

## Mala praxis médica. Fallecimiento de la paciente. Parto

La causa se refiere a una demanda por mala praxis médica en la que se demandó al médico G. y a la clínica. La relación jurídica entre el médico y la paciente se consideró de naturaleza contractual y una obligación de medios. El dictamen pericial médico se consideró como prueba relevante, ya que ilustra sobre temas que escapan a la formación profesional del magistrado. La parte actora debía demostrar que el profesional obró con imprudencia, impericia o negligencia y que de ello resultó la muerte de la paciente. La carga de la prueba recae en la parte pretensora en los reclamos por mala praxis médica. La clínica fue desistida de la acción y el derecho.

Fallo completo:

G., J. M. y otra c/Asociación Guleguaychú de Obras Sociales (AGOS) y otro s/sumario - Cám. Civ. y Com. Guleguaychú - I - 02/05/2023

ACUERDO:

En la ciudad de Guleguaychú, Provincia de Entre Ríos, a los dos días del mes de mayo de dos mil veintitrés, se reúnen los Señores Miembros de la Excma. Sala Primera en lo Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Guleguaychú, Dres. Ana Clara Pauletti, Marcelo J. Arnolfi y Fabián Arturo Ronconi, para conocer del recurso interpuesto en los autos caratulados: "G., J. M. Y OTRA C/ ASOCIACION GUALEGUAYCHU DE OBRAS SOCIALES (AGOS) Y OTRO S/ SUMARIO", respecto de la sentencia dictada el 04/07/2022. De conformidad al sorteo oportunamente realizado, la votación tendrá lugar en el siguiente orden:

PAULETTI, ARNOLFI, RONCONI.

Estudiados los autos la Excma. Sala propuso las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es justa la sentencia apelada? y en su defecto, ¿corresponde al tribunal pronunciarse sobre los rubros indemnizatorios reclamados?.

SEGUNDA: ¿Qué corresponde decidir acerca de la pretensión indemnizatoria y su alcance?

TERCERA: ¿Cuál es la sentencia que debe dictarse?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SRA. VOCAL DRA. ANA CLARA PAULETTI, DIJO:

1.- La sentencia dictada el 04/07/2022 rechazó la demanda interpuesta por los Sres. J. M. G. y D. Z. M. de O., contra el Dr. J. E. G., e impuso las costas a los actores, quienes apelaron la decisión.

En sus fundamentos, se reseñaron los hechos invocados por las partes y se estableció que era aplicable el Código Civil y la jurisprudencia respectiva, y que tratándose de un caso de mala praxis médica, la culpa del galeno es un requisito esencial para imputar responsabilidad, debiéndosela apreciar en concreto, y teniendo en cuenta que cuando está en juego la vida, la menor imprudencia, el descuido o la negligencia adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad.

Aclaró el sentenciante que la relación jurídica entre el médico y su paciente es de naturaleza contractual y una obligación de medios; que la prueba relevante es el dictamen pericial médico, en tanto ilustra sobre temas que escapan a la formación profesional del magistrado. Especificó que en el contexto dado, correspondía a la parte actora demostrar que el profesional obró con imprudencia, impericia o negligencia y que de ello, resultó el fallecimiento de la Sra. M. L. G.

Con relación a la falta de completitud de la Historia Clínica que denunciaron los actores, mencionó que advertida la existencia de embolia por líquido amniótico que no podía prevenirse, ni diagnosticarse con anterioridad, no veía la incidencia en el resultado, a lo que agregó, que tampoco se habían señalado cuáles eran los defectos o datos omitidos con relevancia para determinar la responsabilidad médica.

Seguidamente consideró el informe pericial del Perito Médico C. O., las declaraciones del Médico Patólogo Dr. G. O. B. y de la Obstétrica V. N. K. y las de los testigos B. y A., y el informe presentado por la Federación Argentina de Sociedades de Ginecología y Obstetricia, en base a las aclaraciones solicitadas por el juzgado como medida para mejor proveer.

Destacó que según el Dr. O. en su informe, la embolia de líquido amniótico no puede preverse y cuando se presenta es sumamente grave, mortal en casi todos sus casos. Que las explicaciones médicas agregó que ningún estudio previo podría haber anticipado ese resultado, lo cual encontró determinante para la resolución del caso, concluyendo que la prestación médica brindada a la Sra. G. fue acorde a las patologías que presentaba. En cuanto a la diferencia entre embolia de líquido amniótico y placenta acreta, dijo que se trataba de cuestiones distintas, y que no había antecedentes que hicieran sospechar la presencia de acretismo placentario. Detalló que en la historia clínica no constaban estudios previos, ni análisis de orina, que hubieran servido para diagnosticar si se debía realizar una histerectomía post cesárea.

De la declaración testimonial de la Sra. V. N. K., obstétrica, destacó que un médico es necesario cuando surge alguna anomalía o

patología que complique el parto y en caso de la Sra. G. no hubo anormalidad hasta el momento del alumbramiento, y que si bien pueden suceder complicaciones, no pueden preverse. Del testimonio del Dr. G. O. B., con especialidad en anatomía patológica, rescató que en el útero y placenta los hallazgos fueron sugestivos de placenta acreta y que observó embolización de líquido amniótico en venas del músculo uterino. Que la embolia por líquido amniótico, puede producir la muerte, que tiene una mortalidad elevada del 60% al 80% y que es una patología que no se puede prevenir ni diagnosticar.

Para despejar dudas acerca de si la placenta acreta tenía algún nexo causal con la embolia por líquido amniótico y sobre todo por el resultado de la muerte de la Sra. M. L. G., por medida para mejor proveer se solicitó informe a la Federación Argentina de Sociedades de Ginecología y Obstetricia (FASGO), desde donde se explicó que la placenta casi siempre se separa de manera espontánea de su sitio de implantación; que si hay retención placentaria parcial, basta con realizar el alumbramiento manual y legrado; en otras circunstancias, si está comprometida la pared uterina, no queda otro recurso que el realizar una histerectomía de urgencia.

Subrayó que el alumbramiento manual y el legrado fueron los procedimientos efectuados por el demandado Dr. G., que ante la hemorragia severa condujo a la histerectomía subtotal de la cual participaron los Dres. B. y A.

Añadió que la FASGO informó que la embolia de líquido amniótico es un trastorno complejo con gran variedad en sus manifestaciones clínicas, causa frecuente de muerte materna y que no estaba a su alcance brindar un porcentaje de concurrencia de acretismo placentario y de dicha embolia.

Consideró que la parte actora no consiguió demostrar los supuestos de hecho en que basó su caso, no acreditó la existencia de factores de riesgo para el diagnóstico de un posible acretismo placentario y los consiguientes exámenes por imágenes que se hubiera requerido. Concluyó, en consecuencia que, frente a un evento imprevisible, imposible de diagnosticar previo a su ocurrencia, con alto pronóstico de muerte materna, cuya causalidad no se puede asociar científica o fácticamente con el acretismo placentario, no se configura la mala praxis médica denunciada.

2.- Los actores Sra. D. Z. M. de O. y Sr. J. M. G. presentaron su memorial recursivo el 14/02/2023.

Reseñaron los antecedentes del caso y anticiparon aspectos médicos legales críticos al dictamen pericial como anticipo de los motivos puntuales de la apelación que luego especificaron.

Concretaron allí que se desvió la causa indebidamente hacia un curso causal supuesto e incontrolable desde el punto de vista procesal y probatorio, esto es la embolia de líquido amniótico, que se colocó como una suerte de caso fortuito imprevisible e inevitable, y que las quejas se centraban principalmente en la pericia médica.

