TOMO CXII - SENTENCIA
REGISTRO Nº 3662
FOLIO Nº 183/194
PROT. ELECT. A101 05 S.241

En la ciudad de Río Gallegos, capital de la provincia de Santa Cruz, a los veintiocho días del mes de febrero del año dos mil veinticuatro se reúne la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, integrada por el señor Juez Dr. Diego Lerena con la Presidencia del Dr. Carlos E. Arenillas, para dictar sentencia en los autos caratulados: "B. N. B. y otro c/Estado de la Provincia de Santa Cruz s/daños y perjuicios", Expte. Nº 19.435/17 (18.946/21), venidos del Juzgado de Primera Instancia Número Dos en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Secretaría N° Uno, con asiento en la ciudad de Río Gallegos en virtud de los recursos de apelación interpuestos por los actores a fs. … y por la parte demandada a fs. … contra la sentencia de fs. …/… vta. Se fija el siguiente orden de consideración: 1º) Dr. Carlos E. Arenillas, 2º) Dr. Diego Lerena y las siguientes cuestiones a tratar: **Primera cuestión:** ¿Es justa la sentencia apelada?, **Segunda cuestión:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.- -A la primera cuestión el Dr. Arenillas dijo:

I.- Contra la sentencia que rechaza la demanda interpuesta por la Sra. N. B. B. y el Sr. D. A. T. R. e impone las costas por su orden, apelan tanto los actores como la demandada.-

II.- Agravios de las partes.-

II.a.- Agravios de la demandada Estado de la Provincia de Santa Cruz (PE..., C.V.: …).-

La accionada se agravia en relación a la decisión adoptada por el juez al entender que: "…las costas debe[n] ser soportad[a]s por el orden causado en virtud que la falta de documentación por parte del Estado Provincial impidió al magistrado en concreto el resultado del juicio y en particular la duda no resuelta sobre la causa de la muerte intrauterina [de la] hija de los actores, es decir, falta de acceso a una fuente probatoria de calidad, omisión de información de neonatología, como también la falta de autopsia, esta [ú]ltima atribuye responsabilidad a las partes.".-

Agrega que: "Estas consideraciones que el a quo tuvo en cuenta al momento de emitir la sentencia no nos ubica a esta parte como responsables del hecho sucedido -la muerte intrauterina-, es decir la responsabilidad civil por daños. Ante ese panorama, es preciso manifestar ciertas cuestiones al respecto, por supuesto en lo referente a las costas procesales y queremos advertir una situación que llama poderosamente la atención y es cuando el Estado provincial resulta ganador y cuando resulta vencido, ya sea como actor o demando. La primera cuestión, se refiere al presente caso donde el Estado Provincial no resulta vencido (art. 68 del C.P.C. y C.) y que por cuestión de principio no debería soportar las costas procesales, ni mucho menos por el orden causado, por que rige el principio de la derrota.".-

Dice que: "…el a quo se aparta del principio y reflota la excepción con fundamentos de atribución de responsabilidad al no haber acreditado cierta documentación que hubiese permitido al magistrado generar 'duda respe[c]to a la causa de la muerte intrauterina' la carga de la prueba pesa

sobre quien alega el mal cumplimiento, en este caso, corresponde a la actora. Quien alega mala praxis médica debe acreditar su configuración, precisamente lo que no pudo acreditar la actora y ello no necesariamente debe ser responsabilidad del Estado Provincial como lo entiende el a aquo.".-

Alega un cambio de criterio del juez en lo que respecta a la interpretación del principio general de la derrota que surge de la normativa procesal contenida en el art. 68 del C.P.C. y C. y sostiene que existe un trato desigual cuando el Estado Provincial es parte en el proceso.-

II.b.- Agravios de los actores (PE…, C.V.: …)

Dicen los actores que el Juez de primera instancia: "…yerra groseramente… en el encuadre de la cuestión traída a su análisis desde que asume que al no estar demostrada la causa de la muerte intrauterina queda huérfana toda posibilidad de establecer relación causal entre la conducta de los médicos y el resultado luctuoso.".-

