



REGISTRADA BAJO EL N°

37-S Fo. 147/64

Expte. N° 130.741

Juzgado Civil y Comercial N° 5.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 20 días del mes febrero de dos mil catorce, reunida la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados **“ESCALANTE MIGUEL ANGEL Y OT. C/ HOSPITAL ESPECIALIZADO MATERNO INFANTIL Y OTROS SI DAÑOS Y PERJ. POR RESP. DEL ESTADO POR SUS AGENTES O FUNCIÓN”**, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Ricardo D. Monterisi y Roberto J. Loustaunau.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1a.) Corresponde declarar desierto el recurso de apelación interpuesto a fs. 455?

2a.) Es justa la sentencia de fs. 410/453?

3a.) Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RICARDO D. MONTERISI DIJO:

I) La sentencia de fs. 410/453 viene a conocimiento de este Tribunal de Alzada con motivo de los recursos de apelación deducidos a fs. 455 y 461.

El *a quo* rechazó la demanda por indemnización de daños y perjuicios promovida por MIGUEL ANGEL ESCALANTE y MARIA ANGÉLICA SAJAMA KISPE contra el HOSPITAL INTERZONAL



ESPECIALIZADO MATERNO INFANTIL de Mar del Plata, el MINISTERIO DE SALUD DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES y PATRICIA MARCELA URBANDT, con costas a los actores vencidos.

Simultáneamente desestimó la defensa de prescripción opuesta por los demandados, y difirió la regulación de los honorarios profesionales para la etapa procesal oportuna (art. 51 ley 8904).

En el pronunciamiento apelado, el sentenciador se ocupa en primer término de la excepción de prescripción articulada por ambos accionados; señala –citando jurisprudencia del Máximo Tribunal Provincial- que la relación jurídica entre el hospital público y el paciente es de naturaleza extracontractual y se desenvuelve en el ámbito del derecho público, concluyendo que el plazo de prescripción aplicable es el de dos años fijado en el art. 4037 del Código Civil.

Entiende que el punto de partida para su cómputo es la fecha del fallecimiento del hijo de los actores (30/10/2000), pues fue recién en ese momento cuando los reclamantes tomaron efectivo conocimiento de las consecuencias dañosas derivadas de los actos médicos que originan el presente litigio. Atendiendo a ese criterio y habida cuenta que las actuaciones tuvieron inicio el 30/10/2002, desestima la defensa intentada.

Formula diversas consideraciones sobre el régimen de responsabilidad civil aplicable a la praxis médica; destaca que se halla sometida a los mismos principios que rigen la responsabilidad en general, que el factor de atribución es subjetivo, aunque el deber de previsión es muchas veces más riguroso para el médico que para otras personas y que la obligación que asume el profesional es de medios, ya que no se



compromete a curar al paciente sino a utilizar los medios apropiados para lograr la curación.

Reseña las diferentes versiones de las partes sobre los hechos ocurridos, así como las constancias documentales de las historias clínicas acompañadas y las pericias médicas producidas tanto en sede penal como civil, impugnaciones formuladas y sus respectivas explicaciones. También hace referencia a los informes aportados por la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Mar del Plata y a las posiciones absueltas por ambos actores en esta causa.

Merituado dicho material probatorio, el juez de primer grado concluye que la atención médica brindada por la Dra. Urbandt a la Sra. Sajama fue adecuada y razonable, tanto durante el seguimiento y control del embarazo como en su posterior decisión de no programar la cesárea de la paciente con antelación a los hechos que motivan esta causa, basándose en el incremento del riesgo neonatal por inmadurez pulmonar de los hijos de madre diabética, así como en la inexistencia de signos de urgencia que aconsejaran la finalización del embarazo en la última consulta a que asistió la paciente.

Subraya también que se indicó a la interesada que debía concurrir prontamente al HIEMI en caso de experimentar contracciones u otros síntomas de alarma, extremos que presuntamente la paciente debía conocer tratándose de su séptima gesta, no obstante lo cual llegó al hospital con trabajo de parto avanzado en “período expulsivo” lo que impidió a los médicos tratantes realizar otras maniobras que las efectuadas.

Citando los argumentos brindados por el Agente Fiscal al disponerse el archivo de la causa penal, afirma que ni la Dra. Urbandt ni los



médicos que asistieron a la actora durante el parto actuaron de manera reprochable desde el punto de vista de su responsabilidad, pues los tratamientos brindados fueron adecuados a las circunstancias de tiempo y lugar; entiende que los profesionales cumplieron con las obligaciones a su cargo con diligencia y de conformidad a lo que la ciencia médica indica, por lo que rechaza íntegramente la demanda instaurada.

Se ocupa finalmente de las costas, que impone a los actores en su condición de vencidos; en cuanto a la defensa de prescripción, considera que no corresponde imponer costas de manera autónoma habida cuenta del resultado de la pretensión esgrimida.

II) Es sabido que la ausencia de los requisitos de admisibilidad del recurso de apelación puede ponerse de resalto en el trámite ante el *ad quem*, gozando este Tribunal de la potestad de observar ex officio la concurrencia de dichos presupuestos.

III) Sentado ello, se advierte que -llegados los autos a este órgano jurisdiccional- mediante la providencia de fs. 466 se ordenó expresar agravios a los apelantes dentro del plazo de diez días, auto que fuera notificado a la parte demandada (Urbandt) por cédula glosada a fs. 482 con fecha 7 de agosto de 2013.

Por tanto, el término para expresar agravios venció sin que la mencionada diera cumplimiento a la fundamentación de su recurso, tal como se puso de manifiesto a fs. 492 primer párrafo, infringiendo así lo establecido por los arts. 254 y 260 del C.P.C.

Consecuentemente, corresponde declarar desierto el recurso de apelación interpuesto a fs. 455 (art. 261 C.P.C.).

VOTO, PUES, POR LA AFIRMATIVA.



EL SEÑOR JUEZ DOCTOR ROBERTO J. LOUSTAUNAU VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RICARDO D. MONTERISI DIJO:

I) La parte actora expresa sus agravios a fs. 470/479, que son respondidos por los demandados a fs. 484/485 y 487/491.

Se agravia, en primer término, por el rechazo de la demanda. Alega que desde el inicio de los controles practicados a la Sra. Sajama, la Dra. Urbandt sabía que se enfrentaba a una paciente de alto riesgo por tratarse de una persona obesa, diabética e hipertensa, que cursaba un embarazo de un feto macrosómico con un peso estimado entre 4 y 5 kg. No obstante ello, no programó una cesárea con anticipación, lo que hubiera evitado el fatal desenlace.

Afirma que el juez de primer grado ha efectuado una valoración parcial y arbitraria de las pericias médicas, pasando por alto las circunstancias personales de vulnerabilidad de la actora y su situación socioeconómica. Subraya que omitió una prueba esencial para la dilucidación del caso, el “ateneo perinatólogo” de fecha 25-10-00, que determinó la necesidad de programar o realizar una cesárea electiva en supuestos como el presente.

Destaca que tanto los demandados como los peritos y el propio juez consideran que el día del parto la actora demoró su arribo al hospital, al que llegó en período expulsivo causando así la muerte de su hijo. Entiende que de este modo se traslada la responsabilidad a la víctima



cuando debería suceder lo contrario, pues en ella debe focalizarse la protección legal.