Cuestionaron:

- a) que se afirmara en el informe que la historia clínica era completa, cuando no obraban los estudios médicos previos, y que eso se explica con que el médico demandado atendió a la Sra. M. L. G. en su consultorio particular, sin indagar acerca de la existencia de estudios anteriores, y más si estaban en poder del demandado. Consideraron que se violó la regla de las cargas probatorias dinámicas, ya que debía probar quien estaba en mejores condiciones.
- b) que la existencia de una cesárea previa en la paciente aceptada por el accionado, era un antecedente de riesgo para el acretismo placentario, pero el perito no lo atendió y lo dejó solapado con la embolia de líquido amniótico.
- c) la pericia fue hostil para la parte actora. Refieren como ejemplo la relativización del concepto prolijidad, o los términos desafiantes de las respuestas.
- d) que no hubo introducción en el alegato de cuestiones no planteadas en la demanda. Que desde esa oportunidad se indicó que la paciente era portadora de riesgos de placenta acreta que debieron diagnosticarse y tratarse adecuadamente.
- e) la afirmación sentencial relativa a que los defectos relevantes de la historia clínica solo podían ser lo que tienen vinculación con el daño sufrido, siendo que debería primeramente explicarse la relevancia o no de esos faltantes.
- f) criticaron el valor asignado en la sentencia al informe del Dr. G. B., cuando habló de hallazgos sugestivos de embolización de vasos por líquido amniótico, siendo que esa no fue una afirmación categórica.
- g) se dijo que la sentencia ocluyó el pasado a partir de ese informe conjetural, como si pudiera separarse en forma absoluta todo lo sucedido anteriormente, y siendo que de todos los elementos se desprende que hubo una falla en el diagnóstico de la placenta acreta y que eso determinó la necesidad de una intervención quirúrgica con mayores riesgos para el paciente.
- h) dijeron que no los satisfacía la conclusión del perito consistente en la desvinculación total y absoluta que planteó entre una patología y la otra, lo cual se calificó de reducción indebida y antojadiza.
- i) criticaron a su vez que la sentencia asumió la pericia médica en cuanto a que la embolia de líquido amniótico es mortal en casi todos los casos y que la prestación médica fue acorde, con lo que se ignoró que la paciente tenía más de 30 años y cesárea anterior, por lo que había un factor de riesgo de placenta acreta, lo que debió diagnosticarse por los medios disponibles, y así programado el

parto con histerectomía posterior a partir de la disposición de un equipo interdisciplinario. Se asegura que ello afectó las chances curativas de la paciente, y que la pericia médica incluso indica a fs. 381, puntos 12 y 13, que los estudios previos hubieran permitido diagnosticar y que el tratamiento que correspondía era la histerectomía post cesárea.

j) objetan la valoración del informe de la FASGO, en cuanto a que no estaba a su alcance brindar un porcentaje de concurrencia de acretismo placentario y embolia del líquido amniótico, y que a partir de allí la sentencia toma eso como si no existiera relación entre un hecho y otro, o como si uno no explicara el otro o no fuera su causa. Se dijo que la ciencia ha identificado casos en los que la embolia se produce, como el acretismo placentario. Aseguraron que FASGO se expidió en forma ajena a los hechos de la causa e informaron de modo teórico y general.

k) también se cuestionó la valoración de las declaraciones testimoniales, siendo que algunas de ellas era interesadas, y que la lectura se apoyó en una falacia originada en la pericia en el sentido de que el procedimiento de histerectomía subtotal era el indicado, cuando se omitió señalar la existencia de un antecedente que hubiera permitido evitar el carácter sorpresivo de esa intervención luego de un alumbramiento complicado con desgarros que produjeron la invasión de líquido amniótico en el torrente sanguíneo de la madre. Por eso se insiste con que los agravia que la sentencia refiriera al carácter grave e imprevisible de la embolia de líquido amniótico sin considerar las circunstancias que hacían previsible una de sus causas principales, como lo era el acretismo placentario.

l) relacionado con lo anterior se quejaron de la conclusión sentencial relativa a que la embolia de líquido amniótico no puede vincularse con el caso de placenta acreta, cuando esa vinculación existe y fue determinada por la ciencia.

ll) criticaron además, que no fue materia de consulta si el acretismo placentario puede producir la muerte del paciente y en qué porcentaje de casos; que los puntos de pericia de la actora, como las explicaciones se encaminaron a determinar la presencia de placenta acreta, su definición y diagnóstico, como los de la embolia de líquido amniótico y en definitiva, cuál era la causa de la muerte y las responsabilidades de los intervinientes. Que ese fue el objeto de la audiencia preliminar del 11/08/2009, y que al respecto el perito médico incurrió en reticencias y falsedad. Al respecto señalan que se limitó a contestar que la prestación médica prestada a la Sra. G. fue acorde a las patologías presentadas, y de modo apocalíptico agregó que la embolia de líquido amniótico no puede preverse y cuando se presenta es sumamente grave. Pero eso enmascara lo que sí podía preverse era la placenta acreta, que es una de las causales de aquello por generación de una continuidad anatómica entre tejidos que rodean el feto y el torrente sanguíneo de la madre, por lo que dijeron agravarse de la calificación del evento final como imprevisible y que se descartara la existencia de mala praxis.

m) impugnaron asimismo que el fallo estableciera que la actora no probó la existencia de factores de riesgo para el diagnóstico de un posible caso de placenta acreta y la relación de causalidad entre ésta y la embolia, o que fuera la placenta acreta la principal causa de la muerte de M. L. G., porque esa conclusión se basó en una pericia médica reticente y mendaz e incluso irrespetuosa, lo cual no se superó con la medida para mejor proveer dictada por el carácter insuficiente de aquella prueba.

n) pidieron por lo anterior la designación de nuevo perito para que se produzca nuevo informe

Con todo ello, además de reiterar la impugnación a la pericia médica efectuada en los alegatos, se pidió la designación de nuevo experto para que se expida nuevamente sobre los puntos periciales oportunamente propuestos, y que en definitiva se revoque la sentencia y recepte la demanda, con costas a la contraria.

3.- El apelado G. contestó el traslado el 08/03/2023.

Sostuvo de modo preliminar la insuficiencia técnica de los agravios y auspicó la deserción.

En subsidio, sobre la errónea valoración de la historia clínica, dijo que la parte actora, a fin de acreditar la mala praxis solicitó el secuestro de la Historia Clínica de AGOS, y fue aportada por la propia parte actora como prueba documental e instrumental, a través del expediente de diligencia preliminar obrante en autos, pero no fue cuestionada al momento de incorporarse al proceso. Tampoco mencionó a qué clase de irregularidades u omisiones padecía, que la misma cumple con todos los requisitos legales y destacó que el cuestionamiento que realiza ahora está fuera de tiempo y lugar. Agregó que la responsabilidad de su adecuado llenado y custodia pesa sobre el establecimiento asistencial, en el caso particular AGOS, respecto de quien la parte desistió de la acción y del derecho. Expresó que tampoco ofreció como prueba la historia clínica ambulatoria (de consultorio) que hoy invoca.

Relativo a la valoración del informe de anatomía patológica realizado por el Dr. B., respondió que tal diagnóstico no fue cuestionado por la parte actora hasta esta instancia, y a partir del mismo se efectuaron la pericial médica y el pedido de informe a la FASGO. Aclaró que el informe de anatomía patología formó parte de la documental médica secuestrada en la diligencia preliminar llevada a cabo por la parte y ofrecida como prueba y en ningún momento lo impugnó.

Acerca de la valoración de la pericia médica del Dr. C. O., se contestó que tanto lo dictaminado, expresado y declarado por el perito médico, como las declaraciones testimoniales y lo informado por la FASGO, carecía de animosidad hacia el apelante. Se reprobó además que las objeciones se basaron en apuntes extraídos de buscadores de internet tales como Wikipedia, Google, etc., que son

fuentes de dudoso origen intelectual y científico. Que la parte se dedicó a desmerecer, más que exponer los agravios en el sentido técnico procesal del término y calificó, en forma inapropiada, la presentación judicial, la actuación y los dichos del perito médico. Del resto de la valoración probatoria que el recurso consideró errónea y arbitraria, se dijo que en los juicios de reparación de daños por actividad ilícita, los hechos son el fundamento de la pretensión y de la acción ejercida; de allí que, necesariamente, deben tener un correlato con el objeto de la demanda, ya que caso contrario se corre el riesgo de colocar al demandado en indefensión. Que los supuestos agravios del apelante no sólo no guardan relación con los hechos y probanzas, sino que consisten en expresiones falsas y ajenas a las constancias de las presentes actuaciones, que solo pueden ser consideradas como una conducta antijurídica y que tienen como finalidad confundir a esta Sala.