Agregan que en la demanda explicaron con claridad que lo que se atribuye a los profesionales que intervinieron el día 30/11/2007 en horas de la mañana (entre las 8.00 y las 10.00 horas), debido a la falta de total registro de la atención en la Historia Clínica (en adelante H.C.) es que no actuaron con la diligencia ni con la premura que el caso ameritaba y que si hubieran efectuado un control adecuado de la situación de la Sra. B., sin duda hubieran advertido que estaban ante un bebé de muy bajo peso (2.230 g. conforme señala el Cuerpo Médico Forense (en adelante C.F.M.) pese a que ya tenía 37 semanas de gestación. Se atribuyó la responsabilidad, la falta de servicio, justamente en esa

circunstancia, en la omisión, en el no hacer que implicó que los médicos que la atendieron en horas de la mañana consideraron que estaban ante un parto normal (tal como la propia demandada asume en su escrito de contestación) y por esa misma razón la enviaron a su hogar a que espere el desarrollo del proceso de parto como si estuvieran ante una madre y un bebé sin complicaciones.-

Agregan que: "Por esa misma razón es que se dijo que el deceso de la beba se produce mientras la Sra. B.[s] estuvo en su casa (por indicación de los médicos que la atendieron el 30/11/2007 en horas de la mañana). Es decir que la beba fallece durante ese ínterin…".-

Imputan la falta de diligencia de los médicos quienes debieron haber realizado una ecografía Doppler con la cual podrían haber advertido que la beba pesaba tan solo 2.230 g., con 37 semanas de gestación, procediendo a internar a la actora.-

Argumentan que pese a la falta de autopsia, el peso de la beba era muy bajo y el estudio anatomopatológico de la placenta verificó la existencia de insuficiencia placentaria.-

Solicitan se revoque la sentencia de primera instancia y se impongan las costas a la accionada.-

III.- Tratamiento de los agravios:

III.a).- El derecho aplicable.-

Antes de desarrollar la tarea principal de análisis y ponderación de los agravios de los apelantes, no podemos desconocer que a partir del 1 de agosto

del 2015, ha entrado en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación (sancionado mediante ley N° 26.994).-

Sin perjuicio de ello, en mérito a la regla de eficacia temporal contenida en el art. 7 del cuerpo normativo citado, corresponde el análisis del caso en los términos de la ley anterior ya que la constitución de la situación jurídica se ha suscitado bajo el amparo del Código Civil (ley N° 340).-

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci explica que: "La noción de consumo que subyace en el art. 7 fue tomada por Borda de la obra de Roubier, quien distingue entre leyes que gobiernan la constitución y la extinción de una situación jurídica, y leyes que gobiernan el contenido y las consecuencias. *Cada fase se rige por la ley vigente al momento de esà etapa; el consumo o el agotamiento debe analizarse según cada una de esas etapas, en concreto...". Y con mayor detalle, añade que: "Si la Cámara revisa una sentencia relativa a un accidente de tránsito, aplica la ley vigente al momento de ese accidente*; en agosto de 2015 la revisará conforme el artículo 1113 del Cód. Civil, no porque así resolvió el juez de primera instancia, sino porque la ley que corresponde aplicar es la vigente al momento que la relación jurídica nació (o sea, el del accidente)"[1]-

En el presente proceso, la relación jurídica sometida a estudio, al haberse consumado antes del advenimiento del actual Código Civil y Comercial de la Nación, debe ser juzgada, en sus elementos constitutivos de acuerdo al sistema del Código Civil (ley N° 340).-

[1] Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme", LL2015-B, 1146, Cita Online: AR/DOC/1330/2015, itálicas agregadas, citado por esta Cámara en la sentencia inscripta al T° LXXXV - R° 3.099, del 25/8/2015).

En este orden de ideas, esta Cámara de Apelaciones sostuvo que si bien la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho dañoso (en este caso el Código Civil en su redacción anterior), las consecuencias no consumadas al momento de la entrada en vigencia del nuevo texto, como son los daños cuya reparación aquí se reclama, se encuentran -a los fines de su graduación- por él alcanzadas (cfr. art. 7 del C.C. y C.N.) (cfr. esta Cámara en sentencias registradas al Tº LXXXVIII - Rº 3173; T° LXXXIX - Rº 3185; Tº XC - Rº 3205; Tº CII - Rº 3454).-

III.b).- La responsabilidad médica y la falta de servicio.-

Ahora analizaré la responsabilidad civil médica, no con ánimo docente, sino para fijar pautas de análisis que permitan un tratamiento correcto de los agravios de la actora.-