Observa que los dictámenes e informes periciales producidos (que el juez transcribe textualmente) sostienen que en el caso de madres multíparas, obesas, con diabetes gestacional y fetos macrosómicos debe programarse una cesárea; no obstante, concluyen que la profesional demandada actuó correctamente, lo que constituye una incoherencia, ya que las conclusiones no se compadecen con los fundamentos. Cita diversos párrafos de los aludidos dictámenes e informes científicos, que a su entender incurren en notorias y evidentes contradicciones.

Señala que ante el claro e indubitado diagnóstico tanto de la parturienta como del feto, la falta de indicación de una cesárea importa un proceder negligente por parte de los profesionales que la asistieron.

Se agravia también por lo decidido en materia de costas con respecto a la defensa de prescripción rechazada, en la medida que el juez se ha apartado infundadamente de la manda del art. 68 del C.P.C.

II) CONSIDERACIÓN DE LOS AGRAVIOS.

Adelanto desde ya mi opinión en el sentido que el recurso merece prosperar, por las razones que seguidamente paso a exponer.

1. La responsabilidad médica.

Comparto las consideraciones preliminares que formula el *a quo* en relación con los principios generales que rigen la responsabilidad médica, tema sobre el que me limitaré a efectuar unas breves referencias.

Hemos dicho en numerosos precedentes –en consonancia con reiterada doctrina y jurisprudencia de los tribunales



nacionales- que la obligación que asume el profesional del arte de curar radica en poner todo su empeño, su saber, su diligencia y los medios a su alcance para obtener la curación del enfermo, sin que pueda garantizar el logro de tal objetivo, pues la complejidad de los elementos que juegan en cada caso médico sumado a las particularidades que hacen a la individualidad de cada paciente, impiden tener certeza sobre el éxito del tratamiento escogido (C.N.Civil, Sala G, S. 15-4-85, L.L. 1985-C-547; C.N.Civ. y Com. Fed., Sala I, S. 27-8-96; C.N.Civ. Sala F, S. 9-6-03, Expte. L. 357801 "R. D., M. M. O. c/Obra Social del Personal de la Sanidad y otros s/daños y perjuicios", con voto de los Dres. Elena Highton de Nolasco, Eduardo Zannoni y Fernando Posse Saguier; esta Sala, Exptes. 138.206 S. 14-7-2009 Reg. 515-S, 139.685 S. 22-12-2009 Reg. 995-S, 152.421 S. 12-7-2013 Reg. 165-S, entre muchos otros).

El caso particular del médico obstetra no escapa a este criterio general, pues *"Aunque el embarazo se puede clasificar como un estado fisiológico normal, está plagado de riesgos considerables tanto para la madre como para sus descendientes... Hay docenas de factores que durante el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el principio del puerperio sugieren riesgo adicional... pudiendo presentarse todo tipo de dificultades que muchas veces ocurren como consecuencia de la interferencia de riesgos no siempre previsibles y, por ende, no siempre controlables..."* (Cfr. Urrutia, Amílcar y ots., "Responsabilidad médico-legal de los obstetras", Ed. La Rocca, Bs.As. 2004, pág. 89 y ss.; esta sala, Exptes. 113.297 S. 19-6-2007 Reg. 146-S; 143.421 S. 4-3-2010 Reg. 43-S; 151.358 S. 3-10-2012 Reg. 254-S, entre otros).



Por otra parte, en lo que hace a la denominada “culpa médica” y atendiendo a la pauta general prevista en el art. 512 *in fine* del Código Civil, hemos puesto de resalto que la culpa debe meritarse en función de las circunstancias de las personas, tiempo y lugar; son éstas, en definitiva, las que -más allá de las frías especificaciones técnicas- determinarán si el profesional faltó a sus obligaciones de cuidado para con el paciente, obró con impericia o no puso todos sus conocimientos al servicio del restablecimiento de aquel. Como bien dice Calvo Costa, *“La apreciación en concreto de la culpa requiere que el magistrado pondere la naturaleza de la obligación y sus circunstancias (de persona, de tiempo y de lugar) dentro del contexto en el que se desarrolló”* (v. Calvo Costa, Carlos, “Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2007, pág. 143; exptes. 139.685 S. 22-12-09 Reg. 995-S y 143.666 S. 12-8-2010 Reg. 214-S, con voto del suscripto).

2. El caso en estudio.

Sentado ello y analizadas prolija y detenidamente las constancias de esta causa, el expediente penal agregado por cuerda y la abundante documentación aportada, es imprescindible formular algunas precisiones para la correcta dilucidación del caso:

Es un hecho no controvertido en autos que el obrar de los profesionales que asistieron a la Sra. Sajama durante el parto de su séptimo hijo fue correcto. En efecto, más allá de algunos reproches formulados en el escrito inicial hacia los médicos de guardia (Dres. Alvarez, Pascalia, Archimio y Scorrizzo) en razón de no haber tenido a la vista la historia clínica de la paciente, lo cierto es que no se han cuestionado la atención médica brindada a la actora en dicha oportunidad ni las maniobras



realizadas durante el parto, como así tampoco la asistencia que se dispensó posteriormente al recién nacido.

De hecho, la demanda está exclusivamente enderezada contra la Dra. Urbandt y la institución hospitalaria, a quienes se imputa no haber programado una operación cesárea para prevenir las complicaciones que acaecieron durante el parto y que determinaron *a posteriori* el deceso del pequeño Eduardo Miguel (v. fs. 2/4 y 33/43).

No obstante ello, es cierto que la demandada Urbandt esgrimió en su defensa una presunta demora de la paciente en concurrir al hospital una vez iniciado el trabajo de parto, intentando adjudicar a la víctima una conducta imprudente que operaría –a la postre- como causa directa del posterior fallecimiento del niño (v. fs. 71 vta./72). Este argumento es parcialmente receptado en el fallo, donde el *a quo* destaca que la paciente “presumiblemente debió conocer” la indicación de asistir prontamente al hospital en caso de presentarse signos de alarma, y subraya que su ingreso en trabajo de parto avanzado impidió intentar otras maniobras que las efectivamente realizadas (v. fs. 451).

Este enfoque es a mi juicio erróneo, por varios motivos: en primer lugar, el juzgador parte de una premisa (la supuesta indicación de concurrir rápidamente al hospital) que sugiere la presunta culpabilidad de la víctima por desatender las recomendaciones de la médica tratante. Se da así por sentada la existencia de una demora imputable a la paciente que no tiene ningún sustento probatorio; por el contrario, está aceptado en la causa que el trabajo de parto comenzó entre las 7.30 hs. y las 8.00 hs., y que la Sra. Sajama ingresó al hospital a las 9.15hs., extremo que a tenor de la considerable distancia existente entre su domicilio (Benito Lynch 3977) y la



sede del H.I.E.M.I., no es indicador de demora alguna. Por otro lado, los peritos intervinientes coinciden en afirmar que tratándose de una “multípara” el parto se puede precipitar en pocos minutos, impidiendo la preparación para una operación cesárea (v. fs. 29, 38/39, 86 vta. del expte. penal y fs. 384 vta. de esta causa).