De la carga de la prueba recordó que se trataba de obligaciones de medios, que la parte pretensora es quien debe probar la culpa profesional en los reclamos por mala praxis médica, afirmando que el Dr. G. actuó de acuerdo a *lex artis* y reglas que rigen la profesión médica.

Finalmente, remarcó la inexistencia de un factor de atribución de responsabilidad y la ausencia de nexo causal y se concluyó que los agravios de la actora son insuficientes para descalificar la sentencia, especialmente en lo atinente a la interpretación y valoración de la prueba y la selección de las normas jurídicas aplicables al caso.

4.- Tales son los antecedentes del caso sometido a revisión.

De modo preliminar corresponde establecer la extemporaneidad del planteo de nueva pericia médica efectuado por la parte actora en su memorial de agravios -art. 252 CPCC-, y por tanto, su improcedencia.

5.- Conviene ahora pasar en limpio los hechos centrales de este juicio que no son motivo de controversia.

Los reclamantes, J. M. G. y D. Z. M. de O., eran los progenitores de M. L. G., quien contando con 30 años de edad, cuando cursaba la semana 39 de su segundo embarazo como paciente del Dr. E. J. G. ?con quien realizó los controles prenatales-, ingresó el día 21/10/2005 a las 20:30 hs al centro de salud ?Asociación Gualeguaychú de Obras Sociales? (AGOS), quedando internada y asistida por la obstetra V. K. en su trabajo de parto, dando a luz su bebé alrededor de las 5 AM del día 22/10/2005 con intervención del médico G. demandado.

Luego del nacimiento del niño, al detectarse que la placenta de la paciente no se había expulsado de modo espontáneo, el médico mencionado efectuó un alumbramiento manual de aquélla, lo que derivó en la extirpación del útero por el sangrado, un estado de gravedad y la muerte constatada luego de las 7 AM del día 23/10/2005.

Fueron demandados el médico G. y la clínica AGOS, aunque respecto a ésta última como de su citada en garantía ?El Progreso Seguro S.A.-, se desistió de la acción y el derecho -fs. 228/229-.

No viene discutido el encuadre jurídico de la relación médicopaciente efectuado por el sentenciante (naturaleza contractual, obligación de medios, y aplicación de los arts. 499, 512, 519, 520, 521 y 902 del CC), sino la valoración probatoria por la cual, el juez de la causa concluyó que no se habían probado los presupuestos fácticos de la acción, y en particular, la existencia de factores de riesgo para el diagnóstico de un posible acretismo placentario, frente a un evento (la embolia de líquido amniótico) que calificó de imprevisible e imposible de diagnosticar previo a su ocurrencia, con alto pronóstico de muerte materna, cuya causalidad -dijo- no podía asociarse científica o fácticamente con el acretismo placentario.

6.- La culpa del médico a los fines de la responsabilidad civil, debe ser examinada -en efecto- en el marco de las previsiones establecidas por los arts. 512, 902 y 909 del Código Civil, en función de cuándo acontecieron los hechos dañosos.

En lo procesal, la carga de la prueba en estos asuntos, no escapa al principio general, y pesa sobre el actor; no obstante también son de aplicación las "presunciones hominis" (presunciones judiciales) y la teoría de las "cargas probatorias dinámicas", como método de excepción que atiende la dificultad probatoria que existe en la materia y el mayor acceso a la información de lo acontecido y a la prueba con que cuentan los profesionales cuestionados en su actuar (esta Sala Exptes. N° 3012/C y 7624/C, entre otros).

Esto implica que a la hora de apreciar el juez la conducta debida de las partes en la etapa postulatoria y probatoria del juicio, debe tener en cuenta que determinados hechos son más fáciles de explicitar y probar para el paciente (que cumplió con las instrucciones del médico, que lo visitó regularmente, que tomó la medicación, etc.) y otros son más fáciles de alegar y probar por el médico (cómo hizo el diagnóstico, que empleó conocimientos y técnicas aceptables, que suministró o recetó la medicación correcta, realizado la operación que correspondía, haber controlado debidamente al paciente, etc.) (conf.: SCMendoza, Sala I, "Triunfo Coop. de Seguros Ltda en: V., L. v. C., R. y otros", del 05/10/2010, en: RCyS 2011-IV, 121, y DJ 13/07/2011, 14) .

Esta distribución de la carga de probar conforme al criterio de la facilidad probatoria, tiene fundamento en el deber de colaboración de las partes en el litigio, que comprende el aspecto probatorio del mismo (conf.: CSJN, "Plá, Silvio Roberto y otros c. Clínica Bazterrica S.A. y otros", del 4/10/2001, Fallos: 324:2689; en el mismo sentido: "Pinheiro, Ana María y otro c. Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario", del 10/12/1997, Fallos: 320:2715).

Concretamente se trata de que el médico es quien está en mejores condiciones de explicar y probar que obró sin culpa o bien con la diligencia debida, y es allí donde tienen su peso las cargas probatorias dinámicas.

El principio hoy receptado en el art. 1735 CCC, en rigor, no implica una inversión de la carga de la prueba, sino la carga de aportar evidencia, manifestación de la carga de la prueba asociada a la aplicación del principio de colaboración en el proceso. Consiste en exigir a quien está en mejor posición relativa para esclarecer ciertos hechos, la carga de aportar los elementos que estén o razonablemente deban estar a su disposición, bajo apercibimiento de extraer de su conducta reticente, un fuerte indicio contrario a su posición procesal (GIANNINI, Leandro J.: "Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba", LL, 2010-F, 1136; mismo autor "Principio de Colaboración y carga probatoria dinámica en el Código Civil y Comercial", LL, 2016-F, 778; y conclusiones de la comisión 12 de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 2017).

A su vez, la conducta del médico debe poder ser evaluada conforme a parámetros certeros (como los procedimientos usuales que avala la comunidad científica o instituciones hospitalarias reconocidas) que traduzcan la *lex artis* con la cual confrontarla. Eso quiere decir que si un médico descarta su responsabilidad profesional en un resultado dañoso, debe dejar expuesto que procedió conforme lo aconsejaba la *lex artis*, o reglas de la técnica de actuación de su profesión, conforme a las cuales puede apreciarse si la tarea ejecutada es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse, ya que implica la aplicación de las reglas generales médicas para casos iguales o parecidos. La *lex artis* refiere un conjunto de reglas compartidas en el ámbito de la comunidad científica, a tal punto que cualquier médico actuaría conforme a ellas cuando se dieran las mismas condiciones. Una manera de acceder a ese conjunto de pautas es a partir de guías, protocolos o manuales médicos de autoridad, elaborados por entidades profesionales de prestigio, universitarias o de instituciones hospitalarias públicas o privadas, destinadas al diagnóstico y tratamiento de la patología que esté en cuestión.

Si bien, estos parámetros varían según la época y el país de aplicación de la terapéutica, siempre por decantación pueden contarse con una serie de premisas técnicas indiscutibles para un tiempo dado, y su uso prudente, ponen al galeno que las utiliza a cubierto de la tacha de práctica negligente.

Se ha puntualizado asimismo, que la *lex artis* cumple un doble objetivo. El primero es el de establecer el estándar de práctica profesional normal u ortodoxa para cada caso, fijando la conducta general del facultativo promedio ante un caso similar, y luego, "la *lex artis* tiene una segunda función, menos tenida en consideración: la fijación de los límites y contornos de la obligación de cuidado, a cargo del profesional, cuya infracción puede comprometer su responsabilidad, incluso penalmente? (conf.: LÓPEZ MESA, Marcelo J.: "La apreciación de la conducta de los profesionales según su capacidad y circunstancias y la *lex artis*", LL, 2016- D, 1147).