Lo primero que corresponde señalar es que la relación médico-paciente -cuando existe un acuerdo de voluntades en donde aquél se obliga a prestar sus servicios profesionales- es de naturaleza contractual, sin perjuicio de que puedan configurarse hipótesis de responsabilidad extracontractual.-

Se mencionan como supuestos de responsabilidad médica extracontractual:

a). Cuando el servicio médico es requerido por un tercero que no obliga al paciente, o cuando hay una intervención espontánea del médico, o la atención se presta a un incapaz, sin contacto con el representante o apoyo.-

b). Cuando el servicio médico le es impuesto al paciente por una disposición legal o administrativa.-

c). Cuando el daño infligido se sitúa fuera del ámbito del contrato[2].-

En nuestro caso, no se da ninguno de estos supuestos excepcionales, por lo tanto será analizado desde la órbita contractual.-

Así, las obligaciones nacidas de la relación médico paciente son de naturaleza contractual y regida, por lo tanto, por los arts. 499, 512, 519, 520, 521 y 902 del Código Civil. En consecuencia, son presupuestos de la responsabilidad médica, la existencia del daño, la relación de causalidad adecuada entre éste y la conducta imputada y el carácter antijurídico de tal conducta, consistente en un incumplimiento de las obligaciones asumidas a título de dolo o culpa.-

Nuestra doctrina y jurisprudencia es casi unánime al sostener que se trata principalmente de una obligación de "medios" o "de atención" u "obligación de actividad". Por ello, en estos casos el deudor no se compromete a un resultado sino que pone de su parte los medios conducentes para que el acreedor pueda obtenerlo.-

Esta obligación de los médicos consiste en arbitrar los medios adecuados para la recuperación del paciente, quedando a cargo de éste la prueba de que al brindar los medios empleados se incurrió en imprudencia, impericia o negligencia.-

Tratándose de medicina curativa o asistencial la doctrina dominante proclama, con razón, que como regla el médico asume obligaciones

[2] Pizarro - Vallespinos, *Tratado de la responsabilidad civil*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, Tomo II, Parte Especial, p. 547

de medios, sin asegurar al enfermo un resultado exitoso, por cuanto su actividad se realiza en un marco de indefinición dentro de la ciencia. La conducta del galeno se orienta a la realización de todos aquellos actos que diligentemente corresponda, conforme a los avances de la ciencia, para un resultado que, aunque querido y perseguido por el plan prestacional, no puede ser asegurado en su obtención.-

Entre las principales obligaciones que surge de esta relación se encuentra la de asistir al paciente sin discriminaciones, mediante un trato digno y respetuoso; prestar diligentemente sus servicios; guardar la confidencialidad y el secreto profesional; la obligación de informar; el deber de llevar en debida forma y de conservar la historia clínica, el deber de requerir el consentimiento informado[3].-

Incumbe, en principio, al paciente la prueba de la culpa del médico. Entonces, la llamada culpa profesional es la impericia, negligencia o imprudencia en el ejercicio de la profesión, pero que se regula por los principios generales de la culpa.-

Volviendo al tópico de la carga de la prueba, es principio general que ésta pesa sobre quien ha sufrido un daño, o sea el paciente o la víctima. Éste debe demostrar que el médico ha obrado con imprudencia, negligencia o impericia, ya sea en la intervención quirúrgica que le haya practicado, en la confección del diagnóstico, etc. O sea que el paciente debe acreditar la culpa que

---

[3] Pizarro –Vallespinos, op. cit., ps. 548/568.

imputa al médico en el desarrollo de su tratamiento o en la realización de la intervención quirúrgica, demostrando la existencia de alguno de los factores de atribución.-

Esto más allá del sano desarrollo de la "teoría de las cargas probatorias dinámicas", que impone la carga a quien está en mejores condiciones de probar. Así, ambas partes deben acreditar sus derechos y desvirtuar sus responsabilidades, como forma de colaborar en el logro de una aplicación justa del derecho, pero es evidente que existen ciertos extremos que colocan al profesional en mejor situación para producir pruebas, ya que es quien tiene los conocimientos técnicos necesarios para explicar los hechos ocurridos y la vivencia directa de ellos.-