La alegada demora en concurrir al hospital para pasar previamente por la Defensoría a retirar la autorización para la ligadura tubaria (fs. 70 vta. segundo párrafo de la contestación de demanda, basado en el relato de la actora en la denuncia efectuada a fs. 20 vta. de la causa penal, *“camino al hospital el esposo de la deponente pasa por ... la Defensoría n°5 ... por el tema de la ligadura de trompas”*), no tiene, a mi modo de ver, relevancia para modificar esta conclusión si se tiene en cuenta que al ingreso a las 9.15 horas la dilatación era de 8 cms. (fs. 12 de la H.C., y fs. 15 donde se indica “tacto 8 cms.”), y que a las 9.50 horas era de 10 cms. con “bolsa íntegra” (fs. 15 vta. de la HC). Allí se lee también que a las 10 horas “Paso a partos” y que a este momento del alumbramiento “no se tiene la historia Clínica”, produciéndose en forma espontánea a las 10.10 horas –es decir casi una hora después del ingreso– con “distocia de hombro grave”.

3. A mi criterio, un correcto análisis de la cuestión debe centrarse en lo sucedido antes del parto, particularmente durante las últimas consultas a que asistió la paciente con la Dra. Urbandt los días 4 y 5 de octubre de 2000 (v. historia clínica agregada por cuerda; fs. 86 del expte. penal).

En efecto, está debidamente demostrado en esta causa que el 28 de julio de 2000 la Sra. Sajama fue derivada al H.I.E.M.I. para la atención de su séptimo embarazo por padecer diabetes gestacional; que



debió permanecer internada para su tratamiento hasta el 1 de agosto, fecha a partir de la cual fue derivada al “Consultorio de diabetes y embarazo” para su seguimiento por consultorio externo; que se practicaron controles con fechas 18-8-00, 30-8-00, 13-9-00, 27-9-00 y 4-10-00, y que la actora era además una paciente obesa de cuarenta años de edad, lo que tornaba su embarazo de “alto riesgo”, ello entendido como *“aquella gestación que potencialmente puede condicionar morbimortalidad materna y perinatal, durante el transcurso del embarazo, parto o puerperio”* (v. fs. 236/42, constancias de la historia clínica y dictámenes periciales producidos en la causa penal).

Paralelamente, surge de la respectiva historia clínica que con fecha 27-9-00 la Dra. Urbandt solicitó una ecografía para estimar el peso fetal (fs. 17), estudio efectuado por el Dr. Miguel Pasculli el día 3-10-00 que arrojó un peso estimado de 4.950 gr., con diagnóstico de “macrosomía fetal” (v. fs. 18). A continuación obran otras dos ecografías fechadas el 5-10-00 (presumiblemente ordenadas por la Dra. Urbandt), una de ellas con firma ilegible que indica “peso estimado 4.000 +- 100 gr.”, y la otra suscripta por la propia Dra. Urbandt que reza “peso estimado 3.950 gr.” (fs. 21/22). Se deduce de lo expuesto que el tamaño y peso del bebé eran aspectos que preocuparon a la profesional, al punto de practicarse tres estudios ecográficos en el lapso de tres días, y está claro también que se trataba de un feto grande, de entre 4 y 5 kg. aproximadamente.

Sobre el punto, el Dr. Dematteis, médico legista, a fs. 237 indicó que de la H.C. “no surge evolución del peso fetal hasta el resultado del Eco Doppler de fecha 3/10, sí surge evaluación de la salud fetal” (hace referencia al examen efectuado por el Dr. Pasculli a fs. 18 donde indicó 4,950



grs.), y en respuesta al punto de pericia n°6 de fs. 239, dijo que ese diagnóstico de fecha 3/10/05 de “macrosomía fetal”, hacía que se pudiera considerar que “el caso de autos es un embarazo de alto riesgo”.

En la contestación de demanda, se refiere a fs. 68, que se citó a la actora para “revaluar el peso mediante nueva ecografía con un aparato más específico, llevar a cabo un examen obstétrico y, eventualmente, realizar amniocentesis... con la finalidad de corroborar madurez pulmonar fetal”. De ahí las dos ecografías obrantes en la H.C., a fs. 21 –indica “38 semanas y 4000 +/- 100 grs.”-, y la de fs. 22 –“3950 grs.”-.

El relato concerniente a que los Dres. Misson y Urbandt analizaron la posibilidad de realizar la amniocentesis, y que la descartaron porque la obesidad de la paciente “hacía muy dificultoso realizar la punción” (fs. 68 punto 12 tercer párrafo de la contestación de demanda) no fue corroborado por ninguna constancia o anotación en la Historia Clínica. Tampoco fue citado el Dr. Misson como testigo (ver ofrecimiento de prueba de la demandada a fs. 318 punto II, apartado b) “Testimonial”), para acreditar ese intercambio de opiniones profesionales que los llevó, “habida cuenta que no había signos ni síntomas... que justificasen su interrupción antes de término” (fs. 68 último párrafo de la contestación de demanda) a citarla nuevamente al Consultorio Externo de Diabetes y Embarazo, para el día 11/10/00 “momento en que la actora se encontraría cursando la 38va. semana de embarazo, **para internarla y programar una cesárea abdominal** toda vez que luego de 38 semanas cumplidas... se encuentra reducido al mínimo el riesgo de extraer un feto con inmadurez pulmonar” (fs. 68 vta. primer párrafo de la contestación de demanda, el resaltado me pertenece).



Descartaron la indicación del peso de 4950 grs. efectuada por Pasculli en base a las dos ecografías del 5/10/2000, aunque la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Mar del Plata, informó a fs. 334 que *“es totalmente factible una dispersión de 900 gramos o aún más todavía en una paciente multípara, obesa, con diabetes gestacional en la estimación del peso fetal por ecografía abdominal”* (respuesta a pregunta 6 del pedido de informes de la demandada de fs. 325-326); que *“no es tan relevante el valor absoluto de peso fetal estimado como la relación que existe entre la estructura ósea de una paciente (diámetros de la pelvis) y el peso estimado, no olvidando el margen de dispersión que puede haber en una estimación de peso fetal”* (respuesta a pregunta 11 de fs. 335); y que nuevos trabajos han demostrado que el peso fetal *“estimado por ecografía es menos seguro a medida que progresa la gestación **subestimándose en más de 500 gramos en el 22% de los recién nacidos de más de 4500 gramos**”* (respuesta a pregunta 14 apartado b) de fs. 336, el resaltado no es original).

Lo corrobora el Dr. García, especialista jerarquizado en obstetricia y ginecología, cuando en respuesta al punto de pericia 9 de fs. 384 vta. (los puntos de pericia fueron propuestos a fs. 318 vta. y 319), indicó que la ecografía, como todo método complementario, presenta un margen de error cuando existen factores como la obesidad materna, macrosomía fetal, oligoanmios, etc., *“pudiendo llegar el margen de error al 20 % de la estimación fetal, y aún superar los 500 gr. en gestas de término”*.

En la formulación del punto, se indicaba que el margen de error en la estimación del peso fetal mediante ecografía en pacientes obesas *“hace poco confiable el diagnóstico de macrosomía fetal y que su confirmación sólo se obtiene al pesar al recién nacido”* (fs. 319), conclusión



sobre la que no se expidió el perito limitándose a responder sobre el margen de error. El bebé nació con 5.150 gramos (fs. 14 de la H.C.) y a fs. 15 vta. se indicó “nace feto, sigue el signo que indica masculino, 40 sem.”.