Atado a ello, el profesional (desde el punto de vista probatorio en resguardo de su responsabilidad y más allá de los derechos del paciente) debería valerse de los datos que dejó asentados en la historia clínica, exhibiendo el cuidado puesto en el examen clínico y su anamnesis.

Como es sabido, la historia clínica es un instrumento trascendente a la hora de evaluar la responsabilidad médica, que permite apreciar el tipo de atención y tratamiento cursado, en función de los presupuestos de la responsabilidad civil, factor de atribución y la relación de causalidad. De allí que para los profesionales de la salud llenar de modo completo la historia clínica no solo sea un imperativo legal, sino que es el modo de probar que actuaron como debían hacerlo conforme a la *lex artis*, además de constituir el medio de prueba por excelencia para el paciente, que en rigor es su titular.

7.- Aquí los apelantes cuestionaron que el juez de grado tuviera por completa la historia clínica, siendo que no había información de lo acontecido en el embarazo y de los estudios realizados, que -se sostuvo estarían en poder del médico tratante. Cuestionaron por eso, que no se haya valorado en contra de la postura del demandado, la omisión de presentar la historia clínica que debió llevar en su consultorio privado.

Eso tiene importancia cuando se pone el foco en la ausencia de diagnóstico previo de las condiciones de la placenta.

Aprecio que ni en la diligencia preliminar ni en la demanda se pidió la historia clínica labrada en el consultorio privado del médico tratante aquí demandado, sino que en tales oportunidades se procuró agregar al juicio la historia clínica del establecimiento asistencial AGOS al que la Sra. G. concurrió mientras comenzaba su trabajo de parto.

Ahora bien, no obstante que la Ley 26.529 de "Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud", se sancionó el 21/10/2009, y se promulgó de hecho el 19/11/2009, y entró en vigencia a partir de los 90 días de la fecha de su publicación, y que incluso el decreto reglamentario se dictó en el año 2012, lo cierto es que antes de la vigencia de dicha normativa, la jurisprudencia ya valoraba la inexistencia de historia clínica o deficiencia en su confección, en contra de los médicos y establecimientos de salud, echando mano para ello a la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, y casi todas las normas deontológicas de los profesionales de la salud preveían la necesidad de llevar historia clínica de cada uno de los pacientes (conf.:

MOLINA QUIROGA, Eduardo, "Derecho a la información de la salud y hábeas data específico. Derechos esenciales del paciente", en: LL, 2013- E, 609; esta Sala en Expt. N° 5579/C, sentencia del 08/06/2017).

En este juicio el médico accionado no trajo la historia clínica relativa al desarrollo del embarazo llevada en su consultorio, ni dio ninguna especificación de los controles efectuados en su transcurso que afirmó resultaron normales; cuántos fueron, qué estudios indicó y cuáles fueron los resultados que relevó y más específicamente qué recaudos tomó ante la existencia de una cesárea previa en la paciente, dado que según su contestación de demanda -fs.35-, es un elemento de riesgo para el acretismo placentario que debió ser considerado.

Nada dijo de haber examinado en estudios ecográficos la placenta buscando y descartado hallazgos de acretismo.

Tampoco dio información de lo que indicaba la *lex artis* en el cumplimiento de su función en esa etapa, en específico de los diagnósticos prenatales, ni mucho menos mostró haberlo satisfecho.

De esa manera, el demandado incumplió su carga de aportar explicaciones y evidencia sobre su proceder en el transcurso del embarazo.

Y creo que quedó evidente en las opiniones médicas, que un diagnóstico oportuno del acretismo, permite su mejor atención en el momento del parto. Lo dijo el perito que confeccionó la pericia médica - fs. 381/382- y también el informe que remitió la Federación Argentina de Sociedades de Ginecología y Obstetricia (FASGO -fs. 467-), ratificado en contestación agregada al expediente electrónico el 30/05/2022, todo esto último, a raíz de la medida para mejor proveer dictada el 26/04/2012 -fs. 427-.

En el punto el Dr. C. O. -médico forense- contestó que los estudios previos de ultrasonografía, doppler o resonancia magnética hubieran servido para diagnosticar, y que la recomendación ante un diagnóstico previo de placenta acreta es la ?histerectomía post cesárea?, o sea la extirpación del útero, que aquí se dio ya desatado un cuadro imprevisto.

De su lado el Dr. J. F. en informe fechado el 30/06/2016 (se trataba del entonces representante del Comité de Asuntos Legales de la FASGO) especificó que ante el parto normal con retención placentaria, la conducta a adoptar depende del diagnóstico y la gravedad de la situación, condicionada por la variedad de acretismo placentario y su extensión, que a veces basta un alumbramiento manual con actividades complementarias y otras en variedades que comprometen la pared uterina y la magnitud de la hemorragia es muy severa, debe realizarse una histerectomía de urgencia. Y que más complejo es la existencia de placenta ?destrudens? que invade órganos y tejidos adyacentes.

Especificó el mismo profesional que el diagnóstico de acretismo placentario se basa fundamentalmente en la evaluación ultrasonográfica (exploración ecográfica) y de angiografía por power doppler; y que en los casos de información obtenida por métodos ecográficos se impone la realización de una resonancia magnética nuclear para obtener información de la anatomía con respecto a la invasión placentaria y el estado de la pared vesical y uterina.

Como ya apunté, el médico demandado soslayó toda información sobre su proceder en el transcurso del embarazo y con ello tampoco expuso por qué recién tomó conocimiento de la placenta acreta en circunstancias del parto y luego del procedimiento realizado para extraerla al no ser expulsada espontáneamente. Mucho menos detalló si dicho procedimiento de emergencia se enderezó infiriendo la adherencia anómala y habiendo adoptado los resguardos pertinentes.

Por el contrario, en el caso, según su versión, a partir de la retención placentaria, llamó al anestesiólogo para hacer el alumbramiento manual de la misma, y luego de concretarlo, al efectuar el repaso de la cavidad uterina, se encontró con un tejido blando que al intentar retirarlo, impresionó (en rigor uso la palabra ?exteriorizó?) epiplón lo que aclaró es un tejido graso que cubre los intestinos, por lo que se llevó la paciente al quirófano, llamándose como ayudantes a un cirujano y una ginecóloga, con quienes se hizo una laparotomía para diagnosticar y resolver el problema, pero se encontró allí una ruptura uterina en la pared izquierda, sangre y coágulos, y sin lograr parar el sangrado se practicó una histerectomía subtotal. Narró que concretada, se derivó la paciente a terapia intensiva donde falleció a las 7:30 del día siguiente al de la internación, por falla multiorgánica, y que retrospectivamente y por resultado de la anatomía patológica, se concluyó que la muerte tuvo origen en embolia de líquido amniótico.

De la propia descripción del accionado de los acontecimientos se desprende que la embolia de líquido amniótico -constatada en el informe del médico patólogo, fs.82- fue una consecuencia del cuadro desatado con el sangrado que provocó el estado de gravedad de la paciente.

Reparo en que la testigo M. E. B. -fs. 336 y vta.- declaró que fue requerida en la ocasión por una laparotomía exploradora por una rotura uterina y probable histerectomía de urgencia, y marcando ese estado de gravedad que ocasiona el sangrado, el médico M. A. testificó -fs. 338 y vta.- que al realizar la laparotomía encontró rotura uterina, atonía uterina, sangre libre en cavidad abdominal y paciente en estado grave o crítico, ante lo cual, se llevó a cabo la histerectomía subtotal porque existía una rotura uterina y ?paciente en shock?.

Sumo que el informe del Dr. F. -fs. 467-, indicó que la embolia de líquido amniótico es un trastorno complejo caracterizado por

inicio repentino de hipotensión, hipoxia y coagulación por consumo.