Ahora bien, esta introducción cobra sentido en función de la narrativa propuesta por la actora en su demanda. Allí alega, para fundar la responsabilidad del Estado por mala praxis médica, la falta de servicio (cfr. art. 1112 del Código Civil) lo que supone un verdadero problema. Explicaré porqué.-

La responsabilidad del Estado por falta de servicio se configura cuando, en definitiva, el servicio no funcionó, funcionó mal o tardíamente, debiendo valorarse la relación causal entre la mala organización del servicio y el daño infringido, por lo que se debe responder por los daños que sufran los administrados, sin que sea necesario acreditar la culpa del funcionario.-

La idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación del artículo 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el

ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas. En definitiva, esta norma regula la *responsabilidad extracontractual* del Estado por falta de servicio.-

Dije anteriormente que las obligaciones nacidas de la relación médico paciente son de naturaleza contractual, por lo tanto difícilmente pueden ser enmarcadas en la idea de falta de servicio.-

Además, la responsabilidad que surge de la idea de falta de servicio es de carácter objetiva, mientras que la responsabilidad médica deviene de la mala praxis, de una actuación contraria a la debida diligencia, netamente subjetiva. Incluso, la actora en su demanda imputa a los médicos una responsabilidad subjetiva con el rostro de la culpa, alegando la falta del profesionalismo esperable, un error de encuadre o diagnóstico, ausencia de diligencia, conducta negligente, impericia, etc.-

Por lo tanto, hay un erróneo encuadre legal de la demanda que sin dudas condiciona sus posibilidades de éxito. Este es el primer problema que encuentro respecto de la acción.-

III.c).- La causa de la muerte.-

Uno de los fundamentos principales de la sentencia, que constituye materia de agravios, es que no sabemos cuál fue realmente la causa de la muerte.-

La muerte fetal tardía es un evento con una definición imprecisa y de difícil medición. Existen múltiples clasificaciones y métodos para su estudio.

Sin embargo, una gran proporción de casos queda sin un diagnóstico etiológico[4] (de acá en adelante me refiero al estudio de la cita).-

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), se define muerte fetal tardía como "la muerte acaecida a las 28 semanas de gestación o después, antes de la expulsión completa o extracción del cuerpo de la madre del producto de la concepción, cualquiera que haya sido la duración de la gestación. La muerte se señala por el hecho de que el feto no respira ni muestra cualquier otro signo de vida, tal como el latido cardíaco, la pulsación del cordón umbilical o el movimiento efectivo de músculos voluntarios".-

"Es fundamental conocer las causas de muerte fetal intrauterina a la hora de diseñar las intervenciones, y tenemos que tener en cuenta, por desgracia, que en una importante proporción de casos no vamos a saberla y, en ocasiones, más de una causa puede contribuir a la muerte. Existen múltiples clasificaciones, ninguna de ellas universalmente aceptada. Probablemente, la clasificación más aceptada actualmente es la ReCoDe (*Relevant Condition at Death*), que incluye los siguientes grupos diagnósticos dependiendo de la causa": Grupo A: Fetal, 1. Anomalía congénita letal, 2. Infección, 2.1. Crónica, 2.2. Aguda, 3. Hidrops de causa no inmunológica, 4. Isoinmunización, 5. Hemorragia feto-materna, 6. Transfusión de feto a feto, 7. Retraso de crecimiento intrauterino. Grupo B: Cordón umbilical, 1. Prolapso, 2. Nudo o constricción, 3. Inserción velamentosa, 4. Otras. Grupo C: Placenta, 1. Abruptio, 2. Placenta previa, 3. Vasa previa, 4.

---

[4] Vicente José Diago Almela, Alfredo Perales Puchalt, Marta C. Cohen, Alfredo Perales Marín, "Muerte fetal tardía", en *Libro Blanco de la muerte súbita infantil*, Asociación Española de Pediatría, Comité de Muerte Súbita Infantil, 2013, 3ª edición, Editorial: Ediciones Ergo, https://www.aeped.es/grupo-trabajo-estudio-muerte-subita-infantil/documentos/libro-blanco-muerte-subita-infantil