4. Llegamos aquí al punto central de la controversia: teniendo en cuenta las características y patologías de la madre (edad, obesidad, diabetes, seis partos anteriores) y las del feto (37 semanas de gestación, gran tamaño y alto peso, estimado entre 4 y 5 kg.), ¿era aconsejable según la buena práctica médica programar una operación cesárea para prevenir las posibles complicaciones de un parto natural?

En lo que hace a esta cuestión, advierto que el juez de primer grado se ha limitado a transcribir los resultados de los dictámenes periciales sin cotejarlos entre sí –sobre todo existiendo diferencias entre los expertos-; lo mismo sucede con los dos informes aportados por la Sociedad de Obstetricia y Ginecología (que brindan respuestas contradictorias a similares interrogantes), aspectos éstos que no han sido debidamente atendidos por el *a quo* (arg. arts. 384, 474 y 475 del C.P.C.).

Veamos: en el informe científico producido por la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Mar del Plata en la causa penal con fecha 24 de julio de 2001, dicha entidad informa que se considera “macrosomía fetal” a todo feto con peso aproximado o mayor a los 4.500 gr.; dicha patología es de mayor incidencia en el caso de las madres diabéticas; “puede realizarse el diagnóstico estimado del peso fetal intraútero ecográficamente”; una de las complicaciones que presenta durante el parto es la “distocia de hombro”, a la que se considera “*la más dramática urgencia en la sala de partos*”, y –en lo que aquí fundamentalmente interesa- “La profilaxis de esta patología es la cesárea electiva (antes de iniciado el



trabajo de parto o una vez comenzado el mismo antes del período expulsivo)
si existiera el diagnóstico previo de feto macrosómico” (v. fs. 43/44 de la causa penal, el destacado me pertenece).

En el informe producido por la misma entidad en esta causa, en cambio, luego de hacer hincapié en la importancia de evaluar la madurez pulmonar fetal si se decide la terminación del embarazo antes de las 38 semanas (dado que la inmadurez pulmonar del feto se encuentra elevada en madres diabéticas), se subraya el margen de error habitual en la estimación del peso fetal por ecografía, lo poco confiable del diagnóstico y “la dificultad para estimar el peso fetal o aún posibles anomalías fetales por ecografía en las pacientes obesas embarazadas”, y se concluye con una cita bibliográfica que indica “dado el escaso valor predictivo estimado tanto por la clínica como por la ecografía, debe intentarse la inducción profiláctica del trabajo de parto como una alternativa razonable antes de la cesárea profiláctica y electiva para evitarlas principales complicaciones...” (v. fs. 332/36, el destacado me pertenece).

Las contradicciones entre ambos informes son evidentes: en el primero se confiere valor diagnóstico a la ecografía para detectar la presencia de un feto macrosómico, y se aconseja en tal caso la “cesárea electiva”, mientras que en el segundo se califica a tal estudio como poco confiable y se recomienda la inducción del trabajo de parto como alternativa a la cesárea. Las dudas se acentúan cuando en la propia bibliografía adjunta, bajo el título “Cesárea electiva frente a parto vaginal”, antes del párrafo transcrito en dicho informe se expresa “Para eliminar o, al menos, disminuir la morbilidad materno-fetal en las embarazadas no diabéticas cuyos fetos pesan más de 4.500 g. y en **todas las mujeres**



embarazadas diabéticas cuyos fetos pesan más de 4.000 g. Acker y col. propusieron la realización de cesárea abdominal. Una política de cesárea electiva en las pacientes con fetos de más de 4.000 g.... disminuiría un 50% la mortalidad perinatal en los casos de distocia de hombros” (v. fs. 347, el resaltado no es de origen).

Las notorias discrepancias entre los dos informes de la misma entidad los privan, a mi criterio, de todo valor probatorio (arg. art. 384 del C.P.C.), por lo que habré de remitirme al resultado de las pericias efectuadas.

A este respecto, existe coincidencia –en términos generales- entre los peritos intervinientes en la causa penal sobre la procedencia de una cesárea electiva en casos como el que aquí nos ocupa.

Así, el médico de Policía Dr. Gerardo Chiodetti informa: “Si bien no es una indicación absoluta, un peso fetal estimado de más de 5 kg. se considera para realizar una cesárea” (fs. 18/19); agregando luego “Es probable que si se hubiese realizado una operación cesárea programada antes de que se iniciara el trabajo de parto el día 10-10-00, no se hubiera producido el deceso del recién nacido, ya que queda claro que la causa que inició la secuencia de complicaciones que produjo la muerte, fue un trauma obstétrico por distocia compleja de feto macrosómico” (fs. 86). El experto ratifica dichos conceptos a fs. 99/100: “...La mayoría de los autores opinan que el riesgo de que se produzca una distocia compleja durante el parto – como ocurrió en este caso- y sus complicaciones, **es motivo suficiente para indicar una operación de cesárea**, que en medios adecuados tiene una menor morbilidad materno fetal” (el destacado me pertenece).



En el mismo sentido, el médico forense Dr. Antonio Fraraccio sostuvo “*Se trató de una paciente diabética, con obesidad, que por lo general se hallan predispuestas a la macrosomía fetal (fetos grandes) y con más dificultad para la maduración pulmonar. En estos casos, es preferible indicar una cesárea programada de ser factible, siempre y cuando exista maduración pulmonar*” (fs. 38/39, el destacado me pertenece).

Las mismas conclusiones se extraen del dictamen producido en esta causa por el médico legista Dr. Fabián Dematteis, quien a fs. 236/42 señala que la macrosomía es un fenómeno del tercer trimestre detectable (no seguro) ecográficamente a las 32 semanas aproximadamente, hipótesis en la que “***resulta conveniente programar una cesárea electiva si hay diagnóstico previo de feto macrosómico, siempre y cuando no se haya iniciado el trabajo de parto...***” (el destacado es de mi autoría).

Por su parte, el perito médico especialista jerarquizado en Ginecología y Obstetricia Dr. Pablo García se limita a subrayar que al momento de su ingreso a la sala de partos la actora se encontraba en período expulsivo lo que impedía practicar una operación cesárea, sin brindar una respuesta definitiva sobre la conveniencia o no de programar una cesárea con anticipación (v. fs. 384/86).

Como hemos visto, la gran mayoría de los expertos acuerdan que los antecedentes de la paciente y el diagnóstico de macrosomía fetal (sumado a que el embarazo se encontraba prácticamente a término) aconsejaban programar una operación cesárea, minimizando así los riesgos de complicaciones durante el parto como las que efectivamente



acontecieron. Tal conclusión es avalada por el “Ateneo perinatólogo” sobre el tema “distocia de hombros” realizado en el H.I.E.M.I. con fecha 25-10-00, donde se evaluaron los casos de dos pacientes (una de ellas la actora) y se acordó que *“frente a un feto con peso estimado mayor de 4.500 gs. se realizará operación cesárea siempre y cuando las condiciones obstétricas así lo permitan”* (v. fs. 188 de la historia clínica adjunta).