Precisamente, la hipotensión implica que la presión arterial es mucho más baja de lo normal, y el corazón, el cerebro y otras partes del cuerpo no reciben suficiente sangre, siendo grave, por una pérdida súbita de sangre, mientras que la hipoxia se da cuando no llega oxígeno al cerebro, siendo la presión muy baja una de sus causas. Esa lectura, compatible con el informe del médico patólogo y su declaración testimonial -fs. 82 y 366/367- está avalada por las máximas de experiencia que en los tiempos actuales también tiene anclaje en el conocimiento al que permiten acceder distintos sitios web públicos y privados de autoridad, que brindan información médica.

Así, el Hospital Italiano informa en su portal que el acretismo placentario está aumentando su incidencia debido al incremento de la tasa de cesáreas y que se trata de una patología adherencial de la placenta que se está convirtiendo en una causa importante de morbilidad materna inmediata y residual si no se establecen estrategias adecuadas de manejo. Dice que éstas se basan, ante todo, en el diagnóstico prenatal de acretismo y preparación preoperatorio para prevenir o afrontar una hemorragia obstétrica masiva, lo que debe efectuarse con un enfoque multidisciplinario (<https://www.hospitalitaliano.org.ar/#!#16>: visto el 27/04/2023).

Asimismo en la página web de FASGO (entidad a la que por medida para mejor proveer se hizo la consulta científica prevista en el art. 463 CPCC), puede leerse en la Revista FASGO del mes de marzo de 2023 un trabajo dedicado a: "Espectro de Placenta Ácreta: Nuestra Experiencia en el Servicio de Obstetricia del Hospital Argerich?"

(<http://www.fasgo.org.ar/index.php/home-revista/125-revistafasgo/n-12-2021/2536-espectro-de-placenta-acreta-nuestra-experiencia-en-el-servicio-de-obstetricia-del-hospital-argerich>, visto el 27/04/2020), con información pertinente, en donde se explica que el espectro de placenta acreta (PAS) comprende formas de placentación anómala, que deben atenderse con manejo multidisciplinario para un adecuado y propicio abordaje quirúrgico, y se afirma que es la condición obstétrica más peligrosa ya que puede conducir a un sangrado masivo con la consecuente falla multiorgánica, ingreso a unidad de terapia intensiva, histerectomía, y eventual óbito materno.

Aprecio de lo dicho, que como se sostuvo en la demanda, la falta de diagnóstico oportuno de dicha patología frustró la chance de sobrevivida de la paciente, lo cual no impide que desatada la cadena de acontecimientos, el médico demandado haya obrado conforme lo indicaba el arte médico, ni que la embolización de líquido amniótico haya convergido como desencadenante final de la muerte. En esos dos segmentos de los sucesos (atención posterior al alumbramiento manual de la placenta y carácter mortal de esa embolización) se concentró la sentencia apelada, más, entiendo de mi lado, que la chance frustrada por falta de diagnóstico del acretismo placentario, resulta imputable por un factor subjetivo de atribución al médico demandado con relación causal adecuada en el desenlace fatal, y la demanda debió progresar según los daños comprobados.

No está demás dejar expuesto, que las omisiones relativas al diagnóstico específico del acretismo placentario dadas en una actitud médica de indolencia ante todo tipo de diagnóstico prenatal, trascienden el ámbito normativo interno.

En el caso "Brítez Arce y otros vs. Argentina", sentencia del 16/11/2022 la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó el estado de vulnerabilidad que presentan las mujeres embarazadas y los deberes y responsabilidades especiales que de ello derivan, y destacó que en el Sistema Universal de Derechos Humanos, distintos Tratados se refieren a las obligaciones de los Estados en materia de atención en salud durante el embarazo, parto y posparto, las cuales han sido interpretadas por sus respectivos órganos de supervisión.

Además dicho tribunal se pronunció de forma específica sobre la violencia ejercida durante el embarazo, el parto y después del parto en el acceso a los servicios de salud, reiterando que constituye una violación de derechos humanos y una forma de violencia basada en género denominada violencia obstétrica, la cual abarca todas las situaciones de tratamiento irrespetuoso, abusivo, negligente, o de denegación de tratamiento, durante el embarazo y la etapa previa, y durante el parto o postparto, en centros de salud públicos o privados?.

El enfoque convencional corrobora la responsabilidad antes advertida.

Tengo para mí, entonces, que hasta aquí los agravios son procedentes.

8.- El juez de primera instancia rechazó la demanda y en consecuencia no dio tratamiento a las indemnizaciones reclamadas. En mi opinión, corresponde expedirnos sobre ese tema.

En el expediente "Montiel Celiano Julián c/ Díaz María José y otros s/ ordinario daños y perjuicios", Expt. N° 6713/C, del 2/03/2020 (reiterado en "Sánchez Hugo Daniel c/ Díaz Daniel Horacio s/ Ordinario Daños y Perjuicios" - Expt. N° 7496/C), expliqué que es tarea propia asignada por el art. 270 CPCC decidir sobre los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia. Allí remarqué que esta Alzada siempre entendió así esa atribución (Expte. 3641/C, 3688/C, 5715/C, 6095/C, 5553/C, entre muchos otros).

Aquí, también, en consonancia con lo expuesto anteriormente, propicio emitir sentencia pronunciándonos sobre el reclamo conforme al aludido art. 270 CPCC que asigna competencia positiva al respecto, máxime cuando ha sido especialmente pedido por los actores

en la expresión de agravios -punto 2 del petitorio-.

Estimo que esa es la lectura mayoritaria en doctrina y jurisprudencia, conforme a la cual, quedan implícitamente sometidas al tribunal de Alzada las cuestiones materia de la litis, en que ya sea por una omisión o por haber hecho lugar a un argumento o defensa excluyente, el juez originario no las hubiere examinado (MORELLO-SOSABERIZONCE: "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y Anotados", cuarta edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, pág.334 a 337). Ha sido por otra parte la técnica del reenvío práctica censurada por la propia Corte Suprema considerándola contraria al servicio de justicia (CS, "Instituto de Vivienda del Ejército c. Empresa Constructora Indeco S. A. y otros", del 21/12/1999, Fallos Corte: 322:3241, comentado por MORELLO, Augusto M.: "La contribución de la Corte Suprema a repensar la eficacia de las Cámaras de Apelación", en: LL, 2000-C, 747).

En mérito a ello, y sin dejar pasar como relevante la excesiva duración del litigio iniciado el 10/10/2007 que no admite más dilación su solución final, opino que este tribunal debe reconocer la responsabilidad civil del accionado y expedirse sobre el reclamo indemnizatorio.

9.-Con lo dicho, sobre la primera cuestión propuesta me pronuncio por la negativa, auspiciando en consonancia con la responsabilidad establecida, merituar las indemnizaciones reclamadas.

ESE ES MI VOTO.

A LA MISMA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. MARCELO J. ARNOLFI, DIJO:

Que adhiere al voto precedente por iguales fundamentos.

A LA MISMA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. FABIÁN ARTURO RONCONI, DIJO:

Que existiendo mayoría hace uso de la facultad de abstenerse de emitir su voto, conforme lo autorizado por el art. 47 de la L.O.P.J. (texto según Ley 9234).

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PROPUESTA LA SRA. VOCAL DRA. ANA CLARA PAULETTI, DIJO:

1.- Tocante a los rubros indemnizatorios, dado que los hechos dañosos que motivan el pleito acontecieron en el año 2005, debo aclarar que en materia de derecho transitorio y la aplicación de las reglas del art. 7 CCC, debe distinguirse entre los presupuestos esenciales de la responsabilidad civil que se rigen por la ley vigente en el momento de constitución de la relación jurídica, es decir a la fecha del hecho antijurídico dañoso, y el enfoque que merecen las "consecuencias" no agotadas de esa relación, a las cuales se aplica el Código Civil y Comercial (conf.: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Segunda parte, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, pág. 234; GALDÓS, Jorge M.: "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", en: LL, 2015-F, 867; esta Sala en Expts. N° 6746/C, 7155/C y 7624/C, entre otros).

Bajo esa tesitura, es que para la cuantificación del daño, aplicaré el Código Civil y Comercial vigente desde el 01/08/2015, pues sobre la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) era sí aplicable el código derogado vigente al momento del hecho como ya me pronuncié, correspondiendo ahora hacerlo sobre las consecuencias de aquella.