Insuficiencia placentaria, 5. Otras. Grupo D: Líquido amniótico, 1. Corioamnionitis, 2. Oligohidramnios, 3. Polihidramnios, 4. Otro. (...) Grupo F: Materna, 1. Diabetes, 2. Enfermedad de la glándula tiroides, 3. Hipertensión primaria, 4. Lupus o síndrome antifosfolipídico, 5. Colestasis, 6. Uso indebido de drogas. 7. Otra. Grupo G: Intraparto, 1. Asfixia, 2. Traumatismo de parto. Grupo H: Trauma, 1. Externo, 2. Iatrogénico. Grupo I: No clasificable, 1. Ninguna condición relevante identificada, 2. Información no disponible.".-

Tenemos entonces dos causas distintas probables según surge de la narrativa actoral. Esto complejiza la decisión ya que -en principio- no son causas que pueden complementarse para producir el resultado, o es una o es la otra y ninguna está probada.-

Los agravios en este sentido manifiestan una profunda disconformidad con lo resuelto por el Juez de la causa pero no logran conmover los sólidos argumentos de una sentencia razonablemente fundada en los términos del art. 3 del C.C. y C.N. El Juez pondera todas las circunstancias acaecidas para concluir que no es posible establecer una conexión causal (adecuada) entre la muerte, cuya causa se desconoce y la conducta de los profesionales médicos de la mañana de los hechos.-

El conocimiento de la causa de la muerte es clave para fundar un juicio de responsabilidad por mala praxis médica que, en gran medida, está basada en omisiones en la prestación médica (falta de debida diligencia de los galenos quienes habrían omitido la realización de las acciones pertinentes).-

Los apelantes sostienen en su memorial que la causa de la muerte fue la insuficiencia placentaria (Grupo E del estudio citado) sin embargo, el

informe del Cuerpo Médico Forense dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (v. fs. .../...) aporta otra realidad. En primer lugar, el informe técnico señala que: "En las constancias médicas de 2.007 se advierte ausencia de documental neonatológica, igual consideración cabe para todos los partos de la actora [...] Esta ausencia de evaluación neonatológica impide afirmar con precisión -dada la amenorrea incierta- si se trató de un feto prematuro con peso adecuado, de un feto de término con bajo peso o de un feto pequeño para la edad gestacional (restricción de crecimiento intrauterino)." También señala el informe en este punto que la concurrencia al control prenatal de la actora ha sido deficitaria en cuanto al número, incluso para embarazos de bajo riesgo, lo que implica que si para la actora el embarazo era de alto riesgo debió realizar más controles." (v. fs. ...).-

Entonces, aquí tenemos otro problema, no sabemos si se trató de un feto prematuro con peso adecuado, de un feto a término con bajo peso o de un feto pequeño para la edad gestacional por restricción de crecimiento intrauterino. Este último caso podría tener como causa la insuficiencia placentaria severa (existen otras causas: infección, anomalías cromosómicas o genéticas como factores patológicos intrínsecos del feto). Pero, repito, no podemos afirmar con precisión esta circunstancia.-

Por otra parte, el informe indica que ni la edad de la madre (36 años al momento del embarazo), ni el antecedente de un hijo anterior que nació con hidrocefalia y parálisis cerebral, son factores de riesgo en un embarazo o, al menos, no existen opiniones unánimes en la comunidad científica médica.-

Respecto de la necesidad de seguimiento de este tipo de embarazos con estos antecedentes, si bien el C.M.F. recomienda el seguimiento precoz o temprano, periódico o continuo y completo e integral también señala que en nuestro caso, el control prenatal es insuficiente en número, lo que podría condicionar los menores controles ecográficos y estudios complementarios realizados.-

Luego, el informe explica que el peso de 2.230 gramos del feto de un embarazo a término se considera bajo, pero que en este caso no se cuenta con la edad gestacional, con la fecha de la última menstruación (incierta o no confiable) y había antecedentes de fetos prematuros en la historia gestacional de la actora. Entonces ¿el bajo peso era de un bebé prácticamente a término o de un bebé prematuro? Esta duda no es menor como señala el informe.-

Más adelante describe la utilidad de la ecografía Doppler para determinar el peso de un feto neonato y su vitalidad, en especial en embarazos de alto riesgo. Sin embargo, no encuentra constancias de la atención médica ambulatoria prestada el día de los hechos ni tampoco los nombres de los profesionales intervinientes, pero indica que los residentes son médicos matriculados habilitados para el ejercicio de la medicina.-