5. Como corolario de todo lo expuesto, entiendo demostrado con suficiente grado de certeza que frente a una paciente como la Sra. Sajama (de 40 años, obesa, hipertensa, diabética, con seis partos anteriores), que cursaba un embarazo prácticamente a término (37 ½ semanas) con un feto macrosómico de entre 4.000 y 5.000 gr., la buena práctica médica requería programar una operación cesárea para minimizar el riesgo de “distocia de hombros” del feto (complicación a la que se ha caracterizado en esta causa como *“la más dramática urgencia en la sala de partos”*) circunstancias éstas que la Dra. Urbandt no podía desconocer tratándose de una profesional altamente especializada en la materia, según indican sus antecedentes laborales y profesionales (arg. art. 902 del C. Civil).

No hay ninguna constancia en la Historia Clínica que confirme la versión expuesta en la contestación de demanda, de que se citó a la actora para el día 11/10/00, en que “se encontraría cursando la 38va. semana de embarazo, para internarla y programar una cesárea abdominal...” (fs. 68 último párrafo y 68 vta.), o de que se le haya indicado que debía concurrir en forma inmediata a la guardia del hospital en caso de comenzar con contracciones y “presentar en ese mismo momento, los informes ecográficos entregados por la Dra. Urbandt, **para que se le pudiera realizar una**



cesárea por diagnóstico “presuntivo” de macrosomía fetal” (fs. 70 vta. segundo párrafo, el resaltado no es original).

Así lo indicó el médico de policía Chiodetti a fs. 86 de la causa penal en respuesta a los requerimientos de la Fiscalía de fs. 85: *“En los escuetos sucintos informes de cada uno de los controles de embarazo, no hay constancia de que se hubiese indicado una cesárea”*.

Reitera sin embargo, lo ya manifestado en el informe de autopsia de fs. 18-19 de la causa penal, en el sentido de que la ligadura tubaria es una “indicación relativa de cesárea” (fs. 19 tercer párrafo), al decir que es “altamente sugestiva de la intención de realizar cesárea, ya que es imposible efectuar esa ligadura en un parto” (fs. 86 vta. de la causa penal), descartado de plano por el Dr. Fraraccio, perito médico forense, a fs. 39 apartado g) de la misma causa, cuando afirma que la ligadura tubaria “no es indicación de cesárea. Este método puede (y debe) realizarse luego del puerperio y por vía laparoscópica, ya que es menos riesgoso para la madre. No debe sobreindicarse la cesárea por la necesidad de ligadura tubaria...”.

Por su parte, el Dr. Dematteis a fs. 240, al responder el punto de pericia relativo a la fecha en que debió efectuarse la cesárea teniendo en cuenta la fecha del eco doppler, señaló que es una cirugía que lleva anestesia, “se deben realizar estudios preoperatorios de rutina y obligatorios, que por otro lado deben estar normales, para luego disponer del quirófano” (fs. 240 in fine y 241).

No hay constancias en la Historia Clínica que indiquen la realización de alguno de estos estudios previos, máxime si como se dijo en la contestación de demanda, la citación para el día 11-10-2000 fue para “internarla y programar una cesárea abdominal” (fs. 68 vta.).



Esperar al espontáneo inicio del trabajo de parto, que en una embarazada “multípara” tenía altas probabilidades de desencadenarse rápidamente (como efectivamente sucedió) frustrando toda posibilidad de una operación cesárea, importó -a mi criterio- una violación del deber de cuidado por parte de la profesional demandada (arg. art. 512 del C.Civil).

Ahora bien, es claro que la cesárea programada no hubiera evitado las complicaciones que derivaron en la muerte del recién nacido si, de todos modos, el trabajo de parto se hubiera iniciado antes de la fecha designada para la intervención; el espontáneo comienzo del parto es un factor ajeno al control del profesional de la medicina, a quien –en tal hipótesis- nada podría reprochársele.

Pero aunque la cesárea electiva no garantizaba la inexistencia de complicaciones, omitir dicha terapéutica importó lo que en doctrina se ha denominado “pérdida de chance de curación”. En otras palabras, privó a los actores de las posibilidades de sobrevida que hubiera tenido su hijo de haberse optado por la conducta aconsejada por la práctica médica.

Téngase presente que según expresa Lorenzetti (citado por Aizenberg y Roitman), en la chance coexisten un elemento cierto y otro incierto: hay seguridad de que, de no haber actuado el facultativo negligentemente, el paciente habría mantenido la posibilidad de curación; no se sabe a ciencia cierta si manteniéndose esa posibilidad de mejoría, ésta se habría producido realmente (v. Aizenberg Marisa y Roitman Adriel, *“Responsabilidad civil médica y relación de causalidad. Pérdida de chance ante casos de error de diagnóstico”*, L.L. 2009-D, 594). Desde otra óptica, se ha dicho que el médico es responsable por pérdida de chance cuando, aún



no existiendo una conexión directa e inmediata entre su conducta y el daño sufrido por el paciente, está demostrado que su acción u omisión disminuyó las posibilidades de sobrevida o cura de aquel. La relación causal queda entonces establecida entre la acción u omisión negligentes del profesional y la pérdida de la probabilidad de sanar o de vivir, lo cual constituye un perjuicio reparable (v. Calvo Costa, Carlos, *“De la pérdida de chance en la responsabilidad civil médica: dos sentencias ejemplares”*, RCyS 2011-III-90).

Cabe citar aquí lo resuelto por la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en un precedente análogo (parturienta múltipara con feto macrosómico que sufrió distocia de hombros, con graves secuelas incapacitantes). Consideró el citado Tribunal que *“...aunque la cesárea no sea consecuencia lógica de un alto peso del posterior recién nacido... no quita que la intervención pueda ser hasta imprescindible para muchos casos...por innumerables causas que pueden detectarse durante el embarazo... La cesárea no implica dejar de lado el criterio restrictivo con que la intervención debe efectuarse... debiendo evitarse aquella siempre que sea posible hacerlo; no cuando de no hacerlo, como es el caso, existe alta probabilidad de que el perjuicio suceda...”* Y los magistrados concluyen: *“...Lo concreto es que **se le privó a la niña de una posibilidad de evitar el daño físico producido** y que por aplicación de las reglas generales de la causalidad, una causa mediata –con secuela previsible resultante de la conexión de un hecho con otro acontecimiento distinto (art. 901 del Código Civil)- es suficiente para responsabilizar al profesional, si su proceder culposo pudiese prever como posible la consecuencia perjudicial...”* (v. CNCiv. Sala K, “Ortiz c/ Obra Social del Personal de la Construcción y otros” S. 10-9-2007 Llonline AR/JUR/13003/2007, el destacado me pertenece).