2.-En la demanda presentada el 10/10/2007, los actores como progenitores de la víctima, reclamaron daño material por pérdida de chance, daño emergente derivado de las lesiones psíquicas, daño material por gastos funerarios, y daño moral o no patrimonial. Entre los ítems que reconoce actualmente el art. 1745 CCC para la indemnización en caso de muerte, incluye los gastos del funeral y la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos, aunque su enumeración no es taxativa y debe integrarse con los arts. 1737, 1740 y 1741 CCC. La norma tiene como antecedente los arts. 1078, 1084 y 1085 del Código Civil.

2.a.- Pérdida de chance.

Los Sres. G. y M. de O. pidieron se los indemnice por la frustración de la chance material de que la hija fallecida, fuera sostén de la familia. Se alegó que el Sr. G. solo percibía un Plan Trabajar y que la víctima colaboraba económicamente con sus padres por sus casi nulos ingresos, pues ella cuidaba a personas mayores en la familia de I. O. de D. M., y cuando podía trabajaba como auxiliar de enfermería, más cuanto changa podía hacer.

Teniendo en cuenta la edad de los actores (para el 15/03/2010, ella tenía 58 años y él 61 según la pericia psicológica), sus escasos ingresos y la edad de la víctima como su predisposición para trabajar, estimaron el rubro en \$48.000, en base a multiplicar \$200 por mes de ayuda para ambos padres por 20 años de estimación de vida de éstos.

La pretensión fue impugnada por el accionado a fs. 121/122, poniendo en duda los hechos invocados y descalificando el importe pedido.

En el caso de fallecimiento de hijos, la pérdida de chance - como daño patrimonial- es la pérdida de la posibilidad cierta de ayuda futura, en el sentido de asistencia material y espiritual que un hijo habría podido prodigar a ambos padres, cuando fuesen adultos mayores o ancianos. Se trata de un daño patrimonial que en el régimen del Código Civil derogado era una creación pretoriana y que

ahora recoge expresamente el art. 1745 inc. c) CCC, cuando establece que en caso de muerte, la indemnización debe consistir -entre otras previsiones- en "la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos...".

Se trata de un daño presunto, que no se limita a los aportes dinerarios, sino a todo tipo de ayuda incluida la de tipo asistencial referente al cuidado, y no está condicionada a la ausencia de cónyuge o conviviente o de hijos del difunto, aunque no todo ascendiente está favorecido por la presunción. El rechazo del rubro supone prueba sobre condiciones personales de los hijos y sobre las relaciones con los padres que muestren situaciones adversas contrarias a la normalidad que indica que la potencialidad futura de apoyo de los hijos a los padres en la vejez, y quien lo alega debe probarlo (conf.: ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo: La responsabilidad civil en el nuevo Código, Alveroni Ediciones, Tomo III, pág.256/258).

Surge de la prueba que los actores tienen otros cuatro hijos, que M. de O. efectúa tareas de peluquería además de ser ama de casa y G. trabaja de changas y cuenta con un plan asistencial del Estado, como que la hija fallecida estudió enfermería aunque no ejercía, era ama de casa; que ésta era unida con sus padres, se la veía en la casa de éstos, y que hacía changas como tomar la presión, poner inyecciones, entre otras (declaraciones testigos L. A. M. -fs.260/261-, B. T. O. -fs.262 y vta.-, J. A. F., fs.263 y vta.; prueba informativa fs.265/287 y 315/321 y pericia psicológica fs. 304/306).

Con ello puede tenerse por acreditada la chance de que la hija fallecida prestara ayuda con contenido económico a sus progenitores en su ancianidad en el caso de continuar con vida, aunque la ausencia de certeza acerca de sus posibilidades económicas reduzcan su alcance cuantitativo, como la existencia de familia propia, de la que no se dio cuenta, aunque se refirió la existencia de un parto por cesárea anterior y del nacimiento de un niño en el parto que desencadenó el episodio antes analizado. La pericia psicológica menciona a esos hijos de la difunta.

Asimismo debe considerarse que la cuantificación de la pérdida de chance no es ajena a las pautas fijadas en los arts.3 y 1746 CCC, ajustadas al porcentaje que representa la chance de ayuda futura.

Con eso usaré la fórmula tradicional del tribunal para determinar el valor presente de una renta constante perpetua, sin contemplar la variación que podrían llegar a tener los ingresos en cuestión por no contar con información presuntiva al respecto. Asumo a su vez para el cálculo el valor actual del SMVM (\$80.342,00) y sin computarla como relación formal (x12). Contemplo además, al efecto el valor económico de las tareas de cuidado, y que en el caso, las que podía realizar la víctima confluían con las de sus cuatro hermanos.

A su vez, dado que la indemnización corresponde a la chance pérdida consistente en lo que se estima que la difunta podía haber brindado a sus progenitores durante la vida de sus padres, la reduciré al 10% de aquél importe calculado por un lapso de 20 años. Esto implica:  $(80.342,00 * 12) * 0,543613054 * 25 * 10\% = \$1.310.248,80$ .

Por esa cifra creo que debe progresar la indemnización por pérdida de chance.

#### 2.b. Daño psicológico

De la fundamentación de dicho daño, surge se lo vinculó al costo del tratamiento terapéutico que explicaron necesitar. Se habló de daño emergente derivado de las lesiones psíquicas, y se lo cuantificó conforme al valor de una sesión semanal para cada progenitor por doce meses, arrojando un importe de \$4.800.

La lesión psíquica hace referencia a una alteración clínicamente significativa que afecta en mayor o menor grado la adaptación de la persona a los distintos ámbitos de su vida (personal, social, familiar o laboral), y hay secuela psíquica, cuando esos desequilibrios o desajustes psicológicos tienden a consolidarse.

La pericia psicológica producida y presentada el 15/03/2010, indicó como conclusión de sus observaciones sobre alteraciones y desequilibrios causados por el hecho traumático en la vida de los sujetos, que hubiera sido conveniente un tratamiento psicológico oportuno para profundizar la elaboración del duelo de la hija, como acompañar a la pareja en la crianza de su nietos, huérfanos de madre; pero avaló el tratamiento apuntando que el duelo insuficientemente elaborado lleva a una cronificación del sufrimiento psicológico, a trastornos psicosociales y a la aparición de diversos tipos de psicopatologías que pueden presentarse en el futuro. Creo por tanto que la partida se encuentra justificada como un gasto emergente. Si bien no consta un valor de referencia de la sesión ni el tiempo durante el cual se extendería la terapia, contemplaré conforme a las máximas de experiencia un valor actual bajo de mercado de sesión de psicólogo equivalente a \$2.000, calculado por cuatro sesiones al mes para cada uno durante 12 meses, que fue lo pedido -art.162 último párrafo CPCC-.

Conforme a ello la suma del apartado arroja la cantidad de \$192.000.

#### 2.c. Gastos funerarios.

Se solicitó además el reintegro de los gastos funerarios que afirmaron debieron soportar los progenitores por la suma de \$3.500, indicando que debe presumirse su desembolso.

El fundamento para indemnizar gastos funerarios hoy reconocido en el art. 1745 CCC reside en que la muerte injusta determina que

los asuma quien, posiblemente, no habría tenido que pagarlos de haber sucedido por causas naturales o por cualquier otra distinta del hecho que se imputa al responsable. Es por esa razón, que quien reclama para sustentar su legitimación activa no está liberado de probar los gastos que invoca, ya que no es una partida automática y ni si quiera a favor de los familiares más cercanos, pues no rige una presunción de pago y es indispensable acreditar las erogaciones (conf.: ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo: ob.cit., págs. 226/227).

En consecuencia, dado que quienes dicen haber abonado la partida, no lo probaron, la pretensión debe rechazarse.

2.d. Daño moral o no patrimonial.