Es verdad que la experta señala que se advierte en el control una merma en la solicitud de estudios complementarios tendientes a evaluar la salud fetal sin explicar si las consecuencias de esa merma constituyen la causa adecuada de la muerte.-

Preguntada si en un caso como el presente, de no realizarse ecografía, era conveniente internar a la Sra. B. para monitorear su estado explica que la ausencia de registros médicos impide identificar la conveniencia o no de internación en un embarazo de 37 semanas, sin trabajo de parto, con bolsa íntegra y sin ginecorragia (sangrado intrauterino anormal).-

Posteriormente, se refiere a la necropsia para determinar las causas del fallecimiento del bebé y señala que los estudios más importantes posteriores al nacimiento con muerte fetal intrauterina son la autopsia, el estudio de la placenta, y de ser posible el cultivo de líquido amniótico y cariotipo. Agrega: "Si bien no es una práctica rutinaria es conveniente la realización de una autopsia para ayudar a explicar la posible causa de muerte si bien en ocasiones la información que brinda no es definitiva". Además: "En el caso de autos, se realizaron el estudio de la placenta y el cultivo de líquido amniótico." (v. fs. …).-

Dos circunstancias quisiera resaltar de esta respuesta del informe médico forense, la primera es que la autopsia no es un práctica rutinaria en el sistema de salud argentino en este tipo de casos. Esto se entiende en un contexto en el cual la muerte de un bebé en gestación genera un impacto y un dolor tan grandes, principalmente en los padres pero también en los profesionales de la salud, que muchas veces pensar en una autopsia es una situación muy difícil y traumática. No voy a decir aquí que la actora se negó a realizar la autopsia como se sugiere en la sentencia, lo que voy a decir es que si se hubiera negado es algo difícil de objetar desde el punto de vista humano, en una situación de extremo dolor.-

La segunda circunstancia es que, aún realizada la autopsia, muchas veces no brinda información definitiva. Y esto es porque: "La identificación de una causa de muerte representa un reto sustancial para los/las médicos especialistas en medicina materno-fetal y los/las patólogos que la investigan [ya me referí a la multiplicidad de causas posibles]. Por empezar, la serie de eventos que preceden la muerte de un bebé durante el embarazo son complejos y existen una serie de factores que complican la investigación, entre ellos: a) puede ser difícil identificar el momento preciso de la muerte; b) múltiples factores pueden contribuir a la muerte; c) la existencia de factores de riesgo (ej. de fumar, edad avanzada [u] obesidad) no implica una relación causal porque están presentes en muchos casos sin complicaciones; d) en ciertos casos una condición (ej. hipertensión) puede contribuir a la causa de muerte, pero en otros casos no; e) no existe un acuerdo sobre el mejor protocolo de investigación o sistema de clasificación para la identificación de la causa de muerte subyacente de la muerte."[5].-

Otra vez hago referencia a las causas de la muerte intrauterina, su complejidad causal y la propia complejidad de la investigación y clasificación. Ya dije aquí que no es posible establecer con certeza (médico-legal) cuál fue la causa de la muerte intrauterina. Los actores señalan como posibles la insuficiencia

---

[5] Flenady V, Wojcieszek AM, Ellwood D, et al. *Classification of causes and associated conditions for stillbirths and neonatal deaths – The International Stillbirth Alliance Collaborative for Improving Classification of Perinatal Deaths. Semin Fetal Neonatal* Med. 2017;22(3):176-185. doi: 10.1016/j.siny.2017.02.009, en Paul Cassidy, La autopsia perinatal: "El patrón de oro" en la investigación de la muerte intrauterina, https://www.umamanita.es/la-autopsia-perinatal-el-patron-de-oro-en-la-investigacion-de-la-muerte-intrauterina.

placentaria (Grupo C: Placenta 4) que habría descripto claramente el C.M.F. y el sufrimiento fetal agudo (Grupo A: Fetal). También se sugiere el retraso de crecimiento intrauterino (Grupo A: Fetal 7).-