6. A modo de síntesis de los conceptos hasta aquí desarrollados, podemos afirmar que:

- a)** No corresponde endilgar a la actora conducta alguna causalmente relacionada con el posterior fallecimiento de su hijo.
- b)** Tampoco cabe formular reproche sobre el proceder de los médicos de guardia que asistieron a la Sra. Sajama durante el parto.
- c)** Dados los antecedentes personales y patologías que padecía la paciente y las características del feto, la Dra. Urbandt omitió adoptar los recaudos que la práctica médica aconsejaba para evitar las previsibles complicaciones que podían ocurrir durante el parto, y que constituyeron la causa directa del fallecimiento del recién nacido (art. 512 y 902 del C.C.).
- d)** Por ende, la profesional demandada faltó a sus obligaciones de cuidado para con la paciente y su hijo; de tal modo, privó a los actores de las posibilidades de sobrevida que hubiera tenido el niño, resultando responsable del daño ocasionado a título de “pérdida de chance”.
- e)** El Hospital Materno-Infantil de Mar del Plata, por su parte, debe responder por incumplimiento de su obligación tácita de seguridad para con la paciente, accesoria de su obligación principal de prestar asistencia por intermedio de los facultativos de su cuerpo médico, conforme pacífico criterio doctrinario y jurisprudencial vigente (Cfr. Bueres, Alberto, *Responsabilidad civil de los médicos*, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2005, pág. 314 y ss.; CCSM sala 2, expte. 48.094 RSD-30-6 S. 7-3-2006; CNCIV sala B, expte. 492.538 S. 18-7-08, elDial AA4B8C; CNCIV sala E, expte. 440.365 S. 7-6-06, elDial AA361C, entre muchos otros).

7. El daño resarcible.



Para emprender la difícil tarea de cuantificar la “chance perdida” debe tenerse presente –como oportunamente expuse en mi voto en los autos *“Palacios, Hugo y otro c/ Hospital Interzonal s/ daños y perjuicios”*- que en supuestos como el analizado, el resarcimiento no debe alcanzar a la integridad del valor perdido sino que se circunscribe a la probabilidad de evitar dicha pérdida; se trata de la *“frustración de una posibilidad futura, dentro del ámbito de las expectativas legítimas y verosímil según el curso ordinario de las cosas”* (CSJN, 17-3-98, LL 2000-D-467), determinado por el juez con arreglo a las especiales particularidades del caso (esta Sala, Expte. 141.089 S. 2-10-09 Reg. 866-S).

Dijo al respecto la Sala A de la CNCiv. que *“...cuando el perjuicio es la pérdida de una chance de supervivencia, el juez no tiene la facultad de condenar al profesional de la salud o al ente asistencial a pagar una indemnización igual a la que se debería si se hubiese ocasionado –con su actuar negligente u omisión- la muerte del enfermo. En muchos de estos casos –tal como lo destaca Vázquez Ferreira- lo que lamentablemente provocó la muerte del paciente fue su propio estado de salud... El límite de su responsabilidad estará dado por la pérdida de la chance de curación y no por el desarrollo definitivo de la enfermedad...”* (Cfr. CNCiv. Sala A, “Martínez, Santiago c/ Hospital Gral. de Niños Dr. Pedro de Elizalde” S. 26-3-09 en Rev.L.L. 30-7-09).

Este Tribunal tuvo ocasión de expedirse sobre el punto en el precedente *“Fallesen, Marta Ester c. Hospital Municipal de Coronel Vidal y Otros s/ daños y perjuicios”*; pusimos de resalto lo problemático que resulta fijar porcentualmente la chance perdida, pues ello demanda efectuar



un cálculo de probabilidades a luz de los dictámenes médicos y demás elementos existentes en la causa.

Por ello, tomando como pauta los dictámenes periciales obrantes en autos, los antecedentes judiciales en casos similares y los datos estadísticos que surgen de la bibliografía aportada (v. “Programa de actualización en ginecología y obstetricia”, fs. 347), entiendo prudente atribuir a los demandados Patricia Marcela Urbandt y Hospital Interzonal Especializado Materno-Infantil de Mar del Plata (Fisco de la Provincia de Buenos Aires) **un 50% de responsabilidad por los daños ocasionados, en concepto de chance perdida** (cfr. esta sala, exptes. 141.335 S. 26-10-09 Reg. 913-S; 143.666 S. 12-8-2010 Reg. 214-S).

8. La cuantificación del resarcimiento.

Los actores formulan su pretensión resarcitoria discriminando cuatro rubros: daño emergente (gastos médicos y colaterales); lucro cesante; daño psíquico y daño moral.

8.1. Gastos médicos y de traslado:

Reiteradamente ha resuelto este Tribunal que tanto los gastos de farmacia como las erogaciones derivadas de los traslados que ha debido procurarse la víctima, se hallan comprendidos entre aquellos gastos orientados al restablecimiento de la integridad psicofísica del damnificado cuya resarcibilidad expresamente consagra el art. 1086 del Código Civil, no siendo necesaria la prueba acabada de su existencia, cuando su evidencia emana de la naturaleza de las lesiones sufridas o de informes de historias clínicas emitidas por establecimientos hospitalarios y asistenciales (Cfr. esta Sala, Exptes. 114.019 RSD-42-1 S. 27-2-2001, 134.149 RSD 350 S. 3-7-08, 143.597 RSD 159 S. 10-6-10, entre otros).



No obstante, dicho criterio jurisprudencial impone –en el caso- desestimar el reclamo efectuado en materia de gastos médicos, pues no surge de las constancias de autos que la actora haya sufrido lesión alguna durante el parto que requiriera ulterior tratamiento; paralelamente y a tenor de lo documentado en la historia clínica N° 33.879/5, el pequeño hijo de los demandantes permaneció internado durante sus veinte días de vida, lo que autoriza a presumir que los respectivos gastos de atención médica fueron íntegramente cubiertos por la entidad hospitalaria.

Distinta solución cabe adoptar en materia de gastos de traslado. En efecto, la permanencia del niño en el hospital indudablemente debió generar a los actores erogaciones por traslados desde su domicilio hasta el nosocomio; por dicho concepto, y teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso, entiendo prudente y razonable fijar el resarcimiento en el importe de PESOS UN MIL QUINIENTOS (\$ 1.500) (art. 165 3er. párr. del C.P.C.).

8.2. Lucro cesante:

Como hemos señalado en numerosos precedentes, existe consenso en doctrina y jurisprudencia en el sentido que la pretensión por lucro cesante encuentra su fundamento en las ganancias concretas y efectivas que el damnificado se vio privado de obtener durante el lapso que duró su convalecencia o su imposibilidad de trabajar (arts. 1068, 1069 y 1086 del C. Civil; CC2a. LP, Sala 1, expte. B 82.265 RSD-5-96 S 13-2-1996; esta Sala, expte. 150.861 S. 3-6-2013 Reg. 123-S, entre otros).

Por consiguiente, a efectos de indemnizar el lucro cesante se requiere aportar prueba concreta del desmedro en los ingresos del damnificado, acreditando no sólo el lapso en que se vio impedido de



trabajar sino también la realización de actividades rentadas con anterioridad al siniestro, pues de otro modo sólo podría hablarse de un perjuicio conjetural (cfr. CC1a.LP sala 3, expte. 219.480 RSD-301-94 S. 17-11-1994; CC2a.LP, sala 2, expte. 99.039 RSD-254-3 S. 16-10-2003, entre otros).

La parte actora no ha satisfecho –a este respecto- su carga probatoria, en la medida que no produjo prueba alguna de la actividad que realizaba e ingresos que percibía el Sr. Escalante a la época de los hechos motivo de autos, por lo que la pretensión por lucro cesante no puede progresar (art. 375 y cccts. C.P.C.).