En el escrito promocional se explicó que el dolor por la pérdida de un hijo es el máximo concebible, y que queda acredita in re ipsa, por el acaecimiento del hecho antijurídico. Especificaron del sufrimiento de los progenitores y las implicancias negativas que aparejó la muerte de Marcela Lorena para la vida de los mismos por lo injusto e inesperado y se justipreció la indemnización en la suma de \$200.000 como importe total para ambos.

Para el médico demandado, el pedido tuvo un fundamento dogmático y tampoco es procedente esta reparación por el origen contractual de la reparación.

Los actores estaban legitimados para reclamar las consecuencias no patrimoniales del hecho lesivo como ascendientes de la persona fallecida -art.1078 CC y 1741 CCC-, ya que los padres de la víctima pueden accionar aun cuando ésta contara con hijos propios.

Por otro lado, las consecuencias de la pérdida de la vida es igualmente indemnizable con o sin obligación previamente asumida de no dañar y claramente la regulación actual equipara las fuentes - art.1716 y 1741 CCC-. El demandado sostiene una postura restrictiva del daño moral basada en una lectura del art. 522 CC, que mucho ante de la vigencia del Código Civil y Comercial había sido superada por la mejor doctrina, que sostuvo que el daño moral era plenamente resarcible, tanto en ámbito extracontractual como contractual, si se presentan los requisitos de la responsabilidad civil y, en especial, del daño resarcible (conf.: PIZARRO, Ramón D., "Daño moral", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, 2ª ed., p. 199); e incluso, se consideraba a su vez, que la acción de los herederos forzosos era extracontractual, aun cuando la muerte resultara del incumplimiento de deberes previamente asumidos por el demandado (conf.: ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: Daño moral por muerte, Astrea, 2010, pág.27).

Sobre la configuración del daño moral ante la muerte de un hijo operan presunciones hominis, conforme a lo cual, en esos casos, la mera existencia de la lesión torna viable la admisión del daño moral por inferirse in re ipsa. "Que también debe admitirse el reclamo por daño moral, detrimento que por su índole espiritual debe tenerse por configurado in re ipsa (artículo 1078 del Cód. Civil), pues el evento dañoso constituyó una fuente de angustias y padecimientos espirituales que debe ser reparado judicialmente ya que la muerte de un hijo provoca uno de los mayores daños que el ser humano pueda sufrir" (CS, "Meza, Dora c. Provincia de Corrientes y otros s/ daños y perjuicios", 14/07/2015, RCyS 2015-X, 80; TR LL, AR/JUR/24411/2015).

El dolor espiritual puede ser así presumido en el caso ante la súbita muerte de una hija joven, causante de angustias, depresión y desequilibrio emocional, por resultar ello propiamente humano, pero además tal sufrimiento se encuentra en la especie respaldado por las declaraciones testimoniales ya reseñadas y la pericia psicológica en donde se afirmó que la muerte aquí tratada, generó una alteración en el equilibrio psíquico de ambos padres, especificando situaciones y repercusiones constatadas en la vida de los mismos y sus emociones. La auxiliar habló además de la proyección a futuro del padecimiento, no solo por la pérdida de la hija sino también en relación a los cuidados que debieron asumir respecto a sus nietos.

Cuando se habla de daño moral, no solo se refiere al dolor, padecimientos o sufrimientos de orden espiritual del individuo, sino también a la privación de momentos de satisfacción y felicidad en la vida del damnificado ?víctima o reclamante?, que influyen negativamente en la calidad de vida de las personas, que es lo aquí constatado.

Tengo por acreditada entonces la existencia de este daño.

En lo relativo a la cuantificación, debe considerarse el fin reparador de esta indemnización y estimarse según la entidad del mal inferido.

La primera pauta a tener en cuenta para su cálculo, es el importe propuesto por quien lo reclama. La Corte Suprema en ese sentido ha expresado: "el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido" (CS, del 20/12/2011, "Molina, Alejandro Agustín c. Provincia de Santa Fe", RCyS, 2012-2, 147).

Incluso, un tiempo antes, el mismo tribunal federal en la causa "Baeza", resolvió que para la cuantificación del daño extrapatrimonial puede acudir al dinero y a otros bienes materiales como medio para obtener satisfacciones y contentamientos para "compensar, en la medida posible, un daño consumado" (CS, "Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Daños y Perjuicios", 12/04/2011, Fallos: 334:376).

En esa línea, el art. 1741 último párrafo del Código Civil y Comercial indica que el monto debe fijarse ponderando las satisfacciones

sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas, con lo que hizo primar una pauta normativa mucho más específica que la de la reposición al statu quo anterior (la cual, de suyo, resulta impracticable en el daño moral), y que parte de la base de que el daño moral no se cuantifica, sino que se cuantifica la satisfacción del valor del daño extrapatrimonial -art. 1621 CCC-.

El art. 1741 se vincula con la idea de un "activo intento" para "mitigar" el daño moral, expresada gráficamente por la Corte Federal en "Santa Coloma" de 1986: "En el sentimiento corriente, la actitud hacia las pérdidas definitivas no es aconsejar su asunción heroica, sino que se traduce en un activo intento de mitigarlas, aun a sabiendas de la pobreza de medios con que se cuenta a tal fin" (Fallos: 308:1160) (conf.: GONZÁLEZ ZABALA, Rodolfo M.: "Satisfacciones sustitutivas y compensatorias", en: RCCyC 2016 (noviembre), 17/11/2016, 38; ver además en el tema GALDÓS, Jorge M.: "El daño moral y las indemnizaciones sustitutivas y compensatorias por las consecuencias extrapatrimoniales. El precio del bienestar emocional", TR LL, AR/DOC/568/2022).

En este juicio no pudo darse el debate que plantea esa disposición del código unificado en relación a bienes y valores para afectar al consuelo, y el número dinerario propuesto en la demanda para la satisfacción no fue justificado. Sumado a ello, la actualización es en sí compleja por las variables económicas de nuestro país.

La plenitud indemnizatoria descarta la entrega de sumas depreciadas, y supone cuantías con poder adquisitivo real, sin cristalización al momento del daño o de la demanda. La prestación indemnizatoria representa un valor económico que debe mantenerse inalterado hasta el pago, con lo cual, la solución más justa es fijar los valores indemnizatorios a la fecha de la sentencia, ya que es cuando la compensación económica del daño se aprecia mejor, y correlativamente, se evita la depreciación.

Conforme a tales parámetros, las circunstancias del supuesto analizado y de los damnificados indirectos peticionantes, cuantifico la indemnización por daño no patrimonial (asumiendo la dificultad y sensibilidad que apareja) en la suma total de \$4.000.000. La razonabilidad buscada, mide la equivalencia aproximada entre la indemnización y un automóvil tenido en cuenta como bien de consuelo, en cuanto podría aparejar un beneficio y tener un fin recreativo y compensatorio para los peticionantes, que permita suavizar las huellas dolorosas del menoscabo sufrido.

Por el importe indicado sugeriré prospere esta porción del reclamo.

3.- Como he calculado las indemnizaciones a valores actuales, entiendo que los intereses moratorios deben calcularse a la tasa pura del 6% anual desde el hecho dañoso (23/10/2005) hasta la sentencia, y de allí en adelante, en caso de mora en el pago, la tasa activa que usa el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos (TABNA) (conf.: CS, "Alarcón, Gerardo D. c/ Sapienza, Walter D. y otros s/ accidente - ley especial", 27/02/2020, AR/JUR/201/2020; y PITA, Enrique M.: "La tasa de interés aplicable en los daños fijados a valores actualizados. La jurisprudencia de la Corte Suprema. El precedente "Alarcón c/ Spienza" (La problemática de los llamados 'cálculos hodiernos')", en: LL, 13/04/2021, 1).

4.- Sugiero en definitiva, reconocer las indemnizaciones por pérdida de chance (\$1.310.248,80), daño psíquico (\$192.000) y daño no patrimonial a los actores (\$4.000.000), por los importes propuestos, e intereses explicados.