Ninguna de estas causas posibles de muerte intrauterina se encuentra probada en este expediente. En este sentido, voy a disentir con la interpretación que realizan los apelantes del informe del C.M.F. respecto de la insuficiencia placentaria. El informe no es concluyente en este aspecto: "Con los elementos de la causa, se descartaría *a priori* como causa de la muerte a la infección intrauterina (cultivo de líquido amniótico negativo). La anatomopatología de la placenta puso de manifiesto signos compatibles con insuficiencia placentaria (degeneración fibrinoide a nivel vellositario, nudos sincitiales prominentes y hemorragia intervellosa) concordantes con el bajo peso fetal y el oligoamnios [bajo nivel del líquido amniótico] constatado durante la cesárea. La causa última de la insuficiencia placentaria no se encuentra determinada existiendo diversas patologías maternas que pudieran ocasionarla tales como la hipertensión arterial (no constatada en el embarazo de autos), las enfermedades autoinmunes, etc. (v. fs. .../...).-

Entonces, un error de diagnóstico o de debida diligencia, para deducir de él la responsabilidad civil, debe patentizar la negligencia o impericia en la averiguación de las causas motivadoras de la enfermedad o no seguir cursos de acción no discutibles desde el punto de vista científico; debiendo juzgarse con prudencia y cuidado para no magnificar el simple error de diagnóstico, de por sí insuficiente para fundar la obligación de resarcir. En este sentido, hay que señalar

que en una rama del saber donde predomina la materia opinable, resulta difícil fijar contornos para limitar qué es lo correcto y qué no lo es. Al médico es exigible el grado de capacidad y diligencia usual, común a los miembros de su profesión.-

En este sentido, coincido con el juez de primera instancia respecto de dos cuestiones sumamente importantes para la resolución del caso: 1) que el perito forense en ningún momento indica que la debida diligencia de los médicos consistía en realizar a la actora una ecografía a fin de detectar insuficiencia placentaria y, en caso de concretarse este diagnóstico, proceder a la internación y 2) Tampoco que, para el caso de ser internada, hubiera mejorado las chances de sobrevida (básicamente porque desconocemos la causa de la muerte).-

"Si se afirma que el deber de responder deriva de una inacción que merece reproche por haberse omitido ejecutar la conducta debida, será menester establecer si, de haberse realizado la acción, se hubiera evitado el perjuicio -en todo o en parte-, si la falta de actuación causó directamente el daño o si coadyuvó a su producción o lo aumentó"[6].-

"En definitiva, se trata de demostrar que si el ilícito no hubiese tenido lugar, el sujeto habría tenido una oportunidad que, por el contrario, ha perdido: por ello, el juez debe formular algo así como un 'pronóstico a

---

[6] PERRINO, Pablo E. "La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia". Publicado en: LA LEY 24/08/2011, 1 • LA LEY 2011-E, 715 Cita Online: AR/DOC/1812/2011.

posteriori', reconstruyendo la situación que se habría producido en ausencia del ilícito. Tendrá entonces que probar que la chance (por ejemplo, la oportunidad de continuar viviendo) existía realmente, por la sencilla razón de que no se puede establecer la pérdida de algo que en cualquier caso no se hubiera producido. Tendrá que probarse que dicha pérdida se ha producido como efecto directo del comportamiento ilícito. En otras palabras: no es suficiente predecir que la chance era meramente posible en abstracto, sino que es preciso demostrar que existía como cuestión de hecho; en definitiva: se debe demostrar que, si el hecho ilícito no se hubiera producido, ésta sí se habría verificado."[7].-

Esto no se ha probado en este expediente, lo que debió acreditarse es si el acto esperado, el acto debido (ecografía Doppler e internación), de haberse cumplido, podría haber evitado la producción del daño o darle un chance cierta de sobrevida[8]. No es posible establecer un nexo causal adecuado entre la debida diligencia médica y el resultado cuyas causas desconocemos.-

Tampoco el notable déficit documental existente en la historia clínica nos permite establecer ese nexo causal adecuado necesario para establecer un juicio de responsabilidad civil. Es verdad que las constancias de la historia clínica son un elemento valioso en los juicios en que se debate la responsabilidad del galeno o del nosocomio, y que sus imprecisiones y omisiones no deben redundar en perjuicio del paciente, atendiendo a la situación de inferioridad en

[7] cfr. TARUFFO, Michele. "La prueba científica en el proceso civil", LA LEY *AR/DOC/4850/2010*.