8.3. Daño psíquico:

Es criterio jurisprudencial que el daño psicológico deviene resarcible -con independencia del daño moral- cuando se constata una afectación en la salud psíquica del damnificado, en cuyo caso el demandado debe asumir los gastos de su curación (Cfr. CC 1a.LP, sala 2, Expte. 235.776 RSD 131-00 S. 5-9-00; C.N.Civ.y Com.Fed., causa N° 3815/91 S. 6-9-00, elDial AF263E; CNCiv. Sala M, S. 19-3-96 elDial AEC14; C.Civ. Circ.1 Mendoza, Expte. 24007 S. 22-10-98, elDial MC265C; esta Sala, expte. 146.218 S. 25-2-2011 Reg. 5-S, entre otros).

Coincidiendo con esta postura, ha resuelto la Suprema Corte Provincial que *“Cuando la perturbación transitoria o permanente del equilibrio espiritual preexistente es de carácter patológico y producida por el hecho ilícito, nos hallamos frente a un daño psíquico. Esta faceta es la que diferencia esencialmente ambos conceptos...”* (SCBA, Ac. 69.476 S. 9-5-01, DJBA 161-1).

Emana del dictamen pericial producido a fs. 269/273 que la Sra. Sajama *“sufrió daño psicológico con la pérdida de su hijo...Esta*



situación de crisis desencadenó un estado de depresión que puede observarse a la fecha de realización de esta pericia” agregando más adelante la experta: “Todas las áreas de su personalidad se encuentran inhibidas y atraviesa un estado de depresión que ha modificado y perturbado la vida familiar, las tareas que antes eran cotidianas”. Meritúa la perito como imprescindible que la paciente acceda a un tratamiento psicológico, con frecuencia semanal (v. fs. 273 punto 4).

En cuanto al coactor Escalante, entiende la Lic. García que el mencionado ha logrado resolver emocionalmente la pérdida de su hijo, no advirtiendo patología que requiera terapia psicológica (v. fs. 272/73). Por consiguiente, el rubro merece acogida sólo con respecto a la actora María Angélica Sajama (arts. 375 y 384 C.P.C.).

En lo que hace a su cuantificación, huelga señalar que no han de meritarse aquí los padecimientos espirituales sufridos por la reclamante -referidos en el escrito de demanda-, pues ello integra específicamente el concepto de daño moral; lo que se debe resarcir es el costo estimado de la terapia psicológica aconsejada por la perito. En este punto, advierto que la Lic. García ha indicado una terapia semanal sin proyectar la duración del tratamiento; sin perjuicio de ello, valorando la entidad del daño psíquico experimentado y lo resuelto en precedentes análogos, entiendo pertinente tomar como pauta un tratamiento mínimo de dos años, por lo que considero prudente y razonable fijar el monto resarcitorio en la suma de PESOS DIECINUEVE MIL DOSCIENTOS (\$ 19.200) (art 165 3er. párr. del C.P.C.).

8.4. Daño moral.



Es materia recibida que el daño moral tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos (cfr. S.C.B.A., Ac. 2078 del 20-5-97 y sus citas; Ac. 35579; Ac. 46353 y Ac. 52258).

Este daño es el que hiere o menoscaba los sentimientos, la integridad física o moral, las afecciones legítimas de una persona, en suma, los llamados bienes ideales (Cfr. Cazeaux-Trigo Represas; “Compendio de Obligaciones”, To. 1, p. 191).

Su procedencia en el *sub judice* no requiere demostración, pues –siguiendo la doctrina del Máximo Tribunal Provincial– *“Cuando se trata de la muerte de un hijo, el daño moral no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica -prueba in re ipsa- y es al responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un dolor moral”* (Cfr. SCBA, Ac. 39.597 S. 13-9-1988, AyS 1988-III-373; Ac. 46.960 S. 19-10-1993; Ac. 67.843 S 5-10-1999, entre otros).

Por otra parte, según he puesto de relieve en anteriores pronunciamientos de este Tribunal, la más calificada doctrina autoral en la materia –refiriéndose a la pérdida de un hijo– expresa que *“desde un punto de vista sustancial, resulta inimaginable procurar la explicación de un padecimiento semejante – quizás el más duro que pueda enfrentarse-, porque no hay palabras que sugieran siquiera la medida de ese dolor”*



(Zavala de González Matilde, “Daños a las personas, Pérdida de la vida humana”, 2 b, pág. 275, Ed.Hammurabi, Bs.As. 1990).

Como acota Mosset Iturraspe *“la vida de los hijos representa para los padres, desde el ángulo de los sentimientos, un valor incomparable. El padre o la madre ven en los hijos el fruto de su amor, la continuación de sus vidas más allá de las propias, y esperan recibir de ellos buena parte al menos del cariño que han depositado, como consuelo y ayuda espiritual en los altos años de la vida”* (“El valor de la vida humana, pág. 137, Ed.Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1983).

Desde el miraje del derecho pretoriano regional se ha dicho que es tan inmenso el dolor que produce la pérdida de un hijo, que ha dado lugar a un vacío semántico, a raíz del cual los idiomas eviten nominarlo. Así *“mientras que la persona que pierde su cónyuge se torna viudo o viuda, el que pierde el padre o la madre se torna huérfano, los idiomas (con excepción del hebreo) no tienen un término correspondiente para el padre o la madre que pierde su hijo o hija. La única calificación (en hebreo) de esta situación traduce “la idea de abatimiento del alma”* (Corte IDH, caso “Bulacio vs. Argentina”, sentencia de 18 de septiembre de 2003. Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 24-25).

Atentos estos parámetros y teniendo en consideración la edad y demás circunstancias personales de los actores a la fecha del fallecimiento de su hijo, la composición del grupo familiar, lo traumático de la situación vivida y sus penosas repercusiones para los demandantes, entiendo prudente y razonable fijar el resarcimiento en la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA MIL (\$ 150.000) para cada uno de los actores respectivamente (art. 1078 y ccdts. del C.Civil).



Todos los importes precedentemente fijados serán soportados por los demandados Patricia Marcela Urbandt y Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil de Mar del Plata (Fisco de la Provincia de Buenos Aires) hasta la proporción del **CINCUENTA PORCIENTO (50%)** a título de pérdida de chance, por los fundamentos explicitados en los considerandos precedentes.

9. Costas e intereses.

Atendiendo al principio general de la derrota consagrado por el art. 68 primera parte del C.P.C., las costas correspondientes tanto a la acción principal como a la defensa de prescripción oportunamente rechazada, se imponen a los demandados vencidos (arts. 68 y 274 del C.P.C.).

Los importes resarcitorios precedentemente reconocidos devengarán intereses desde la fecha del hecho (30-10-2000) y hasta su efectivo pago, conforme la tasa que fija el Banco de la Provincia de Bs. As. para sus depósitos a treinta días (cfr. SCBA, causa C. 101.774 S. 21-10-09).

En el apartado VIII del escrito promocional, la parte actora peticiona la declaración de inconstitucionalidad del art. 4° de la ley 25.561 en la medida que dicha norma impide la actualización del resarcimiento por depreciación monetaria, argumentando que los índices inflacionarios y el aumento del costo de vida conculcarían la incolumidad de su patrimonio.

