargue con las consecuencias dañosas de la actividad imputable a los sujetos afectados a ese fin, y que el fundamento de dicha responsabilidad contractual, residirá en la existencia de una obligación de garantía por la conducta de los encargados o ejecutores materiales de la prestación, bien en la mediación de un deber de diligencia o vigilancia que las autoridades de la clínica tendrían que observar sobre las personas que concretaran efectivamente los servicios (ver Bueres, Alberto J., ?Responsabilidad Civil de las Clínicas y Establecimientos Médicos?; Belluscio, L.L., 1979, C-19, en especial nro. 5, pág. 23).- A su vez, Bustamante Alsina, ha sostenido que si no hay nexo de subordinación en el aspecto técnico-científico entre el médico y la entidad, es impropio aludir a una responsabilidad refleja de dicha institución (proyección de la culpa ajena) apuntalada en la idea de garantía; o en la culpa in vigilando -noción subjetiva- presumida de manera irrefragable o simplemente ?iuris tantum? (Responsabilidad Civil de los Médicos en el ejercicio de su profesión?, págs. 66 y 67), pero cabe aclarar que el mismo autor entiende que existe por parte de la clínica una obligación tácita de seguridad de carácter general y accesorio, que tiene lugar en los contratos que requieren la preservación de las personas de los contratantes contra los daños que pueden originarse en la ejecución del contrato y que sería una obligación de medios por la cual la entidad respondería de los daños sufridos por el paciente todas las veces en que el médico incurriera en la omisión de la prudencia y la diligencia querida del caso.- Ahora bien, al margen de la responsabilidad de la restante co demandada, tenemos que -en cuanto a la Clínica- sí ha quedado acreditado el yerro en la atención del primer profesional, determinante de que se hubieran consignado datos erróneos en la Historia Clínica.- Así entonces, y como bien lo sostiene el Dr. Jorda, la responsabilidad del ente ha quedado claramente configurada.- Diré, finalmente, que por sus mismas razones (y no dejo de advertir que los tratamientos psíquicos apuntan a evitar agravamientos, lo que aventa toda duplicidad resarcitoria) comparto las propuestas de elevación de los montos fijados, y también la forma que propone para imponer las costas (de ambas instancias).- Consecuentemente a la cuestión propuesta doy mi voto **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA** Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente **SENTENCIA AUTOS Y VISTOS:** De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el Acuerdo que antecede, **SE REVOCA** la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la demanda contra la co demandada Cotta, rechazándose la misma, **CONFIRMANDOLA** en cuanto admite la demanda contra la Clínica y **MODIFICANDOLA** en cuanto a las sumas resarcitorias, elevándose el monto indemnizatorio a la suma total de \$ 904.000.- (pesos novecientos cuatro mil) discriminados de la siguiente manera 704.000.- para la Sra. Mariana Cintia Moreyra y \$ 200.000.- para el Sr. Ignacio Raúl Garcia.- Costas de ambas instancias -incluidas las relativas al rechazo de la demanda contra la Dra. Cotta- a la accionada vencida (arts. 68 y

274 del CPCC).- SE DIFIERE la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.- REGISTRESE.  
NOTIFIQUESE. DEVUELVA SE 032078E