[8] En la demanda, en ninguna parte se reclama pérdida de chance de curación o de sobrevida. Este daño "intermedio" no integra la pretensión de la actora.

que éste se encuentra y la obligación de colaborar en la difícil actividad esclarecedora de los hechos que a aquéllos les incumbe, pero esta circunstancia no habilita responsabilizar per se al Estado por daños, más aún cuando desconocemos la causa de la muerte.-

En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la Sra. N. B. B. y el Sr. D. A. T., confirmando la sentencia de grado.-

Atento el modo en que se resuelve esta primera cuestión, el agravio relativo a las costas debe ser descartado.-

IV.- Agravios de la demandada.-

La demandada se agravia de la imposición de las costas por su orden que contiene el fallo, haciendo referencia, en gran medida, al principio objetivo de derrota en juicio, toda vez que la demanda fue rechazada.-

Es verdad, como señala el apelante que el principio general contenido en el art. 68 del C.P.C. y C. establece que la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiese solicitado. Sin embargo, el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad.-

Aquí el Juez ha explicitado una serie de razones por las cuales decide eximir de las costas a la parte actora. Básicamente, indica que la duda sobre la causa de la muerte intrauterina de la hija de los litigantes está determinada en gran medida por la falta de acceso a una fuente probatoria de

calidad, en parte atribuible a las omisiones de los dependientes del Estado Provincial (en la confección de la historia clínica, de la información de neonatología y responsabilidad compartida en la no realización de la autopsia).-

Estas circunstancias objetivas están acreditadas en la causa y, de hecho, ya me referí a alguna de ellas como las omisiones en la historia clínica.-

La historia clínica (H.C.) es un documento obligatorio y necesario en el desarrollo de las prácticas de atención sanitarias de personas humanas y tiene diversas funciones que la constituyen en una herramienta fundamental de un buen desarrollo de la práctica médica.-

En razón de las facultades constitucionales concurrentes que en el sistema federal argentino existen en materia de salud entre la Nación, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), la regulación básica de la historia clínica se encuentra comprendida en los artículos 12 a 21 de la Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (ley N° 26.529, modificada por la ley N° 26.812), que en el primero de esos artículos define a la historia clínica como el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud.-

La confección de la historia clínica debe sujetarse a los principios de integridad, unicidad, inviolabilidad y confidencialidad. El principio de integridad indica que la H.C. es un documento de elaboración progresiva y de carácter complejo, integrado por los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las plantillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las

prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas o abandonadas, registradas mediante asientos efectuados con un breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante.-

El incumplimiento de estas pautas en nuestro caso, básicamente por profundas omisiones en esa H.C., constituye una violación clara de los derechos de la paciente que justifica la imposición de costas por su orden.-

Por lo tanto, se rechaza la apelación del Estado Provincial y se confirma el punto 2) del fallo.-

Las costas de esta segunda instancia también se imponen por su orden (cfr. art. 71 del C.P.C. y C.) por idénticos fundamentos y se difiere la regulación de los honorarios profesionales correspondientes a esta instancia hasta tanto ocurra lo propio en la anterior (cfr. art. 24 de la ley N° 3330).-

- - - - - - - - - - - Por los fundamentos expuestos, Voto pues, a la primera cuestión por la AFIRMATIVA.- El Dr. Lerena por los mismos fundamentos adhiere al voto precedente respondiendo en igual sentido a esta primera cuestión.- - - - - - - - - - - - - - - - - - - A la segunda cuestión el Dr. Arenillas dijo:

Atento el sentido de mi voto a la anterior cuestión, propongo el siguiente pronunciamiento: 1°) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por los Sres. N. B. y D. A. T. R.; 2°) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Estado Provincial, 3°) Confirmar la sentencia apelada en lo que ha sido materia de agravios; 4°) Imponer las costas de esta instancia en el orden causado (cfr. art.

71 del C.P.C. y C.), 5º) Diferir la regulación de los honorarios profesionales correspondientes a esta instancia hasta tanto ocurra lo propio en la anterior (cfr. art. 24 de la ley N° 3330), 6º) Regístrese, notifíquese y devuélvase. Así, lo VOTO.- - - -

Expte. N° B-19.435/17 (18.946/21)

Atento existir conformidad de opiniones se suscribe la presente conforme lo establece el art. 44 de la Ley N° Uno (texto según Ley N° 2345).-

CARLOS E. ARENILLAS
PRESIDENTE

DIEGO M. LERENA
JUEZ

Ma. CARLOTA GUTIÉRREZ MEYER
SECRETARIA