Como ha puntualizado la Suprema Corte Provincial en numerosos pronunciamientos, la cuestión fue motivo de análisis por el Máximo Tribunal Nacional en ocasión de examinar la compatibilidad constitucional de la ley 23.928 -precisamente, en lo relativo al roce de la



referida prohibición indexatoria con el derecho de propiedad-. Resolvió entonces la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re *"Yacimientos Petrolíferos Fiscales contra Provincia de Corrientes y otro"*, sent. del 3 de marzo de 1992 (Fallos: 315:158), que dicha norma legal *"constituye una decisión clara y terminante del Congreso Nacional de ejercer las funciones que le encomienda el art. 67 inc. 10 [hoy art. 75, inc. 11]. Ante tal acto legislativo no sólo han quedado derogadas disposiciones legales sino que además deben ser revisadas las soluciones de origen pretoriano que admitían el ajuste por depreciación, en cuanto, precisamente, se fundaron en la falta de decisiones legislativas destinadas a enfrentar el fenómeno de la inflación. De allí que esta Corte no puede mantener idéntico temperamento respecto de este punto en relación a períodos posteriores al 1° de abril de 1991"* (consid. 14) (v.SCBA, Causa C. 105.172, "P. , M. N. contra Guanzetti, Diana Miriam y otro. Daños y perjuicios" S. 11-3-2013).

Ratificando los principios rectores en la materia, la Suprema Corte Provincial tuvo ocasión de afirmar que *"el acogimiento de una pretensión indexatoria, además de ser contraria a las normas referenciadas -que justamente fueron dictadas con la finalidad de evitar el envilecimiento del signo monetario- no haría más que contribuir a ese proceso"* (conf. causas B. 49.139 bis, "Fabiano", sent. int. de 2-X-2002; Ac. 86.304, "Alba", sent. de 27-X-2004).

Por otra parte y como también destacó el Máximo Tribunal Provincial en el precedente arriba citado, más recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado la vigencia del reseñado criterio, al sostener que *"la prohibición de indexar impuesta en las leyes federales aludidas [en referencia a las leyes 23.928 y 25.561] procura*



evitar que el alza de los precios relativos correspondientes a cada uno de los sectores de la economía, al reflejarse de manera inmediata en el índice general utilizado al mismo tiempo como referencia para reajustar los precios y salarios de cada uno de los demás sectores, contribuya de manera inercial a acelerar las alzas generalizadas de precios. Por tal motivo, la recomposición de la pérdida del valor adquisitivo ha de darse sector por sector y caso por caso". A lo expuesto agregó que "... la ventaja, acierto o desacierto de dicha medida legislativa escapa al control de constitucionalidad pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial, salvo que sea arbitrario o irrazonable, extremo no demostrado en el caso (Fallos: 224:810; 300:642 y 700; 306:655, entre muchos otros)" (conf. C.1051.XL. in re "Chiara Díaz, Carlos Alberto c/ Estado provincial s/ acción de ejecución", sent. de 7-III-2006, consids. 10° y 11° del voto de los doctores Petracchi y Maqueda). En sentido similar se expidió la Suprema Corte de la Provincia en las causas C. 92.819, in re "Vogt", sent. de 13-II-2008; L. 90.259, sent. de 11-VI-2008; C. 97.386, sent. de 2-III-2011, entre otras.

Paralelamente, destacó en su voto el Dr. Soria que "Si bien la realidad social o económica de una nación no siempre es fiel reflejo del ordenamiento jurídico que la rige, dada la mutabilidad propia que imprime la evolución humana, no es menos cierto que la vida en sociedad se desenvuelve -en sistemas republicanos como el nuestro, art. 1°, Constitución nacional- con apego a la voluntad de los representantes de la soberanía popular... El poder de los jueces debe ejercerse en vista a aquellos mandatos y circunscripto al conflicto que los litigantes promueven ante sus estrados... El arbitrio de recurrir "a los hechos de público conocimiento",



para descalificar un mandato normativo resulta constitucionalmente reprochable si, como contrapartida, quien lo emplea no efectúa un detalle del modo como esa realidad fáctica masivamente observada, incide en las específicas circunstancias del caso. Admitir una laxa motivación en esta parcela implicaría abrir las puertas al dogmatismo, o a la mera ideología, subalternizando el rol constitucional reservado a los tribunales....” (SCBA, Causa C. 105.172 ya cit.).

Por los fundamentos expuestos, el planteo de inconstitucionalidad en análisis no merece acogida.

ASÍ LO VOTO.

EL SEÑOR JUEZ DOCTOR ROBERTO J. LOUSTAUNAU VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RICARDO D. MONTERISI DIJO:

Corresponde: **I)** Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto a fs. 455 (art. 261 C.P.C.).

II) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 461, REVOCANDO la sentencia dictada a fs. 410/453 por los argumentos brindados. En consecuencia, se hace lugar a la demanda por indemnización de daños y perjuicios promovida por MIGUEL ANGEL ESCALANTE y MARÍA ANGÉLICA SAJAMA KISPE contra PATRICIA MARCELA URBANDT y el HOSPITAL INTERZONAL ESPECIALIZADO MATERNO INFANTIL DE MAR DEL PLATA (FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES), condenando a los vencidos a abonar, dentro del plazo de DIEZ DIAS de quedar firme la presente, la suma de PESOS CIENTO SESENTA MIL



TRESCIENTOS CINCUENTA (\$ 160.350), ello de acuerdo con el porcentual de responsabilidad atribuido en los considerandos. El capital de condena devengará intereses desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago, que se liquidarán según la tasa pasiva que fija el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (SCBA, causa C 101.774 S. 21-10-09).

III) Propongo que las costas de ambas instancias sean soportadas por los demandados vencidos (art. 68 1º párr. del C.P.C.).

ASÍ LO VOTO.

EL SEÑOR JUEZ DOCTOR ROBERTO J. LOUSTAUNAU VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

En consecuencia se dicta la siguiente

SENTENCIA

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve: **I)** Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto a fs. 455 (art. 261 C.P.C.). **II)** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 461, REVOCANDO la sentencia dictada a fs. 410/453 por los argumentos brindados. En consecuencia, se hace lugar a la demanda por indemnización de daños y perjuicios promovida por MIGUEL ANGEL ESCALANTE y MARÍA ANGÉLICA SAJAMA KISPE contra PATRICIA MARCELA URBANDT y el HOSPITAL INTERZONAL ESPECIALIZADO MATERNO INFANTIL DE MAR DEL PLATA (FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES), condenando a los vencidos a abonar, dentro del plazo de DIEZ DIAS de quedar firme la presente, la suma de PESOS CIENTO SESENTA MIL TRESCIENTOS CINCUENTA (\$ 160.350), ello de acuerdo



con el porcentual de responsabilidad atribuído en los considerandos. El capital de condena devengará intereses desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago, que se liquidarán según la tasa pasiva que fija el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (SCBA, causa C 101.774 S. 21-10-09). **III)** Imponer las costas de ambas instancias a los demandados vencidos (art. 68 1º párr. del C.P.C.). **IV)** Diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). **NOTIFÍQUESE** personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). **DEVUÉLVASE.**

RICARDO D. MONTERISI

ROBERTO J. LOUSTAUNAU

ALEXIS A. FERRAIRONE

SECRETARIO