Esto implica que, a la fecha 28/04/2023 correspondiente al armado de la presente sentencia, el importe total computada la tasa desde el hecho dañoso, asciende a \$11.287.296,68 (pérdida de chance = \$2.687.840,46; daño no patrimonial = \$8.205.588,00; daño psíquico = \$393.868,22).

ESE ES MI VOTO.

A LA MISMA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. MARCELO J. ARNOLFI, DIJO:

Que adhiere al voto precedente por iguales fundamentos.

A LA MISMA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. FABÁIN ARTURO RONCONI, DIJO:

Que existiendo mayoría hace uso de la facultad de abstenerse de emitir su voto, conforme lo autorizado por el art. 47 de la L.O.P.J. (texto según Ley 9234).

A LA TERCERA CUESTIÓN PROPUESTA LA SRA. VOCAL DRA. PAULETTI DIJO:

1.- Con el resultado de las votaciones precedentes, me encuentro en condiciones de expedir mi voto haciéndolo por la negativa.

Propongo al tribunal en consecuencia, dictar sentencia haciendo lugar al recurso tratado interpuesto por el Sr. J. M. G. y la Sra. D. Z. M. de O., y en consecuencia, revocar la sentencia apelada, haciendo lugar de modo parcial a la demanda, por los rubros, montos e intereses explicitados en la segunda cuestión.

En torno a las costas, debo señalar que si bien los rubros progresan de modo parcial, no existió ningún tipo de desgravación parcial de responsabilidad. Es por eso aplicable la regla según la cual, en materia de reclamos por daños y perjuicios, rige el principio de la reparación integral aunque la demanda no prospere en su integridad.

La decisión dictada por el tribunal de casación en autos "Schenfeld, Hugo Juan c/ Roigt Mario Esteban y otra s/ Ordinario por Daños y Perjuicios", Expte. 7797, del 21/03/2019, lo fue para el caso y no alteró la posición que recepta los principios aludidos ya que

fueron los convalidados en la sentencia dictada en autos "R., X. B. y Otro c/ Reynoso Gerardo Daniel y Otros s/ Ordinario", Expte. No 7958, del 12/09/2019.

Subsiste entonces, el criterio según el cual, la condena en costas, por integrar el resarcimiento y aun cuando la acción no prospera totalmente en su entidad cuantitativa o se rechazara algún rubro, debe ser soportadas íntegramente por la parte demandada y su aseguradora, tal el criterio vinculante (art. 285 CPCC) de la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia (in re: "Luna Alberto Eduardo c/ Telecom Argentina Stet France Telecom S.A. S/ Sumario", 21/11/2008; "Sánchez Julio Ramón c/ Etchegoyen Horario A. y/u otros S/ Daños y Perjuicios", 21/5/2009; "Guillerme Claudia Verónica c/ Gobierno de la Provincia de Entre Ríos S/ Sumario", 27/5/2010), salvo, claro, que exista una atribución parcial de responsabilidad, lo cual no se verifica en la especie. Conforme a ello, y haciendo operativo el art. 271 CPCC, sugiero que las costas de ambas instancias sean soportadas por el accionado, desde que si bien el recurso progresa de modo parcial, debieron los accionantes recurrir para cambiar sustancialmente su suerte.

Adicionalmente, es oportuno regular honorarios por ambas instancias conforme al resultado.

2.- Para terminar no puedo dejar pasar la excesiva duración que ha tenido este litigio, con extensas paralizaciones entre los actos que lo componen, preocupación que también expuse en las sentencias dictadas por el Tribunal en Expte. N° 6147/C y en Expte. N° 7624/C.

Este juicio por daños y perjuicios se inició el 10/10/2007, y su diligencia preliminar el 14/11/2005, por un hecho ocurrido en octubre de ese año. El primer auto para sentencia se dictó en la instancia de grado en fecha 24/11/2011.

El estudio de lo aquí acontecido, expone la justificación de la política judicial adoptada mediante la aprobación del Reglamento de Gestión de Prueba por Ac. Gral. STJER N° 18/18, debido al necesario cambio de prácticas que debíamos afrontar todos los operadores del sistema, para que el proceso civil y el servicio de justicia sean acordes al mandato convencional de garantizar tutela judicial efectiva y oportuna, revirtiendo nuestra lentitud y burocracia.

Muestra además con elocuencia, que como lo interpreta esa normativa, el principio dispositivo atenuado que rige en nuestro sistema procesal, exige del impulso conjunto de las partes y del juez para evitar que el proceso se paralice -art.33 inc.a) CPCC-, garantizando así el cumplimiento de un proceso judicial aceptable en términos convencionales.

Sirva mi lectura y reprobación para disuadir y evitar la reiteración de comportamientos o proceder indiferentes a la demora aquí constatada.

ESE ES MI VOTO.

A LA MISMA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. MARCELO J. ARNOLFI, DIJO:

Con excepción de la declaración expuesta en el punto 2 de la tercera cuestión, en los demás adhiero al voto de la Dra. Pauletti por sus fundamentos.

A LA MISMA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. FABÍAN ARTURO RONCONI, DIJO:

Que existiendo mayoría hace uso de la facultad de abstenerse de emitir su voto, conforme lo autorizado por el art. 47 de la L.O.P.J. (texto según Ley 9234).

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordada la Sentencia siguiente: FD.: ANA CLARA PAULETTI, MARCELO J. ARNOLFI, FABÍAN ARTURO RONCONI (Abstención). Ante mí:

DANIELA A. BADARACCO, Secretaria.

SENTENCIA:

GUALEGUAYCHÚ, 02 de mayo de 2023.

Y VISTO:

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede, por mayoría;

SE RESUELVE:

1.- ADMITIR parcialmente el recurso de apelación interpuesto el 07/07/2022 y fundado en esta Alzada el 14/02/2023 en representación de J. M. G. y D. Z. M. de O., contra la sentencia dictada el 04/07/2022, la que se revoca y, en consecuencia, hacer lugar de modo parcial a la demanda, por los rubros, montos e intereses explicitados en la segunda cuestión.

2.- IMPONER las costas de ambas instancias a cargo del demandado vencido.

3.- REGULAR?

REGULAR?

REGULAR...

4.- REGULAR?

5.- REGISTRAR, notificar conforme SNE y, oportunamente, remitir al juzgado de origen. FD.: ANA CLARA PAULETTI,

**MARCELO J. ARNOLFI, FABIÁN ARTURO RONCONI.**

Conste que la presente se suscribe mediante firma digital. En 02 de mayo de 2023 se registró en soporte informático (Acuerdo S.T.J N° 20/09 del 23/06/09 Punto 7). Asimismo, existiendo regulación de honorarios a abogados y/o procuradores, y en función de lo dispuesto por la ley 7046, se transcriben los siguientes los artículos: Art. 28: NOTIFICACIÓN DE TODA REGULACIÓN. Toda regulación de honorarios deberá notificarse personalmente o por cédula. Para el ejercicio del derecho al cobro del honorario al mandante o patrocinado, la notificación deberá hacerse en su domicilio real. En todos los casos la cédula deberá ser suscripta por el Secretario del Juzgado o Tribunal con transcripción de este Artículo y del art. 114 bajo pena de nulidad. No será necesaria la notificación personal o por cédula de los autos que resuelvan los reajustes posteriores que se practiquen por aplicación del art.114". Art. 114: PAGO DE HONORARIOS. Los honorarios regulados judicialmente deberán abonarse dentro de los diez días de requerido su pago en forma fehaciente. Operada la mora, el profesional podrá reclamar el honorario actualizado con aplicación del índice, previsto en el art. 29 desde la regulación y hasta el pago, con más un interés del 8% anual. En caso de tratarse de honorarios que han sido materia de apelación, sobre el monto que quede fijado definitivamente su instancia superior, se aplicará la corrección monetaria a partir de la regulación de la instancia inferior. No será menester justificar en juicios los índices que se aplicarán de oficio por los Sres. Jueces y Tribunales?.

Secretaría, 02 de mayo de 2023. FD.: DANIELA A. BADARACCO, Secretaria.